



**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**

O Direito à cidade culturalmente preservada

Os planos diretores municipais e a tutela do Patrimônio Cultural Imóvel no Brasil

Nathália Arruda Guimarães

Tese de Doutorado
apresentada em atendimento às
exigências do III Programa de
Doutorado da Faculdade de
Direito da Universidade de
Coimbra

Área de Especialidade: Ciências Jurídico - Políticas
Orientador: Professor Doutor Fernando Alves Correia

2010

A Eduardo, Clarisse e Sarah, minha família, minha vida.

AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese nunca é um ato isolado e unilateral. É um evento coletivo que tem por resultado uma obra fruto do suporte de várias pessoas e estruturas. De nada adiantaria um doutorando capaz, se não houvesse uma boa biblioteca. Em quase nada avançaria seu trabalho, se não fosse possível a ele dedicar-se ao máximo, por horas a cada dia. Sua mente em pouco tempo estaria dispersa, se não fosse o estímulo dos que estão ao seu lado. Suas ideias seriam mal ordenadas na ausência de um professor orientador preciso e preparado. Sua pesquisa frustrada, não fossem os livros e documentos escritos por tantos outros que se dedicaram ao mesmo assunto.

A tese é, portanto, uma obra coletiva. É nossa e é de todos aqueles que citamos na lista bibliográfica. É nossa e de todas as bibliotecas que frequentamos, da faculdade que nos acolheu, dos professores que nos concedem orientações e esclarecimentos valiosos, dos funcionários dedicados que personificam as instituições, das estruturas físicas e financeiras que viabilizam a pesquisa, dos amigos, irmãos, maridos, esposas, filhos, filhas, pais e mães.

A concretização da nossa tese não foge a essa regra. Gostaríamos, portanto, de agradecer a todos e, sobretudo, agradecer a Deus, por ter nos permitido concluir este trabalho.

RESUMO

A tese que segue aborda o tema do patrimônio cultural imóvel sob a perspectiva da atual ordem urbanística brasileira. A análise visa a demonstrar o momento vivido pelo Estado Federal brasileiro, que, ao ampliar suas funções, opta por implementar um planejamento territorial de caráter pluridisciplinar, envolvendo aspectos diversos da dinâmica das cidades, dentre eles as dimensões ambiental e cultural. O trabalho parte das noções de urbanismo e de direito urbanístico, enfrenta e assume conceitos de patrimônio cultural e seus elementos, centrando-se nos desenvolvimentos da interseção inevitável estabelecida entre a salvaguarda do bem cultural imóvel e o planejamento territorial. A tese ou a novidade científica que se pretendeu comprovar foi a de que a tutela dos bens culturais imóveis, entendida como o reconhecimento jurídico do valor cultural que um bem material imóvel aporta, poderá ser alcançada por diversas vias, dentre elas a do planejamento urbano, especificamente através do plano diretor municipal. A perspectiva foi de direito urbanístico brasileiro, mas em toda a tese há comparações significativas com o sistema urbanístico português e comparações pontuais com alguns sistemas urbanísticos ocidentais europeus.

Palavras-chave: direito urbanístico – planejamento urbano – função social da propriedade – plano diretor – patrimônio cultural.

ABSTRACT

This thesis follows the topic of cultural heritage under the perspective of the current Brazilian urban order. The analysis aims to demonstrate the moment experienced by the Brazilian Federal Government, by which, extending their functions, choose to implement a multidisciplinary character of territorial planning, involving many aspects of the city dynamics, among them, environmental and cultural. This work assumes the notions of urbanism and urban laws; it faces and takes concepts of cultural heritage and its elements, focusing on developments in inevitable intersection established between the safeguarding cultural monuments, understood as the legal recognition of their cultural value, can be achieved by several means, among them: planning law, specifically through the local master plan. The perspective was Brazilian urban planning, but throughout the thesis there are meaningful comparisons with the Portuguese urban system and hoc comparisons with Western European urban systems.

Keywords: Planning Law – Urban Planning – The Social Function of Property – Local Master Plan – Cultural Heritage.

SUMÁRIO

Título I – Da localização temática	17
Capítulo I – O urbanismo	17
1. Introdução	17
1.1. Do Método	26
2. A Cidade e o Urbanismo	28
2.1. A Cidade	28
2.2. Cidade x Campo	33
2.3. O Urbanismo	38
2.2.1. O urbanismo como fato social	39
2.2.2. O urbanismo como ciência	41
2.2.3. O urbanismo como política	43
2.2.4. O urbanismo como técnica	43
3. A história do urbanismo	61
3.1. O começo do urbanismo contemporâneo	62
3.2. Os componentes da modernização	62
3.2.1. As fases da modernização.....	63
3.3. A primeira fase: a cidade da alta modernidade.....	64
3.3.2. O declínio urbano na Idade Média	66
3.3.3. Renascimento, Barroco, Classicismo (1420-1840 d.C.).....	67
3.4. O urbanismo europeu fora da Europa: a colonização do Brasil (1500-1822 d.C.)	68
3.4.1. As grandes navegações e o descobrimento.....	68
3.4.2. As características urbanísticas na fase colonial.....	69
3.4.3. A apropriação territorial	70
3.5. A segunda fase: a cidade da Revolução Industrial (1750 -1900 d.C.).....	74
3.6. A terceira fase: a terceira revolução urbana (1900 d.C. aos dias atuais).....	76
3.7. A planificação urbana e a gestão estratégica urbana	84
4. O fenômeno da urbanização no Brasil no século XX.....	85
5. O fenômeno da urbanização em Portugal no século XX.....	90
Título I – Da localização temática	95
Capítulo II – Do direito urbanístico.....	95
1. O direito urbanístico	95
1.1. Conceitos	98
2. O objeto e o campo de atuação do direito urbanístico.....	104

2.1.	O objeto do direito urbanístico	104
2.2.	Campo de aplicação do Direito urbanístico.....	106
2.2.1.	Campo de aplicação espacial.....	106
2.2.2.	Campo de aplicação material	113
3.	A natureza do direito urbanístico.....	116
4.	Princípios do direito urbanístico brasileiro.....	122
4.1.	Dos princípios elementares.....	124
5.	Relações do direito urbanístico com outras disciplinas.....	134
5.1.	Direito urbanístico e o Direito Administrativo.....	134
5.2.	Direito urbanístico e direito da construção.....	137
5.3.	Direito urbanístico e Direito Ambiental	139
5.4.	Direito urbanístico e o direito do ordenamento do território.....	144
5.4.1.	Posição adotada e situação brasileira	148
5.5.	Direito urbanístico e o direito do patrimônio cultural	151
5.6.	Direito urbanístico e o direito econômico	152
6.	Direito Constitucional Urbanístico.....	154
6.1.	Dos princípios constitucionais do direito urbanístico.....	164
Título I – Da localização temática		168
Capítulo III – Da disciplina urbanística dos solos		168
1.	Introdução	168
2.	Da propriedade em geral no Brasil	174
2.1.	Conceito e natureza do direito de propriedade – bases constitucionais	174
2.2.	A função social da propriedade e seus objetos na legislação brasileira	184
3.	Da propriedade em geral em Portugal	188
3.1.	O direito de propriedade e sua função social.....	188
4.	A tese do <i>jus aedificandi</i>	190
4.1.	Conclusões parciais	197
5.	Do regime jurídico da edificação no Brasil e em Portugal.....	199
5.1.	Controle da atividade edilícia	203
5.2.	Licenças e autorizações	204
6.	Da propriedade urbana.....	206
6.1.	Conceito e conteúdo urbanístico da propriedade: limitações e restrições urbanísticas	206
6.1.1.	Das limitações gerais e urbanísticas da propriedade.....	208
6.1.2.	Das servidões.....	214
6.1.3.	Da desapropriação	219

6.1.4. Regimes estrangeiros: breves comentários	232
Título I – Da localização temática	234
Capítulo IV – Estrutura Administrativa do Urbanismo.....	234
1. Introdução	234
2. Estrutura Administrativa portuguesa	235
2.1. O Estado Português	235
2.2. Órgãos do Estado.....	235
2.3. Da divisão administrativa territorial	236
2.4. A administração local autárquica	237
i. Freguesia	238
ii. Município	240
3. Estrutura administrativa do urbanismo português	243
3.1. Governo	243
3.2. Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional.....	244
3.3. Direção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano (DGOTDU).....	245
3.4. Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional.....	247
3.5. Órgãos e serviços dos Municípios	250
3.6. Órgãos e serviços das áreas metropolitanas	252
3.7. Órgãos e serviços das comunidades intermunicipais de direito público	253
3.8. Entidades Empresariais.....	255
4. Estrutura administrativa do urbanismo brasileiro.....	257
4.1. Noções e conceito: o Estado brasileiro.....	257
4.1. A estrutura de competências.....	262
4.1.1 Competência em matéria de direito urbanístico	264
4.1.2. Competência da União em matéria de direito urbanístico.....	265
4.1.3. Competência dos Estados em matéria de direito urbanístico	268
4.1.4. Instituição de novos Municípios.....	270
4.1.5. Competência estadual para instituir Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões	271
4.2. Competência estadual e o Estatuto da Cidade	278
4.2.1. Considerações	279
5. Competência municipal na Constituição de 1988	279
5.1. Competência municipal em matéria de direito urbanístico	281
6. Conclusões parciais	283

Título II – Direito à proteção do patrimônio cultural imóvel	285
Capítulo I – O patrimônio cultural.....	285
1. Introdução.....	285
2. A cultura no Direito.....	295
2.1. O direito da cultura: breve histórico.....	305
3. O direito do patrimônio cultural em face de outras disciplinas.....	306
3.1. Da autonomia da disciplina do direito do patrimônio cultural.....	306
3.2. Direito ambiental x direito do patrimônio cultural.....	308
3.2.1. A construção do conceito jurídico de meio ambiente na legislação Ambiental Brasileira - a evolução dos conceitos antropocentrismo x ecocentrismo.....	311
3.2.2. Do conceito ecocêntrico/biocêntrico à noção restrita dos objetos do direito do ambiente.....	316
3.3. Direito urbanístico x direito do patrimônio cultural.....	320
4. Da posição assumida e suas implicações.....	321
5. Das semelhanças entre as disciplinas.....	324
5.1. Direitos difusos e bens patrimoniais.....	324
5.2. Dos princípios comuns.....	326
5.2.1. Do princípio da prevenção.....	326
5.2.2. Da sustentabilidade do bem cultural.....	328
5.2.3. Da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana.....	329
5.2.4. Dos princípios gerais do direito do patrimônio cultural.....	333
6. A noção de patrimônio cultural.....	336
6.1. Da natureza do patrimônio cultural.....	340
6.2. Alguns conceitos.....	342
6.2.1. Bem cultural.....	342
6.2.1.1. Do bem cultural propriamente dito.....	346
6.2.2. Bem cultural imóvel.....	352
6.2.3. Bem cultural construído ou arquitetônico.....	355
6.2.4. Bens arqueológico, paleontológico e espeleológico.....	356
6.2.5. Patrimônio quilombola.....	363
6.2.6. Bem paisagístico.....	364
6.2.7. Bens eclesiásticos.....	367
6.2.8. Centro histórico.....	369
6.2.9. Locais ou lugares referência.....	372
6.3. Tutela, proteção, conservação e valorização dos bens culturais.....	373
7. Do direito constitucional da cultura.....	380

7.1.	A constituição da cultura em outros países	385
7.2.	Das competências em matéria de patrimônio cultural.....	387
8.	O patrimônio cultural e sua projeção mundial: principais convenções	390
8.1.	Unesco	391
8.2.	As convenções e recomendações internacionais para salvaguarda do patrimônio cultural imóvel.....	393
9.2.1.	Carta de Atenas (1931).....	393
9.2.2.	Carta de Atenas sobre o urbanismo moderno (1933).....	395
9.2.3.	Convenção de Haia para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado (1954)	396
9.2.4.	A Carta de Veneza (1964)	397
9.2.5.	Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de Paris (1972)	398
9.2.6.	Recomendação sobre a salvaguarda dos conjuntos históricos e da sua função na vida contemporânea (1976)	399
9.2.7.	Convenção para salvaguarda do patrimônio arquitetônico da Europa (1985)	400
9.2.8.	Carta Internacional sobre a salvaguarda das cidades históricas (1987).....	402
9.	O patrimônio cultural europeu.....	402
Título II – Direito à proteção do patrimônio cultural imóvel		405
Capítulo II – A cidade e o bem cultural imóvel		405
1.	Introdução.....	405
1.1.	Meios de salvaguarda do patrimônio cultural imóvel	411
2.	Os meios primários.....	411
2.1.1.	A desapropriação.....	411
2.1.2.	O inventário.....	413
a.	O inventário no direito internacional	413
b.	O inventário e sua utilização no Brasil	415
c.	O inventário no contexto do planejamento urbano	419
2.1.3.	O registro.....	420
2.1.4.	O tombamento	421
2.2.	Do regime de salvaguarda do patrimônio cultural em Portugal	449
2.3.	A classificação do patrimônio cultural imóvel em Portugal – Decreto-Lei n. 309/2009	450
2.4.	Das outras formas de proteção do patrimônio cultural.....	455
2.4.1.	Sentença judicial	455
2.4.2.	Lei.....	458

2.4.3.	Instrumentos de caráter urbanístico.....	460
3.	Os meios secundários	461
3.1.	Incentivos e benefícios fiscais e financeiros.....	462
3.2.	A educação patrimonial	465
3.3.	Instrumentos urbanísticos	467
3.4.	Os instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade enquanto meios secundários de salvaguarda do patrimônio cultural imóvel (proteção, conservação e valorização) 468	
3.4.1.	Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (arts. 5º e 6º)	468
3.4.2.	Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo (art. 7º)	469
3.4.3.	Desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública (art. 8º)	470
3.4.4.	Usucapião especial de imóvel urbano (arts. 9º a 14).....	470
3.4.5.	Direito de superfície (arts. 21 a 24).....	472
3.4.6.	Direito de preempção (arts. 25 a 27).....	473
3.4.7.	Outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso (arts. 28 a 31) 473	
3.4.8.	Operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34).....	473
3.4.9.	Transferência do direito de construir (art. 35).....	474
3.4.10.	Estudo de impacto de vizinhança (arts. 36 a 38)	475
3.4.11.	O plano diretor municipal enquanto meio secundário de salvaguarda do bem cultural	476
3.5.	As leis de uso e ocupação do solo	484
3.6.	As licenças edilícias.....	485
3.7.	Os projetos de renovação urbana enquanto meio secundário de salvaguarda dos bens culturais	488
3.7.1.	Os projetos de renovação no Brasil	492
3.7.2.	Projetos e programas nacionais de renovação (revitalização, reintegração etc)	493
3.7.1.1.	A renovação urbana no Brasil: desafios sociais.....	496
3.7.1.2.	Renovação urbana e patrimônio cultural	498
3.7.1.3.	Da renovação urbana: solução para os problemas sociais e valorização do patrimônio cultural?.....	499
3.7.2.	A renovação urbana em Portugal	499
4.	Meios cautelares	506
5.	Meios repressivos	507
6.	A estrutura administrativa do patrimônio cultural imóvel.....	510
6.1.	Brasil.....	510

6.2. Portugal.....	511
7. Alguns problemas jurídicos decorrentes da salvaguarda do patrimônio cultural...	513
7.1. A propriedade privada e o patrimônio cultural.....	513
7.2. Bens culturais x função social da propriedade.....	515
7.3. Propriedade, patrimônio cultural e indenização	515
7.3.1. O direito de indenização do proprietário.....	517
8. A conservação, valorização e sustentabilidade do bem cultural imóvel	518
Título III - Do planejamento urbanístico e a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel	524
Capítulo I - O regime jurídico do planejamento urbanístico	524
1. Introdução	524
2. O planejamento: uma instituição jurídica do Estado Social de Direito.....	526
2.1. Os planos administrativos em geral: distinções e características	529
2.2. Tipologia dos planos.....	530
2.3. Planos econômicos e territoriais	531
2.4. Obrigatoriedade dos planos	534
3. O planejamento territorial.....	535
Título III - Do planejamento urbanístico e a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel	538
Capítulo II - O planejamento urbanístico no Brasil e em Portugal.....	538
1. O regime jurídico dos instrumentos de planejamento territorial no Brasil e no mundo	538
2. A estrutura do planejamento urbanístico no Brasil	538
3. A estrutura do planejamento urbanístico em Portugal.....	539
4. A estrutura do planejamento urbanístico na França	540
5. A estrutura do planejamento urbanístico na Itália.....	544
6. A estrutura do planejamento urbanístico na Suíça	545
7. A estrutura do planejamento urbanístico na Alemanha.....	548
8. A estrutura do planejamento urbanístico na Espanha.....	550
9. Tipologia dos planos.....	558
9.1. Planos territoriais brasileiros	558
9.1.1. Classificação com base na eficácia jurídica	558
9.1.2. Classificação conforme o âmbito espacial de aplicação.....	559
I – Nível nacional	560
II – Nível regional.....	564
III – Nível estadual	565

IV – Nível municipal	570
9.2. Tipologia dos planos territoriais portugueses	580
9.2.1. Nível nacional	581
9.2.2. Nível regional	581
9.2.3. Nível supramunicipal.....	581
9.2.4. Nível municipal	581
9.2.5. Nível submunicipal.....	582
10. O planeamento democrático.....	583
11. O ordenamento urbanístico na ausência de planeamento urbano. As normas legais de direta aplicação	589
Título III - Do planeamento urbanístico e a salvaguarda do património cultural imóvel	591
Capítulo III - Dos planos urbanísticos municipais	591
1. Introdução.....	591
2. O planeamento municipal: o processo.....	595
2.1. Instrumentos do planeamento municipal.....	597
2.2. Princípios do planeamento local.....	604
3. Os fins da função pública de planificação territorial.....	608
3.1. Fins de desenvolvimento	609
4. O Plano Diretor Municipal: o resultado	612
5. O Plano Diretor: função e objetivos	614
6. Conteúdo material do Plano Diretor.....	619
7. Natureza jurídica do Plano Diretor.....	621
8. O processo de planeamento e a composição do Plano Diretor.....	624
9. A lei do Plano Diretor.....	627
10. Conteúdo formal e eficácia da lei do Plano Diretor	630
11. Execução do Plano Diretor.....	632
12. Revisão do Plano Diretor	632
Título III - Do planeamento urbanístico e a salvaguarda do património cultural imóvel	638
Capítulo IV – Análises conclusivas: a tutela do bem cultural imóvel por meio dos Planos Diretores Municipais - Os planos territoriais em concreto.....	638
1. Introdução.....	638
2. A tutela e o planeamento territorial	641
3. Plano Diretor: a função de tutela do património cultural	643
3.1. As zonas especiais de interesse cultural	644
4. Análise dos planos	648

5. As regiões do Brasil e suas capitais.....	649
5.1. Região Norte.....	650
5.1.1. Belém – Pará	650
5.2. Nordeste.....	652
5.2.1. Salvador – Bahia	652
5.3. Centro-Oeste.....	654
5.3.1. Goiânia – Goiás.....	654
5.4. Sudeste.....	659
5.4.1. São Paulo – São Paulo.....	659
5.5. Sul.....	663
5.5.1. Porto Alegre – Rio Grande do Sul.....	663
6. Os distritos de Portugal e os Concelhos/Municípios correspondentes.....	670
6.1. Norte	670
6.1.1. Braga	670
6.2. Centro	674
6.2.1. Lisboa.....	674
6.3. Sul.....	683
6.3.1. Faro.....	683
Conclusões finais.....	686
Referências	692
Anexo I.....	724
Anexo II.....	727

TABELAS

Tabela 1 - MAIORES AGLOMERAÇÕES URBANAS DO MUNDO (2000)	85
Tabela 2 - METRÓPOLES NO BRASIL E SEU CRESCIMENTO (2000)	89
Tabela 3 - Bens Culturais e seus elementos	346

PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS

AAM – Arquivo Aloísio Magalhães
CA – Código Administrativo
CCDR – Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional
CE – Código das Expropriações
CF – Constituição Federal
CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna
CNDU – Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano
ComUrb – Comunidades Urbanas
CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CTN – Código Tributário Nacional
DGEMN – Direção Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais
DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio-Econômicos
DL – Decreto-Lei
DTA – Diretivas territoriais de ordenamento territorial
EC – Estatuto da Cidade
EIA – Estudos prévios de impacto ambiental
EIV – Estudos prévios de impacto de vizinhança
EPCI – *Établissement public de coopération intercommunale*
FJP – Fundação João Pinheiro
GAM – Grandes áreas metropolitanas
IMC – Instituto dos Museus e da Conservação
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia Estatística
ICCROM – Centro Internacional de Estudos para a Conservação e Restauração dos Bens Culturais
ICOM – Conselho Internacional dos Museus
Icomos – Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
IGESPAR – Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico
Incrá – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPH – Índice de Pobreza Humana
IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
ITR – Nova área urbana e transferência de competência impositiva federal
LAL – Lei das Autarquias Locais
MP – Medida Provisória
ONGs – Organizações Não-Governamentais
ONU – Organização das Nações Unidas
PAC – Plano de Aceleração do Crescimento
PADD – *Projet d'aménagement e développement durable*
PDDI - Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado
PDLIs – Planos de Desenvolvimento Local Integrado
PDMs – Planos Diretores Municipais
PDR – Plano de Desenvolvimento Regional
PIB – Produto Interno Bruto
PIDDAC – Programa de Investimentos e Despesas de Desenvolvimento da Administração Central
PLU – Plano Local de Urbanismo
PND – Plano Nacional de Desenvolvimento
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

POS – Plano de Ocupação do solo
PRG – *Piani regolatori generali*
PRONAC – Programa Nacional de Apoio à Cultura
PROT – Planos regionais de ordenamento do território
PSMV – *Plans de sauvegarde et de mise en valeur*
RIDE – Região Integrada de Desenvolvimento e Entorno do Distrito Federal
RJIGT – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial
RJRU – Regime Jurídico de Reabilitação Urbana
RJUR – Lei de Reabilitação Urbana
SCOT – Esquemas de coerência territorial
SIPA – Sistema de Informação para o Patrimônio
SRU – Sociedades de Reabilitação Urbana
SUDAM – Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia
SUDECO – Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste
SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste
SUDESUL – Superintendência de Desenvolvimento do Sul
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
UE – União Europeia
Unesco – Organização para a Educação Ciência e Cooperação
Unesp – Universidade Estadual Paulista
V.g. – *verbi gratia*
ZEIS – Zona especial de interesse social
ZPPAUP – *Zone de Protection du Patrimoine Architectural, Urbain et Paysager*

Título I – Da localização temática

Capítulo I – O urbanismo

A cidade é um fato natural como uma gruta, um ninho, um formigueiro. Mas é também uma consciente obra de arte e inclui na sua estrutura coletiva, muitas formas de arte mais simples e mais individuais. O pensamento toma forma na cidade e por sua vez as formas urbanas condicionam o pensamento. Porque o espaço, não menos do que o tempo, é engenhosamente reorganizado nas cidades: nas linhas e contornos das muralhas, no estabelecer planos horizontais e elevações verticais, no utilizar ou contrastar a conformação natural. A cidade é contemporaneamente um instrumento material de vida coletiva e um símbolo daquela comunhão de fins e de consensos que nasce em circunstâncias particularmente favoráveis. Juntamente com a linguagem, é talvez a maior obra de arte do homem (MUMFORD, 1970)¹.

1. Introdução

Garcia de Enterría inaugura seu clássico *Lecciones de Derecho Urbanístico* afirmando que “poucos temas atuais mais apaixonantes e eloquentes que o tema do Urbanismo podem ser encontrados pelo estudioso das ciências sociais”². A urbanização, uma das características essenciais da época contemporânea, pode ser considerada como o fenômeno mais importante da segunda metade do século XX³, tendo sido atestada como processo imperioso em todos os países da América e da Europa.

No Brasil, a população considerada urbana aumentou progressivamente de 32% desde a década de 1940, chegando atualmente a corresponder 81% dos habitantes do país⁴. Na Europa, o fenômeno ocorre de maneira semelhante. Em Portugal, segundo dados de 1991, do total de habitantes do continente, 68% residem em “áreas predominantemente urbanas”⁵. Relativamente ao ano de 2003, um estudo publicado pela *Human Development Reports*⁶, programa das Nações Unidas, indica porcentagens expressivas da população urbana em alguns países do mundo: Austrália: 91,1%, Luxemburgo: 91,8%, Canadá: 80,4%, Bélgica: 97,2%, USA: 80,1%, UK: 89,1%, França: 76,3%, Itália: 67,4%, Alemanha: 88,1% e Espanha: 76,5%⁷.

¹ MUMFORD, Lewis. **The culture of cities**. Nova York: Harvest books, 1970.

² “Pocos temas actuales más apasionantes y vivaces puede encontrar el estudioso de las ciencias sociales que el tema de urbanismo”. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 22.

³ JACQUIGNON, L.; DANAN, Y.M.. **Le Droit de L’urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978. p. 1.

⁴ Dados obtidos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), segundo sinopse preliminar de Censo Demográfico de 2000. Rio de Janeiro: IBGE, v. 7, 2001. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2006.

⁵ Indicadores Urbanos do Continente. Série Estudos. n. 80 (1999). Instituto Nacional de Estatística. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 31.

⁶ Dados obtidos no site do Programa das Nações Unidas: *Human Development Reports*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/statistics>>. Acesso em: 27 abr. 2006.

⁷ Os dados utilizados para conclusão do levantamento publicado pelas Nações Unidas fundamenta-se nos critérios adotados por cada país para a análise de sua população urbana ou rural, daí certa dificuldade de precisar exatamente a população urbana atingida pelo estudos publicados. Conferir alguma estatística no site http://www.statistiques-mondiales.com/population_urbaine.htm. Acesso em: 28 ago. 2009.

Ainda que se possa contestar a precisão dos índices estatísticos, a urbanização da humanidade é um fenômeno irrefutável da sociedade industrializada, tendo ocorrido em maior ou menor amplitude de acordo com a história e o desenvolvimento econômico de cada país. A essa sociedade urbana corresponde, tal é a sua importância, a uma verdadeira “Revolução Urbana”, equivalente à Revolução Industrial do século XIX⁸. O espaço habitado no planeta deixou de ser predominantemente rural e passou a ser, em regra, urbano. Tal revolução se verifica na medida em que a “transformação urbana” se apresenta de forma surpreendentemente acelerada: em 50 anos foi construído no solo mais do que em três séculos, o que representa uma triplicação da superfície das cidades⁹.

Diante desse cenário, o urbanismo passa a ser, em um primeiro significado, “uma nova realidade”, uma nova forma de assentamento humano e de aproveitamento e ordenação do espaço que, pela primeira vez em vários milênios da história humana, substitui os modos da civilização rural que parecia haver logrado uma articulação quase perfeita entre o homem e a terra¹⁰.

Em segundo lugar, o urbanismo passa a ser um fenômeno que gera problemas e implica em redução da população rural. É no meio urbano que se assistirá à deterioração do ambiente, à desorganização social, à carência de habitação, ao desemprego, aos problemas de higiene, transportes e circulação e à destruição do patrimônio cultural¹¹.

É nesse mesmo contexto, entretanto, que o urbanismo também gerará respostas novas, cada vez mais complexas e procedentes de diversas áreas, como a arquitetura, a arte, a história, o direito, a sociologia, a psicologia, a economia, as engenharias, a ecologia, todas elas devendo estar coordenadas e articuladas para concretizar soluções¹².

E as soluções promovidas pelo novo urbanismo darão conta de uma alargada gama de fatos e interesses.

Acompanhando a ampliação de funções do Estado Social de Direito, o direito urbanístico passa a compreender finalidades de naturezas múltiplas, tocando questões ligadas ao direito ambiental, ao patrimônio cultural e econômico, formando intersecções interdisciplinares que carecem de desenvolvimento teórico, bem como o abandono de práticas ultrapassadas de gestão das cidades.

a) O urbanismo e a cultura

O processo de coordenação ou integração de interesses no contexto urbano tem origem na mudança a que se assistiu na sociedade ocidental. Desde o século XIX (Revolução Industrial)¹³,

⁸ L.; DANAN, Y.M. **Le Droit de L’urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978. p. 1.

⁹ A expansão das cidades vem em seguida ao fenômeno de esvaziamento dos campos e sobretudo do aumento da população mundial nos últimos dois séculos. Enquanto a população mundial quadruplica após 1850, a população urbana se multiplica por dez. Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 101 e HEYMANN, A. **L’Extension des Villes**. Paris: PUF, 1973.

¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. Vol I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 22.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21.

¹² Em consequência dos fenômenos urbanos verificados hoje, desenvolve-se com grande desenvoltura o direito urbanístico, ambiental e o direito do patrimônio cultural. No contexto dessas disciplinas, é possível analisar a relevância e o desenvolvimento do ordenamento do território, o desenvolvimento sustentável das cidades, os planos urbanísticos na divisão do uso do espaço e os problemas comuns das cidades, entre eles, as questões ligadas à produção dos bens imóveis urbanos – na maioria das vezes voltada para a produção habitacional – e sobretudo às técnicas de renovação confrontadas com os interesses de conservação e preservação do patrimônio cultural arquitetônico.

¹³ A descoberta do tempo, o conhecimento e reconhecimento do passado, a apropriação de setores cada vez mais numerosos e extensos do patrimônio resulta de uma série de rupturas sucessivas. Destacam-se a ruptura do Renascimento, do humanismo, das luzes, com a aparição de correntes filosóficas, necessidade reconhecida de novos estudos, aproximação positiva dos fenômenos, o movimento dos saberes, a confrontação do presente com a antiguidade, tudo que conduz ao tempo do conhecimento. Em seguida aponta a doutrina a Revolução Francesa, que teve efeitos mundiais na estrutura da propriedade. E a terceira ruptura se verifica com a Revolução Industrial, que reforça a necessidade da apropriação do patrimônio cultural e a salvaguarda dos traços do passado. A produção em massa provocou uma ruptura fundamental entre dois períodos da criação humana e conduziu à tomada de consciência de que só o passado pode produzir a beleza. Balzac dizia que “nós temos os produtos, não temos mais as obras”. Assim como Victor Hugo dizia que “a indústria substituiu a arte”. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris: PUF, 1997, p. 21-22.

vivenciamos um processo que se desenrola até hoje de transformação muito rápida, que faz aumentar o nível de concentração urbana. E essa concentração urbana que ocorreu na maior parte das cidades ocidentais implicou destruição de estruturas pré-existentes. Núcleos antigos, antes essenciais para o desenvolvimento econômico da vila, passaram a ser impróprios à circulação ou desapareceram simplesmente para dar lugar ao novo na era funcional das cidades¹⁴. Muitas mudanças foram promovidas para atender a novas realidades urbanas em pouco espaço de tempo. Para construir uma cidade que atendesse à urbanização galopante, promoveu-se a destruição rápida das estruturas do passado. Toda essa ação do homem na busca pelo progresso, “gerou também um mal-estar ou ameaça, que está na origem do desenvolvimento do conceito de patrimônio, entendido como algo que faz parte da nossa memória coletiva e que tem que ser preservado”¹⁵.

Pires¹⁶, em inspirada síntese, anota que a relação da recíproca constitutividade da cultura e da cidade opõe-se a da recíproca destruição. Paradoxalmente, são alguns processos construtivos da cidade que também ameaçam e destroem a cidade cultural, as referências da memória coletiva, as representações de mundo, o patrimônio arquitetônico, estético, histórico, as ambiências e os cenários importantes da vida da comunidade, com repercussão direta ou indireta na geração e no consumo de bens e serviços culturais. De outra parte, é a própria cultura que investe contra a cidade física, impondo a substituição de espaços de sociabilidade, sepultando, pelo inconsciente coletivo, formas e escalas e formando novos mapas de geografia cultural que levam à deterioração espaços consolidados e à emergência de novas centralidades pela relação funcional cultura e espaço, ou seja, pela consagração de novos *locus* de reforço à identidade¹⁷.

Soma-se a essas forças aparentemente antagônicas certa crise da modernidade causada por um mal-estar generalizado, ancorado em um pensamento pós-moderno desordenado e teoricamente confuso.

Fala-se em contenção do crescimento (esquizofrenia da construção e urbanização excessiva do território)¹⁸ e tenta-se resgatar certos valores que podem nos auxiliar na obtenção de algum equilíbrio, na medida em que as mudanças urbanas, tecnológicas e econômicas provocam insegurança, riscos e descontinuidades.

Surge uma inegável preocupação com aquilo que deve ser mantido e reconhecido por seu valor cultural. Resta incontornável desenvolver as noções de herança, de preservação e de sustentabilidade. Tais conceitos passam a ser utilizados nos discursos conservadoristas e sustentam a ideia de que o processo de urbanização deverá respeitar os traços de identidade deixados através dos tempos por aqueles que nos precederam.

Assiste-se a uma verdadeira tomada de consciência de que existe uma relação indissociável entre a produção da cidade e a formação de uma identidade cultural. Ao mesmo tempo em que a

¹⁴ Assim como em Portugal, na década de 1950 tivemos uma “desmensurada fé no progresso tecnológico”, e nessa altura o antigo era considerado obstáculo. O restauro e a conservação, ao lado de uma noção extremamente liberal de propriedade privada, representavam um dispêndio de recursos e técnica que não se justificavam. Era um tempo em que se queria esquecer a história em prol de um grande otimismo no desenvolvimento futuro. A opção era o novo, a cidade nova, que traduzia os paradigmas do espaço aberto, da forma que segue a função da arquitetura moderna. A situação muda nas décadas de 60 e 70 com o advento de uma consciência de que o desenvolvimento logarítmico não era sustentável, e passamos a assistir uma gradual passagem de uma cultura de expansão para uma cultura de requalificação das cidades, a qual se processava através de um desenvolvimento urbanístico de caráter qualitativo e não mais quantitativo. Cf. VENUTI, Giuseppe. **Urbanismo y Austeridad**. Madrid: Siglo XX, 1981. p. 45 e ss.

¹⁵ Cf. CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 30. O mundo contemporâneo, ao procurar a novidade, rompe com o passado próximo e distante, criando para si mesmo uma constante e sofrida nostalgia pelo antigo. Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Actual Regime Jurídico da Protecção e Salvaguarda do Património Arquitectónico Português. Património/Território – Interacções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

¹⁶ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.151, p. 207-230, jul/set, 2001.

¹⁷ O lugar é mais do que um espaço físico onde se cravam estruturas de concreto. Ele dá forma ao tempo e nele sentimos a presença de elementos diversos que se completam, é a vida em seu exercício. Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Contributo para uma Percepção Jurídico-Cultural do Centro Histórico. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 7, p. 67-92, junho, 1997.

¹⁸ Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Contributo para uma Percepção Jurídico-Cultural do Centro Histórico. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 7, p. 67-92, junho, 1997.

cidade se cria por diversos fatores, ela representa uma sociedade, um núcleo humano e expõe uma vida e uma cultura. Forma-se o que se conceitua hoje como “patrimônio cultural”, composto, dentre outros, por bens materiais que se dispersam no território, como é o caso dos bens arquitetônicos, paisagísticos e arqueológicos. Tal patrimônio é composto por propriedades imóveis cujo valor e relevância cultural lhes conferem hoje tratamento especial pela legislação e pela doutrina¹⁹.

No Brasil, o interesse pela cultura repousa em uma legislação nacional que começou a se mobilizar e a despertar em 1933, ocasião em que o Decreto n. 22.928, de 12 de julho conferiu a cidade de Ouro Preto o título de Monumento Nacional²⁰.

As primeiras leis de urbanismo se formalizaram, por sua vez, em 1826, quando foi promulgada a lei de desapropriação por utilidade pública para a execução de obras de comodidade geral e decoração pública. Após, sobreveio a Lei n. 57, de 16 de março de 1836, regulando a desapropriação por utilidade municipal ou provincial para abertura ou melhoramento de estradas, canais, portos aguadas, construções de pontes, ranchos ou servidões e comodidades necessárias ao uso destes objetos; bem como abertura ou melhoramento de ruas, praças, decorações, monumentos, aquedutos, fontes e logradouros públicos (art. 1º)²¹.

Desde o início, as questões do urbanismo passaram indiretamente pelos interesses do patrimônio cultural imóvel. Era da alçada do governo no momento de tratar dos espaços, prezar pela “beleza” da cidade. A questão estética, ainda que secundária, sempre foi de interesse da matéria urbanística.

Ocorre que as disciplinas dos interesses urbanísticos e culturais se desenvolveram separadamente. Apesar de se tocarem mutuamente nas questões ligadas ao patrimônio cultural, suas leis e órgãos técnicos se especializaram. Existe um Ministério da Cultura e um Ministério das Cidades no plano nacional no Brasil, assim como nos demais entes federativos a estrutura se repete, com secretarias estaduais e municipais de desenvolvimento e da cultura.

Atualmente a distinção entre as disciplinas vai se tornando menos acentuada ao se reconhecer que um moderno direito urbanístico passa a assumir dimensões múltiplas do território, tomando em conta, para além dos aspectos físicos, as dimensões dinâmicas, sociais e simbólico-culturais das cidades e do campo²².

A planificação urbana surge, nesse contexto, como uma tentativa de conter as tendências destrutivas e expansivas das cidades, onde se deverá privilegiar uma visão integrada do território que busque harmonizar e articular o espaço construído – antropomorfizado (cidade e campo) – com o espaço natural e cultural, na medida em que tudo integra um ecossistema.

¹⁹ Verificar no direito português, o conceito em NABAIS, José Casalta. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Almedina: Coimbra, 2003, p. 190 e no direito brasileiro a legislação pertinente: Decreto-Lei n. 25/37. O tema será desenvolvido em pormenores na segunda parte deste trabalho.

²⁰ Não se ignoram as anteriores manifestações legislativas que também denotam certa preocupação do governo brasileiro com o patrimônio cultural. Miranda anota que já em 1742 o então vice-rei do Brasil, André de Melo e Castro, Conde de Galveias, escreveu ao governador de Pernambuco, Luis Pereira Freire de Andrade, ordenando a paralização das obras de transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em um quartel para as tropas locais. Em outra ocasião, é possível verificar que o art. 178 do Código Criminal do Império, de 1830, considerava criminosa a conduta consistente em destruir, abater, mutilar, ou danificar monumentos, edifícios, bens públicos ou quaisquer outros objetos destinados à utilidade, decoração ou recreio público. Por outro lado, ainda que se tenham registros de propostas de lei encaminhadas pela Sociedade Brasileira de Belas Artes em 1920 e 1923, somente em 1933 houve expressamente a aprovação do Decreto que tombou a cidade de Ouro Preto. Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 1 e ss.

²¹ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 54.

²² O aspecto *físico* do território diz respeito à sua expressão de ordenação territorial, seu traçado, arruamento, ocupação, configuração de uma relação direta com a terra e com a natureza sob o prisma da horizontalidade, pelos seus cheios e vazios e pela sua verticalidade. A dimensão *dinâmica* da cidade é aquela que se identifica na trama urbana, na sua lógica de mobilidade funcional, estimulada pela cadeia de bens, serviços e rendas, é essencialmente palco de produção econômica. A dimensão *sociológica* é aquela que se verifica na cidade enquanto espaço de representação da conformação ou estratificação social, de expressão das relações sociais de produção e dos correspondentes graus de cidadania. Já a *simbólica* é aquela que diz respeito aos dados de cultura e valor transcendente de materialidade da cidade, é o elemento que integra culturalmente, dá identidade coletiva a seus habitantes e tem um valor de marca e de dinâmica com relação ao exterior. Nesse sentido, PIRES, Maria Coeli Simões. Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 189-217, jul/dez 2001.

O envolvimento entre a disciplina dos solos e a disciplina do patrimônio cultural passa a ser inafastável. O reconhecimento da relevância cultural de bens imóveis localizados nas cidades e no campo está expresso na ordem jurídica dos países e ampliam-se os tratados, cartas e recomendações internacionais que tocam diretamente o tema. O mundo desperta definitivamente para as questões ligadas ao patrimônio cultural, ainda que não seja simples tutelar os bens que o compõe²³.

É assim que, dentro do contexto das cidades contemporâneas, não se poderá deixar de abordar as questões ligadas ao patrimônio cultural existente, uma vez que a cada cidade correspondem uma história e uma identidade a ser preservadas.

b) O direito e a cidade culturalmente preservada

A semelhança das outras ciências, o Direito contemporâneo se debruça sobre as questões do urbanismo, do patrimônio cultural e tende a se especializar. Sua intervenção na disposição espacial do cenário urbano (incluindo o ambiente rural) passa a influenciar decisivamente a vida e o desenvolvimento da cidade. Dentro de um contexto atual em que o Estado intervencionista é chamado a buscar um equilíbrio entre interesses particulares e coletivos, a relação do indivíduo com o solo é vista de maneira diversa daquela encontrada no Estado liberal²⁴. A propriedade passa a ser definida dentro de uma perspectiva social e a relação jurídica estabelecida no direito de propriedade se insere em um novo contexto “público e privado”²⁵.

A evolução dos fenômenos urbanos e a demanda crescente de normas reguladoras que disciplinem o direito de propriedade forjaram um sistema interdisciplinar que envolve a urbe, os fatos econômicos e sociais do crescimento e a renovação das vilas. Todos coadunados com os interesses sociais e culturais de preservação do patrimônio das cidades.

De fato, “os espaços culturais – aquelas zonas onde são possíveis encontrar sinais ou vestígios de cultura material, tais como monumentos, castelos, torres, calçadas, pontes, albufeiras, restos arqueológicos, manifestações arquitetônicas que tenham sido expressão relevante da cultura tradicional de um povo, “cascos” antigos de nossas cidades. Em suma, elementos que no nosso ordenamento jurídico – são considerados como bens integrantes do patrimônio histórico, se encontram imersos na mais ampla problemática do uso do território”²⁶.

A relevância do patrimônio cultural urbano reflete-se sobremaneira nos tratados e convenções internacionais e, entre outras iniciativas, na criação da Unesco, em 1946, “uma organização que estabeleceu entre seus fins a proteção do Patrimônio Cultural dos povos”²⁷. De certo, embora “não sem antecedentes noutras eras, somente no século XX se toma consciência (quer por parte dos

²³ A partir do momento em que se tutela o bem cultural, declarando sua natureza pública e fazendo recair sobre a propriedade um regime diverso, com encargos específicos, passa-se a enfrentar um dos maiores problemas dessa disciplina: a gestão, que importa em conservação, valorização e proteção do patrimônio cultural. Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares. Da “Contemplação da Ruína” ao Patrimônio Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada de Bens Culturais. *RevCedoua*, n. 10, p. 69-93, ano V, 2002. Coimbra, 2003.

²⁴ Com a ampliação do papel do Estado de direito, as funções e os objetivos da administração pública se estenderam. Nesse diapasão, o direito urbanístico se desenvolveu e, assentado na planificação, trouxe instrumentos especiais para a ordenação das cidades. No presente destacaremos os planos diretores e a renovação urbana. Sobre os instrumentos do direito urbanístico, conferir GUIMARÃES, Nathália Arruda. **O papel do município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Ideias, 2004.

²⁵ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional. In: TUBENHLACK, James e BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1001. p. 323.

²⁶ ALONSO IBANEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en la Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. pág. 17. Texto original: “los espacios culturales, esto es, aquellas zonas en donde es posible encontrar huellas o vestigios de cultura material, tales como monumentos, castillos, torreones, calzadas, puentes, embalses, restos arqueológicos, manifestaciones arquitectónicas que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional de un pueblo, cascos antiguos de nuestras ciudades, en suma, elementos que en nuestro ordenamiento jurídico tienen la consideración de bienes integrantes del patrimonio histórico, se encuentran inmersos en la más amplia problemática del uso del territorio.”

²⁷ NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Proteção ao Patrimônio Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 38.

governantes, quer por parte dos cidadãos e grupos de cidadãos) da importância do património cultural e se envidam esforços globais para a sua preservação”²⁸.

A declaração universal dos direitos dos povos expressa em seu art. 14 que “todo povo tem direito às suas riquezas artísticas, históricas e culturais”²⁹.

A importância do património cultural fica ainda explícita ao verificarmos, para além das manifestações internacionais, a importância conferida atualmente à sua salvaguarda nas Cartas Fundamentais e na legislação urbanística do Brasil e Portugal.

A Constituição brasileira assume e delinea um “Estado Cultural”, ao garantir no art. 215 em seção especialmente destinada à cultura: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”³⁰.

Em seguida, no art. 216, a Constituição brasileira define o conteúdo do património cultural brasileiro como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, *portadores de referência à identidade*³¹, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; estabelece a obrigatoriedade do poder público, com a colaboração da comunidade, de promover e proteger o património cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação.

A Constituição portuguesa, por sua vez, refere-se ao património cultural em três momentos ou segmentos da sua ordenação. Numa primeira oportunidade o património cultural integra as tarefas fundamentais do Estado, que passa a assumir o dever de “proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território” (art. 9º, “e”). Isso significa que, dentre as missões elementares do Estado português, ou seja, suas razões de ser, encontra-se a de proteger e valorizar o património cultural do povo português, uma tarefa *lato sensu* concretizada ou explicitada, sobretudo na Parte I, dedicada aos direitos e deveres fundamentais. Aí encontramos, pormenorizadamente, o património cultural (art. 9º, “e”, art. 66º, nº 2, “c”; art. 73, nº 3; art. 78, nº 2, “c”, da Constituição portuguesa)³².

Em se tratando da normativa infraconstitucional especial, destaquemos, no Brasil, o Decreto-Lei n. 25/37, que dispõe acerca das medidas de tutela, proteção, valorização e conservação dos bens culturais em geral. Em Portugal, a matéria é tratada no nível infraconstitucional, entre outras normativas, pela Lei de Bases da Política e do Regime da Proteção e Valorização do Património Cultural, Lei n. 107/2001 de 8 de setembro, normativa que veio revogar a então Lei do Património Cultural português, n. 13/85, de 6 de julho³³.

²⁸ MIRANDA, Jorge. O Património cultura e a Constituição – tópicos. In: **Direito do Património**. Lisboa: INA, 1996. p. 253-277.

²⁹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Património Cultural brasileiro**: Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 2

³⁰ Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

³¹ Vale trazer à referência alguns comentários de Lemaire sobre o património e a identidade cultural nas Américas. Segundo esse autor, a origem da conservação e da restauração do património que se concebe atualmente é europeia. A adoção dessas concepções europeias em matéria de património por outros países de outros continentes, principalmente os países em desenvolvimento é um reflexo do colonialismo que marcou uma página das suas histórias. A questão da identidade que surge de um país colonizado deverá admitir os diversos grupos de povos com suas diversidades culturais, muitas vezes totalmente diversas. A salvaguarda de um património cultural é, a princípio, um testemunho de reconhecimento e de respeito pelos povos que o geraram. Cf. LEMAIRE, R. Patrimoine et identité culturelle. In: VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine amérique latine-europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Facultés universitaire notre-daime de la paix, 1996. p. 299-304.

³² Cf. NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Património Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 33 e ss.

³³ Apontamentos acerca da Lei n.13/85 podem ser encontrados em ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Uma nova lei de bases para o património. **Cadernos de Ciência e Legislação**, Lisboa, n. 24, p. 5-20, jan./mar. 1999 e em BRAVO, Jorge Manuel Almeida dos Reis. Protecção do Património Cultural, Etnográfico, histórico e arqueológico. Notas para uma reflexão. **Revista Mínia**, Braga, n. 4, p. 3-22, 1996. Acerca da atual normativa portuguesa que trata do património cultural daquele país, conferir NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do património Cultural**. Legislação. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2006 e, do mesmo autor, **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004;

No que se refere às normas destinadas ao planejamento territorial, destacamos no Brasil, a Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, que regula o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, disciplinando, ainda, diretivas a serem observadas pelo legislador federal, estadual e municipal, quando da elaboração e aprovação dos planos urbanísticos.

Em Portugal, a legislação urbanística nacional centra-se na Lei n.48/98, de 11 de agosto, em que se estabelece as bases da política de ordenamento do território e de urbanismo e no Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, onde se estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial³⁴. O país ainda dedica dois decretos de grande relevância ao trato da disciplina dos bens culturais urbanos: O Decreto-Lei n. 307/2009 e o Decreto-Lei n. 309/2009, ambos de 23 de outubro.

A importância do patrimônio cultural fica explícita ao verificarmos o espaço concedido atualmente à salvaguarda do patrimônio cultural arquitetônico na legislação mencionada, em ambos os países.

No Brasil, a Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, regula o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, disciplinando, ainda, diretivas a serem observadas pelo legislador Federal, Estadual e Municipal, quando da elaboração e aprovação dos planos urbanísticos.

De acordo com o Estatuto da Cidade, a política urbana³⁵ no Brasil terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”³⁶.

Em Portugal, por sua vez, “os planos urbanísticos constituem instrumentos de tutela de bens culturais com suporte material”³⁷. Assim, traz expressa a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n. 48, de 11 de agosto de 1998), que no artigo 3º, alínea “d”, se refere à defesa e valorização do patrimônio natural e cultural como um dos fins da política de ordenamento do território e de urbanismo, bem como à reabilitação e a revitalização dos centros históricos e dos elementos de patrimônio cultural classificados como um dos objetivos do urbanismo e do ordenamento do território (art. 6º).

Além da legislação nacional, a Convenção de Granada assinada por Portugal e por países da Europa estabelece compromissos para as políticas dos Estados-Membros signatários. Entre eles, o dever de incluir a “proteção do patrimônio arquitetônico nos objetivos essenciais do ordenamento do território e do urbanismo e que garantam que tal imperativo seja tomado em consideração nas diversas fases da elaboração de planos de ordenamento e dos processos de autorização de obras”³⁸.

Para além dos compromissos assumidos na legislação nacional e internacional, Portugal possui um Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I.P. (IHRU), instituto público integrado à administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio. Esse instituto é regulado pelo Decreto-Lei n. 223/2007 e tem por missão “assegurar a concretização da política definida pelo Governo para as áreas da habitação e da reabilitação urbana, de

³⁴ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

³⁵ A Constituição brasileira de 1988 traz em detalhes sobre a realização de políticas públicas, como, por exemplo, nos Títulos VII, VIII e IX. Sua expressão mais frequente é o plano (embora com ele não se confunda), que pode ter caráter geral ou regional. Tais políticas são expressas, comumente, em leis, segundo a tradição normativa brasileira. Mais detalhes sobre as políticas públicas e sua configuração no sistema jurídico brasileiro, conferir: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 133, p. 89-98, ano 34, jan./mar. 1997.

³⁶ Diretrizes gerais dispostas no art. 2º, inciso XII, do Estatuto da Cidade.

³⁷ SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares. Da “Contemplação da Ruína” ao Patrimônio Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada de Bens Culturais. Coimbra. **RevCedoua**, n. 10, p.69-93, Ano V-2.02, 2003.

³⁸ Art. 10º, da Convenção de Granada assinada em 3 de outubro de 1985, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n. 5/91 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República de Portugal n. 5/91, ambos de 23 de janeiro. Antes dela, a Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico de Amsterdã, de outubro de 1975, já considerava que a conservação do patrimônio arquitetônico depende largamente de sua integração no quadro de vida dos cidadãos e da sua consideração nos planos de ordenamento do território e do urbanismo. Cf. Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico, 1975. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 33.

forma articulada com a política de cidades e com outras políticas sociais de salvaguarda e valorização patrimonial, assegurando a memória do edificado e sua evolução” (art. 3º, Decreto-Lei n. 223/2007). As atribuições do IHRU, I.P. traduzem uma coordenação entre salvaguarda do bem cultural imóvel e a gestão territorial, servindo de exemplo para a estrutura brasileira, que não conhece semelhante organização.

Mencionemos, ainda na estrutura de Portugal, o IGESPAR, IP, criado através do Decreto-Lei n. 96/2007 de 29 de março, resultando da fusão do Instituto Português do Património Arquitectónico e do Instituto Português de Arqueologia, incorporando também parte das atribuições da extinta Direcção Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais. Através da Portaria n. 376/2007 de 30 de março foi determinada a organização interna do IGESPAR, IP, bem como aprovados os seus Estatutos. O IGESPAR é o organismo central com jurisdição nacional e tem por missão a gestão, a salvaguarda, a conservação e a valorização dos bens que, pelo seu interesse histórico, artístico, paisagístico, científico, social e técnico, integrem o património cultural arquitetónico e arqueológico classificado no país (art. 3º, Decreto-Lei n. 96/2007).

O IGESPAR encontra similar na ordem brasileira no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), mas aquele possui atribuições mais largas que o seu correspondente brasileiro por atuar como órgão da administração central de Portugal e assumir funções relevantes perante todos os bens culturais do território nacional independentemente da graduação do interesse cultural e relevância (municipal, regional ou nacional)³⁹. O IGESPAR conta com direções regionais da cultura (Decreto Regulamentar n. 34/2007), que compõem um sistema descentralizado da cultura e equilibram o acesso aos serviços daquele órgão em todo o país.

Note-se, portanto, que os Estados brasileiro e português, na medida de suas diversidades e regimes jurídicos próprios, disponibilizam uma ampla rede de instituições e legislação especializadas tanto no domínio do direito urbanístico, quanto no domínio de direito do patrimônio cultural.

Dever-se-á, no entanto, reconhecer também que o dever do Estado suplanta a mera salvaguarda isolada dos bens culturais imóveis. É preciso responder a uma demanda inafastável de conciliação entre o planejamento urbanístico e as políticas de proteção do patrimônio cultural.

Alcançar efetivamente todos os elementos que compõem a noção de salvaguarda do patrimônio cultural (tutela, proteção, conservação e valorização) exige muito mais além da introdução desses bens nos mapas que integram o conteúdo material dos planos diretores, dedicados ao detalhamento das áreas das cidades. Requer que a política de tutela dos espaços considerados culturais esteja coordenada com a gestão da ordenação do território, no mesmo nível que as políticas de conservação do meio ambiente natural, de equipamentos, serviços e infraestruturas, tomando-se consciência de que todas elas, da mesma maneira, devem ser fundamento dos respectivos programas econômicos com o que se pretenda uma utilização racional e equilibrada do território⁴⁰.

³⁹ Os bens a serem classificados em nível municipal devem ser submetidos ao parecer do Governo, notadamente através do órgão especializado da cultura (IGESPAR). Da mesma maneira, os registros de classificação realizados pelos municípios e autarquias autónomas serão comunicados a este mesmo órgão. Segundo o item 1, do art. 93 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, “as Regiões Autónomas e os municípios participam com o Estado na tarefa fundamental de proteger e valorizar o património cultural do povo português, prosseguido por todos como atribuição comum, ainda que diferenciada nas respectivas concretizações e sem prejuízo da discriminação das competências dos órgãos de cada tipo de ente. (...) E na sequência, o item 1, do Art. 94º da mesma Lei dispõe que “A classificação de bens culturais como de interesse nacional incumbe, nos termos da lei, aos competentes órgãos e serviços do Estado, a classificação de bens culturais como de interesse público incumbe aos competentes órgãos e serviços do Estado ou das Regiões Autónomas quando o bem ali se localizar, nos termos da lei e dos estatutos político-administrativos, e a classificação de bens culturais como de interesse municipal incumbe aos municípios. 2 – A classificação de bens culturais pelos municípios será **antecedida de parecer** dos competentes órgãos e serviços do Estado, ou das Regiões Autónomas se o município aí se situar. 3 – Se outra coisa não for disposta pela legislação de desenvolvimento, o silêncio do órgão competente pelo prazo de 45 dias vale como parecer favorável. 4 – Os registos de classificação das Regiões Autónomas serão comunicados ao Estado, e os registos de classificação dos municípios serão **comunicados ao Estado**, ou ao Estado e à Região Autónoma. 5 – A classificação de bens culturais pertencentes a igrejas e a outras comunidades religiosas incumbe exclusivamente ao Estado e às Regiões Autónomas”. Cf. Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

⁴⁰ IBANEZ, Maria del Rosario Alonso. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 21.

Nosso trabalho de pesquisa insere-se nesse contexto fático e prático de nosso tempo. Tratamos de analisar do ponto de vista jurídico e, mais precisamente, do ponto de vista do direito urbanístico, algumas questões ligadas à gestão pública das cidades e à integração sustentável do patrimônio cultural material ali identificado. Parte-se da premissa de que o direito urbanístico atual assume a integração dos diversos interesses coexistentes na dinâmica de uso e mutação do território, tendo como norteador de suas intervenções os princípios e os fins do Estado Social que envolvem, entre outros, a sustentabilidade urbana e o direito à qualidade de vida.

A problemática a ser desenvolvida na presente tese parte da seguinte observação e centra-se em um ponto: *existe uma necessidade premente de integrar as políticas de salvaguarda e gestão do patrimônio cultural às políticas de planejamento territorial*. Nesse sentido, observamos durante o desenvolvimento da tese em que medida a coordenação das políticas mencionadas poderá ampliar o sentido de salvaguarda do patrimônio cultural. Nossa hipótese nuclear é a de que a tutela do patrimônio cultural imóvel poder-se-á realizar por meio do planejamento urbanístico das cidades, especificamente através dos planos diretores municipais. Para além da tutela, abordamos rapidamente qual a viabilidade jurídica atual da proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural a partir da implementação de instrumentos urbanísticos.

O tema privilegia a reflexão acerca dos instrumentos urbanísticos e seu papel diante da identificada necessidade de uma salvaguarda integrada do patrimônio cultural imóvel urbano⁴¹. Parte-se da afirmação de que o Plano Diretor⁴², instrumento central do direito urbanístico, tem por funções a tutela, a proteção, a conservação e a valorização dos bens culturais⁴³, devendo, portanto, estar coordenado com as políticas de preservação do patrimônio para, além disso, constituir por si próprio instrumento de tutela, ainda que na ausência de uma política de preservação especial⁴⁴.

O desenvolvimento do tema se justifica uma vez que a valorização cada vez maior das questões ligadas ao ambiente, aos patrimônios histórico e arquitetônico, à cultura e ao lazer é sintomática de um novo conceito de “qualidade de vida urbana”⁴⁵. Através da salvaguarda do

⁴¹ Hoje verificamos uma enorme explosão no âmbito do que consideramos patrimônio. Patrimônio é tanto a obra de arte, a ruína arquitetônica, como o lugar, o ambiente, o núcleo histórico, ou seja, a cidade histórica e a cidade consolidada. Mas é também patrimônio o território e a paisagem humanizada. O interesse pelo passado alargou-se substancialmente e o “urbanismo qualitativo” de hoje deve absorver tais interesses gerindo a cidade existente. Cf. AGUIAR, José. A Conservação do Patrimônio Urbano e o Lugar das Novas Arquiteturas. In: COUTO, Célia (Coord.) **Estratégias de Reabilitação de Centros Históricos**. Actas da Conferência realizada em 18 e 19 de junho de 1999, no âmbito do 1º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum n. 4. Lisboa: URBE, 2001.p. 27-46 e VENUTI, Giuseppe Campos. **Urbanismo y Austeridad**. Madrid: Siglo XXI, 1981.

⁴² “(...) o plano urbanístico é, precisamente, o instituto fundamental e central do direito do urbanismo. A relação entre o direito do urbanismo e o plano é de tal forma, que é inconcebível este ramo do direito sem plano (relação de necessidade)”. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Instrumentos de Participação Pública em Gestão Urbanística**. Coimbra: CEFA, 2000. p. 10.

⁴³ A função ampla do Plano Diretor decorre da noção de direito urbanístico que abrange o conjunto de normas concernentes à ocupação, uso e transformação dos solos não apenas para fins urbanísticos (de urbanização e de construção), mas também para fins agrícolas, de valorização e protecção da natureza, de recuperação de centros históricos etc. Assim, é contraposta a ideia do urbanismo limitado ao domínio da urbe e sua urbanização. No primeiro sentido, Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. No sentido mais restrito, Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, junho, 1994.

⁴⁴ Ainda que menos frequente, essa via é utilizada em alguns planos diretores municipais portugueses, quando então o legislador local delimita áreas de protecção de uma série de bens com valor cultural representativo, ainda que estes não estejam ainda classificados. A ocorrência dessa medida é de extrema importância e garante a tutela de bens ameaçados, sobretudo os arqueológicos. Em seguida, desenvolveremos o tema com mais detalhes e para já trazemos à colação o exemplo do plano diretor de Oliveira do Hospital, que integra na categoria de “imóveis notáveis e sítios arqueológicos” todos os elementos patrimoniais “de relevante significado (...) classificados ou não” (art. 52). Cf. RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Património. Inquérito aos PDMs de “1ª geração”. **Al-madan**, Almada, série II, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003.

⁴⁵ O conceito de “qualidade de vida urbana” passa necessariamente por reflexões acerca da sua sustentabilidade. Como bem enuncia Hughes, “humanity’s numbers, styles of living and needs for adequate provision of food, shelter, employment, recreation, and that elusive concept ‘quality of life’, have to be considered globally, not in isolation, and in relation to the ability of the planet and its atmosphere to meet the demands made upon it”. Cf. HUGHES, David (et al.). **Environmental Law**. 4. ed. London: Butterworths Lexisnexis, 2002. p. 20. Conferir, ainda, doutrina portuguesa: “a qualidade de vida é um resultado, uma consequência derivada da interação de múltiplos fatores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas e que se traduz primordialmente numa situação de bem-estar físico, mental, social e

patrimônio cultural, contribui-se para a plenitude da realização da dignidade da pessoa humana⁴⁶. Manter o patrimônio cultural intacto integra também o conceito de desenvolvimento sustentável e importa em solidariedade intergeracional⁴⁷ a ser assumida pela sociedade de hoje em benefício dos que virão a seguir⁴⁸.

1.1. Do Método

A ciência é uma atividade metódica, embora não seja a única. Segundo Comparato, “o sentido primigênio de método radica-se em *hodos*, isto é, via ou caminho, com o prefixo *meta* indicando ligação ou sequência”⁴⁹. E, a partir da etimologia, conclui o significado do termo: é “no campo intelectual, a ordenação do pensamento, a investigação racional, a pesquisa”. Na pesquisa, o principal método utilizado foi o fenomenológico-hermenêutico. Afinal, o direito é uma ciência (ou prudência?) interpretativa de fatos e normas, segundo valores e a hermenêutica é o trabalho de entender significações.

cultural, no plano individual, e em relações de solidariedade e fraternidade no plano colectivo”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Nota I ao artigo 66º: AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363. Ainda sobre a qualidade de vida urbana, conferir o projeto Cidades Sustentáveis, estabelecido em 1990 pelo UNCS (United Nations Centre for Human Settlements – Habitat). Projeto Cidades Saudáveis, estabelecido pela Organização Mundial de Saúde em 1991 e a Agenda 21 local, que se refere à qualidade de vida urbana no Capítulo 28. Conferir, ainda, conceitos e análises das cidades portuguesas em: MENDES, José F.G. (et al.). **Contribuições para o Desenvolvimento Sustentável em cidades portuguesas e brasileiras**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 3-30.

⁴⁶ Nesse sentido, também assume expressamente a Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, lei portuguesa que estabelece as bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, em seu art. 3º, onde se afirma como tarefa fundamental do Estado a salvaguarda e valorização do patrimônio cultural como “instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana, objeto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais.” (art. 3º, “1”). Cf. NABAIS, José Casalta ; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Património Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 223 e ss. Nesse sentido, também comentários de ARAÚJO, Fernanda. O Actual Regime Jurídico da Protecção e Salvaguarda do Património Arquitectónico Português. Património/Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

⁴⁷ Essa transmissibilidade assenta-se no princípio da equidade ou da solidariedade intergeracional estruturada pela professora Edith Brown Weiss, da Universidade de Georgetown, em Washington. Segundo Weiss, a equidade deve nortear as relações entre as gerações (justiça entre presentes, pretéritas e futuras gerações) e entre as comunidades que hoje vivem no planeta (justiça entre comunidades contemporâneas). Dito de outra forma, à ética da solidariedade sincrônica (entre as gerações atuais) somou-se à solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Cf. WEISS, Edith Brown. **O Direito da biodiversidade no interesse das gerações presentes e futuras**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero8/confer%C3%Aancia.htm>>. Acesso em 11 mar. 2008. Nesse sentido, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos e das gerações futuras, firmada pela Unesco, em Laguna, dia 26 de fevereiro de 1994: “4. Considerando que as decisões tomadas hoje devem ter em conta as necessidades e interesses das gerações futuras; (...) 6. Tomando como objetivo estabelecer novos vínculos equitativos e globais, de solidariedade entre as gerações; 7. Considerando que a vida humana digna de ser vivida sobre a terra, só será possível de forma duradoura se desde agora se reconhecerem às pessoas pertencentes às gerações futuras certos direitos que lhes permitam ocupar o lugar que lhes corresponda na cadeia da vida, sem ter que suportar as consequências dos atentados, às vezes irreversíveis, à liberdade, igualdade e fraternidade dos seres humanos, cometidos no passado; 8. considerando que tais direitos reconhecidos às pessoas pertencentes às gerações futuras está justificada pela indispensável solidariedade entre as gerações e pela unidade entre o passado, presente e o futuro do gênero humano; 15. Propõe-se solenemente, a presente Declaração universal dos direitos humanos das gerações futuras para sua adoção e prática por todos os povos e todas as nações. (...) Artigo 7. Direito à conservação e transmissão dos bens culturais. As pessoas pertencentes às gerações futuras tem direito a disfrutar os bens culturais que estão formados por elas contribuições de todas as culturas do mundo. Seus elementos constitutivos devem ser preservados em seu marco e transmitidos às gerações futuras como patrimônio comum da humanidade.”

⁴⁸ Nesse sentido, também a legislação portuguesa, que assume como tarefa fundamental do Estado a salvaguarda e valorização do patrimônio cultural, de maneira que se transmita uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações num percurso civilizacional singular (art. 3º, “1”, Lei n. 107/2001).

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o método do ensino jurídico. São Paulo, **Revista da FADUSP**, Vol. LXXIV, 1979, p. 119-138.

Em se tratando de uma tese jurídica, buscamos esgotar as fontes principais que correspondem à legislação pertinente ao tema em vigor, a jurisprudência recente e a doutrina atual.

O critério para a busca e esgotamento das fontes centrou-se na opção que adotamos pelo desenvolvimento do tema no contexto da Ordem Jurídica Brasileira, destacada no trabalho em confronto com os instrumentos comparáveis em alguns sistemas jurídicos ocidentais da Europa, em especial e significativamente os da ordem portuguesa. A comparação e a busca de fontes estrangeiras se fazem, assim, com o fim de enriquecer a abordagem, sem, no entanto, pretender esgotar as questões envolvidas no contexto português. Ao mesmo tempo, com menor extensão, busca-se promover microcomparações⁵⁰ em relação a alguns países europeus no passar de todos os capítulos, sem a pretensão de esgotar a matéria e suas repercussões no contexto jurídico de cada um deles.

O método comparativo⁵¹ – de confrontos constantes e paralelos sincrônicos e diacrônicos – envolve não só direitos estrangeiros, em que o planejamento urbanístico local é largamente estudado e praticado, mas também os direitos originados de acordos internacionais, tendo em vista o desenvolvimento mundial da salvaguarda do patrimônio cultural imóvel e sua repercussão nas ordens jurídicas, brasileira e portuguesa.

No que se refere à estrutura e exposição temática, a tese se divide em três títulos: o primeiro é dedicado ao tema Urbanismo e à construção do Direito Urbanístico, o segundo trata da teoria do direito do patrimônio cultural e o terceiro do planejamento e da análise de planos que comprovem ou refutem nossa tese.

Tentar-se-á demonstrar, ainda que rapidamente, no Capítulo I, do Título I, as origens históricas e sociológicas de certas opções legais dos países sob análise, sobretudo as raízes da exclusão urbana e cultural no Brasil. A pesquisa histórica visa a traçar um paralelo entre os países, unidos pelo descobrimento e pela colonização. Resta esclarecer que a abordagem histórica e sociológica é feita modestamente, sem a pretensão de estabelecer conclusões nessa matéria, que vai além da nossa competência.

O Capítulo II, do Título I abordará o direito urbanístico enquanto ciência jurídica, procurando expor o atual sistema brasileiro, seus princípios e posição científica.

O Capítulo III, do Título I trata de instituto central do trabalho: o direito de propriedade e seu atual perfil no Estado de Direito Social, considerando-se as teorias da função social da propriedade e os condicionamentos de ordem pública que poderão atingi-lo.

O Capítulo IV, do Título I apresenta a estrutura jurídica e orgânica do direito urbanístico no Brasil e em Portugal, a fim de estabelecer um paralelo entre os dois países no tratamento da disciplina do uso do solo.

O Título II volta à questão do patrimônio cultural. O Capítulo I delinea o que é o patrimônio cultural e os diversos elementos que compõem a sua salvaguarda (tutela, proteção, conservação e valorização), bem como algumas questões teóricas que ligam o direito do patrimônio cultural ao direito ambiental e urbanístico. Os desenvolvimentos do Capítulo I, Título II são centrais para as afirmações que realizamos durante todo o trabalho. Trata-se de um núcleo conceitual. As noções que ali assumimos repercutem, portanto, em todos os títulos da tese.

O Capítulo II, do Título II traça o perfil da salvaguarda primária e secundária do patrimônio cultural. Identifica os principais instrumentos de salvaguarda dos bens culturais imóveis, abrindo espaço para as questões envolvendo o plano diretor enquanto meio primário e secundário de tutela.

No Título III enfrentamos a hipótese geral e central da tese. Nos Capítulos I, II e III apresentam-se o sistema de planificação territorial brasileiro e, em destaque, o plano diretor municipal, esmiuçando suas funções e seu papel face ao patrimônio cultural imóvel. O Capítulo IV desse mesmo título conclui teoricamente acerca da tese proposta, apresentando o plano como via de tutela primária

⁵⁰ Existem, evidentemente, instituições de direito comuns a todos os países ocidentais e também instituições peculiares de um ou outro país e, entretanto, só aquelas são comparáveis. Nas instituições urbanísticas comuns destacam-se os planos urbanísticos “como expressão do planejamento urbano que constitui o princípio nuclear da atividade urbanística do Poder Público”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Instituições de Direito Urbanístico no Direito Comparado*. Apud: CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. 349 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997. p. 24.

⁵¹ Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.

do patrimônio cultural imóvel. Nesse mesmo capítulo realizamos uma rápida análise das leis municipais que instituem planos diretores brasileiros e portugueses e as conclusões do trabalho.

Passemos, assim, aos desenvolvimentos do presente Capítulo I, enfrentando a teoria do urbanismo, lembrando que durante todo o Título I realizaremos análises teóricas circunstanciais na medida em que estas darão suporte às análises e ao desenvolvimento das problematizações próprias dos títulos seguintes.

2. A Cidade e o Urbanismo

2.1. A Cidade

A cidade tem sido palco das realizações humanas mais relevantes. Desde o passado, na altura das cidades medievais ou na criação ainda anterior das primeiras aglomerações humanas⁵², a história universal tem sido a história das cidades⁵³. É ela que representa o resultado do estágio mais complexo de relações intersubjetivas do homem. Sua trajetória é marcada pelo crescente desequilíbrio com o campo, em que este, com o passar do tempo, resta resignado⁵⁴ a servi-la⁵⁵. É a cidade que, além de chamar para si o posto nuclear dessa relação, tende à expansão livre por sobre o espaço rural⁵⁶, sem muros que os separem.

Ao pretendermos, entretanto, expor um dos principais elementos do presente estudo, a dificuldade de sua definição é logo encontrada. Devido a sua diversidade, resta comprometido um conceito que inclui sobre o mesmo título uma *polis* grega e uma cidade medieval, assim como uma vila cristã se apresenta diversa de uma medina muçulmana e, da mesma forma, uma cidade como Ouro Preto nada tem a ver com metrópoles como São Paulo e Nova Iorque.

Ao recorreremos aos conceitos conferidos por sábios de diversas épocas, podemos confirmar ainda mais a polissemia do termo “cidade”. Aristóteles dizia que

uma cidade é um certo número de cidadãos, pelo que devemos considerar a quem há que chamar cidadãos e quem é o cidadão. (...) Chamamos, pois, cidadão de uma cidade àquele que possui a faculdade de intervir nas funções deliberativa e judicial

⁵² As cidades e as civilizações surgiram praticamente na mesma época. Como o desenvolvimento da técnica de cultivo e de domesticação dos animais, o homem deixou a sua vida nômade, de procura constante por alimentos, para se estabelecer em locais fixos. Nesses primeiros núcleos urbanos, que surgiram por volta de 10.000 a.C., iniciou-se um processo de desenvolvimento tecnológico, com o aprimoramento dos métodos agrícolas e o surgimento de uma nova forma de relação entre os homens. Cf. LACAZE, Jean-Paul. **A cidade e o urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.; HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. São Paulo: Papyrus Editora, 2004; COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵³ CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 9.

⁵⁴ Ligada à expansão topográfica das cidades está o estabelecimento de uma relação orbital com o campo, que atende à demanda do núcleo urbano e é atraído por este. É assim que a população rural aflui às cidades em busca de novas condições de vida, deixando os campos após a industrialização, caracterizando uma verdadeira revolução geral da maneira de viver, de pensar, de comunicar e, enfim, em todos os aspectos informadores de uma civilização. FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. A actuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 13.

⁵⁵ “A cidade é o local permanente de moradia e trabalho, se implanta quando a produção gera um excedente, uma quantidade de produtos além das necessidades de consumo imediato. O excedente é, ao mesmo tempo, a possibilidade de existência da cidade – na medida em que seus moradores são consumidores e não produtores agrícolas – e seu resultado – na medida em que é a partir da cidade que a produção agrícola é impulsionada. Ali são concedidas e administradas as grandes obras de drenagem e irrigação que incrementam a produtividade da terra; ali se produzem as novas tecnologias do trabalho e da guerra.” Cf. ROLNIK, Raquel. **O que é Cidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995. p. 16.

⁵⁶ Cf. MORAIS, Paula Cândida Pereira. Urbanizar o Campo ou Ruralizar a Cidade? Alguns tópicos para uma reflexão crítica sobre a influência do binómio urbano/rural na distribuição da população no território. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, p. 65-73, ano VI, 2003.

da mesma e cidade, em geral ao número total destes cidadãos, bastante para as necessidades da vida⁵⁷.

Para Ortega y Gasset, “a cidade é uma tentativa de secessão feita pelo homem para viver fora e frente ao cosmos, do qual aproveita porções escolhidas e delimitadas”⁵⁸. A base da definição de cidade é a diferenciação extrema entre cidade e natureza, considerando aquela como uma criação abstrata e artificial do homem. Sua análise é comprometida com o tipo de cidade clássica e mediterrânea, a cidade política, a urbe e sua praça, a ágora e o espaço político e diante dessa cena artificial confronta-se o espaço agrícola. Esse modelo insere no núcleo da cidade a vida pública, a praça, no sentido da *civitas* latina ou da *polis* grega. É a praça pública o ponto relevante. Contrapõe-se radicalmente ao estilo de cidade islâmica, onde o referencial religioso faz levar ao extremo a defesa da vida privada, dando à cidade uma fisionomia especial. A “vida de harém” condiciona a organização da casa muçulmana que convida a uma vida reclusa, em que os pátios internos são mais relevantes do que as fachadas que dão para a rua⁵⁹.

Muitos outros tentaram conceituar “cidade”, porém, tais definições não serão aqui reproduzidas, uma vez que são reconhecidamente inesgotáveis. Chamamos atenção, sobretudo, para o fato de que, o conceito de “cidade” sempre se constrói e se opor ao sentido de “meio rural”, ainda que tal oposição não exclua a interdependência existente entre eles.

Da mesma forma, as ideias e representações da cidade variam de acordo com a história, os costumes e o direito de cada sociedade. Sua definição, por vezes, se dará de forma comprometida, pois são diversas as visões e distintos os critérios que cada ciência⁶⁰ utiliza para designá-la.

Um economista tende a destacar as atividades econômicas e suas relações com aglomerados vizinhos e um arquiteto utilizará de critérios relacionados às técnicas e ao número de construções. A Geografia tradicionalmente define cidade como uma forma de povoamento, entidade individualizada, com certa dimensão e densidade, onde se desenrola um conjunto expressivo e diversificado de atividades⁶¹. O conceito pode incluir a *forma* de ocupação do território, as *atividades econômicas* desenvolvidas no seu interior e o *modo de vida dos habitantes*⁶², cada um desses vetores adquirindo sentido, principalmente, em comparação e oposição com o mundo rural.

Várias foram as civilizações que se podem caracterizar como urbanas porque usaram a cidade como seu expoente cultural e forma de organização e domínio dos restantes territórios. Entretanto, somente após a Revolução Industrial o essencial do processo produtivo passa para as cidades e, por isso, a interdependência da estrutura espacial urbana e do modo de produção é agora maior e generalizada, expandindo-se por todo o planeta⁶³.

⁵⁷ ARISTÓTELES. Política. Livro III, Cap. I. Apud. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 10.

⁵⁸ GASSET. Obras Completas. II. Apud. . CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 11.

⁵⁹ CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 13-14.

⁶⁰ O estudo da cidade é um tema amplo e difuso. “Pode estudar-se a cidade sob um número infinito de ângulos. O da história: ‘a história universal é história de cidades’, disse Spengler; o da geografia: ‘a natureza prepara o local e o homem organiza-o de maneira a satisfazer as suas necessidades e desejos’, afirma Vidal de la Blache; o da economia: ‘em nenhuma civilização a vida das cidades se desenvolveu independentemente do comércio e da indústria’, Pirenne; o da política: a cidade, segundo Aristóteles, é um certo número de cidadãos; o da sociologia: ‘a cidade é a forma e o símbolo de uma relação social integrada, Mumford; o da arte e arquitetura: ‘a grandeza da arquitetura está ligada à cidade, e a solidez das instituições costuma avaliar-se pela dos muros que as protegem’, Alberti. E não são estas as únicas perspectivas possíveis, porque a cidade, a mais compreensível das obras do homem, como disse Walt Whitman, engloba tudo, e nada do que se refere ao homem lhe é estranho. (...) Tudo que afeta o homem, afeta a cidade (...)” Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 9.

⁶¹ SALGUEIRO, Teresa Barata. **A Cidade em Portugal**. Uma Geografia Urbana. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999. p. 26.

⁶² Wirth, no seu texto clássico, defendia que o modo de vida urbano, sendo um produto da cidade, não era exclusivo desta, pois difundia-se progressivamente no território, atingindo os habitantes das regiões mais recônditas por influência do rádio e da televisão. Cf. WIRTH, L. **Urbanisme as a way of Life**, 1938. Apud SALGUEIRO, Teresa Barata. **A Cidade em Portugal**. Uma Geografia Urbana. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999. p. 27.

⁶³ SALGUEIRO, Teresa Barata. **A Cidade em Portugal**. Uma Geografia Urbana. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999. p. 28.

Culminando na complexidade característica da sociedade urbana pós-revolução industrial, a cidade se apresenta, como mencionado, tal qual fato e objeto de estudos de diversas naturezas. De certo, “se a sociedade industrial é urbana, a cidade é seu horizonte”⁶⁴. Sua diversidade é uma das características mais marcantes. É o que lhe imprime contorno e ritmo únicos. A imagem da cidade é composta de um sem número de traços, linhas, cores, sinais gráficos, sons, sotaques, letras, roupas, números, cheiros, frases, massas, volumes, movimentos etc. É aqui o lugar onde convivem as relações capitalistas: a religião com a ciência, a família com o individualismo crescente, o isolamento individual com a comunicação internacional. E, em termos de espaço físico, centros construídos com periferias vazias, arranha-céus com favelas, palacetes com cortiços, avenidas com praças. Arquitetura tradicional e de estilo convivem lado a lado com a ultramoderna. E, principalmente, a cidade é o lugar onde convivem pobres e ricos, velhos e jovens, mendigos e doutores, católicos e protestantes, ateus e macumbeiros, gregos e baianos, o empresário e o funcionário, o operário e o ladrão. Na cidade, a cultura até mesmo cria a natureza. Parques florestais, praças, bosques, jardins estão presentes apenas onde o homem deseja ou permite. Tudo isto dificulta uma definição do que seja a cidade. Levando-se em conta tamanha diversidade, a cidade realmente existe como totalidade e pode ser pensada como categoria antropológica? Como fato social? Como fato histórico? Como fato arquitetônico? Como fato jurídico? Como uma variável explicativa dos fenômenos que abriga? Como se define, então, a cidade?

Ainda que sem pretendermos alargar sobremaneira o objeto do estudo aqui desenvolvido, consideramos interessante para a compreensão dos elementos jurídicos que envolvem o tema a exposição, em um primeiro momento, de algumas ideias sobre a cidade desenvolvidas do ponto de vista sociológico.

Tentaremos, ainda que superficialmente, explorar os conceitos trazidos pelos autores que pensam a cidade como uma variável dependente, que não se autoexplica, uma vez que ela não é uma totalidade, mas apenas a objetivação de uma totalidade maior na qual se insere. Estes autores geralmente estão interessados em fatores históricos e estudam a cidade como produto de diversas causas econômicas, políticas e sociais. De acordo com diferentes circunstâncias e forças históricas, existiriam cidades de tipos diferentes (portos, santuários, industriais etc), desempenhando funções ligadas às áreas nas quais estão inseridas. Entre os autores que aderem a essa perspectiva, seria suficiente citar Karl Marx e Max Weber, por sua importância e influência nas ciências sociais. Apesar de suas divergências teóricas, ambos caracterizam a cidade ocidental como um lugar de mercado. Analisaremos também nesse sentido, ainda que rapidamente e pela relevância das obras produzidas sobre o fenômeno urbano, Lefebvre e outros autores que contribuíram para alargar o que se pode compreender por cidade.

Lefebvre⁶⁵ definiu a cidade como a projeção da sociedade sobre um dado território, “centros de vida social e política, onde se acumulam não apenas riquezas, como também os conhecimentos, as técnicas e as obras (obras de arte, monumentos)”. Para o referido autor, o conceito de cidade pertence à história⁶⁶:

“é uma categoria histórica. A cidade, como tal, faz parte das condições históricas, implicadas no capitalismo. Ela resulta da destruição das formações sociais anteriores e da acumulação primitiva do capital (que se completa nela e por ela). Ela é *coisa social*, na qual são evidentes (tornam-se sensíveis) relações sociais que, tomadas em si, não são evidentes. De forma que é necessário concebê-las pelo pensamento, a partir de sua relação concreta (prática).”

A cidade é o “urbanizado”⁶⁷, é o contraponto do rural, é aquilo que se verifica sobre o “tecido urbano”⁶⁸.

⁶⁴ CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 1.

⁶⁵ LEFEBVRE, Henry. **O direito à Cidade**. São Paulo: Editora Centauro, 2001. p. 4.

⁶⁶ LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999. p. 140.

⁶⁷ “Urbanização” é o termo utilizado para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. É um fenômeno de concentração urbana. Cfr. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico**

Weber, por sua vez, no texto *Conceito e Categorias da Cidade*⁶⁹ observa vários tipos de cidade que existiram no passado e mostra suas diferentes origens, enfatizando a importância do mercado para seu desenvolvimento. Nesse ensaio ele formula um conceito que é construído por uma série de circunstâncias ou pré-requisitos necessários para o desenvolvimento das cidades.

Resumindo o conceito weberiano, a existência da cidade implica a existência de uma comunidade com alto grau de autonomia, tanto no fator objetivo (mercado, fortificação, exército, tribunal e direito ao menos parcialmente próprio), quanto no fator subjetivo, como um "conjunto de lealdades".

Para Weber, a cidade é pré-condição da existência do capitalismo e pressuposto de seu desenvolvimento. Ele chega a afirmar que uma das razões de o capitalismo não ter se desenvolvido no Oriente foi justamente a ausência de cidades definidas de acordo com seu modelo. À medida, entretanto, que as cidades são incorporadas a Estados nacionais, elas não podem mais ser captadas com uma totalidade, porque são absorvidas numa unidade mais ampla. E isso leva a uma situação em que a cidade significa uma comunidade relativamente autônoma, enquanto, por outro lado, ela se torna parte integral de sociedades mais abrangentes. Por isso, Weber descartou a relevância de uma sociologia das comunidades urbanas. Já que, para ele, embora a cidade moderna tenha se originado da comunidade relativamente autônoma de "burgueses livres", que existiu no período de transição do feudalismo para o capitalismo, essas comunidades perderam rapidamente sua independência para se tornarem os alicerces do Estado nação. Desse modo, as cidades deixariam, para Weber, de proporcionar a base da experiência social total que caracterizou a "associação de comunidade", dando lugar, em vez disso, a uma estrutura social muito além da área urbana, deixando de ser, portanto, uma unidade relevante para a análise sociológica.

Marx, por sua vez, afirmou que a economia urbana requer um processo prévio de divisão social do trabalho. No caso das cidades europeias da Idade Moderna, isto significou o desenvolvimento de um novo padrão de exploração, que substituiu o sistema estamental pelo de classes sociais. Isto requereria homens livres, no sentido de que, de um lado, deveria haver pessoas não sujeitas aos laços da servidão e que, portanto, pudessem vender sua força de trabalho e, de outro, uma classe burguesa (portanto livre da dominação de senhores feudais) que estivesse disposta a comprar e usar tal força de trabalho. Para Marx, é apenas nas cidades que esses dois novos atores sociais se encontram e interagem.

O desenvolvimento do modo de produção capitalista, como descreve Marx em *O Capital*, aconteceu (após o aparecimento prévio do capital através do comércio no mundo do século XVI) por meio das transformações que ocorreram nas cidades, onde as manufaturas foram eliminadas pelas fábricas às quais os servos pediram empregos depois de serem expulsos ou fugirem do campo.

Nesse sentido, também para Marx, a cidade é um mercado, uma vez que ela contém a "população exigida pelo aparelho produtivo e o exército de reserva que a burguesia requer a fim de comprimir os salários e dispor de um 'volante' de mão-de-obra. Mercado de bens e de dinheiro (dos capitais), a cidade também se torna o mercado de trabalho (da mão-de-obra)"⁷⁰.

Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21. Observando outros critérios, Lobi define "Urbanização" como ato de adaptação do espaço natural ao homem e à sua medida, arrumando as suas instalações, o qual implica uma consciência coletiva de preparação do espaço comum de uma comunidade, através da realização de obras, tais como a modelação do terreno, a sua pavimentação e suporte (estabilidade), a infraestrutura e o seu equipamento social. Cf. LOBO, Manuel da Costa. Noções fundamentais. Conceitos técnicos. Habitação e seus Espaços de Vivenda. In: AMARAL, Diogo de Freitas.

Direito do Urbanismo. Lisboa: INA, 1989. p. 18. Ainda em termos conceituais atuais, urbanização possui dois significados distintos. Por vezes é considerada a ação de urbanizar, de criar as cidades ou de estender o espaço urbano. Mais frequentemente é considerada como a concentração crescente nas cidades e nas aglomerações urbanas. Cf. MERLIN, Pierre; CHOAY, Françoise. *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*. Paris: Puf, 2005. p. 910.

⁶⁸ O tecido urbano corresponde a uma metáfora. As palavras designam uma espécie de proliferação biológica e uma espécie de rede de malhas desiguais que deixam escapar setores mais ou menos amplos, lugarejos ou aldeias, regiões inteiras. Ele é o suporte de viver de uma sociedade urbana. Cf. LEFEBVRE, Henry. *O direito à Cidade*. São Paulo: Editora Centauro, 2001. p. 11.

⁶⁹ WEBER, Max. *Conceito e Categorias da Cidade*. In: VELHO, Otávio G.(Org.) *O Fenômeno Urbano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. p. 68-90.

⁷⁰ Para Marx, a raiz de uma sociedade é a forma como a produção social de bens está organizada. Esta engloba as forças produtivas e as relações de produção. As forças produtivas são a terra, as técnicas de produção, os instrumentos de

Assim, se a cidade industrial capitalista representa o encontro de indivíduos que compartilham uma situação de libertação do sistema feudal, para Marx, ela expressa as condições mais fundamentais de alienação do homem.

Apesar das divergências entre Marx e Weber serem profundas e fundamentais, é preciso reter-se ao fato de que os dois analisaram a cidade historicamente e mostraram, de maneiras diferentes, que, na tradição ocidental, a cidade tem sido o ponto de convergência de processos diversos. Eles mostram que historicamente cidade e política nasceram, na tradição ocidental, como conceitos e realidades inter-relacionadas. De resto, etimologicamente, as ligações são claras: *civitas* e *polis* são as raízes em distintos idiomas para expressar, ao mesmo tempo, um modo de habitar e uma forma de participar: civismo e política.

Uma vez que se reconhecia que as cidades deviam ser compreendidas historicamente como partes integrantes de sociedades mais abrangentes, era possível discutir a importância da vida urbana para os diferentes fenômenos sociais.

Havia, entretanto, quem pensasse de forma diversa. Outras ideias e manifestações de cidade foram desenvolvidas em contraposição aos pensamentos de Marx e Weber. Explicitaremos algumas, rapidamente.

Como fenômeno social, uma das tendências mais fortes (conhecida como Escola de Chicago) entre as teorias sobre a cidade foi justamente a que a considerava como uma variável independente, sendo a cidade entendida como uma "força" social capaz de gerar, por sua influência, diferentes efeitos na vida social. Os autores que compartilhavam essa teoria, entre os quais se destaca Wirth⁷¹, consideravam o modo de vida a que ela (a cidade) daria origem como sua principal consequência, concedendo forte valor explicativo ao urbano em si na análise dos diversos fenômenos que ocorrem em seu interior.

Wirth acreditava (como Simmel⁷²) que o estabelecimento de cidades implicava o surgimento de uma nova forma de cultura, caracterizada por papéis altamente fragmentados, predominância de contatos secundários sobre os primários, isolamento, superficialidade, anonimato, relações sociais transitórias e com fins instrumentais, inexistência de um controle social direto, diversidade e fugacidade dos envolvimento sociais, afrouxamento nos laços de família e competição individualista.

O antropólogo Redfield⁷³, por sua vez, opunha uma sociedade *folk* a uma urbana e acreditava que existissem variações contínuas entre elas, aumentando ou diminuindo de um pólo para outro de seu continuum. Para ele, as consequências do deslocamento em direção ao extremo urbano de seu continuum eram a desorganização da cultura, a secularização e o individualismo. A urbanização enfraqueceria ou destruiria os firmes laços que ele pensava que integrassem os homens em uma sociedade rural e criava uma cultura urbana caracterizada pela fragmentação de papéis sociais e um comportamento mais secular e individualista.

Por trás dos modelos de Wirth e Redfield encontra-se a oposição culturalista⁷⁴ entre o tradicional e o moderno. Mas as limitações dessa abordagem os impede de perceber que se a cidade é o contexto onde tais fenômenos ocorrem, eles são gerados pelo desenvolvimento da industrialização capitalista que acontece nas cidades. Confundem-se, nesta abordagem, cidade e sistema produtivo.

trabalho, as matérias-primas e o maquinário. Enfim, as forças que contribuem para o desenvolvimento da produção. O Socialismo de Marx e de Engels deixava de ser "utópico" para se tornar "científico". Suas ideias foram inicialmente expostas no texto do *Manifesto Comunista*, lançado em 1848 na França, no livro *O Capital*, publicado em 1867 e em numerosos outros escritos. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 19.

⁷¹ WIRTH, Louis. O Urbanismo como Modo de Vida. In: VELHO, Otávio G. (Org.) **O Fenômeno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. p. 97-123.

⁷² Cf. SIMMEL, Georg. **Coleção Grandes Cientistas Sociais**, São Paulo: Ática, 1985; SIMMEL, Georg. A Metrópole e a Vida Mental. In: VELHO, Otávio G (Org.) **O Fenômeno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. p. 11-25.

⁷³ Cf. REDFIELD, Robert. **The Folk Culture of Yucatán**. Chicago: University of Chicago Press, 1941.

⁷⁴ Verificar em Técnicas do Urbanismo, a seguir.

Para Park⁷⁵, a cidade é algo mais do que um amontoado de pessoas individuais e de conveniências sociais, ruas, edifícios, luz elétrica, linhas de ônibus, telefonia, etc; algo mais também do que uma mera construção de instituições e dispositivos administrativos – tribunais, hospitais, escolas, polícia e funcionários civis de vários tipos. De acordo com Weber⁷⁶,

é comum a todas representá-la por um estabelecimento compacto (ao menos relativamente), como uma localidade e não casarios mais ou menos dispersos. Nas cidades, as casas estão em geral muito juntas, atualmente, via de regra, com as paredes encostadas. (...) para a palavra cidade outras características puramente quantitativas, quando diz, por exemplo, que se trata de uma grande localidade. (...) Se tentássemos definir a cidade do ponto de vista econômico, então teríamos de fixar um estabelecimento cuja maioria dos habitantes vive do produto da indústria ou do comércio e não da agricultura.

Assim, uma cidade pode ser aquilo que dela se vê ou se entende, como mostrou, literariamente, Ítalo Calvino em *As cidades invisíveis*⁷⁷. É curioso observar que, para além das interpretações sociológicas, históricas e culturais, o vocabulário “cidade” também é impreciso: em inglês, *town* e *city*, em francês *ville* e *cit * correspondendo à distinção do latim *urbs* (território físico) e *civitas* (comunidade de cidad es), no Brasil, “vila” e “cidade”. A diversifica o, em francês, entre *cite* e *ville* está na base da famosa passagem do Livro I, Capítulo VI do Contrato Social⁷⁸, em que Rousseau distingue o burgo da cidade para dizer que as casas formam o burgo e os cidad es fazem a cidade – então, afirmar que o verdadeiro sentido dessa palavra “quase que se perdeu inteiramente entre os modernos”. Daí, a ideia abrangente de espaço urbano, de aglomera o urbana e, mais amplamente ainda, de assentamentos humanos, o urbanizado etc, onde o sentido e pertinência se perdem, porque “o habitante dos grandes aglomerados não mais apreende o conjunto urbano”.

2.2. Cidade x Campo

As defini es de cidade são infindáveis, assim como as ciências que se ocupam de analisá-la como fen meno em si e seus reflexos. E, se até mesmo o conceito institucional de cidade varia, as dificuldades não são menores quando se esboçam critérios formais a serem utilizados para sua identifica o e confronta o com o meio rural.

As variáveis que existem entre os conceitos de cidade e campo desconstroem as tentativas de uma defini o universal. Tem-se aí um dos pontos de maior debate encontrado na doutrina urbanística: está-se diante de uma cidade ou do campo? Trata-se de uma cidade ou de um espaço rural em processo de urbaniza o? A cidade, ela própria, tende a expandir-se ao ponto de “tragar” o campo⁷⁹, dando origem ao rural industrializado inserido na megalópole e confundindo-se com esta como prevêem

⁷⁵ PARK, Robert Ezra. A Cidade: Sugestões para a investiga o do comportamento humano no meio urbano. In: VELHO, Otávio G. (Org.) **O Fen meno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

⁷⁶ PARK, Robert Ezra. A Cidade: Sugestões para a investiga o do comportamento humano no meio urbano. In: VELHO, Otávio G. (Org.) **O Fen meno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

⁷⁷ CALVINO, Italo. **As cidades invisíveis**. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

⁷⁸ O trecho supracitado do genebrino   uma anota o   palavra *cit *, no Capítulo VI do Livro I – central – da obra, que trata do “pacte social”. O original diz: ‘Le vrai sens de ce mot s’est presque entierement effac  chez les modernes: la plupart prennent une ville pour une Cit  et un bourgeois pour un Citoyen. Ils ne savent pas que les maison font la ville mais que les Citoyens font la Cit ’. Apud. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. 349p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1997. p. 33.

⁷⁹ Cidades como Singapura já aparecem como 100% urbanizadas nos índices oficiais das Na es Unidas. Cf. Dados obtidos no site do Programa das Na es Unidas: *Human Development Reports*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/statistics>>. Acesso em 27 abr. 2006.

Lefebvre⁸⁰ e muitas obras na literatura⁸¹? É cidade qualquer centro administrativo de poder ou de nada servem as definições políticas para tal análise?

Segundo Spengler⁸², “o que distingue a cidade da aldeia não é a extensão, nem o tamanho, mas a presença de uma alma da cidade”. A cidade pode ser de tamanho reduzido e não ter nada que a distinga exteriormente, mas espiritualmente. O homem que habita nesse espaço “contempla agora o campo como um arredor, como algo distante e subordinado. A partir deste instante, há duas vidas: a vida dentro e a vida fora da cidade e o aldeão sente-o com a mesma clareza que o cidadão”⁸³.

A distinção que se pretende apresentar em face ao campo⁸⁴ traz ao debate o conteúdo do próprio conceito de cidade. É relevante, porque seu reconhecimento despontará como elemento para a elaboração de critérios e políticas urbanas⁸⁵.

Pode-se dizer no geral que o confronto entre a cidade e o campo vem sendo observado a partir de pelo menos dois critérios⁸⁶ básicos de definição: o **critério estatístico** e o **critério funcional**.

O critério estatístico ou demográfico reconhece uma cidade a partir do número de residentes em lugares ou circunscrições, administrativas ou censitárias a partir de um determinado limiar populacional. Este critério pode ser complementado com especificações respeitantes à densidade ou à ocupação profissional dos habitantes. Tal critério é de aplicação relativamente extensa uma vez que vários países utilizam esses dados para identificar seus núcleos urbanos⁸⁷.

Pelo Instituto Nacional de Estatística e dos Estudos Econômicos Francês, uma cidade é um “conselho”⁸⁸, cuja população total é superior aos dois mil habitantes e onde as casas não são distantes

⁸⁰ “A sociedade urbana será aquela que resulta da urbanização completa na qual sobrevierão pequenas ilhas rurais, como um todo orgânico urbano”. Cf. LEFEBVRE, Henri. **A Revolução Urbana**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 15.

⁸¹ “Trantor: Au début du treizième millénaire, cette tendance atteignit à son paroxysme. Siègne du Gouvernement Imperial depuis des centaines de générations, et située dans la partie centrale de la Galaxie, parmi les mondes les plus peuplés et les plus évolués de tout le système, Trantor ne tarda pas a devenir l’agglomération humaine la plus densa et la plus riche que l’on ait jamais vue. La urbanisation progressive de la planète finit par donner naissance à une ville unique qui couvrait les quelque deux cents millions de kilomètres carrés de la surface de Trantor. La population compta jusqu’à quarante milliards d’habitants, lesquels se consacraient presque tous à l’administration de l’Empire, et encore suffisaient-ils à peine à cette tâche..(…)” Cf. Obra original publicada em Nova York, 1951. ASIMOV, Isaac. **Fondation**. Le cycle de fondation I. Saint-Amand: Folio SF, 2005. p. 13-14.

⁸² SPENGLER. *La Decadencia de Occidente*. Vol. III. (tradução espanhola) Apud: CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 17.

⁸³ CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5ª. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 18.

⁸⁴ Cattaneo não faz distinção entre cidade e campo, uma vez que o inteiro conjunto dos lugares habitados é obra do homem. “Cada região distingue-se das selvagens nisto: em ser ela um imenso depósito de fadigas (...) Aquela terra não é, portanto, obra da natureza; é obra das nossas mãos, é uma pátria artificial” Cf. CATTANEO, Carlo. *Agricultura e Morale*. Apud: ROSSI, Aldo. **A Arquitetura da Cidade**. Lisboa: Edições Cosmos, 2001.

⁸⁵ É de se temer um subdimensionamento estatístico do fenômeno da urbanização, uma vez que a partir de tais dados uma região poderá determinar diversas políticas de desenvolvimento nacionais e internacionais.

⁸⁶ Os critérios para a identificação de uma cidade podem ser, ainda, divididos como simplesmente de natureza demográfica e de natureza não demográfica. Os primeiros buscam a distinção através de elementos estatísticos (número da população) e os demais fundamentam-se em critérios com conteúdos econômicos, sociais e culturais. Nada impede, todavia, que um determinado país ou região escolha a mescla dos dois tipos de critérios para reconhecer a cidade. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 27.

⁸⁷ No cômputo da população urbana, o critério mais geral é o demográfico, que conta como urbanos os residentes em lugares ou circunscrições, administrativas ou censitárias, a partir de um determinado limiar populacional, independentemente das áreas serem ou não apelidadas cidades. O limiar estatístico populacional varia de país para país. Assim, enquanto na Dinamarca, Noruega e Suécia são contados como urbanos os locais em que residem 200 ou mais habitantes, desde que as construções não se afastem mais de 200 metros umas das outras, no Senegal e na Grécia apenas são considerados urbanos os núcleos a partir de 10 mil habitantes. Cf. SALGUEIRO, Teresa Barata. **A Cidade em Portugal**. Uma Geografia Urbana. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999. p. 28.

⁸⁸ A noção de conselho é regrada pelo critério administrativo. Equivaleria dizer que são distritos ainda não emancipados na forma de um município, figura política local comum no Brasil e em Portugal. Cf. PELLETIER, Jean; DELFANTE, Charles. **Cidades e Urbanismo no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 13.

entre si, por mais de 100 metros. A ONU também adota o conceito demográfico e quantitativo e considera como cidade o aglomerado urbano com ao menos 20 mil habitantes⁸⁹.

Na Itália, a proliferação de comunas fez com que a Lei delegada n. 616/77 vedasse a criação de novas comunas com menos de 5 mil habitantes. Na Inglaterra, o *Local Government Act*, de 1972, exigiu um número mínimo de 40 mil habitantes para instituição do *self-government*⁹⁰.

Os responsáveis pelas estatísticas da população portuguesa consideravam, em 1960, os centros urbanos como lugares com um mínimo de 10 mil habitantes, limiar que no recenseamento da população de 1940 já aparece destacado⁹¹. O Censo de 1960 definiu, assim, como “centros urbanos” as capitais de distrito e as localidades que, independentemente da sua categoria legal, contem com uma população de 10 mil habitantes⁹² na área urbana demarcada pela Câmara Municipal.

Segundo o critério funcional – ou os critérios funcionais –, a característica principal da cidade é o exercício de algumas funções urbanas, como a predominância de atividades de serviços, às quais se associam outras, como as industriais. Através da história, a cidade apresenta-se como um lugar de trocas, um mercado de bens e, depois, de informações, de afetos. Essas definições são criticadas por serem vagas e imprecisas⁹³.

No Brasil, a cidade sempre teve – numa tradição que remonta ao período colonial – um papel e um tratamento político destacado. Nossa formação histórica e cultural, herdada de Portugal através da colonização, é municipalista, surgindo o Município como ente político que precedeu a própria formação nacional. As comunas representavam, naquele período colonial, os grandes centros de decisão política⁹⁴. E, a despeito da composição elitista e excludente, as Câmaras Municipais do Brasil-Colônia, com sede nas cidades, desempenhavam as mais variadas competências e foram o único órgão mantido e mesmo fortalecido, após a independência do país, declarada em 7 de setembro de 1822⁹⁵.

O art. 3º do Decreto-Lei n. 311, de 2 de março de 1938, dispunha sobre a divisão territorial do país, definindo que “a sede do Município tem a categoria de cidade e lhe dá o nome” (art. 3º), enquanto a sede do distrito tem a “categoria de vila” (art. 4º), sendo eles subdivididos em subdistritos (art. 14). Tal distinção remonta à Constituição Imperial, art. 167. No Império, a progressão dos núcleos populacionais era a seguinte: arraial – freguesia ou paróquia – vila – cidade⁹⁶. Dados tais elementos, conclui-se que o conceito de cidade no contexto da constituição de 1938 é aquele vinculado à “sede” do poder administrativo. Sede espacial, física, tradicionalmente instalada no núcleo urbano da

⁸⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 19. Segundo esses critérios da ONU, cerca de dois terços da humanidade moram em cidades. Cf. PELLETIER, Jean; DELFANTE, Charles. **Cidades e Urbanismo no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 9.

⁹⁰ Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. 349p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1997. p. 32.

⁹¹ SALGUEIRO, Teresa Barata. **A Cidade em Portugal**. Uma Geografia Urbana. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999. p. 29.

⁹² O critério demográfico utilizado em Portugal não ignora, entretanto, as características individualizadas dos núcleos com menos de 10 mil habitantes. Além do critério demográfico, a Assembleia da República reconhece como cidade, conforme a Lei n. 11/82 de junho, alterada pela Lei n. 8/93, de 5 de março, as várias povoações que contam com um número mínimo de eleitores, em aglomerado populacional contínuo, superior a 8 mil e, possuam pelo menos metade dos equipamentos coletivos dispostos na mesma disposição legal. O artigo 14 da referida lei admite, ainda, a possibilidade de ponderação “especial” dos requisitos enumerados no art. 13º, caso importantes razões de natureza histórica, cultural e arquitetônica o justificarem, o que permite elevar à categoria de cidade o aglomerado com número inferior de eleitores. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 29-30.

⁹³ CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. 349p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1997. p. 32.

⁹⁴ Cf. TORRES, Sivia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 241; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 149-176, abr./jun. 2002.

⁹⁵ Sobre a história do Brasil, Cf. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 4.ed. São Paulo: Editora USP, 1996. p. 64-65. Sobre, especificamente, a construção do sistema federativo brasileiro e dos municípios, Cf. MOHN, Paulo Fernando. Autonomia Municipal, centralização e liberdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43. n. 171, p. 199-209, jul./set., 2006.

⁹⁶ CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. 349p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1997. p. 33.

cidade, enquanto as demais “categorias” (distritos, vilas e subdistritos) gravitavam ao seu redor, com características predominantemente rurais.

Mais recentemente, a Lei Complementar n. 01/67 cogitava sobre a criação de novos municípios, estabelecendo seus requisitos no art 2º: “população estimada superior a dez mil habitantes ou não inferior a cinco milésimos da existente no estado; eleitorado não inferior a 10% da população; centro urbano já constituído, com número de casas superior a duzentos; arrecadação, no último exercício, de cinco milésimos da renda estadual de impostos”. Trata-se de norma onde se verifica uma mescla de critérios. O demográfico, invariavelmente adotado, o estrutural e o financeiro. Tais requisitos são para a criação de um novo município e acabam por influenciar no conceito de cidade no Brasil⁹⁷.

A doutrina aponta como critério para definição de cidade no Brasil, o *político-administrativo*. As leis disciplinadoras da criação dos municípios sempre se referiam a um centro urbano, além dos requisitos de população e renda. Para Silva⁹⁸:

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*.

É preciso dizer, entretanto, que o município brasileiro na atualidade é criado por lei estadual⁹⁹ e sua instituição nem sempre é precedida de uma realidade urbana, o que torna relativa a tese administrativista brasileira de que, em uma primeira análise, não é a mais apropriada para dimensionar o conceito de cidade. Melhor seria dizer que a todo município corresponde uma estrutura política e administrativa local autônoma, com competências relevantes no que diz respeito ao direito urbanístico sem, no entanto, reconhecer o mesmo sentido entre “cidade” e “município”. Falar em cidade remete à ideia de núcleo urbano, o que, por consequência, poderá excluir a existência de aspectos (predominantes ou não) naturais de um município.

Sob os novos ares da Constituição Federal de 1988, um conceito político-administrativo ou técnico-jurídico restringe e simplifica a análise do tema, porém, ainda pode gerar distorções sob o prisma urbanístico. O art. 182, §1º da Constituição Federal fala que o plano diretor é obrigatório para as “cidades” (aparecendo aqui como ente político ou sentido sociológico?) com mais de 20 mil habitantes (quantidade de população da sede ou de todo o território?). Nesse caso, aparentemente o constituinte brasileiro adotaria dois elementos (político-administrativo e demográfico) para instituir a obrigatória planificação urbana.

Sabe-se que a Constituição aborda o termo “cidade”, mas questiona-se se este é relevante para identificar o âmbito de aplicação dos instrumentos urbanísticos e, nesse caso, se o legislador se refere somente às sedes dos municípios ou tal norma abrangeria também as vilas e distritos que porventura ainda gravitem ao redor dos núcleos urbanos¹⁰⁰.

⁹⁷ Muitas vezes, nos deparamos com municípios instituídos legalmente sem possuírem características econômicas, sociais e estruturais de uma cidade. A criação de novos municípios, incentivada pela Constituição de 1988 (surgiram 1.307 municípios desde então) contribuiu para a descentralização política do país, em que pese as questões ligadas à deficiente distribuição territorial brasileira, com regiões super povoadas contrastando com regiões formadas por municípios ainda com caráter predominantemente rural, com ausência de industrialização e modestamente povoados. Cf. **Perfil dos municípios brasileiros: Pesquisa de informações básicas Municipais 1999**. Diretoria de Pesquisas. Rio de Janeiro: IBGE, 2001. p. 17.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20.

⁹⁹ A Constituição Federal de 1988 trata no seu art. 18, parágrafo 4º da criação de municípios: “§ 4º . A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁰⁰ Nesse sentido, a crítica elaborada por Machado também mostra perplexidade em face à redação do Estatuto da Cidade que, segundo ele, “não diz expressamente que o plano diretor deve abranger ao mesmo tempo a parte urbana e a parte rural, mas está subentendida tal diretriz”. Ainda segundo o autor, “não me parece que a lei tenha sido inconstitucional nesse ponto, pois a norma geral federal tentou indicar meios de se implementar a função social não só da propriedade urbana, como

A questão implicaria em definir o campo de aplicação do direito urbanístico (item melhor desenvolvido no capítulo seguinte). Por agora, observamos que o Brasil possui Estados imensos com divisões municipais pouco numerosas que geram contextos peculiares. Verifica-se, por exemplo, em Rondônia, ao norte do país, um Estado Federativo com dimensão bastante considerável¹⁰¹, onde existem apenas 15 municípios, ou seja, poucas unidades administrativas capazes de estabelecer um plano urbanístico¹⁰². Cada um dos municípios daquele Estado cobre uma área média de 30 mil km² e a realidade das sedes municipais se opõe radicalmente àquela vivida em seus limites fronteiriços, podendo-se mesmo afirmar que o caráter predominante do município é o “não urbano”, querendo dizer com isso que se trata por vezes de região de atividade predominantemente rural, por vezes de áreas ricas em reservas naturais. Nesse caso, o que é a cidade para a Constituição e quais os limites para a realização de uma política urbana?

Em um país como o Brasil, com grandes desigualdades sociais, deficiências na gestão urbana e onde as políticas de ordenamento do território são praticamente inócuas, a adoção de um critério que exclui a reflexão sobre as áreas rurais (antigos distritos, vilarejos, etc) ou mesmo municípios inteiros de natureza predominantemente rural pode comprometer ou subdimensionar as medidas de planejamento urbano.

É importante indicar que o legislador infraconstitucional eliminou algumas dúvidas acerca do Plano Diretor no Brasil ao instituir no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001) a aplicabilidade espacial do instrumento no §2º, do art. 40: “O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (...) § 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo”. Dessa forma, o legislador não menciona a cidade ou seu conceito e impõe a adoção abrangente do plano diretor que deverá, por sua vez, definir as áreas consideradas urbanas (incluindo as áreas de expansão urbana) e rurais, prevendo a organização espacial urbana, a expansão do assento urbanizado e seus limites¹⁰³.

Apesar da legislação ter conferido ampla aplicabilidade ao instrumento de planejamento urbano, verifica-se na prática que várias são as dificuldades ao estabelecer a forma e os limites da utilização dos instrumentos urbanísticos no espaço municipal.

Os limites do meio rural, assim como da zona urbana e da zona urbanizável ficam determinados no plano diretor do município ou em lei municipal (sobretudo para o caso dos municípios que não possuem aquele instrumento urbanístico). Existem, nesse diapasão, uma série de questões envolvendo a natureza dos territórios e a gestão dos interesses neles envolvidos. Conforme for a natureza (urbano ou rural), incidirão normas e políticas diversas. Isso significa que a distinção feita pelo município vinculará normas tributárias de competência estadual e nacional e a reforma territorial (agrária, se definido território rural, e, portanto, de competência da União, e urbana, se definido como zona urbana ou urbanizável, de competência do município). Essa problemática será melhor desenvolvida no capítulo que trata do campo de aplicação do direito urbanístico, mas deve ser

também da propriedade rural”. E conclui, “vejo como uma carência criticável a omissão do Município em se ocupar do planejamento rural de seu território de forma entrelaçada com o plano urbano. Basta refletir-se na necessidade de integrar a moradia de trabalhadores rurais nas zonas urbanas e suburbanas e suas atividades na zona rural; a localização de aterros sanitários para os rejeitos domiciliares; a necessidade da proteção dos mananciais de abastecimento hídrico. Ocorre, contudo, que a estrutura da Lei 10.257/2001 não foi concebida para fazer essa integração “cidade/campo”. Desde a denominação da lei - “Estatuto da Cidade” - e até nos títulos do Capítulo II - “Dos Instrumentos da Política Urbana” - e do Capítulo IV - “Da gestão democrática da cidade” - , como nos próprios conteúdos, constata-se que não será fácil elaborar um plano diretor integrado, principalmente nos Municípios com a zona rural de grande porte. Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 379.

¹⁰¹ 224.298,980 km². Cf. Dados retirados do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 28 abr. 2006.

¹⁰² Dados retirados do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 28 abr. 2006.

¹⁰³ O ordenamento do território entendido aqui abrange a ação da administração pública que propõe a melhor distribuição dos recursos humanos e econômicos, em função dos recursos naturais e dos potenciais de um amplo território (nacional ou regional), a fim promover o desenvolvimento harmônico entre as diferentes regiões que o compõem. Tal política a nível nacional resta ainda inexpressiva no Brasil, federação de dimensões continentais. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, junho, 1994;

desde já ressaltada, uma vez que as noções desenvolvidas repercutem na questão da proteção do patrimônio cultural inserido no meio rural.

Além das questões colocadas, desde já é necessária uma crítica ao critério demográfico adotado no Brasil. O plano diretor urbanístico, a nosso ver, deveria ser obrigatório a toda unidade administrativa local¹⁰⁴¹⁰⁵, uma vez que é através dele que se concretiza a noção de função social da propriedade. Considerando ainda as imensas dimensões do país e as diversas questões ambientais envolvidas em regiões com pouca concentração urbana¹⁰⁶, a inexigibilidade de elaboração de Planos Urbanísticos denota a tímida consciência da potencialidade do instrumento para o tratamento das questões econômicas e sociais e sobretudo urbanas e ambientais¹⁰⁷ dos municípios.

2.3. O Urbanismo

E se a noção de “cidade” não apresenta facilidades, definir¹⁰⁸ o “urbanismo”¹⁰⁹ também não é uma empreitada menos árdua. A origem do termo “urbanismo” é imprecisa e a aplicação dele, da mesma forma, parece ser tão ampla que dificulta uma conceituação única e universal. A dificuldade vai além de destrinchar o termo e também se coloca ao tentarmos reconhecer a origem do neologismo. Há os que lhe atribuem a Louis XIV¹¹⁰, criador da escola de arquitetura francesa em 1671, os que o atribuem ao arquiteto espanhol Cerda¹¹¹, que o teria criado em 1867 na sua *Théorie générale de l’urbanisation*, e, ainda, os que reconhecem a criação do neologismo em 1910, tendo o termo aparecido pela primeira vez em um boletim da sociedade geográfica de Neufchatel, França¹¹².

Em todo caso, ainda que seja difícil a localização da origem do termo conhecido nos dias atuais, convém admitirmos que a noção que ele abrange parece, a princípio, tão antiga quanto à civilização urbana. É nesse sentido que não podemos deixar de indicar a aplicabilidade da noção que se desenvolveu a partir do século XIX da nova “ciência da cidade” a conjuntos urbanos da antiguidade¹¹³, verificando-se a existência de um período caracterizado por uma “arte urbana” ou pré-

¹⁰⁴ Em Portugal o plano urbanístico é obrigatório e deve ser aprovado pela Câmara Municipal, conforme regulamenta o art. 84, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. Praticamente todo território nacional já possui planos diretores aprovados e ratificados. Cf. NEVES, Alfredo. **Os planos diretores municipais**. In: Anais do Seminário “Planos Directores Municipais – Que Planos para a próxima década. Coimbra, 3 e 4 de maio de 1996. Coimbra, 1998.

¹⁰⁵ Nesse sentido, também o entendimento de Meirelles, ao anotar que, na verdade, o plano “deve ser elaborado por todos os Municípios, pois, conforme dispõe o §2º do mesmo artigo constitucional (art. 182), é ele que serve como parâmetro para que se possa aferir se a propriedade urbana está, ou não, cumprindo sua função social”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

¹⁰⁶ O requisito demográfico que condiciona a exigibilidade do Plano Diretor (20 mil habitantes) é de determinação constitucional. vide regra do art. 182, §1º, da Constituição Federal brasileira.

¹⁰⁷ Desenvolveremos em capítulos seguintes as acepções do Meio Ambiente Urbano e da horizontalidade do direito ambiental. Para já é possível citar como referência, entre outros, Cf. FRIER, Michel. *Urbanisme et Environnement. L’Actualité Juridique Droit Administratif*, Paris, Número Spécial, p. 80-88, mai., 1993 e PRIEUR, Michel. **Droit de l’Environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 747 e ss.

¹⁰⁸ Definir vem do latim *finis*, que significa fronteira, limite, o que demanda determinar os elementos que se encontram dentro dessa fronteira e os que são excluídos do conceito.

¹⁰⁹ Do fenômeno urbano surgiu a palavra “urbanidade”, proveniente do latim *urbanitate*, que é a qualidade de urbano; civilidade, cortesia, afabilidade. Nos países de língua latina a “cordialidade” remete a ideia de civilidade e urbanidade ligados ao comportamento “urbano”. Cf. MERLIN, Pierre. **L’Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 6.

¹¹⁰ Com a criação da Academia de Arquitetura em 1671. Cf. MERLIN, Pierre. **L’Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005.

¹¹¹ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 7.

¹¹² CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 2.

¹¹³ A palavra “urbanismo” na concepção abrangente em que é considerada é comumente aplicado às sociedades urbanas do passado. Fala-se de um urbanismo chinês, babilônico, grego, romano ou pré-colombiano para designar formas urbanas características dessas civilizações, porém, o termo é recente e sua realização prática só se pode promover e especular na civilização atual, daí a construção teórica que nos interessa, sob o ponto de vista jurídico, uma vez que as demais observações encontram-se como elementos históricos ou artísticos do urbanismo, não analisados profundamente nesse estudo.

urbanismo¹¹⁴, cujo exercício se difere do atual¹¹⁵, porém deu origem a este, restando como objeto de estudo da “história do urbanismo”¹¹⁶.

Ainda em um esforço para identificarmos o sentido do termo, consideramos apropriado destacar alguns de seus aspectos mais relevantes. Segundo Correia¹¹⁷, o termo “urbanismo” por ter uma natureza polissêmica, pode ser definido conforme sua pluralidade de sentidos, dos quais se destacam o urbanismo como *fato social*, como *técnica*, como *ciência* e como *política*. A distinção proposta pelo professor facilita a abordagem do conceito e será adotada no presente trabalho, conforme desenvolvida a seguir.

2.2.1. O urbanismo como fato social

Como fato social, o urbanismo expressa o fenômeno secular do crescimento da cidade, que importa necessariamente em redução da população rural. Tal aumento contínuo ampliaria a taxa de urbanização, isto é, a percentagem da população que vive nas cidades¹¹⁸. O conceito explicitado confronta-se diretamente com a noção do “rural” e os critérios para distinguir o “urbano” e o “rural” normalmente são de natureza demográfica ou relativos a fatores econômicos, sociais e culturais, como vimos rapidamente no item anterior. Nessa concepção, o termo “urbanismo” como fato social se expressa, hora ligado ao conceito de “cidade” hora ao de “urbanização”. Seu sentido se polariza e se equivale aos termos “urbanização” e “urbanística” na medida em que se desenvolve a demonstração dos critérios para a identificação do que seria uma concentração urbana e sua oposição ao meio rural.

Rossa¹¹⁹ afirma, ainda, que o “urbano” se refere a tudo quanto diga respeito à cidade, nomeadamente às relações que cada um dos seus utentes estabelece com os demais entes dessa comunidade e com o ambiente que o rodeia, e conclui que “urbanismo”, nesse sentido, corresponderia à realidade do espaço edificado, que em constante transformação suporta a influência daquelas relações. Ainda segundo Rossa, em relação ao urbanismo, concorrem necessariamente dois vetores de ação/conhecimento: a “urbanística” e a “urbanização”. A urbanística consiste no conhecimento formulado e expresso pela produção teórica-reflexiva (o tratado, a crítica etc) e operativa (o projeto, o plano ou, tão-só, o desenho urbano) sobre o espaço da cidade, enquanto a urbanização corresponde à ação de transformação da urbanística em urbanismo. É o ato de construção¹²⁰.

O “grande desenvolvimento das cidades e das formas de vida urbana é um dos fenômenos que melhor caracteriza a nossa civilização contemporânea”¹²¹. O urbanismo é um fato, um acontecimento

¹¹⁴ Existindo, assim, um período pré-urbanismo que, na concepção de Choay, seria anterior à gênese da cidade industrial. CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p.3.

¹¹⁵ É preciso esclarecer desde já que a ciência urbanística que tomará destaque no trabalho proposto é aquela atual, que se forma após a Revolução Industrial, ainda que dediquemos parte do presente capítulo à considerações da história do urbanismo pré-industrial, sobremaneira para identificar as raízes do urbanismo português e brasileiro e sua correlação. O urbanismo enquanto conceito e definição torna-se mais amplo e complexo na medida em que atualmente engloba grande parte do que diz respeito à cidade: obras públicas, morfologia urbana, planos urbanos, práticas sociais, cultura urbana, ambiente natural e a legislação urbanística.

¹¹⁶ Mas a construção do urbanismo moderno teve como fontes intelectuais as obras da Renascença, em destaque, duas principais: a *de re aedificatoria*, de Alberti, que elabora regras racionais que propiciam uma criação harmoniosa tanto de uma casa quanto de uma cidade inteira e *A Utopia*, de Thomas More, primeiro modelo espacial e ideológico sobre uma realidade de cidade projetada no futuro. A partir da Renascença, os fundamentos de um pensamento urbano autônomo se encontram colocados, mas a ruptura com o passado não está de fato consumada. Se a razão se impõe cada vez mais, a utopia está presente ainda nas portas da cidade. E a Revolução Industrial que engendra o urbanismo moderno, provoca uma rejeição efetiva das concepções tradicionais da cidade e utiliza como recurso a utopia, grande precursora de modelos espaciais. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papyrus Editora, 2004. p. 8.

¹¹⁷ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 25 e ss.

¹¹⁸ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 26.

¹¹⁹ ROSSA, Walter. **A Urbe e o Traço**. Uma década de estudos sobre o urbanismo português. Coimbra: Almedina, 2002. p. 15.

¹²⁰ Nesse sentido o urbanismo equivale à criação da coletividade, criação do ambiente em que se vive, construção da cidade no tempo. Cf. ROSSI, Aldo. **A Arquitetura da Cidade**. Lisboa: Edições Cosmos, 2001. p. 31.

¹²¹ CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 162.

decorrente da transformação da população rural em urbana. E ainda que a cidade, enquanto núcleo urbano que aparentemente se contrapõe ao meio rural, não seja um fato novo na história, o urbanismo fruto da transformação verificada ao longo do século passado caracteriza-se pela revolucionária consequência da conversão de uma população mundial predominantemente rural em predominantemente urbana.

A Europa, por volta de 1800, tinha uma população urbana que não ultrapassava os 3% e já superou, nos dias atuais, os 50%. Os Estados Unidos, em 1800, tinham uma população urbana de 6,1% e cem anos mais tarde, 39,7% e em 1960, 69,9%¹²².

Em 1987, Portugal já contava com cerca de 70% da população residindo em conselhos com características urbanas¹²³, enquanto o Brasil apresentava em 1980, 67,6% da população residindo em ambientes urbanos¹²⁴.

Nas primeiras décadas do século XXI, mais de 70% da população mundial viverão nas cidades e já hoje $\frac{3}{4}$ da população europeia vive em aglomerados com mais de 10 mil habitantes, o que faz da Europa a zona mais urbanizada do mundo¹²⁵.

O fenômeno da urbanização ou da concentração populacional em cidades denota o esvaziamento do campo e é interessante observar que, em 1950, oito das dez maiores cidades do mundo estavam na Europa e nos Estados Unidos. Atualmente, oito das dez maiores cidades do mundo estão na Ásia, África e América Latina. Diante desse quadro, é possível afirmar que hoje as “megacidades” são um fenômeno dos países em desenvolvimento¹²⁶.

Enquanto nas maiores cidades da Europa e dos Estados Unidos ocorre em geral um crescimento menos acelerado ou mesmo um decréscimo populacional¹²⁷, no terceiro mundo a tendência é inversa. Nestes países, as cidades atraem as pessoas por razões diversas, sobretudo porque, em comparação com o meio rural, elas oferecem melhores oportunidades de educação, melhor assistência médica e mais diversidade de trabalho¹²⁸.

A explosão urbana no terceiro mundo repete de maneira colossal aquela da Europa do século XIX. Caracas quintuplicou sua população depois da Segunda Guerra Mundial; em São Paulo, Lima e na cidade do México, ela triplicou. Em Argel e Teerã, a população triplicou e quadruplicou, respectivamente, nos últimos 20 anos. O Cairo, concebido para três ou quatro milhões de habitantes, conta com aproximadamente dez milhões. Tal gigantismo se revela assustador pela sua característica particularmente desumana no terceiro mundo. Ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus, a crescente população não é absorvida pelas cidades, tendo como resultado o fenômeno do aparecimento de subúrbios e favelas¹²⁹¹³⁰.

¹²² Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 162.

¹²³ GASPAS, Jorge. Portugal nos Próximos 20 Anos. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 31.

¹²⁴ LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 340.

¹²⁵ Cf. AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363.

¹²⁶ As cidades dos países subdesenvolvidos são marcadas pelo enorme crescimento demográfico. As razões dessa tendência megalopolítica são várias e cada país guarda sua história. Pode-se dizer, entretanto, que questões rurais, como as más colheitas, secas e desastres naturais são razões comuns para migração dos trabalhadores do campo para a cidade. A expectativa por maiores oportunidades de trabalho levam famílias inteiras e numerosas à cidade. Ademais, a cidade exerce uma atração sociológica sobre os habitantes rurais, onde certos equipamentos e serviços são raros ou insuficientes (é o caso das escolas, dos hospitais e do comércio) e onde o dinheiro não circula com tanta facilidade. Cf. PELLETIER, Jean; DELFANTE, Charles. **Cidades e Urbanismo no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 185 e ss.

¹²⁷ A expansão das cidades vem entrando em crise nos últimos anos devido ao fenômeno que tende a se generalizar na Europa, da variação negativa da população residente em cidades com grandes dimensões. Exemplo em Portugal encontra-se em Lisboa e Porto, que no período entre 1991 e 2001 registraram crescimento negativo da população residente, de 14,9% e 13% respectivamente. Cf. Censos 2001, Resultados Provisórios, Lisboa, INE, 2002. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 40, nota de rodapé.

¹²⁸ Na Europa e nos Estados Unidos se está chegando a uma fase na qual o país inteiro consegue os mesmos benefícios encontrados nas cidades, numa espécie de homogeneização. LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 341.

¹²⁹ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 143.

Prevê-se mesmo que, tal como ocorre com Washington e Boston, em um futuro próximo formar-se-á uma imensa megalópole da junção do Rio de Janeiro e de São Paulo, resultante de uma concentração populacional contínua, em condições absolutamente imprevisíveis para o meio ambiente e os comportamentos individual e coletivo¹³¹.

Para Lira¹³², as causas do inchaço das cidades no Brasil podem ser enumeradas em:

- a) Estrutura fundiária da propriedade rural tradicionalmente concentracionista e latifundiária, impedindo o acesso do trabalhador rural à terra por ele cultivada, determinando o êxodo para os centros urbanos, em razão de outras causas que, além dessas, não permitem a fixação do homem no campo;
- b) Industrialização acentuada a partir dos anos 50;
- c) Natural sedução do homem pela cidade grande, tendência incentivada pela mídia de âmbito nacional (novelas e programas dos canais nacionais).

Acrescentamos aos itens acima: as condições de atendimento médico, acesso à educação e diversidade de trabalho nas cidades, que contrastam com o campo, na maioria das vezes, carentes desses serviços e oportunidades.

O fato urbano, assim, torna-se inegável e sua expansão e problemáticas trazem questões incontornáveis para as ciências e em especial para o Direito.

2.2.2. O urbanismo como ciência

O urbanismo também pode designar, como em Merlin¹³³, a arte ou técnica de organização espacial dos estabelecimentos humanos e a ciência que se debruça sobre os fenômenos urbanos, entre os quais, a formação das cidades e sua organização. O urbanismo é uma ciência cujo objeto é a “cidade”, que pode ser compreendida como fruto da “urbanização”¹³⁴ que ocorre em sua maioria, de forma espontânea e desorganizada¹³⁵.

¹³⁰ As grandes cidades contemporâneas que enfrentam o excedente demográfico entraram em uma fase de “transformação incongruente”. Incongruente porque o ritmo de crescimento é muito superior à capacidade de previsão das autoridades, de assimilação dos problemas, de obtenção de créditos suficientes para levar a cabo as reformas de fundo, que são as que ajudam a criar novas estruturas eficazes. Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 170.

¹³¹ LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 341.

¹³² LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 342.

¹³³ Cf. MERLIN, Pierre; CHOAY, Françoise. **Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement**. Paris: Puf, 2005. p. 910.

¹³⁴ Segundo Davis, a noção de “urbanização” fundamenta-se no aumento do percentual da população urbana em relação à total. Assim sendo, pode-se dizer que uma sociedade está se urbanizando na medida em que o crescimento da população urbana é maior do que o da população rural. Cf. DAVIS, Kingsley (et. all). **Cidades: a urbanização da humanidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 46. Ainda segundo Silva, “urbanização” é o termo utilizado para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. É um fenômeno de concentração urbana. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21. Observando outros critérios, Lobo define “urbanização” como o ato de adaptação do espaço natural ao homem e à sua medida, arrumando as suas instalações, o qual implica uma consciência colectiva de preparação do espaço comum de uma comunidade, através da realização de obras, tais como a modelação do terreno, a sua pavimentação e suporte (estabilidade), a infra-estrutura e o seu equipamento social. Cf. LOBO, Manuel da Costa. **Noções fundamentais. Conceitos técnicos. Habitação e seus Espaços de Vivenda**. In: AMARAL, Diogo de Freitas. **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 18. Ainda em termos conceituais atuais, urbanização poderá apresentar dois significados distintos. Por vezes, é considerada a ação de urbanizar, de criar as cidades ou de estender o espaço urbano. Mais frequentemente é considerada como a concentração crescente nas cidades e nas aglomerações urbanas em contraposição com o campo. Cf. MERLIN, Pierre; CHOAY, Françoise. **Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement**. Paris: Puf, 2005. p. 910.

¹³⁵ Nesse caso, estaríamos diante do fenômeno da “urbanificação”, que é caracterizado por ser o fenômeno espontâneo da urbanização ou desenvolvimento urbano, que CHOAY considera o oposto da expressão organizada que o Urbanismo pretende ter. Cf. CHOAY, Françoise. **O Urbanismo**. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 5.

Frequentemente o urbanismo é tido como disciplina científica autônoma, de origem europeia no período entre os finais do século XIX e a Primeira Guerra Mundial¹³⁶. Sua característica eminentemente interdisciplinar lhe confere o status de uma *ciência composta*, que vai buscar conhecimentos em outras ciências como a geografia, a arquitetura e a técnica de construção, a estatística, a ciência econômica, a ciência política, a ciência administrativa, a sociologia, a história¹³⁷, a ecologia urbana¹³⁸ e também a medicina.

Outra ciência fundamental ao urbanismo é a ciência do Direito. O fenômeno do urbanismo não é indiferente para o Direito, ainda mais que aquele atinge institutos jurídicos elementares, dentre os quais, destacaremos o direito de propriedade do solo. As interferências entre ambos são visíveis e, se de um lado, o Direito busca regular a forma como o urbanismo se materializa, o urbanismo enquanto ciência não poderá deixar de considerar as regras jurídicas que condicionam o seu objeto de estudos.

Para Silva¹³⁹, o urbanismo se apresenta como “a ciência do estabelecimento humano”, preocupando-se substancialmente com a “racional” sistematização do território, como pressuposto essencial e inderrogável de uma convivência sã e ordenada dos grupos de indivíduos, que nele transcorre sua própria existência, ou, em outras palavras, o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana.

É importante dizer que o urbanismo, enquanto ciência e técnica, já não se restringe ao estudo da urbe ou cidade. A tendência ampliadora do objeto da ciência urbanística leva a concluir que a cidade não é mais analisável num contexto isolado do meio rural, uma vez que este já não é visto como uma oposição àquela e, ao contrário, fala-se em um urbanismo local, regional, nacional e mesmo mundial. É de tal forma expansivo o conceito científico do urbanismo, que atualmente designa todas as formas de localizações humanas na terra¹⁴⁰.

E conclui Correia que,

o urbanismo é a ciência que estuda o modo de tornar compatíveis entre si os vários usos possíveis do território, de evitar entre eles as interferências recíprocas negativas, numa palavra, de aperfeiçoar o gozo daquele bem essencial e irreprodutível de toda a sociedade que é o próprio território. O urbanismo tem, assim, como objeto o território globalmente entendido e como finalidade específica assegurar a coordenação de todos os interesses que interferem normalmente com o território¹⁴¹¹⁴².

¹³⁶ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 57 e ss.

¹³⁷ Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004; CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003; CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades. Uma antologia**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005; COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; GYMPEL, Jan. **História da Arquitetura**. Da antiguidade aos nossos dias. Colônia: Könemann, 2001.

¹³⁸ No sentido de CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 59 e ss, “nota de rodapé”, a ecologia é entendida como parte da biologia que estuda as relações entre os seres vivos e o seu meio ambiente, de forma que a ecologia urbana estuda a distribuição do homem e dos grupos sociais na cidade, de acordo com as suas condições sociais, econômicas e culturais. Ness sentido, também PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

¹³⁹ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

¹⁴⁰ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 60.

¹⁴¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 61.

¹⁴² A posição apresentada confronta-se com a de alguns autores portugueses que o consideram excessivamente amplo e suscetível de ser confundido com o conceito de ordenamento do território. Nesse sentido Amaral, que compreende o urbanismo como ciência da urbe, da cidade restritamente, enquanto as questões que eventualmente superem essa delimitação se enquadrem como objetos de outras ciências, sobretudo do ordenamento do território. A questão será desenvolvida na oportunidade em que trataremos do confronto entre o Direito Urbanístico e o Direito do Ordenamento do Território, no próximo capítulo. Cf. AMARAL, Diogo de Freitas do. **Aspectos Jurídicos do Ordenamento do Território, Urbanismo e Habitação**. Lisboa: Sumários das Lições proferidas na cadeira de Direito Administrativo, 1971 e AMARAL, Diogo de Freitas. (Coord.) **Direito do Urbanismo**. Oeiras: INA, 1989.

2.2.3. O urbanismo como política

O urbanismo também pode ser entendido como uma *política*, porque sua realização passa por tomadas de decisões de diversos níveis governamentais, envolvendo questões de caráter internacional¹⁴³, nacional e local. Sua materialização se dá em forma de leis de natureza pública que se produzem por meio de processos legislativos que refletem a posição política de cada ente administrativo. É uma política apresentando grande carga de posições ideológicas, sociais e econômicas, facilmente identificáveis nas opções escolhidas. Seu instrumento essencial, o Plano Diretor, traduz “objetivos políticos fixados de antemão pelos órgãos do Município, corporizando – supõe-se – as aspirações e os desejos da comunidade municipal”¹⁴⁴.

Nesse caso, questões como a expansão das cidades, a utilização de instrumentos de renovação e de preservação de espaços verdes e arquitetônicos, passam por processos primariamente políticos, que deverão atender aos requisitos formais e materiais designados nas Cartas Constitucionais e nas leis infraconstitucionais urbanísticas. Destaque-se a importância da participação popular, que vem a ser decisiva nesses processos políticos.

O urbanismo se destaca como forma intervencionista do Estado, na medida em que se presta a definir através de técnicas e modelos o acesso ao ambiente urbano. A realização desse acesso é composta pelo ingresso ao espaço público (a praça, a circulação etc) e também ao espaço privado (moradia, exercício do direito de propriedade etc), de forma que a orientação das políticas urbanas se submete às opções políticas das Constituições dos Estados Sociais na medida em que compõem a larga esfera dos direitos fundamentais.

No Brasil, o direito de propriedade e do acesso à cidade são direitos reconhecidos na Constituição Federal e, de acordo com tais dispositivos, a legislação infraconstitucional estabeleceu as diretrizes das políticas urbanas (Estatuto da Cidade, art. 2º, Lei n. 10.257/2001), vinculando o urbanismo no país¹⁴⁵.

Da mesma forma, em Portugal as políticas urbanas são definidas pelo legislador, no quadro das regras e princípios constitucionais, de forma que a matéria respeitante às bases do ordenamento do território e do urbanismo fica a cargo da competência legislativa da Assembleia da República, já concretizada pela Lei n. 48/98 de 11 de agosto¹⁴⁶.

2.2.4. O urbanismo como técnica

Como *técnica*, o urbanismo se apresenta como meio de intervenção nas cidades. É técnica desenvolvida para estabelecer as melhores opções na utilização do solo urbano, seja ele já existente, seja ainda relativo a um processo de urbanização. Procura-se através da técnica urbanística, obter o melhor sentido da organização das cidades, a forma que atenda melhor aos anseios humanistas, sem desconhecer os aspectos econômicos e culturais das escolhas a serem feitas.

As primeiras reflexões sobre o urbanismo no sentido de arte ou técnica para a organização das cidades surgem na segunda metade do século XIX. Elas são provocadas pela constatação de que a industrialização desenvolvida em um ambiente de excessivo liberalismo econômico provoca efeitos cruéis enfrentados pelas massas populares (mão-de-obra do sistema capitalista instaurado), confinadas aos bairros sem estrutura, onde condições de vida são indignas e distantes de um mínimo razoável. Grandes romancistas descrevem tal período e o criticam arduamente. Podemos citar Charles Dickens, no que tange à Inglaterra, Victor Hugo, nos Miseráveis, Louis-Sébastien Mercier e Émile Zola, no que

¹⁴³ Cf. BATTIS, Ulrich. Influencia del derecho comunitario europeo sobre el derecho urbanístico de los Estados Miembros. ¿Una Competencia de la Unión Europea en materia de Ordenación del Territorio?. **Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente**, Madrid, n. 206, p. 135-145, diciembre, 2003.

¹⁴⁴ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 62-63.

¹⁴⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁴⁶ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 62.

se refere a Paris¹⁴⁷. Além dos romancistas, cientistas e políticos começam a ter noção da amplitude dos problemas urbanos e começam a projetar soluções.

Podemos destacar algumas correntes de ideias que se desenvolveram nessa fase e que podem ser consideradas como inspiradoras das técnicas urbanísticas atuais¹⁴⁸: A corrente higienista¹⁴⁹ e a corrente dos socialistas utópicos¹⁵⁰.

A primeira corrente foi largamente impulsionada pelos progressos da ciência e nomeadamente pelos trabalhos e resultados obtidos por Pasteur¹⁵¹. A insalubridade das cidades é colocada em causa devido à disseminação de epidemias de cólera e de tuberculose e sua relação com espaços habitados por populações pobres, densamente aglomeradas, sem condições de circulação ou higiene. Nessa fase, colocam-se as questões da distribuição de água pura, a generalização de esgotos e a necessidade de garantir a luminosidade dos alojamentos. Para alcançar tais fins, toda a estrutura urbana dos conjuntos habitacionais teria que ser revista¹⁵².

Até os dias de hoje, as questões higienistas ocupam destacado lugar nos temas urbanísticos ao lado de preocupações desenvolvidas mais recentemente, como é o caso do meio ambiente.

A segunda corrente decorre dos projetos dos socialistas utópicos que, ao projetarem modelos de cidades ideais, acabam por influenciar os projetos de ordenação das cidades. Em busca de uma forma de funcionamento da sociedade em termos mais satisfatórios do que o sistema capitalista da época, os socialistas utópicos procuraram encontrar o enquadramento físico em que seu sistema pudesse se realizar da melhor forma. É assim que Fourier propõe o modelo de Falanstério¹⁵³, que inspirou o industrial Godin a construir uma variante, o Familistério, ainda conservado na cidade de Guise. Na Inglaterra, outro precursor, Ebenezer Howard, construiu os primeiros modelos de cidades-jardins, destinadas aos operários.

¹⁴⁷ LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

¹⁴⁸ As técnicas atuais são baseadas em um modelo de estado social e intervencionista caracterizadas pela nova noção de urbanismo ativo, que desenvolveremos adiante. De forma que as “legislações sanitárias” caracterizam-se por serem regras de direito urbanístico que não denotam uma técnica urbanística, mas representam um antepassado destas. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 38 e CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 32.

¹⁴⁹ Disciplina científica nascida no século XIX consagrada à prevenção de doenças e de epidemias através da divulgação de normas de higiene e melhoria da salubridade das cidades. Cf. LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 129.

¹⁵⁰ Os primeiros pensadores socialistas eram na sua maioria franceses e desenvolveram suas ideias no período entre a Revolução Francesa de 1789 e as revoluções de 1848. Entre eles, podemos destacar: Saint Simon (1760-1825), Charles Fourier (1772-1834), Robert Owen (1771-1858) Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) e Louis Blanc (1811-1882). Esses filósofos acreditavam que poderiam transformar a sociedade capitalista, eliminando o individualismo, a competição, a propriedade individual e os lucros excessivos, responsáveis pelas desigualdades e miséria dos trabalhadores, através da compreensão e da boa-vontade da burguesia. Consideravam que, do ponto de vista da razão (base do pensamento filosófico da burguesia), nada poderia existir de mais racional e justo do que uma sociedade fraterna, igualitária e livre da pobreza. Portanto, a burguesia seria capaz, por si só e em nome da razão, de criar o bem-estar geral. Em resumo, era uma corrente de intelectuais contrários às condições e relações sociais da primeira fase do capitalismo (Revolução Industrial). Os socialistas utópicos propunham uma sociedade “menos pior”, pois não lutavam diretamente contra o capitalismo, mas sim tentavam eufemizá-lo, ou seja, não eram contra a burguesia como classe, pelo contrário, eram a favor de uma burguesia filantrópica. Cf. LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 36.

¹⁵¹ Louis Pasteur nasceu em Dole, em 27 de dezembro de 1822. Após vários anos de pesquisas e feitos, é possível distinguir sua carreira em duas fases, a primeira de 1847 a 1862 (dos 25 aos 40 anos) e a segunda de 1862 a 1877 (dos 40 aos 55 anos). No segundo período de sua vida, Pasteur se tornou biólogo e desenvolveu uma contratação em face da tese da “geração espontânea”, lançando definitivamente os princípios da microbiologia e tratando de medidas que futuramente receberiam o nome de “pasteurização”. Cf. LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 36.

¹⁵² Durante o século XIX a população da Grand Bretanha aumentou de aproximadamente 10,5 milhões para 37 milhões de habitantes e a expansão dos centros estabelecidos ao redor das novas indústrias fez com que a concentração populacional se estabelecesse em regiões específicas do país. Dos diversos problemas urbanos surgidos no século XIX, aqueles diretamente relacionados com a larga concentração de pessoas que tinham que habitar em locais próximos às regiões industriais, chamou a atenção do Estado para os riscos à saúde e, em particular, as periódicas epidemias de cólera e febre tifóide. Cf. BLACKHALL, J. Cameron. **Planning Law and Practice**. 3. ed. London: Cavendish, 2005. p. 01

¹⁵³ Conjunto de edifícios onde vive e trabalha um associação permanente de operários. Cfr. LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 128.

Tais ideias abrem caminho para soluções para o problema do alojamento conforme o modo de vida das cidades e seus operários, mas não integra a questão da transformação permanente da cidade. Na Europa e nas colônias, o crescimento econômico e demográfico do século XX obriga a organizar bairros novos ao redor dos centros antigos e é rara a visão mais global e mais dinâmica da organização do crescimento urbano. Normalmente, as construções são realizadas em função de iniciativas privadas e as municipalidades limitam-se a traçar redes viárias e fazer regulamentos de construção¹⁵⁴.

É assim que, no domínio das ideias, o período do final do século XIX na Europa assiste a uma abertura ao debate de ordem estética relativa à organização do espaço urbano. Inicia-se uma busca pela valorização dos elementos arquitetônicos e questiona-se como definir regras de composição dos espaços vazios ou ainda, dos espaços construídos.

De um lado, os culturalistas, como Sitte¹⁵⁵, sublinham a riqueza de significação das realizações antigas, defendidas com base no interesse crescente pelos monumentos antigos e nas primeiras legislações sobre proteção dos monumentos e cidades históricas. Do outro, os modernistas que criticam a arquitetura saudosista e defendem uma “criatividade arquitetônica em harmonia com as tendências estéticas contemporâneas”¹⁵⁶. Segundo tal pensamento, a obra arquitetônica deve tomar “posse” do local onde é implantada sem considerar as demais que a rodeiam.

O debate se estende sem uma solução conclusiva, uma vez que o urbanismo deve contemplar essas duas categorias de preocupações que de certa forma possuem valores a serem considerados. A questão fica um tanto quanto complexa quando se está diante de uma situação em que se deve decidir acerca da prioridade da preservação dos ambientes tradicionais e onde e quando apelar para uma expressão arquitetônica contemporânea¹⁵⁷.

O surgimento das técnicas urbanísticas normalmente tem sido pragmático, ou seja, são construídas na medida em que uma sociedade necessita dar respostas aos problemas gerados pela urbanização, em geral adaptadas e ajustadas sucessivamente na busca pela “dominação” do fenômeno¹⁵⁸. Para fins de elucidação das diversas políticas urbanísticas influenciadas pelas ideias e pelos “ideais” de cidade, consideramos relevante a exposição de um pequeno grupo de técnicas urbanísticas que se consagraram na cultura ocidental e que são, portanto, visíveis nos centros urbanizados da Europa e do Brasil. A exposição é, entretanto, apenas enunciativa, sem pretender esgotar o número existente de técnicas ou ainda sua complexidade:

I. O alinhamento

O alinhamento consiste, de modo geral, “na fixação de uma linha que delimita as zonas edificáveis das não edificáveis, definindo, conseqüentemente, as ruas, as praças e o próprio recinto da cidade”¹⁵⁹. É a técnica mais elementar do urbanismo, estando presente em todas as fases da história com maior ou menor intensidade¹⁶⁰.

Como todas as técnicas urbanísticas, no alinhamento se vislumbra a superioridade do valor coletivo que a cidade como tal postula face à iniciativa ou à liberdade de construir¹⁶¹ dos proprietários

¹⁵⁴ LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 39.

¹⁵⁵ Teórico do movimento culturalista que apresentamos em síntese a seguir. Cf. LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 40-41 e SITTE, Camillo. **L'arte di costruire le città**. Milano: Jaca Book, 1990.

¹⁵⁶ LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 41.

¹⁵⁷ LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 41. Cf. Entre outros: ALI, Titouche. Planning the Articulation Between the Historical City Centre and the New Urban Extensions. In: **The Planned City? ISUF International Conference**, Bari, V.III, p. 923-926, 2003.

¹⁵⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p.31

¹⁵⁹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 39.

¹⁶⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 31.

¹⁶¹ Sobre o *jus aedificandi*, veremos a seguir o desenvolvimento do tema no capítulo próprio.

dos imóveis. Os alinhamentos externalizam um valor ordenador e são expressão de modelo abstrato previamente concebido e mantido de cidade: recintos amuralhados, praças uniformes, vias de comunicação, grandes avenidas, perspectivas conjuntas, fortificações militares etc. Exemplo dessa planificação elementar especialmente intensa é aquela das cidades construídas pelos colonizadores espanhóis na América, cujas normas de composição se juridificam e codificam nas Leis das Índias¹⁶².

II. O zoneamento

Outra técnica típica do urbanismo contemporâneo é o zoneamento¹⁶³, ou *zoning*. A técnica consiste em demarcar ou repartir o solo de uma unidade territorial (em regra, o município), distinguindo setores ou zonas para os quais são previstos fins determinados de utilização. O zoneamento poderá delimitar áreas destinadas a habitações, bem como dar ao solo uma utilidade predominantemente industrial. A evolução dessa técnica chega até ao estabelecimento de zonas e funções de todo o território municipal¹⁶⁴.

O zoneamento é uma técnica fundamental do planeamento urbanístico, profundamente difundido durante o século XX, caracterizado pela aplicação de um sistema legislativo (normalmente em nível municipal) que procura regular o uso, ocupação e arrendamento da terra urbana por parte dos agentes de produção do espaço urbano, tais como as construtoras, incorporadoras, proprietários de imóveis e o próprio Estado.

O zoneamento é uma técnica muito utilizada para organizar o espaço das grandes metrópoles e se destacou, logo no início de sua utilização, pela regulamentação do local de instalação das indústrias pesadas. A economia liberal baseada no *laissez faire*, em que a iniciativa privada não encontra qualquer barreira que a limite, levou a casos extremos de indústrias inseridas nas cidades de modo caótico e lamentável, dando lugar ao monstro que Mumford¹⁶⁵ chamou de metrópole paleotécnica¹⁶⁶. O zoneamento tem sido considerado uma necessidade diante das questões de saúde e ambientais geradas pela localização das indústrias.

Atualmente, as leis de zoneamento restringem o tipo de estrutura a ser construída em um dado local com base em:

- **Função:** zonas limitam uma dada área da cidade para certo tipo de estrutura. Zonas podem ser, normalmente, residenciais, comerciais, industriais ou mistas. Zonas residenciais

¹⁶² Leyes das Índias – Livro IV, Título VII, “De la población de las ciudades, villas y pueblos”, en la Recopilación de 1681, con 26 Leyes. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 32.

¹⁶³ Sobre a técnica na doutrina brasileira conferir: CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire de. Aspectos Jurídicos do zoneamento e BERNARDES, Rosângela Maria Antiório. Zoneamento e controle ambiental. In: DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de Direito Urbanístico – 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

¹⁶⁴ Zonas residenciais de viviendas familiares e prédios em propriedade horizontal, zonas industriais, comerciais, zonas verdes, zonas esportivas, zonas histórico-monumentais, zonas de estabelecimento de ensino, zonas de vias de comunicação, zonas hoteleiras, zonas agrícolas etc. Deve-se ao arquiteto alemão Joseph Stübben (1845-1936), autor de *Der Städtebau, Handbuch der Architektur*, a criação da técnica do zoneamento. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 48.

¹⁶⁵ As indústrias provocam acumulação de tráfego pesado, ruídos, maus cheiros e, sobretudo, fumos e emanações, uma “poluição” que vicia a atmosfera em níveis alarmantes para a saúde pública. Hoje em dia, em muitas grandes cidades, o problema da poluição é um dos mais graves que afetam o desenvolvimento urbano. Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 185. Sobre ambiente urbano, conferir: FRIER, Michel. *Urbanisme et Environnement. L’Actualité Juridique Droit Administratif*, Paris, Numéro Spécial, p. 80-88, mai., 1993.

¹⁶⁶ Com este vocábulo expressivo de “paleotécnica”, designa Mumford, a primeira era técnica, com todo o seu caótico e brutal desenvolvimento, que não teve outra lei nem outro controle além da livre concorrência e do *laissez faire* dos utilitaristas. Esta era paleotécnica deu lugar às cidades mais insensatas e sem alma que os homens já conheceram e, o que é mais grave, reputadas como símbolo do progresso. A cidade sem alma coincide com a cidade a que a revolução industrial deu origem, com dois elementos fundamentais: a fábrica e o *slum*, bairro de operários. Cf. MUMFORD, Lewis. *The Insensate Industrial Town*. Apud. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 19 e 185.

permitem a ocupação do solo urbano somente para uso residencial, zonas comerciais apenas para uso comercial e zonas industriais apenas para uso industrial. Zonas mistas permitem o uso de residencial e comercial (e eventualmente o industrial de baixa incomodidade) do terreno.

- **Taxa de ocupação e coeficiente de aproveitamento:** diferentes zonas limitam o número de pavimentos que as estruturas a serem construídas podem vir a ter. Tal limite surge da divisão entre o coeficiente de aproveitamento máximo estipulado para uma região e a taxa de ocupação do lote urbano definido para ela.
- **Gabarito:** corresponde à limitação efetiva do tamanho das construções (expressa, normalmente, em números absolutos).
- **Número de ocupantes:** zonas limitam a construção de estruturas baseadas no número de habitantes ou trabalhadores a ocupar a área. Por exemplo, ruas próximas a grandes shopping centers e arranha-céus¹⁶⁷ podem ficar congestionadas por causa do grande número de pessoas que entram e saem da dada estrutura. Também chamado zoneamento por densidade.

O zoneamento determina o uso e segrega o solo de acordo com uma perspectiva funcionalista geral da cidade¹⁶⁸.

Por outro lado, implantado de maneira pouco refletida, o zoneamento poderá gerar excessiva monotonia ou zonas “monofuncionais”. A tendência é se defender na reestruturação das cidades a criação das áreas de uso misto, na procura por uma coexistência harmônica das funções ou pelo zoneamento “plurifuncional”¹⁶⁹.

No Brasil, o zoneamento ambiental fica a cargo do município e integra o conjunto de instrumentos da política urbana¹⁷⁰. Cabe ao município regular o uso e a ocupação do solo ocupado e também das áreas destinadas a urbanização ainda que localizadas fora do perímetro urbano, “porque estes núcleos irão constituir as novas cidades ou a ampliação das existentes, e, por isso, devem ser ordenados urbanisticamente desde o seu nascedouro, para que não venham a prejudicar a futura zona urbana”^{171,172}.

Da mesma forma, em Portugal o zoneamento constitui um elemento

essencial do conteúdo material e do conteúdo documental dos planos territoriais, em particular dos planos municipais de ordenamento do território (que abrangem os planos diretores municipais, os planos de urbanização e os planos de pormenor), e está na base da classificação do solo (que tem a ver com o regime atualmente

¹⁶⁷ **Arranha-céu** ou **arranha-céus** é a denominação popular de edifícios dotados de uma altura singular frente aos seus demais e de uma forma geral apresentando formatos de torre. Esses prédios normalmente possuem caráter multifuncional, sendo capazes de abrigar estabelecimentos residenciais, comerciais, de serviços, entre outros. A sua presença no espaço urbano, quando destacada de tecidos urbanos dotados de menor gabarito (altura média das edificações), constitui-se em geral como uma referência ou marco para a cidade, embora ele também possa gerar problemas vários ligados à mobilidade urbana, consumo de energia e segurança. Cf. BENEVOLO, Leonardo. **História da arquitetura moderna**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

¹⁶⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 36.

¹⁶⁹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 49 e ss.

¹⁷⁰ Cf. Alínea “c”, Inciso III, do art. 4º da Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade.

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 123 e ss.

¹⁷² Cumpre comentar, rapidamente, que o zoneamento, ao contrário do planejamento urbano *stricto sensu*, surge no Brasil sem qualquer elaboração teórica, sem a participação de intelectuais estudiosos da cidade e sem a influência do pensamento estrangeiro. Recorde-se que no final do século XIX, quando se inicia no Brasil, o zoneamento mal ensaiava os primeiros passos na Alemanha e nos Estados Unidos. O que se inicia no Brasil corresponde (e continuará correspondendo) a interesses e soluções específicas das elites brasileiras. Mesmo recentemente, na maioria dos planos diretores brasileiros o zoneamento aparece apenas como princípios vagos e não operacionais. Ao contrário, as leis específicas de zoneamento, separadas dos planos diretores, são operacionais, aprovadas nas Câmaras Municipais e executadas (evidentemente com os percalços típicos da execução de tantas leis no Brasil). Cf. VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 169-243.

vigente, na distinção fundamental entre solo rural e solo urbano) e na qualificação do solo (a qual, atenta a sua classificação básica, regula o aproveitamento do mesmo, em função da utilização dominante que nele pode ser instalada ou desenvolvida, fixando os respectivos usos e, quando admissível, a edificabilidade), que são estabelecidos pelos planos municipais de ordenamento do território¹⁷³.

Pela relevância da técnica no que se refere à tutela do patrimônio cultural, o zoneamento será tratado em maiores detalhes no Título III desta tese.

III. A cidade-jardim

Howard¹⁷⁴ foi o criador das cidades-jardins. Militante desde 1879 no movimento socialista inglês, autodidata, foi profundamente marcado pela leitura de dois livros: *Progress and Poverty*, de Henry George (1881), e *Looking Backward* (1889), a utopia do americano E. Bellamy. Nessas obras residem as fontes da sua própria obra, que surgiu em 1898: *Tomorrow: a peaceful path to social reform*, uma nova utopia, em que estava exposta sua teoria da cidade-jardim (*garden-city*), e que logo devia se tornar realidade graças ao sentido prático do autor.

A ideia da cidade-jardim parte da convicção de que não haveria apenas dois tipos de vida – a vida no campo e a vida na cidade. Haveria uma terceira opção, na qual todas as vantagens de ambas as vidas (a atividade da cidade, a existência de trabalhos, as facilidades e o acesso às tecnologias e a vida e a tranquilidade dos campos, onde existiam os recursos naturais) podem estar combinadas de forma perfeita. “A cidade e o campo podem ser considerados dois ímãs, cada um procurando atrair para si a população, a esta rivalidade vem interpor-se uma nova forma de vida, que participa das duas outras”¹⁷⁵.

Recusando o crescimento ilimitado das metrópoles, Howard propõe a criação de sucessivas cidades novas, interligadas por transportes públicos e com população limitada. Cada uma dessas novas cidades integraria os correspondentes empregos disponíveis e seria envolvida por uma área agrícola própria. Tal modelo apresentado em 1899 foi desde logo experimentado¹⁷⁶ e viria a ter bastante aplicação após a Segunda Guerra Mundial, nomeadamente na Inglaterra¹⁷⁷.

A proposta de cidade-jardim republicada em 1902 sob o título *Garden Cities of Tomorrow* não se referia a um modelo espacial, e sim a um esquema teórico de uma cidade autônoma, de gestão comunitária, de dimensão limitada por extensa faixa agrícola que a circundava e que, caracterizada por altas taxas de áreas verdes, seria uma alternativa para o caos e decadência urbanos da Inglaterra do final do século XIX.

Howard, menos interessado e envolvido com as questões próprias do desenho urbano, talvez por sua própria formação, estava mais empenhado numa solução para o problema urbano que proporcionasse moradia digna para as classes trabalhadoras. Desse modo, apresenta não uma forma urbana, mas um diagrama de assentamento para 32 mil habitantes em sua área urbana de 400 hectares e 2 mil habitantes em terrenos agrícolas, ocupando 2.020 hectares. O esquema da cidade apresentada no diagrama – que Howard enfatizou não se tratar de plantas definitivas, mas de um conceito que a

¹⁷³ Artigos 71, 72, 73, 85, 86, 88, 89, 91 e 92 do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 48.

¹⁷⁴ CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 219.

¹⁷⁵ CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 219.

¹⁷⁶ O êxito imediato de sua obra levou E. Howard a fundar, em 1899, a Associação das Garden-Cities. A partir de 1903, esta adquiriu, em Letchworth, o primeiro terreno onde construir. Nela foi projetada, pelo arquiteto de confiança de Howard, Parker, a primeira cidade-jardim que, ao lado da Welwyn, converteu-se em modelo na Europa e nos EUA. Depois da Segunda Guerra, elas ainda serviriam de protótipo para a construção de cidades novas na Grã-Bretanha. Cf. CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 220.

¹⁷⁷ CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 67.

realidade, com suas peculiaridades geográficas, daria a configuração definitiva – consistia em estrutura circular dividida em seis setores. Esses setores seriam delimitados por seis bulevares arborizados, com 36 metros de largura, que se irradiariam desde o parque central e se estenderiam até o perímetro externo, circundado pela ferrovia que após envolver a cidade, se transformaria em estrada de penetração no ambiente rural. Completariam a estrutura viária da cidade-jardim cinco avenidas, também arborizadas, concêntricas ao parque central.

De acordo com esse planejamento urbano e territorial de Howard, a terra agrícola deveria ser adquirida pela comunidade organizada. O empréstimo que financiaria essa compra seria amortizado por meio de cotas de participação de menor valor do que o custo usual do arrendamento da terra ou aluguel de imóvel urbano, mesmo que nessas cotas estivessem embutidos os custos de construção da infraestrutura urbana, dos edifícios comunitários e da manutenção do empreendimento. Nesse caso, o solo urbano rural passa a ser patrimônio coletivo dos moradores da cidade, ninguém se torna proprietário da sua casa, comércio ou terra rural. As cotas de participação, pagas mensalmente, habilitariam o contribuinte a usufruir o terreno, além de contribuir para a amortização do empréstimo obtido, financiar a construção da infraestrutura urbana, sistema viário, edifícios públicos e sustentar a manutenção e a administração da cidade, ou seja, o lucro do empreendimento seria revertido para a própria comunidade. Lançada a proposta, caberia a outros a construção formal dessa ideia de cidade moderna.

No Brasil, a cidade de Maringá, no Paraná, é apontada como exemplo de projeção de cidade nova sob os moldes da cidade-jardim. Diretamente associada a um grande empreendimento agrícola e imobiliário, ela é decorrente da marcha pioneira que avançou em direção ao norte do Paraná e à região noroeste de São Paulo na primeira metade do século XX, tendo como eixo as linhas ferroviárias então abertas e trazendo consigo os grandes cafezais no lugar da Mata Atlântica. A Companhia de Terras Norte do Paraná (CNTP), empresa privada de capital britânico, subsidiária da inglesa *Paraná Plantation Company*, vendida a um grupo nacional em 1939, quando então passou a ser chamada Companhia Melhoramentos Norte do Paraná, promoveu o planejamento territorial da região, com o parcelamento das áreas rurais e a instalação de uma rede de cidades com cerca de 70 sedes de municípios, sob forte influência das concepções do *town and country planning* formuladas pelos urbanistas ingleses¹⁷⁸.

A repercussão do modelo de cidade-jardim em Portugal também esteve presente na maior parte dos planos e anteplos de urbanização elaborados nos anos 40 e 50, segundo destaca Carvalho¹⁷⁹. A maioria dos planos era elaborada por Etienne de Groer ou João Aguiar e não visavam à criação de novas cidades, mas antes sua expansão e renovação, com influências notáveis das ideias de Howard.

Nos EUA é que a opção tipológica se apresenta em maior amplitude de forma que grande parte das suas cidades se caracterizam como um contínuo de habitações unifamiliares, organizadas em extensas malhas reticulares.¹⁸⁰ De toda sorte, na Europa o modelo é também difundido em países como França, Alemanha, Holanda, Bélgica, Polônia, República Tcheca e Eslováquia e Rússia, onde se formaram associações para a divulgação do movimento¹⁸¹. A procura pela vivenda, na Europa, para residência habitual dos moradores das cidades tem sido intensa e é uma tendência atual. Ocorre a partir dos anos 70, já não se realizando em cidades novas, mas na expansão de aglomerados existentes, em subúrbios mais ou menos isolados e ainda em pequenas parcelas espalhadas pelo campo¹⁸².

¹⁷⁸ O engenheiro Jorge de Macedo de Vieira, encarregado pela Companhia do Projeto de Maringá, imprimiu ao desenho da cidade o caráter das soluções do tipo *garden city*, influenciado pelo convívio profissional com Parker. Em seus desenhos, Vieira revelou uma grande sensibilidade não só para com os princípios formais da cidade-jardim determinados por Unwin, como também para a natureza do lugar que nunca visitou, nem preliminarmente aos seus estudos, nem mais tarde para conhecer a cidade construída que havia idealizado, tomando por base somente o levantamento topográfico da região. Entretanto, a paisagem antrópica construída aí respeitou todas as particularidades e potencialidades que o cenário natural lhe oferecia. Cf. REGO, Renato Leão. O desenho urbano de Maringá e a ideia de cidade-jardim. *Acta Scientiarum Maringá*, v. 23, n. 6, p. 1569-1577, 2001.

¹⁷⁹ CARVALHO, Jorge. *Formas Urbanas*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 68.

¹⁸⁰ CARVALHO, Jorge. *Formas Urbanas*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 68.

¹⁸¹ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 51.

¹⁸² CARVALHO, Jorge. *Formas Urbanas*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 68.

IV. O funcionalismo progressista

O urbanismo, que se pretende uma ciência dos assentamentos humanos, nasce em decorrência da Revolução Industrial que teve início na Europa do século XVIII. Nesse período o movimento lançou uma população operária nas cidades despreparadas para acolhê-la, resultando na proliferação de habitações precárias (cortiços) e insalubres. Muitos foram os que trataram desse período e desenvolveram críticas sobre a sociedade industrial então recém-instaurada, particularmente destacamos Engels¹⁸³.

Inspirando-se no racionalismo da filosofia das luzes, a corrente progressista se baseia numa concepção abstrata do homem, indivíduo mutável no tempo e no espaço. A ciência deve, portanto, permitir a definição exata de um modelo urbano perfeito que convenha a todo grupo humano.

Desde 1901, o arquiteto Tony Gamier elabora um plano da cidade industrial onde se encontra quase tudo o que está na base do urbanismo atual. É bastante significativa sua influência sobre os arquitetos “racionalistas” da primeira metade do século, que criam o “estilo internacional” e elaboram o modelo de urbanismo progressista. Eles constituem, a partir de 1928, um movimento internacional designado Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM). Em 1933, os arquitetos do CIAM elaboram o seu manifesto doutrinal, a *Carta de Atenas*. Expressão do urbanismo progressista, esse documento deve muitas de suas ideias a Le Corbusier¹⁸⁴.

A técnica progressista preconizada por LE CORBUSIER também é conhecida como funcionalista e fundamenta-se na *Carta de Atenas*, que começa por criticar a “irracionalidade” das cidades existentes para em seguida determinar as quatro funções essenciais do homem dentro da cidade: *Habitar, trabalhar, recrear-se e circular*. Nessa perspectiva, os planos urbanísticos deverão determinar a estrutura de cada um dos setores destinados àquelas funções-chave, passando então a cidade a ser vista como uma unidade funcional¹⁸⁵.

Outro teorema do urbanismo progressista funcional é a abolição da rua. Os imóveis deveriam ser implantados longe dos fluxos de circulação (art. 27), distantes, assim, do barulho e do perigo. Seu esquema urbano é considerado válido em qualquer lugar, pois é concebido para o “homem padrão”. Segundo Le Corbusier “todos os homens possuem as mesmas necessidades”¹⁸⁶. Dessa forma, urbanistas progressistas utilizam das mesmas soluções em todo o mundo, em grandes ou pequenas cidades.

O urbanismo progressista é obcecado pela modernidade. A cidade do século XX deve ser de seu tempo e afirmar a contemporaneidade de tudo aquilo que se traduz como avanço da técnica: a indústria, o automóvel, o avião. Se de um lado valoriza-se a estética das novas tecnologias e modernidades o urbanismo progressista despreza a cidade antiga. Ainda que fique proclamada expressamente na *Carta de Atenas*, art. 65, que “os valores arquiteturais devem ser salvaguardados”, na realidade o texto preconiza uma conservação individualizada, na qual alguns monumentos mais importantes são protegidos enquanto seu redor ou entorno deva ser destruído (destruir os taudis, ou seja, as casas antigas) para que se possibilite a abertura de “espaços verdes”. É isto que Le Corbusier preconiza para Paris desde 1925, a destruição de todo o lado direito do rio em seu “Plano Voisin”¹⁸⁷. A *Carta de Atenas* exige construções altas, distantes umas das outras, isoladas no verde e na luz. As torres e as marquises são os corolários do teorema higienista. No Plano Voisen prevê-se a substituição do centro de Paris por torres de 200 metros de altura, ocupando somente 5% da superfície do solo. Em tal urbanismo não haveria espaço para unidades autônomas de habitação ou trabalho, cada uma concebida como uma pequena cidade vertical.

¹⁸³ ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora em Inglaterra**. Porto: Edições Afrontamento, 1975.

¹⁸⁴ Le CORBUSIER. **La charte d’Athènes**. Paris: Editions Seuil, 1971.

¹⁸⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 40 e ss.

¹⁸⁶ LE CORBUSIER. *Vers une Architecture*. Apud: HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 121.

¹⁸⁷ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 120.

Segundo Harouel, Le Corbusier consente a conservação em Paris, sobre a relva, de alguns monumentos e em um ponto ou algum outro resquício arquitetônico, como uma mansão do Marais conservada ou transportada. Mediante isso estar-se-ia respeitando o patrimônio universal e mesmo o valorizando, uma vez que se o aproveita melhor.

Muitas críticas são endereçadas à técnica funcionalista. Tratar-se-ia de um “urbanismo desumano”, onde se verifica a instalação de “caixas de habitação” e o concreto invade e agride a cidade desnaturando espaços rurais. Entretanto, é de se admitir que o emprego do concreto e outros materiais modernos são inevitáveis. “Jamais se construirá como no passado, em nome do qual nos regozijamos ou não”¹⁸⁸. Os materiais e as técnicas novas permitem um grande aumento da produtividade (a construção precisa de menos tempo de trabalho que em outras épocas), além de viabilizar as grandes e altas construções do século XX.

Sobretudo, “a grande culpabilidade do urbanismo progressista é a de apresentar a cidade futurista, como seus imóveis coletivos gigantes, formigueiros extremamente confortáveis com inúmeras células habitacionais, como o lugar da felicidade perdida”¹⁸⁹.

A urbanística “corbusiana”, dos CIAM e da *Carta de Atenas*, produziu a Cidade Radiosa, a Cidade Ford-funcional: decompôs a urbe em funções elementares, aumentando a sua eficiência pela monofuncionalidade das áreas, proporcionou a intervenção dos poderes públicos e centralizou a planificação de modo a regular o mercado fundiário e a construção de equipamentos sociais de bem-estar (na linha das políticas keynesianas)¹⁹⁰.

Sob o ponto de vista da proteção do patrimônio cultural arquitetônico, a *Carta de Atenas* não se omite nesse sentido, porém propõe uma conservação isolada dos bens, pregando por uma renovação urbana comprometida com uma nova visão de cidade, que deve ser racional, em contraposição às cidades medievais ou antigas, cujas formas refletiam outros tempos e outras preocupações (sobretudo defensivas).

V. O urbanismo culturalista

O urbanismo culturalista pode ser destacado como uma das técnicas do urbanismo contemporâneo, em particular pela influência que exerce sobre as questões ligadas à proteção do patrimônio cultural arquitetônico, apesar de não ser a única nem a predominante.

Ao se tornar objeto de ciência e objeto de reflexão, como sugere Choay¹⁹¹, o debate sobre a cidade assume duas direções; o modelo culturalista e o modelo progressista. As concepções do urbanismo culturalista se antagonizam com aquelas do urbanismo progressista que tem em Le Corbusier seu mais expressivo representante e cujo interesse se centra nas estruturas técnicas e estéticas, desconsiderando os aspectos socioculturais.

O modelo culturalista reconhecidamente aparece pela primeira vez, enquanto concepção urbana abrangente no livro de Ebenezer Howard, *Garden Cities of Tomorrow*, em que ele prescreve um tamanho “ótimo” de cidade. Nessa concepção, o crescimento das cidades – ao contrário do que se costuma verificar – deveria se dar pelo surgimento de novas colônias de células urbanas, ideia que mais tarde se traduziria pela expressão cidade-satélite. A preocupação central de Howard é a contenção do crescimento das cidades pela expansão das suas periferias. Nesse sentido, ele apresenta uma visão de conjunto que engloba as áreas urbanas e rurais, se antecipando às preocupações com o planejamento regional, que na primeira metade do século XX, pensa as cidades como uma rede de lugares hierarquicamente organizados no território.

¹⁸⁸ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 128.

¹⁸⁹ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 129.

¹⁹⁰ GUTERRES, João. Urbanismo e Prevenção de Riscos Urbanos: Polis “Radiosa” versus Polis “prudencial”. In: **Urbanismo Preventivo**. Actas da Conferência realizada em 16 e 17 de junho de 2000 no âmbito do 2º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum, n. 6. Lisboa: URBE, 2000. p. 8-15.

¹⁹¹ CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

Fruto desse “movimento culturalista”,¹⁹² o modelo se fundamenta na ideia de que a cidade europeia pré-industrial representa um momento excepcional da história e permite, graças ao clima particular da comunidade urbana, uma realização do indivíduo a um desabrochar da cultura¹⁹³.

O movimento culturalista é, fundamentalmente, um pensamento anti-industrialista, alimentado pela nostalgia da cidade do passado, da qual se quer ressuscitar o calor humano e a qualidade arquitetural. A estética e a cultura são as bases do pensamento culturalista e, para os seus defensores, as manifestações “antiestéticas” do urbanismo industrial são resultados de uma carência cultural que só pode ser combatida através do retorno a uma arte inspirada na Idade Média com o “renascimento” de um artesanato. Essas concepções não resultam em verdadeiras realizações. Sua visão arquitetural inspira, entretanto, a cidade-jardim de Port-Sunlight, criada em 1887 pelo industrial Lever para operários de sua usina de sabão. Admirador de Ruskin, apaixonado pelo gótico, construiu 600 *cottages* num estilo *early english*¹⁹⁴.

No final do século XIX, o urbanismo culturalista é desenvolvido com propriedade pelo arquiteto alemão Stübben, que publica em 1880 seu *Städtebau*, tratado de construção das cidades. Suas conclusões fundamentam-se nas falhas de seus antecessores que sobrepuseram uma cidade moderna a uma antiga. Suas propostas consistem em respeitar o passado e construir a cidade nova ao lado da antiga. Em seguida o urbanista austríaco Sitte, em seu livro publicado em 1889 (*Der stadte- Bau nach seinen Kunstlerischen Grundsätzen*), denuncia a mediocridade da cidade moderna e procura tirar de um estudo das cidades antigas os princípios que devem inspirar os responsáveis pela criação e pela expansão das cidades. Ele pretende substituir por um procedimento consciente as soluções intuitivas que obtiveram êxito nas diferentes épocas “onde o respeito da arte era uma tradição”¹⁹⁵. Sem tentar reproduzir ou copiar as cidades antigas, mas tentar adaptá-las às demandas modernas. Defensor da continuidade do tecido urbano contrapõe-se ao isolamento dos monumentos históricos arquitetônicos no centro de um espaço vasto e livre, considerando tal medida devastadora para os edifícios antigos, pois se trai seu espírito ao contrário de valorizá-lo.

Na Inglaterra, o urbanismo culturalista adquire uma nova direção com Howard e seu projeto de cidade-jardim exposto em 1898 em seu livro *Cities of Tomorrow*. Ele procura reunir as vantagens da cidade e do campo realizando uma verdadeira cidade e não um subúrbio difuso desprovido de centro e de limites. O espaço urbano compreende, no centro, um espaço comercial e administrativo; depois uma zona anular destinada às habitações, cada uma com seu jardim.

Essas concepções se realizam parcialmente nas duas cidades-jardins de Letchworth e Welwyn, vizinhas de Londres. Na primeira metade do século, o termo “cidade-jardim” conhece grande sucesso, especialmente na Inglaterra, na Holanda e nos países escandinavos. Ele designa normalmente os subúrbios residenciais com casas dispersas no verde. Na França, entretanto, o que se realiza sob o nome de cidade-jardim prefigura frequentemente os grandes conjuntos habitacionais¹⁹⁶.

O movimento culturalista influencia as propostas de proteção ao patrimônio cultural urbano na medida em que seus conceitos evidenciam a relevância das características artesanais ou culturais das cidades, sobretudo a ideia de conjunto arquitetônico. A discussão auxilia na compreensão do que é o patrimônio e quando deve ser objeto da proteção estatal. Em todo caso, a tendência atual é aceitar as diversas manifestações culturais, de cada tempo, dando espaço aos novos projetos arquitetônicos, na medida em que estes também deverão integrar o conjunto urbano que preza pelo respeito pelo passado e pelo desenho e arte atuais que também fazem parte da cidade do futuro.

¹⁹² Movimento que nasce na Inglaterra do século XIX sob o estímulo de Pugin, Ruskin e Morris. Estética e cultura ocupam junto deles o mesmo lugar que a higiene em Owen ou Fourier. Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 122.

¹⁹³ Ideias caras a escritores como Max Weber e Sombart. Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 122.

¹⁹⁴ Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 122.

¹⁹⁵ SITTE, Camillo. **L'arte di costruire le città**. Milano: Jaca Book, 1990. trad. “Der stadte- Bau nach seinen Kunstlerischen Grundsätzen”

¹⁹⁶ Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 123-124.

VI. O surgimento de novas cidades

O surgimento de novas cidades é um fenômeno vivenciado desde as épocas mais remotas. Analisando-a como uma técnica do urbanismo¹⁹⁷, podemos dizer que a criação de uma nova cidade se dá para o atendimento específico de determinadas funções ou atividades urbanísticas, o que as distingue das cidades administrativas, coloniais, religiosas ou industriais do passado.

Numerosas cidades são fundadas para servir de capital política. Na metade do século XIX, foram Ottawa e Pretória; no início do século XX, Camberra, Nova Delhi e Ankara; posteriormente Brasília¹⁹⁸ no final da década de 1950. Assim também se passou na fundação de diversas capitais de Estados Federados, como Belo Horizonte¹⁹⁹, Madison, Adelaide, La Plata, frequentemente no século XIX. No século XX, pode-se citar Goiânia, capital do Estado brasileiro de Goiás e Chandigarh, do Estado indiano do Penjab. Todavia, bem mais numerosas são as novas cidades nascidas do progresso industrial e da extração mineral. Esse fenômeno que remete por seu caráter a tipos de cidades unidimensionais, ou seja, cidades especializadas, com setor de interesse voltado para o qual são criadas, nada têm propriamente a ver com as cidades planejadas como unidades completas de vida integral e não especializada.

O movimento das novas cidades enquanto alternativa técnica se vincula às estratégias de descentralização industrial e equilíbrio regional. Vinculada ao urbanismo regional (enquanto planificação que engloba uma região) caracteriza-se por ser uma técnica autônoma, motivada por fins de ordenamento ou de planejamento metropolitano²⁰⁰.

A origem do movimento remete a três documentos oficiais da Inglaterra, a saber: os *Reports*, da Comissão Barlow, de 1940, e da Comissão Reith, de 1946 e o *Plano Abercrombie* da Grande Londres, de 1944. A Comissão Real presidida por Barlow foi designada em 1937 para estudar os problemas da distribuição da população industrial e os inconvenientes da concentração urbana e para formular e propor soluções adequadas. A Comissão Barlow propõe, então, uma planificação global de todas as zonas urbanas congestionadas e a necessidade de estabelecer uma política de descentralização industrial e de equilíbrio regional, destacando o caso particular de Londres como especialmente agudo.

O Plano da Grande Londres realizado por Patrick Abercrombie em 1944 desenvolve e aplica tais princípios. O plano propõe “congelar” as indústrias existentes no Condado de Londres e em algumas cidades limítrofes, de modo que a população da área não aumente, ao contrário, diminua, definindo quatro anéis concêntricos: o primeiro que corresponde à zona urbanizada, cuja densidade propõe reduzir; o segundo ao subúrbio residencial, com casas unifamiliares e baixa densidade; o terceiro situado entre os quilômetros 20 a 35 do centro de Londres, que corresponderia ao anel verde, afetado a usos agrícolas e recreativos; e finalmente o quarto, mais exterior, que se reservaria às novas

¹⁹⁷ Em verdade, por muito tempo o urbanismo enquanto técnica se voltou à elaboração de novas cidades, a partir de uma “tábua rasa” no território. Tal tendência enfrenta processo reverso nos dias de hoje na medida em que a expansão das cidades é contida e que se passa a “renovar” a cidade existente, medida de qualidade urbana em substituição a um urbanismo quantitativo. Cf. AGUIAR, José. A Conservação do Patrimônio Urbano e o Lugar das Novas Arquiteturas. In: COUTO, Célia (Coord.) **Estratégias de Reabilitação de Centros Históricos**. Actas da Conferência realizada em 18 e 19 de junho de 1999, no âmbito do 1º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum n. 4. Lisboa: URBE, 2001.p. 27-46 e VENUTI, Giuseppe Campos. **Urbanismo y Austeridad**. Madrid: Siglo XXI, 1981.

¹⁹⁸ Cf. HOLANDA, Frederico. A morfologia interna da capital. In: **Brasília ideologia e realidade: espaço urbano em questão**. PAVIANI, Aldo (Org.). São Paulo: Projeto, 1985 e HOLSTON, James. **A cidade modernista: uma crítica de Brasília e sua utopia**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

¹⁹⁹ São as cidades classificadas pela professora Freitas como “cidades sem história, projetadas na prancha, para territórios vazios, por arquitetos e urbanistas comprometidos com a Carta de Atenas e a política da terra arrasada. Trata-se de cidades “jovens”, sem passado histórico que por vezes primam pela inventividade e originalidade. Nelas, seus idealizadores aplicam técnicas e materiais de construção novos”. Cf. FREITAG, Barbara. A revitalização dos centros históricos das cidades brasileiras. In: **Urbanidades**. Revista Eletrônica do PIP, Itinerâncias Urbanas. Disponível em: <<http://www.unb.br/ics/sol/urbanidades/barbarafreitag.htm>>. Acesso em 5 jan. 2008.

²⁰⁰ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 54

cidades chamadas a acolher uma parte da população nova, de tamanho médio, com 50 mil habitantes²⁰¹.

Ainda que o Plano de Londres tenha sido superado, seu maior êxito fora, justamente, a ideia de romper com o chamado “crescimento em mancha de azeite”, da grande aglomeração londrina e habilitar para os crescimentos da área uma rede de novas cidades supostamente autônomas, que não gravitassem ao redor do centro supercongestionado do conjunto.

A segunda Comissão, presidida desta vez por Reith, ficou a cargo de estudar os problemas gerais causados pelos estabelecimentos, ordenação, organização e administração de novas cidades no quadro de uma política de descentralização planificada nas zonas urbanas congestionadas. A Comissão entregou em 1946 sua proposta, aprovada em 1 de Agosto de 1946 sob a forma do *New Towns Act*, ponto de partida legal para toda vasta operação urbanística, consideradas uma das mais ambiciosas do urbanismo contemporâneo. As recomendações de Reith podem ser resumidas em: as novas cidades deveriam estabelecer-se em uma distância não inferior a 40 km na região de Londres e a 20 nas outras regiões, a fim de permitir a constituição de núcleos de vida econômica, social e cultural, realmente independentes, excluindo assim a fórmula negativa das cidades satélites ou cidades dormitório, com suas migrações cotidianas, ainda que a necessidade de atrair certas indústrias e serviços que obrigava a manter certos contatos com o centro metropolitano, excluía também as distâncias demasiado grandes. A dimensão dessas cidades novas devia variar entre 20 mil e os 60 mil habitantes, de modo que se facilitassem as relações a pé ou bicicleta entre a residência e os lugares de trabalho, que deveriam se localizar nas próprias cidades, assim como todos os serviços e meios culturais necessários para sua plena autonomia. Um cinturão verde e uma zonificação rigorosa protegeriam o crescimento ilimitado dessas novas cidades, cuja densidade se manteria baixa. A planificação seria total²⁰².

A primeira geração de novas cidades atingira êxitos notáveis de planificação e concepção (as cidades mais famosas do círculo de Londres são Stevenage e Harlow), mas os excedentes demográficos da descentralização industrial não foram previstos. O segundo impulso do crescimento começou no final dos anos 60 e incrementa notavelmente as cidades que chegam a 300 mil habitantes.

A técnica das novas cidades foi acolhida em outros países como Suécia, Dinamarca, Finlândia, Holanda, França e países do leste, Polônia, Hungria entre outros da ex-União Soviética.

No Brasil, a maior parte das novas cidades criadas nos últimos dois séculos, não se vincula ao modelo exposto, sendo basicamente realizadas em funções específicas, como as capitais citadas no início da exposição da técnica²⁰³. Entretanto, considerando o principal modelo de ocupação utilizado na criação das novas cidades inglesas, é possível indicar alguma influência na cidade de Maringá, no Paraná, como já explicitado no item anterior que tratou da técnica das cidades jardins. Assim como em Portugal, onde técnica das cidades jardins influenciou projetos e planificações²⁰⁴.

VII. O crescimento das cidades existentes x a renovação urbana

A expansão e a renovação urbanas são apontadas na doutrina como técnicas urbanísticas desenvolvidas no século XIX para o atendimento às novas demandas urbanas geradas pelo crescimento demográfico nas cidades. São, a princípio, técnicas que visam a instrumentalizar os aglomerados urbanos de maneira que se atenda a novas necessidades de circulação, comunicação e trocas entre centros urbanos que se conurbam.

²⁰¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 46-47.

²⁰² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 48.

²⁰³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 47.

²⁰⁴ A maioria dos planos era elaborada por Etienne de Groer ou João Aguiar e não visavam à criação de novas cidades, mas antes sua expansão e renovação, com influências notáveis das ideias de HOWARD. Cf. CARVALHO, Jorge. *Formas Urbanas*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 68.

A renovação urbana significava, em um primeiro momento e de modo geral, “o derrube de bairros antigos para abrir novas ruas e construir edifícios mais higiênicos e de melhor qualidade arquitetônica”²⁰⁵. Ao seu lado, a técnica da expansão consistia em favorecer o crescimento da cidade²⁰⁶ na forma de “mancha de azeite”²⁰⁷, mediante a junção de novos bairros em forma quadricular, ligados aos centros urbanos cada vez mais congestionados (os centros normalmente continuavam a fornecer os serviços administrativos essenciais de saúde, educação, etc, projetados, entretanto, para uma cidade menor e, por conseguinte, com demanda inferior).

Desde o seu surgimento no século retrasado até os dias de hoje é possível verificar uma sensível mudança na legislação e na doutrina concernente ao significado das duas técnicas referidas. Por essa razão, vamos nos ocupar rapidamente das diferentes acepções possíveis e o atual perfil de cada uma delas, de maneira que fique mais evidente a construção teórica desses instrumentos. Tratemos, portanto, detidamente, de cada uma:

a) *Expansão Urbana*

A expansão urbana enquanto técnica significava aumentar o espaço construído em atendimento a uma ampliação da demanda por infraestrutura urbana. Essa expansão é feita com o aumento do número de construções sobre territórios originariamente rurais e poderá tomar diversas formas. Em sua origem, a expansão urbana apenas respondia a uma demanda, sobretudo residencial, enquanto a oferta dos serviços essenciais mantinha-se em seu ambiente de origem, ou seja, nos centros das cidades.

A técnica da expansão, nesse sentido, é sobretudo aquela que agrega novos bairros em forma quadricular e atualmente se apresenta superada²⁰⁸. A expansão urbana aplicada nesses termos atende uma demanda por habitações, sem conter ou interferir nesse processo. Quando a população urbana aumenta, aumentam também as necessidades de moradia, transporte, serviços essenciais, lazer e cultura. Torna-se, com isso, inevitável a ampliação da estrutura urbana.

Essa expansão parece-nos, inevitável, ainda que atualmente “controlável”, podendo se dar de maneira acentuadamente diversa daquela que ocorreu nas décadas passadas, especialmente no Brasil.

No Brasil, a urbanização²⁰⁹ em larga escala e, juntamente com esta, a técnica de expansão urbana, tiveram origem e aplicação relativamente recentes. O seu início se articula com um conjunto de mudanças estruturais na economia e sociedade brasileiras a partir da década de 30 do século XX, e a expansão urbana encontra seu ápice em 1978, quando então os dados censitários revelaram uma população urbana superior à rural e uma consequente ampliação da malha urbana nas principais cidades do país²¹⁰.

²⁰⁵ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 39 e ss.

²⁰⁶ O crescimento como fenômeno reside no fato de que a cidade é um elemento vivo, segue em constante dinâmica e alteração, tomando parte de uma sequência de acontecimentos sociais, políticos, econômicos e naturais. É certo dizer, todavia, que ao lado da produção da cidade por crescimento, difusão e absorção de novos territórios, a cidade se produz igualmente pela renovação, transformação e reafetação dos próprios tecidos. Cf. AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363.

²⁰⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 52.

²⁰⁸ A expansão urbana tem por modelo mais atual aquele segundo o qual se privilegia a autonomia setorializada, onde os bairros e novos espaços urbanizados apresentam-se devidamente equipados para garantir uma independência estrutural do centro da cidade.

²⁰⁹ Ainda aqui no sentido de Davis, a noção de “urbanização” fundamenta-se no aumento do percentual da população urbana em relação à total. Assim sendo, pode-se dizer que uma sociedade está se urbanizando na medida em que o crescimento da população urbana é maior do que o da população rural. Cfr. DAVIS, Kingsley (et al.). **Cidades: a urbanização da humanidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 46.

²¹⁰ Cf. BRITO, Fausto; HORTA, Cláudia Júlia Guimarães; AMARAL, Ernesto Friedrich de Lima. A Urbanização Recente no Brasil e as Aglomerações Metropolitanas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, SP, Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/iussp2001/cd/GT_Migr_Brito_Horta_Amaral_Text.pdf>.

A expansão urbana brasileira se deu às custas de uma migração interna²¹¹ intensa e desequilibrada, concentrando os polos de crescimento urbano na região sudeste do país, especialmente na cidade de São Paulo²¹² e sua periferia. Nas cidades paulistas, a ampliação da malha urbana avançou sem limites espaciais e as técnicas de urbanismo se limitaram, muitas vezes, a tentar ligar os novos e cada vez mais numerosos bairros da cidade, o que gerou os problemas já conhecidos daquela grande metrópole.

A partir da década de 1980, os dados estatísticos brasileiros demonstram que o auge da expansão urbana encontra seu limite. A cidade para de crescer da mesma maneira que então se verifica a redução das taxas de fecundidade urbana e assiste-se a uma sensível diminuição da migração rural-urbana²¹³.

É de se observar, da análise desses elementos, que por trás da urbanização brasileira, verifica-se que a técnica da expansão urbana em seus moldes iniciais fora largamente adotada e incentivada política e economicamente. Essa expansão desordenada está na origem de problemas diversos que desafiam atualmente as políticas urbanas naquele país²¹⁴.

Embora as graves consequências ainda se façam sentir por muito tempo, o crescimento desenfreado das cidades, sem intervenções, tende a ser superado no Brasil²¹⁵, seguindo, assim, uma tendência mundial e um modelo de desenvolvimento sustentável²¹⁶. Nas cidades com mais de 20 mil

²¹¹ Como exporemos mais adiante, as migrações internas fizeram um dos elos mais importantes entre as profundas mudanças estruturais e a expansão urbana no Brasil. O intenso crescimento da economia urbano-industrial, depois do Plano de Metas até o final dos anos 70, foi, do ponto de vista espacial e social, extremamente desequilibrado. Muito concentrado no Rio de Janeiro e, fundamentalmente em São Paulo, o desenvolvimento da economia ampliou os desequilíbrios regionais, inclusive entre a cidade e o campo, que não conseguia gerar o número de empregos que atendesse ao crescimento da sua força de trabalho. As migrações internas redistribuíam a população do campo para as cidades, principalmente, para as regiões metropolitanas do Sudeste, São Paulo em particular. Apesar do grande crescimento da economia até o final da década de 70, as migrações internas, fruto dos desequilíbrios econômicos e sociais, nas suas regiões de origem, acabavam por reproduzi-los nas regiões de destino. Cf. BRITO, Fausto; HORTA, Cláudia Júlia Guimarães; AMARAL, Ernesto Friedrich de Lima. A Urbanização Recente no Brasil e as Aglomerações Metropolitanas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, SP, Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/iussp2001/cd/GT_Migr_Brito_Horta_Amaral_Text.pdf>.

²¹² São Paulo é o maior centro urbano do Brasil e o segundo maior da América Latina. Nele concentra-se aproximadamente 25% de toda a atividade industrial brasileira e cerca de 10% da população. Desde o início do século XX, a Região Metropolitana de São Paulo já se destacava como centro da principal atividade econômica do país, o café, e da emergente industrialização. Essa posição se consolidou com o amadurecimento do capitalismo brasileiro, na década de 1950, quando a região se transformou no *locus* preferencial dos investimentos privados nacionais e internacionais e dos investimentos públicos. Apesar de um relativo processo de desconcentração industrial que se observa desde os anos 80, a hegemonia industrial da RMSP ainda se mantém até os dias atuais. A sua capacidade de atração populacional foi proporcional à sua relevância econômica, com o que tem sido a maior região de atração demográfica do país. Cf. BRAGA, Tania Moreira (et al.). Sustentabilidade e condições de vida em áreas urbanas: medidas e determinantes nas Regiões Metropolitanas de São Paulo e Belo Horizonte. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, SP, Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/site_eventos_abep/PDF/ABEP2004_341.pdf>.

²¹³ IPEA/IBGE/NESUR-IE-UNICAMP. **Caracterização e Tendências da Rede Urbana do Brasil**, Campinas: IE-Unicamp (2 vols.), 1999.

²¹⁴ Ainda que sem desenvolvermos com mais detalhes neste momento, cumpre ressaltar que as migrações, e consequentemente, o rápido aumento da população urbana nas cidades brasileiras gerou sobretudo o fenômeno da “favelização” ou da “exclusão urbana”. A expansão urbana se produziu sobretudo à margem de um sistema oficial de parcelamentos do solo e de propriedades. Uma significativa população de baixa renda construiu e ainda constrói as “cidades excluídas”, fenômeno que desafia as políticas urbanas no Brasil. Sobre a história das primeiras favelas no Rio de Janeiro, cf. CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril**. Cortiços e Epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

²¹⁵ “O crescimento não é um objetivo; o equilíbrio, sim. Por isso, o crescimento deverá respeitar os limites da sustentabilidade, seja quanto aos padrões de produção e consumo, seja quanto à expansão urbana” (inciso VIII, Artigo 2º, Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001). Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

²¹⁶ A expansão urbana tende a ser controlável na medida em que se passa a realizar uma política de ordenamento territorial coordenada em seus diferentes níveis (municipal, estadual e nacional). A aplicação da política urbana equilibrada poderá assegurar a diminuição da migração entre os Estados e o crescimento mais igualitário das regiões, evitando, assim, o deslocamento de massas populacionais e sua consequente expansão urbana. Deve-se dizer, ainda, que a definição das áreas de expansão urbana fica a cargo da política urbana local e esta não deverá ignorar os interesses regionais e nacionais. É, outrossim, fim da política urbana, o desenvolvimento sustentável das cidades. (Art. 2º, I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao

habitantes, onde a elaboração de um plano diretor é obrigatória²¹⁷, a técnica da expansão passa a fazer parte da estratégia de crescimento econômico e de reforma urbana das cidades. Apesar de não ignorarmos que as áreas de expansão urbana, enquanto elementos definidos pela política local, tendem a ser objeto de pressões de diversos setores da sociedade²¹⁸, após a Constituição Federal de 1988 o administrador municipal passa a ser obrigado, explicitamente, a condicionar tal técnica à realização de interesses coletivos. Dessa forma, se antes bastavam os interesses políticos, sociais e sobretudo econômicos para promover a expansão das cidades²¹⁹, após a regulamentação da política urbana²²⁰ tais interesses devem ser promovidos na medida em que se coadunem com um planejamento urbano sustentável²²¹.

Nas cidades europeias existe uma forte inclinação à redução dos núcleos urbanos e, por conseguinte, à utilização pontual da técnica de expansão. A agregação e urbanização de novos espaços tendem a ficar restritas às pequenas aglomerações urbanas cujo crescimento possa ser adaptado com a criação de serviços comuns para cada novo setor ou bairro, a fim de evitar a dependência da periferia e, conseqüentemente, os problemas de congestionamento em geral.

Em Portugal, a Lei de Bases da Política Urbana indica como objetivo do ordenamento do território e do urbanismo “a adequação dos níveis de densificação urbana, impedindo a degradação da qualidade de vida, bem como o desequilíbrio da organização econômica e social”²²², refletindo, assim, uma concepção frequente dos países europeus.

Da mesma maneira, países como a Suíça têm como grande preocupação a contenção do crescimento urbano²²³, opção que, ao lado de um eficaz ordenamento do território nacional, tem

transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;). Conferir nosso: GUIMARAES, Nathália Arruda. **O papel do Município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Ideias, 2004.

²¹⁷ Constituição Federal brasileira, Artigo 182, §1º, cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²¹⁸ Diversas são as questões envolvendo a expansão urbana no Brasil, dentre elas destacamos sobretudo a especulação imobiliária, as questões relativas à regularização fundiária, os interesses ambientais de áreas urbanas e os interesses culturais arquitetônicos. Cf. MARTINS, Maria Lucia Refinetti. Os Desafios da Regularização de Assentamentos Urbanos Precários. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 25-38; FRADE, Catarina. **A Componente Ambiental no Ordenamento do Território**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1999.

²¹⁹ Cf. SINGER, Paul, **Economia Política da Urbanização**. 14. ed. São Paulo: Contexto, 1998; VEIGA, José Eli. **A face territorial do desenvolvimento**. Anais do 27º Encontro Nacional de Economia, Belém, 8-10 de dezembro de 1999, volume II, pp. 1301-1318, 1999.

²²⁰ Sobretudo após a aprovação do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001. Cf. MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

²²¹ Em nossa abordagem, uma cidade é considerada sustentável na medida em que é capaz de evitar a degradação e manter a saúde de seu sistema ambiental e cultural, reduzir a desigualdade social, prover seus habitantes de um ambiente construído saudável e seguro, bem como construir patos políticos e ações de cidadania que permitam enfrentar desafios presentes e futuros. Trata-se do conceito de sustentabilidade urbana definida pelo URBAN WORLD FORUM 2002 (“While the priorities for local sustainability are overcoming poverty and equity, enhancing security and preventing environmental degradation, there is a need to pay more attention to social capital and cultural vitality in order to foster citizenship and civic engagement.”). Conferir, também, Agenda 21, documento elaborado na oportunidade da Conferência Internacional Eco-92, realizada no Rio de Janeiro em 1992 e no qual se verifica a adoção formal por parte da ONU do conceito de desenvolvimento sustentável. No mesmo sentido o Estatuto da Cidade no Brasil, Lei n. 10.257/2001, artigo 2º, I. Para um conteúdo da noção, conferir Hughes, que desenvolve quatro elementos da sustentabilidade, que transcrevemos em inglês, para melhor compreensão de suas ideias: “1. non-irreversibility – as little as possible should be done that is not reversible; 2. Substitutability – resources should be so used and developed so that substitutes can be found for them, while less or non-polluting technologies and uses of resources should be substituted for the more polluting consumptive ones. 3. Replaceability – resources should be used on the basis of their equivalent replacement; 4. Recyclability – material should be so used as to be capable of reuse over again, but not just in a ‘cradle to grave’ sense, ie creation to disposal, but rather in the sense of ‘conception to resurrection’ so that where materials are used that is done in a way that ensures their ability to be reused over and over again”. Cf. HUGHES, David (et al.). **Environmental Law**. 4. ed. London: Butterworths Lexisnexis, 2002. p. 23.

²²² Artigo 6º, alínea “e”, da Lei n. 48/98, de 11 de agosto. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²²³ O urbanismo suíço se apoia nas visões de descentralização concentrada e na urbanização por metro quadrado (décentralisation concentrée et l’urbanisation du mètre carré). A primeira foi concebida nos anos 40 por Armin Meili, pioneiro no ordenamento nacional suíço, e formalizada nos anos 60 a 70 pelo Instituto ORL (Orts, Regional-und Landesplanung) da escola politécnica federal de Zurich. Segundo essa concepção, projeta-se uma “armadura” urbana de toda Suíça de forma quadricular, onde os centros de concentração urbana se complementam e se interconectam. Nessa visão ideal

assegurado a existência de um grande número de cidades medianas em detrimento da proliferação de metrópoles com alto índice de concentração demográfica naquele país.

A expansão urbana enquanto técnica evoluiu e se deixou penetrar pelos diversos interesses públicos de natureza cultural, ambiental e social. Ainda que a urbanização mantenha uma média progressiva no Brasil e no mundo²²⁴, o fenômeno tende a perder intensidade e a expansão urbana passa a integrar o rol de técnicas de ordenamento territorial como ferramenta de estratégia, representando muito mais do que um meio de urbanização tardia ou corretiva²²⁵. Tem se privilegiado a construção de bairros autônomos, com infraestrutura capaz de evitar a dependência desses espaços dos serviços essenciais normalmente oferecidos nos centros urbanos.

b) *Renovação Urbana*

Ao lado da técnica da expansão, aqui defendida na medida em que pode ser ferramenta de uma política urbana que se pretende sustentável, falemos da renovação urbana, instrumento que se atualizou e busca uma via intermédia para as demandas da cidade.

De acordo com a acepção literal da palavra, renovar significa “tornar novo; dar aspecto ou feição de novo; mudar ou modificar para melhor” ou ainda “consertar, reformar, corrigir, melhorar em todos os aspectos ou praticamente em todos”. Observando as designações em maior circulação nas legislações e na doutrina, verificamos correntemente associado à palavra “renovação”, ou mesmo em seu lugar, os termos “regeneração”, “restauração”, “manutenção”, ou ainda “reabilitação”²²⁶.

Há, desde logo, uma problemática incontornável ligada à nomenclatura da técnica e que cabe a nós enfrentar, ainda que deixando para os capítulos seguintes próprios, maiores desenvolvimentos sobre a questão.

A priori cumpre dizer que não faltam fontes para identificar a técnica da renovação. O problema é na verdade outro: sobram conceitos e sobretudo aparentes sinônimos lançados aos pares pelo legislador e pela doutrina.

Diante dessa constatação, optamos por utilizar a seguinte estratégia: em um primeiro momento identificar a renovação nas leis centrais do direito urbanístico e do patrimônio cultural, buscando extrair conceitos dessa legislação. Em seguida, avaliar na doutrina as críticas e a construção teórica relevantes sobre o tema, de maneira que possamos elaborar uma síntese em que fique evidenciado o atual significado desse instrumento.

de urbanização, a promoção dos centros secundários deve permitir que se reduza a concentração demográfica ou econômica do país em torno de centros principais. Ao lado dessa técnica, o urbanismo suíço se fundamenta no número de metros quadrados de solo rural que desaparecem por segundo, em razão de novas construções, durante um determinado tempo. Trata-se de um indicativo utilizado pela primeira vez em 1955 em um ensaio crítico que buscava alertar a opinião pública sobre os perigos da urbanização sem freios. Esse indicativo é correntemente utilizado pelos serviços oficiais responsáveis pelo ordenamento do território com o objetivo de ressaltar e reforçar a necessidade de conter a “invasão” das construções no meio rural. Cf. CAVIN, Joelle Salomon. La Suisse Urbaine: entre ubiguité et absence, **Espaces Temps.net**, Textuel. Disponível em <<http://espacestems.net/document708.html>>. Acesso em 20 ago. 2007; DONZEL, Valérie ; FLUCKIGER, Alexandre. Le droit de l’urbanisme en Suisse. **L’annuaire français du droit de l’urbanisme et de l’habitat**, Paris, n. 3, p. 571-599, 1999.

²²⁴ Ao contrário de Portugal, (entre 1991 e 2001, Lisboa e Porto apresentaram um crescimento negativo de 14,9% e 13%, respectivamente), no Brasil as principais cidades ainda apresentam um índice de crescimento positivo, embora com uma intensidade consideravelmente menor que aquela apresentada nas décadas de 70 e 80. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 39 e BRITO, Fausto; HORTA, Cláudia Júlia Guimarães; AMARAL, Ernesto Friedrich de Lima. A Urbanização Recente no Brasil e as Aglomerações Metropolitanas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, SP, Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/iussp2001/cd/GT_Migr_Brito_Horta_Amaral_Text.pdf>.

²²⁵ O Estatuto da Cidade prevê em seu artigo 1º, inciso IV: “IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a **evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano** e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;” (destacamos). Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²²⁶ JAILLET, Marie Christine. Renouvellement urbain et transformations sociales: une vieille histoire. **Droit et Ville**, Toulouse, n. 55, p. 28-40, 2003.

Passemos, assim, à nossa sucinta análise.

No contexto brasileiro, a legislação federal que trata da disciplina do solo urbano (Estatuto da Cidade, Lei n.º. 10.257/2001) não utiliza o termo “renovação urbana”, mas trata da “proteção, preservação e recuperação” do patrimônio arquitetônico evidenciando que caberá ao Estado promover a política urbana conforme os interesses culturais, com vistas à sustentabilidade urbana (conferir art. 2º, inciso XII).

Por sua vez, a lei portuguesa que institui as bases da política de ordenamento do território não menciona o termo “renovação”, mas utiliza os termos: “reabilitação”, “revitalização”, “recuperação” e “reconversão”, ligados não somente ao patrimônio cultural, mas também às áreas eventualmente degradadas das cidades (conferir no art 3º, alínea f e art. 6º, alíneas h e i).

A Carta de Lisboa sobre a reabilitação urbana integrada, documento originado do 1º Encontro Luso-Brasileiro de Reabilitação uBana, realizado em Lisboa, de 21 a 27 de outubro de 1995, traz ainda algumas contribuições para essa análise.

A referida Carta busca construir um conceito de reabilitação urbana “integrada”, querendo se referir com isso às medidas urbanísticas que levam em consideração uma diversidade de aspectos das cidades.

A reabilitação urbana, seria, assim,

uma estratégia de gestão urbana que procura requalificar a cidade existente através de intervenções múltiplas destinadas a valorizar as potencialidades sociais, económicas e funcionais a fim de melhorar a qualidade de vida das populações residentes; isso exige o melhoramento das condições físicas do parque construído pela sua reabilitação e instalação de equipamentos, infraestruturas, espaços públicos, mantendo a identidade e as características da área da cidade a que dizem respeito²²⁷.

Para além da reabilitação urbana, a Carta conceitua técnicas dentre as quais encontramos a renovação urbana.

A reabilitação urbana utiliza técnicas variadas, cuja definição e objeto de análise é aceita pelos dois países, conforme segue:

Renovação urbana: ação que implica a demolição de estruturas morfológicas e tipológicas existentes em uma área urbana degradada e a sua conseqüente substituição por um novo padrão urbano, com novas edificações (construídas seguindo tipologias arquitetônicas contemporâneas), atribuindo uma nova estrutura funcional a essa área. Hoje estas estratégias desenvolvem-se sobre tecidos urbanos degradados aos quais não se reconhece valor como patrimônio arquitetônico ou conjunto urbano a preservar.

Da análise dos documentos indicados, verificamos que enquanto técnica, o conceito de “renovação urbana” adotado pela Carta de Lisboa é restrito, retomando à ideia inicial do termo, em que se pratica sobretudo a substituição dos elementos urbanos. Apesar de restritiva, a terminologia nos parece coerente, já que o documento não deixa de ressaltar os valores culturais arquitetônicos, ao contrário, distingue a aplicação da renovação urbana, a ser aplicada em espaços onde não existam elementos a preservar. Entretanto, a mesma carta elege uma série de outros instrumentos (revitalização, requalificação, reabilitação, restauro, reconstrução, conservação e manutenção), todos complementando a ideia de “reabilitação urbana”.

Em nosso entendimento, a “reabilitação urbana” trazida na Carta corresponde ao conceito de renovação urbana que se delinea na doutrina e na legislação internacional, sobretudo francesas²²⁸.

²²⁷ Carta de Lisboa sobre a reabilitação urbana integrada. Artigo 1º, b. cf. LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Património arquitectónico e arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004.

²²⁸ Segundo conceitua MERLIN e CHOAY, O Comité interministerial das cidades, em 14 de dezembro de 1999 definiu um programa nacional de renovação urbana que se centra na aplicação do GPV (grand projet de ville), instrumento essencial da política urbana. O objetivo da renovação urbana é a revitalização dos bairros em declínio, a partir de uma intervenção voluntária e diversificada sobre seus aspectos habitacionais, de emprego, de segurança, educação escolar, entre outros. O conceito de renovação urbana francesa implica em um reinvestimento em áreas que tenham um potencial econômico subutilizado, uma remodelagem dos bairros com uma demolição parcial e reconstrução que completa a

Ainda acrescentando conceitos, em Portugal, o Decreto-Lei n. 307/2010, de 23 de outubro, que regula o atual regime jurídico da reabilitação urbana em áreas de reabilitação urbana, entende por ‘reabilitação urbana’

a forma de intervenção integrada sobre o tecido urbano existente, em que o património urbanístico e imobiliário é mantido, no todo ou em parte substancial, e modernizado através da realização de obras de remodelação ou beneficiação dos sistemas de infra-estruturas urbanas, dos equipamentos e dos espaços urbanos ou verdes de utilização colectiva e de obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição dos edifícios; o processo de transformação do solo urbanizado, compreendendo a execução de obras de construção, reconstrução, alteração, ampliação, demolição e conservação de edifícios, tal como definidas no regime jurídico da urbanização e da edificação, com o objetivo de melhorar as suas condições de uso, conservando o seu carácter fundamental, bem como o conjunto de operações urbanísticas e de loteamento e obras de urbanização que visem a recuperação de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística (Artigo 2º, “j”, Decreto-Lei nº 307/2010).

Em verdade, à par da legislação, a doutrina tem se esforçado para ampliar o conceito de renovação urbana, no intuito de assinalar os limites em que esta se poderá aplicar, sobretudo por se tratar de uma medida de intervenção da cidade construída e tendo em vista os interesses culturais e sociais envolvidos.

Nesse sentido, Correia²²⁹ adota um conceito amplo de “renovação urbana” entendendo-a como o

conjunto de ações estruturadas, objecto de planificação global, de iniciativa dos poderes públicos, com ou sem a cooperação de particulares (não englobando as atuações, ainda que desejáveis, de iniciativa e responsabilidade privadas), que visam a requalificação de zonas urbanas, de modo a adaptar o 'existente' carecido de intervenção aos objetivos urbanísticos de melhoria das condições de vida e de multifuncionalidade dos espaços urbanos, em como aos fins ambientais de melhoria da qualidade do ambiente urbano e sociais de disponibilização de habitações em condições condignas e de luta contra a exclusão social.

A renovação enquanto técnica de urbanismo se apresenta, comumente, como medida através da qual se adequam novos interesses e eventos a uma infraestrutura já existente. Entretanto, diversos são os eventos (naturais, o decurso do tempo, necessidades econômicas ou sociais etc) que podem gerar necessidades incompatíveis com a estrutura urbana, tornando-se mais do que apenas uma opção política. Em determinados casos é inevitável “renovar”.

Como citamos superficialmente, a necessidade de renovar ocorre a partir de acontecimentos diversos que não nos cabe desenvolver por agora. Importante retermos, neste momento, que a renovação, logo do seu aparecimento e reconhecimento enquanto técnica, significava substituição, alteração total de aspecto e finalidade e rompimento com modelos anteriores.

Atualmente, atendendo às tendências contemporâneas que reconhecem os valores da cidade existente, a renovação busca intervir em níveis diferentes, compatibilizando interesses diversos na complexa estrutura urbana. Dessa forma, é possível afirmar que se a renovação urbana consistiu no passado, tanto no Brasil quanto em Portugal, em operar uma ruptura brutal no tecido urbano, destruindo-se para trazer o novo e ampliar as vias e as funções das cidades, atualmente a palavra “renovar” tem assumido duas noções distintas: aquele dantes verificado, pois que por vezes ainda

reabilitação do espaço construído. Ela implica também em uma nova articulação dos quarteirões com a cidade (novo desenho de vias, desenvolvimento do transporte coletivo, etc) cf. MERLIN, Pierre; CHOAY, Françoise. **Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement**. Paris: Puf, 2005. et DEMOUVEAUX, Jean-Pierre. *La Notion de Renouvellement Urbanin*, Paris, DAUH, p.125-140, 2002.

²²⁹ cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008. p.42, “nota de rodapé”.

consistirá em “substituir” a estrutura anterior por uma nova e a recente noção de “reformatar” ou “regenerar”, que poderá dar aspecto de novo ou uso atualizado ao tecido urbano²³⁰. Ademais, a técnica poderá surgir associada a uma medida de reforma urbana social, amplamente utilizada no Brasil e em Portugal²³¹.

É assim que as políticas urbanas poderão “renovar”, ou seja, executar intervenções sobre os tecidos urbanos existentes para: *conservá-los*, no sentido de resgatar uma utilidade e aspecto originais, *reformá-los*, dando a eles uma utilidade e aspectos novos ou ainda *substituí-los*, destruindo completamente o tecido em questão para então estabelecer algo novo.

Considerado um dos principais fatores de intervenção pública nas alterações e movimentos das cidades, as medidas urbanísticas parcelam e condicionam o uso do solo existente²³², de maneira que poderá ocorrer a renovação dos núcleos construídos em todos os sentidos acima expostos.

No contexto português, a renovação urbana se apresenta normalmente inserido em planos de pormenor, instrumentos reconhecidos como mais adequados à programação de operações de renovação urbana, precisamente pela necessária consideração detalhada da forma de ocupação dessas áreas (de acordo com a alínea c), do nº2, do artigo 91, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro)²³³.

No contexto brasileiro, os programas de renovação geralmente surgem enquanto projetos de desenvolvimento urbano, aprovados por lei (em todos os níveis), com participação de interessados privados ou não²³⁴, por convênio entre administrações (de mesmo nível quando se trata de uma ação intermunicipal ou entre união, estados e municípios, na medida de sua relevância), dentro de um contexto de zoneamento do território²³⁵.

3. A história do urbanismo

Após tratarmos do conceito e das dimensões da cidade e do urbanismo, resta conveniente a exposição sucinta das origens desse fenômeno a fim de demonstrarmos os fatos e os elementos históricos que contribuem para a formação das cidades de hoje, em especial, as brasileiras e portuguesas.

Os itens que se seguem expõem as diversas fases do urbanismo, em destaque para a terceira “revolução urbana” que se apresenta nos dias atuais, fruto da intensidade urbanística das últimas décadas, pós-Revolução Industrial. A visão exposta a seguir divide-se conforme as “fases da modernização” e constituirá base para a análise do direito urbanístico desenvolvida nos capítulos posteriores.

²³⁰ Sobre renovação urbana, ver também: JAILLET, Marie Christine. *Renouvellement urbain et transformations sociales: une vieille histoire*. **Droit et Ville**, Toulouse, n. 55, p. 28-40, 2003 e BODIGUEL, Jean-Luc; FIALAIRE, Jacques (Dir.) **Le Renouveau de l'aménagement du Territoire**. Paris : L'Harmattan, 2002.

²³¹ Nesse sentido desenvolve Correia, ao abordar a dimensão social dos planos de renovação urbana aplicados no território português. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

²³² O urbanismo, nesse contexto, responde às questões decorrentes do crescimento das cidades, aplicando as normas de construção e utilização do solo e instrumentos como: documentos de planificação (como as Zonas Especiais), renovação urbana e os planos diretores. Na medida em que é chamado a atuar, poderá optar pela restrição do crescimento, conformar, adaptar o meio construído ou elaborar os novos quarteirões e as extensões urbana, atuando como um *Urbanismo de desenvolvimento*, fortemente intervencionista. Cf. MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 1991. p. 81.

²³³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

²³⁴ Nesse sentido os projetos de operações urbanas consorciadas, segundo art. 32 do Estatuto da cidade (Lei n. 10.257/2001), que os conceitua como “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²³⁵ Nesse sentido, o recém aprovado PAC, programa de renovação de favelas no Rio de Janeiro, promovido pela União, firmado por meio de convênio de múltipla dotação financeira, entre o Governo Federal, Estado do Rio de Janeiro e Prefeitura do Rio de Janeiro. Cf. <<http://www.brasil.gov.br/pac>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

3.1. O começo do urbanismo contemporâneo

O urbanismo moderno ou aquele no qual se reconhece um valor de ciência apareceu após as profundas transformações técnicas, econômicas e sociais que se iniciaram na Europa ocidental no curso da segunda metade do século XIX, quando ocorreu a Revolução Industrial. Tais transformações modificaram as bases econômicas das cidades e favoreceram o desenvolvimento acelerado da população. Isso explica porque a Inglaterra, muito avançada tecnologicamente em matéria industrial, teve um urbanismo anterior em relação aos outros países²³⁶.

Como já dito, a segunda metade do século XX é marcada em todos os países do mundo pela adoção de um modo de vida urbano. Tal revolução urbana contemporânea foi preparada por um processo econômico cujas origens remontam os séculos XVIII e XIX, mas ela se acelerou consideravelmente nos últimos 40 anos²³⁷.

O “fenômeno urbano”, expressão utilizada pelo geógrafo Chabot²³⁸, é recente e de grande amplitude, enquanto o “fato urbano” é antigo. Ele se traduz pela urbanização intensa do território, fenômeno de crescimento urbano rápido, reflexo da organização socioeconômica, cujas consequências foram, em princípio, o aumento desproporcional da população concentrada nas vilas em contrapartida a uma desertificação dos campos.

As formas das cidades, tanto aquelas projetadas, como aquelas nascidas espontaneamente, são o resultado mais ou menos livre de dinâmicas diferentes, cristalizadas e reflexas das lógicas das sociedades que acolhem. Dessa forma, a ideia de cidade antiga expressava precisamente os sentimentos religiosos e militares que constituíam as justificativas principais das cidades e dos grupos sociais que as habitavam. Em um mundo pouco seguro, as cidades medievais se projetavam atrás das muralhas e se organizavam em corporações em torno da praça e do mercado, expressando espacialmente, por meio da superposição, a solidariedade e a dependência que caracterizavam as populações ao seio das sociedades feudais²³⁹.

As sociedades ocidentais contemporâneas podem se qualificar modernas para distingui-las de um passado mais ou menos remoto e de outras sociedades que funcionavam com registros diferentes. Mas é difícil datar a chegada dos “tempos modernos”, que se instalaram progressivamente e de forma diferente nos distintos países do ocidente europeu e depois na América. A noção de modernidade foi utilizada demais em contextos e perspectivas que, às vezes, a fazem suspeitosa de abrigar um projecto hegemônico de ocidente ou culpável de ter ambições demasiado funcionalistas²⁴⁰, cujos danos temos comprovado especialmente no urbanismo.

3.2. Os componentes da modernização

A modernização é um processo que surge muito antes da época que conhecemos como Idade Moderna. Foi o resultado da integração de três dinâmicas socioantropológicas cujas marcas encontramos em distintas sociedades mas que, ao entrar em ressonância na Europa durante a Idade

²³⁶ BILLAUDOT, Françoise; BESSON-GUILLAUMOT, Michèle. **Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie**. Le Droit et l'Administration. Paris: Éditions Montchrestien, 1979, p. 13.

²³⁷ BILLAUDOT, Françoise; BESSON-GUILLAUMOT, Michèle. **Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie**. Le Droit et l'Administration. Paris: Éditions Montchrestien, 1979, p. 10.

²³⁸ CHABOT, G. Apud BILLAUDOT, Françoise; BESSON-GUILLAUMOT, Michèle. **Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie**. Le Droit et l'Administration. Paris: Éditions Montchrestien, 1979, p. 11.

²³⁹ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004. p. 20.

²⁴⁰ Conferir críticas às técnicas do urbanismo, no item 2.2.4.

Média, deram lugar às sociedades modernas: a *individualização*, a *racionalização* e a *diferenciação social*²⁴¹.

Podemos definir a *individualização* em primeiro termo como “a representação do mundo, não a partir do grupo ao qual pertence o indivíduo, senão a partir de sua própria pessoa”²⁴². O uso na linguagem do “eu” em lugar do “nós” e inclusive a invenção da perspectiva que vão se impondo progressivamente nos finais da Idade Média ilustram esse processo de individualização. Assim, as sociedades modernas separam e reúnem indivíduos, e não grupos.

A *racionalização* consiste na substituição progressiva da tradição pela razão em determinação dos atos. A racionalização é uma forma de “desencanto do mundo”, porque adjudica as ações humanas e as leis naturais, o que antes se atribuía aos deuses.

A *diferenciação social* é um processo de diversificação das funções dos grupos e dos indivíduos no seio de uma mesma sociedade. Está alentada em grande medida pelo desenvolvimento da divisão técnica e social do trabalho, que é resultado, por sua vez, da dinâmica da economia de mercado. A diferenciação produz a diversidade e a desigualdade entre grupos e indivíduos, e engendra uma sociedade cada vez mais complexa.

Do ponto de vista estrutural, nas velhas cidades da Europa, a transformação dos meios de produção e transporte, assim como a emergência de novas funções urbanas, contribuem para romper os velhos quadros, frequentemente justapostos, da cidade medieval e da cidade barroca. Uma nova ordem é criada, segundo o processo tradicional. E esse processo de transformação e fragmentação das estruturas antigas é encontrado ao longo de toda a história²⁴³.

3.2.1. As fases da modernização

Se a modernidade não é um estado, a modernização tampouco é um processo contínuo e é possível distinguir suas três grandes fases.

A **primeira fase** abarca o período denominado Idade Moderna e vai desde o final da Idade Média até o princípio da Revolução Industrial. Ocorre a transformação do pensamento que supera a religião e adota o racionalismo, emancipa a política e assiste ao nascimento do Estado-Nação, desenvolve a ciência e propaga progressivamente o capitalismo mercantil (impulsionado pelas grandes navegações) que dá origem ao industrial. É a primeira fase ou “**alta modernidade**”.

A **segunda fase** é a da Revolução Industrial, que assiste à transformação da produção de bens e serviços subordinados, em grande medida, às lógicas capitalistas, o pensamento técnico ocupa um lugar central na sociedade e se constitui o Estado do bem-estar social. É a segunda fase ou “**modernidade média**”.

Em cada uma dessas épocas vigorou um pensamento e uma forma de ideia do poder, representações da sociedade, critérios de eficácia, formas de organização, e, princípios e formas de organização do território.

A **terceira fase** figura como uma terceira revolução urbana. Marcada também pela mudança no pensamento moderno, essa fase pode ser chamada de fase “atual” da modernidade ou, para os que querem esboçar a superação da modernidade, chamam-na de “**pós-modernidade**”²⁴⁴. Essa noção coloca no mesmo patamar filósofos, sociólogos, artistas – que creem discernir os signos de uma crise radical entre o moderno e a fase que se iniciou após a Revolução Industrial –, especialmente os

²⁴¹ ASCHER, François. *Los nuevos principios del Urbanismo*. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 22.

²⁴² ASCHER, François. *Los nuevos principios del Urbanismo*. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 22.

²⁴³ CHOAY, Françoise. *O Urbanismo: Utopias e realidades*. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 4.

²⁴⁴ Michael Hardt e Antonio Negri defendem a tese de que o mundo contemporâneo é um mundo pós-moderno, que desponta após o esgotamento do Estado Moderno. Afirmam esses autores que uma das consequências da pós-modernidade é de forma peremptória a privatização do espaço público. A paisagem característica da modernidade com o seu apego pelas praças e pelos locais públicos é suplantada pelas áreas privatizadas, com acesso restrito. A arquitetura urbana e a estrutura das grandes cidades e metrópoles se orienta no sentido de impedir a movimentação e a integração entre grupos sociais distintos. Cf. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Imperio*. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2003, p. 178-179.

arquitetos que se comprometeram com um projeto pós-modernista sob a forma de crítica à estética funcionalista²⁴⁵.

3.3. A primeira fase: a cidade da alta modernidade

A primeira modernidade deu lugar a uma verdadeira revolução urbana. A cidade medieval se converte em cidade clássica, onde o poder do Estado aparece em cena de forma monumental, se apresenta, mediante a perspectiva, em relação com o indivíduo, traça ruas, avenidas, praças e jardins urbanos, remove e transforma as muralhas, redefine e separa o público do privado, os espaços interiores e exteriores, assinala funções. A arquitetura se forma como ciência e disciplina moderna e integra valores e técnicas novas.

Esta primeira cidade é moderna porque está concebida de forma racional para indivíduos diferenciados. As possíveis referências as seus criadores e a tradição não são atos repetitivos, senão que refletem decisões racionais com motivações diferentes. Essa cidade explica a instauração do Estado-Nação, a expansão do território, a aparição de ciências e técnicas novas e a nascente autonomia dos indivíduos. É também moderna, porque cristaliza a ambição de definir o futuro, de controlá-lo, de ser o marco espacial de uma nova sociedade, é desenho de um designo. Dela nascerá sua forma última: a utopia²⁴⁶.

Nesses termos, descenderemos em alguns detalhes no que se visualizava como cidade, em tempos de era medieval na Europa, e seus reflexos nas cidades da América.

3.3.1. A cidade Antiga (-2900 a.C. a 540 d.C.)

As palavras “cidade” e “urbe” nem sempre foram sinônimas no mundo antigo. Enquanto a cidade representava o conjunto de associação religiosa e política das famílias e tribos, a urbe designava o lugar de reunião, o domicílio e o santuário da sociedade antiga²⁴⁷. O nascimento da urbe em seu primeiro momento era feito a partir de um ato religioso, que cria formalmente o ambiente para a instalação dos povos. Após sua ocupação, o ambiente da urbe torna-se complexo e é possível, também materialmente, identificar uma noção de cidade²⁴⁸.

Da mesma forma, civilização, cidade e cidadãos possuem a mesma etimologia (civis, civitas) e pode-se dizer que a sociedade organizada se forma sempre ao redor de uma cidade, onde se materializam os valores coletivos e a vida política²⁴⁹. Urbanizar-se, nesse sentido, também representa a formação de uma vida coletiva e política, de uma sociedade mais complexa, em sua origem, com forte traço religioso.

²⁴⁵ ASCHER, François. *Los nuevos principios del Urbanismo*. Madrid: alianzaensayo, 2004. p. 30.

²⁴⁶ ASCHER, François. *Los nuevos principios del Urbanismo*. Madrid: alianzaensayo, 2004. p. 24.

²⁴⁷ É preciso realizar uma distinção entre cidades antigas e cidades dos dias atuais. As primeiras se formavam normalmente através de um ato religioso, quando as famílias e fraternidades convencionavam unir-se e terem o mesmo culto comum. As cidades atuais são resultado de um processo de industrialização e algumas projetadas em meio a ideologias. (ver Brasília). Cf. COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 142.

²⁴⁸ Os fundadores das cidades escolhiam as melhores terras normalmente orientados por deuses e crenças. A escolha da terra para a fundação de Roma por Rômulo seguiu rituais religiosos que incluíam sacrifícios e a utilização de um punhado de terra do solo sagrado de seus antepassados que garantia que aquela nova terra continuava sendo a terra de seus pais, *terra patrum, pátria*. No local onde Rômulo lançou o punhado de terra da cidade natal, colocou o altar e acendeu o fogo da cidade. Tal ritual parece ter sido utilizado na fundação de diversas cidades antigas, de forma que é possível verificar, até hoje, datas de comemoração das fundações das cidades e o caráter simbólico de seus fundadores. Cf. COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 144.

²⁴⁹ O próprio termo “política” nos recorda a etimologia grega, e significa “cidade”. Cf. MERLIN, Pierre. *L’Urbanisme*. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 5.

Na cidade antiga, segundo Coulanges²⁵⁰, são fundadas as primeiras crenças de origem religiosa e ao redor de tais crenças sobre o fogo e a morte são forjadas as primeiras formas de cultos, e as primeiras instituições, como o casamento, a família, o parentesco, os direitos de propriedade e de sucessão, que necessitam de uma autoridade: o pai de família, encarregado do culto aos mortos, convertido assim no primeiro líder religioso. As famílias se aglomeravam, adorando as divindades comuns, agregando-se em tribos, até que uma divindade fosse reconhecida por todos: a cidade é nascida da aliança das tribos, uma confederação de várias classes de famílias²⁵¹.

É assim que se pode dizer que uma cidade é de início, um reagrupamento hierarquizado de famílias, de homens. É o conteúdo humano que constitui o elemento fundador da vila, e não o elemento físico²⁵².

O culto é uma das primeiras razões de ser da cidade e sua organização traduz as crenças religiosas que são associadas a ela. A cidade é uma projeção sobre a terra do espaço onde vivem as divindades. Ela é ordenada: os traços são retilíneos, as praças retangulares, os pontos cardinais orientam normalmente os principais eixos (Egito e China)²⁵³.

Tais características se encontram em cidades criadas por civilizações muito diferentes como no Egito, na Grécia e em Roma, assim como na China e em cidades pré-colombianas. De tal forma que o esquema de Coulanges se aplica à cidade grega, e menos claramente à cidade romana.

Na Mesopotâmia, a cidade foi construída como uma praça forte. Em volta da cidadela são colocadas muralhas e uma autoridade militar reina na cidade que, por sua aparência, demonstra força e perpetuidade. Ao contrário da cidade egípcia, beneficiada pelas defesas naturais (deserto e montanhas) se apresenta de forma mais calma, com planos regulares e a orientação cardinal que também denota uma influência da religião, sobretudo em relação aos mortos (pirâmides e esfinges).

As vilas gregas clássicas e suas cidades-estado e os impérios helenístico e romano têm sido considerados como primeira referência de tradição mais antiga de planejamento das cidades²⁵⁴.

Era lógico esperar que, no ambiente filosófico da Grécia, que legou ao mundo as bases do raciocínio moderno, surgisse também uma teoria racional da cidade, como organização ideal que resolveria as deficiências da cidade natural ou histórica que se tinha criado através dos anos. O homem que levou a cabo esta tarefa foi um grego natural de Mileto, Hipódamo, que poderemos considerar como o primeiro urbanista com critério científico rigoroso que o mundo conheceu. Aristóteles atribuiu-lhe o mérito de nos ter deixado a teoria e de ter posto em prática a doutrina de uma organização lógica da cidade. Em geral, crê-se que seja dele a criação da cidade em quadrícula²⁵⁵, embora ela existisse já nas civilizações indústânicas, egípcias e mesopotâmias²⁵⁶.

A cidade em quadrícula, hipodâmica, parece ter-se espalhado pelo império helenístico. “Os empreendimentos colonizadores levaram, certamente, os gregos a adotar esse traçado extremamente simples e racional, quando as cidades são implantadas de novo, em locais de topografia pouco acentuada, escolhidos para um modelo de cidade já previamente concebida e desenhada”²⁵⁷.

Esse saber das cidades parece ter sido transmitidos pelos gregos aos romanos²⁵⁸. É assim que Roma reinsere a geometria, organizando as cidades ao redor de dois eixos retangulares, o *cardo* e o *decumanus*, entre os quais se encontrava normalmente o fórum, local de reunião como a “ágora”

²⁵⁰ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 144.

²⁵¹ MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 6.

²⁵² MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 6.

²⁵³ MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 6.

²⁵⁴ CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 36.

²⁵⁵ Um exemplo de cidade em quadrícula é Mileto, pátria de Hipódamo, reconstruída cerca de 475 a.C., após ter sido destruída pelos persas. Cf. CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 36.

²⁵⁶ CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1982. p. 49-50.

²⁵⁷ CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 37.

²⁵⁸ CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 37.

grega, mas também centro cívico contornado pelos principais prédios públicos e acessoriamente pela praça comercial.

Segundo a civilização, o papel dos templos e dos palácios variam, assim como os quarteirões de habitações que refletem, ao lado do centro cívico, a realidade profunda da sociedade urbana. Assim como Roma possuía os lugares de mansões luxuosas, arejadas e aquecidas, sua estrutura contrastava com os locais onde residiam os escravos e a população menos privilegiada, construídos sem qualquer preocupação de higiene ou ordem (as *cloacae*).

Em Portugal a forte presença romana quase não se faz notar nos traçados atuais das cidades, tendo sido apagada no período da Idade Média. Não se pode negar que ainda há vestígios da malha romana, com destaque a Chaves, antiga povoação muralhada que apresenta uma forma retangular alongada²⁵⁹.

A cidade marcou, pois, inicialmente, o passo da vida primária para a vida humana em um estágio político e cultural que deixa para trás uma fase da evolução do homem. Tal constatação faz da cidade a expressão de uma forma de vida mais complexa e sua forma tem se mantido ao longo de toda história até os nossos dias quando a urbe oferece também uma face negativa, conteúdo alienante e mutilador de uma vida plena²⁶⁰.

3.3.2. O declínio urbano na Idade Média

As vilas romanas caem lentamente e depois definitivamente no ocidente com a invasão bárbara. Resta apenas Bizâncio, que se transformaria em Constantinopla, no Oriente, que declina rapidamente após sua tomada nas cruzadas (1204). Nesse contexto, verifica-se que a cidade medieval que fora de início a residência das autoridades religiosas transforma-se cada vez mais em uma antiga vila romana em declínio. Nessa altura, entretanto, não havia mais o ordenamento da cidade segundo princípios religiosos. Toda referência cosmológica desaparece e com ela os traços retangulares. A ameaça de invasões bárbaras obriga as antigas vilas romanas a se fecharem dentro de muralhas e a se organizar em função de uma fortaleza e um perímetro restrito.

As vilas comerciantes aparecem, seja por sua vocação original – como as “vilas de feiras” sobre o percurso entre o Flandres e o norte da Itália –, seja porque se tratam de junções de cidades herdeiras das cidades romanas. A praça do comércio transforma-se em um dos polos da vila com a mesma importância que as catedrais. Um terceiro polo da cidade eram os castelos dos soberanos ou dos senhores, normalmente implantados nos limites da vila. A cidade medieval transformara-se em utilitária, complexa, tanto pelos valores que traduzia, quanto pelos poderes que se exerciam e que se encontravam através de uma justaposição de quarteirões. Novas muralhas encerraram conjuntos desses quarteirões.

A arquitetura das cidades medievais era muito simples, de origem vernacular²⁶¹. As construções, pequenas, eram feitas em ruas estreitas e tortuosas, o espaço interior era limitado com barreiras. É essa diversidade de formas, aliada a homogeneidade de materiais e de tipos de construções que marca a harmonia da vila medieval e que suscita a nostalgia de muitos teóricos do século XIX.

É importante dizer que o plano comumente irregular das cidades medievais não denota uma ausência de planificação²⁶². Trata-se normalmente de uma adaptação à topografia e ao clima. A vila medieval é sutil, guiada pelo empirismo: assim se verificam os quarteirões comerciais situados perto das portas, em contato com as estradas e do campo, que evitam o congestionamento do centro.

²⁵⁹ CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 39.

²⁶⁰ O homem antigo teria consciência perfeitamente clara de que a cidade é a forma suprema da sociedade humana de forma que passa a chamar “civilização”, a extensão paulatina dos valores sociais e culturais da *civitas*, obra de algum deus benévolo que quis livrar o homem da rude vida natural precedente. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 23.

²⁶¹ Arquitetura que utiliza os materiais disponíveis em um determinado local ou região e/ou técnicas de construção tradicionais de uma cultura. Cf. MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 10.

²⁶² MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 12

As intervenções da autoridade pública em matéria de urbanismo são bastante numerosas no caso das novas criações urbanas. Nas cidades medievais, deve-se antes de construir ou reformar, obter a permissão da autoridade titular do proprietário. Em Paris, a partir do século XIII é necessária autorização fiscal real para construir e para fazer sobre a via pública saliências tais como bancos, tabuleiros ou degraus. A mesma preocupação de proteger a via pública se encontra na regulamentação de urbanismo que se desenvolve a partir do século XIV, principalmente na Itália, em cidades como Florença, Siena ou Pisa, mas também na França, principalmente em Paris. A eficácia desses dispositivos é, todavia limitada²⁶³.

A Idade Média teve um visionário, teórico do urbanismo antes mesmo da concepção forjada de tal conceito: Thomas More²⁶⁴. Em seu livro *Utopia*, de 1518, ele descreve a ilha onde existiriam 54 cidades situadas a 40 km uma das outras. A capital, Amaurota, teria ruas largas de 6,1 metros, as casas possuiriam um jardim aos fundos e uma entrada junto à rua. Os habitantes trabalham todos aí, mas somente durante seis horas por dia e podem, no tempo livre restante, dedicar-se aos estudos e à jardinagem (cada um deveria passar ao menos dois anos no campo). Os refeitórios e as creches comunitárias introduzem uma dimensão coletivista nessa cidade, o que certamente influenciou outros teóricos.

3.3.3. Renascimento, Barroco, Classicismo (1420-1840 d.C.)

O período medieval corresponde na Europa a um grande crescimento urbano durante o qual se forma a maioria das aglomerações modernas, enquanto no Renascimento as novas formações urbanas são menos numerosas. O urbanismo medieval e o urbanismo do Renascimento diferem profundamente em suas concepções. A Idade Média prende-se, antes de tudo, à solução de problemas concretos, sem espírito de sistema. No Renascimento, ao contrário, o urbanismo não exclui questões de ordem prática, mas está sob a influência da Itália, sobretudo à procura de um modelo de cidade ideal onde a estética e a arte estão em destaque²⁶⁵.

O Renascimento não fundou, entretanto, apenas uma renovação artística, um retorno aos princípios da arte da Antiguidade. É também reconhecido nesse período, após as cidades terem combatido por sua independência, sua submissão a um príncipe, a um chefe militar, os primeiros sinais de aparição dos Estados modernos²⁶⁶. É o princípio de um movimento de embelezamento da cidade e de ordenamentos regulares, privilegiando uma perspectiva simétrica. O movimento pela arquitetura é iniciado na Florença dos Médicis pelas realizações de Brunelleschi a partir de 1420 e pelo tratado de Alberte, escrito aproximadamente em 1450 e impresso em 1485. Trata-se de um princípio com realizações modestas, se inserindo na cidade medieval.

A dimensão militar não é ausente e conduz às “estruturas em estrela” que permitem um melhor controle da cidade. A renascença reintroduz as formas geométricas com os planos geométricos. Nascido no século XV na Itália, o Renascimento ganha a França e depois a Europa. As vilas fortificadas de plano ortogonal permitem realizações urbanas completas.

A simplicidade, inspirada na arte antiga do Renascimento cede rapidamente ao Barroco²⁶⁷. É Michelangelo, com sua Praça do Capitole (em 1560), que prefigura uma perspectiva que visa a

²⁶³ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. São Paulo: Papirus Editora, 2004. p. 43

²⁶⁴ A *Utopia* de Thomas More é uma referência metodológica preciosa para quem lida com o urbanismo. Segundo a *Utopia*, para elaborar um programa ou um projeto urbano, é necessário primeiramente estabelecer um balanço crítico de uma situação dada, em seguida elaborar o projeto. Nesse sentido, coloca a questão da prioridade de uma análise crítica da realidade existente, para, em segundo lugar, promover-se o projeto de uma cidade ideal. Suas ideias influenciaram as técnicas urbanísticas de nosso tempo, ao lado dos socialistas utópicos. Cfr. HUET, Michel. **Le Droit de L'Urbanisme**. De l'urbanisme à l'urbanité. Paris: Economica, 1998. p. 359 e a obra original MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Rideel, 2005.

²⁶⁵ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. São Paulo: Papirus Editora, 2004. p. 33.

²⁶⁶ MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 12.

²⁶⁷ A arquitetura barroca procurava a perspectiva monumental, a linha reta e exprimir efeitos teatrais. Subordinava a lógica construtiva à aparência, procurando uma unidade estética, conseguida através de eixos e fachadas uniformes que

humanizar as formas da Renascença. O estilo Barroco torna-se dominante nos séculos XVII e XVIII, sobretudo na Europa do sul (Itália e Espanha) e do centro, mas não é ausente na França. Em Roma é lhe dado maior amplitude sob influência dos papas em particular nos anos de 1585 a 1590.

Na França, a arte renascentista evolui diferentemente, próxima ao estilo clássico. Descartes seria seu maior teórico, desejoso de criar conjuntos urbanos completos, ver as cidades novas e sendo perfeitamente coerente com sua teoria da ordem e da razão. Louis XIV cria a academia de arquitetura na França e forma uma obra de urbanismo que se desenvolverá nos séculos XVII e XVIII.

Na Grande Bretanha, a reconstrução de Londres após o incêndio de 1666 foi, mais tarde, a principal realização de uma arte neoclássica que confere grande importância às paisagens (parques, praças).

Dessa época, a composição do conjunto mais impressionante pode ser exemplificada com o quarteirão dos grandes canais de Amsterdã, construído no curso dos séculos XVII e XVIII. Trata-se de um exemplo de regulamento de urbanismo preciso, com concepções elaboradas de utilização de material (pedras e certos tipos de tijolo), dimensões das parcelas (oito metros de fachada e 55 metros de largura), altura dos prédios (sobre pilotis de 18 metros), coeficiente de utilização do solo (56% no máximo), regras de higiene e interdição de atividades perigosas ou insalubres, tratava-se de um verdadeiro regulamento urbanístico que tem por resultado um quarteirão homogêneo e, ao mesmo tempo, variado, cujo charme subsiste até os dias de hoje, apesar da reconstrução de grande parte dos prédios²⁶⁸.

3.4. O urbanismo europeu fora da Europa: a colonização do Brasil (1500-1822 d.C.)

3.4.1. As grandes navegações e o descobrimento

Nos séculos XV e XVI, a Europa Ocidental passou por mudanças significativas que afetaram a história em escala planetária. Gorender²⁶⁹ aponta alguns aspectos, principalmente de ordem econômica desse fenômeno, tais como:

- a) a expansão comercial ultramarina, que entrelaçou todos os continentes, criando pela primeira vez o mercado mundial;
- b) o início e o desenvolvimento do colonialismo em suas variadas formas, no qual se deu a subordinação econômica e política das demais áreas à Europa Ocidental;
- c) a criação do mercado mundial e a expansão colonialista, impondo a acumulação de capital e acelerando a formação do capitalismo num grupo de países do ocidente europeu;
- d) a história da humanidade tornando-se pela primeira vez universal.

Portugal não estava alheio a esses fatores e, pelas limitações territoriais, tornava-se óbvia a necessidade de criar e desenvolver comunidades instaladas que assegurassem em permanência a soberania portuguesa através da exploração do espaço e dos recursos existentes nas colônias²⁷⁰. E a criação dessas comunidades demandava, necessariamente, a instalação de estruturas urbanas que atendessem aos objetivos da colonização e garantissem, principalmente, a segurança do território em face às investidas estrangeiras e à resistência local. Ao percorrermos o processo de povoamento e de colonização portuguesa no Brasil, e com ele as formas de apropriação territorial desde os primórdios

desembocavam em praças monumentais, para servir de quadro à estátua do rei. Cf. CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 45.

²⁶⁸ MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 21.

²⁶⁹ GORENDER, J. **O Escravismo Colonial**. Ensaios – 29. 2. ed. São Paulo: Ática, 1978.

²⁷⁰ O termo “descobrimientos” designa o processo histórico no qual se promoveu franca “expansão” territorial impulsionada pelas características limitadas do espaço nacional e pela destreza náutica dos antepassados portugueses. Cf. ROSSA, Walter. No primeiro dos elementos. Dados para uma leitura sintética do Urbanismo e da Urbanística Portugueses da idade Moderna. **Revista Oceanos**, Lisboa, n. 41, p. 8-21, jan./mar., 2000.

até o século XIX, podemos identificar algumas características do urbanismo europeu lusitano fora da Europa e as raízes do processo histórico do urbanismo brasileiro.

3.4.2. *As características urbanísticas na fase colonial*

A construção das primeiras cidades no Brasil se dava em função das atividades colonizadoras e de cunho extrativo, o que explica a maior concentração de vilas no litoral, com sistemas portuários desenvolvidos com fins de exportação de matéria-prima²⁷¹. Os critérios de assentamento eram sempre econômicos, políticos e governamentais, uma vez que, ainda que regidos pelos ditames da Coroa, também deveriam atender aos interesses dos colonos que cumpriam a tarefa e se beneficiavam da oportunidade de implantação dos núcleos urbanos. Nesse momento, se definiam os traçados e as ruas do Brasil, primeiro favorecendo o escoamento dos produtos extraídos da costa e futuramente servindo à exploração dos produtos da mineração e das monoculturas agrícolas de exportação (açúcar e café).

Considerando a extensão territorial brasileira, o que se pode identificar como implantação urbana no Brasil dos primeiros séculos de colonização é verdadeiramente o estágio embrionário do urbanismo no país. Sua escala e proporção limitavam-se ao atendimento de demandas relativas às atividades em expansão, em sua maior parte de natureza extrativista e rural. O campo ditava as regras nas cidades.

As cidades construídas no Brasil entre os séculos XVI e XVIII têm características morfológicas que radicam na tradição urbana portuguesa. Essas características ficam expressas no tipo de local escolhido para a implantação desses núcleos e na dupla vertente vernácula e erudita²⁷² que caracteriza os seus planos. As cidades instauradas pelos portugueses no Brasil, em geral, se caracterizam pela regularidade dos seus traçados, pela intimidade que estabelecem com o território, pelo papel das praças na estruturação do plano urbano e no próprio processo de planejamento e construção da cidade. As cidades brasileiras e portuguesas desse período apresentam uma grande identidade formal, consequência do fato de compartilharem a mesma cultura urbana e dos mesmos agentes de um lado e de outro do Atlântico²⁷³.

A maior parte das cidades instituídas nesse período colonial situava-se junto ao mar ou na margem de grandes rios. Quando se localizavam junto ao mar, os locais selecionados se caracterizavam por serem baías abrigadas, com águas profundas para fundear os navios e com boas condições de defesa militar. Normalmente com locais proeminentes onde se estabeleciam os núcleos iniciais e com acidentes naturais propícios para a construção de sistemas de defesa. Para, além disso, o local escolhido deveria apresentar boas condições de salubridade²⁷⁴. Simultaneamente, se desenvolvia a cidade junto ao mar e também a cidade institucional, afastada e sobre uma situação topográfica dominante (cidade alta e baixa). A cidade alta correspondia ao núcleo defensivo e também o local do poder institucional, militar, político e religioso, concentrando também o tecido habitacional com um estatuto mais elevado. A cidade baixa correspondia fundamentalmente às atividades marítimas e comerciais, aos respectivos serviços e equipamentos – armazéns, alfândega, ferrarias, estaleiros e áreas

²⁷¹ “A primitiva colonização do Brasil foi predatória, extrativa, sem sentido de fixação do homem ao solo, entretanto, paulatinamente, as populações vão se fixando em torno dos engenhos de açúcar e das fazendas de criação, apresentando as primeiras manifestações gregárias da colônia e os primeiros tipos de formação urbana e social.” Cf. SILVEIRA NETO, Honório. **Teoria do Estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 278.

²⁷² O urbanismo português, rico em componentes vernaculares, tem a ver com a capacidade de se adaptar ao território, se moldar a ele. Da mesma forma que a componente erudita tem a ver com os princípios de ordem e de regularidade encontrados em todas as épocas nas cidades portuguesas, expresso em malhas ortogonais. Cf. TEIXEIRA, Manuel C. Os modelos urbanos portugueses da cidade brasileira. In: TEIXEIRA, Manuel C. (Coord.) **A Construção da Cidade brasileira**. Lisboa: Livros Horizonte, 2004. p. 23.

²⁷³ TEIXEIRA, Manuel C. Os modelos urbanos portugueses da cidade brasileira. In: TEIXEIRA, Manuel C. (Coord.) **A Construção da Cidade brasileira**. Lisboa: Livros Horizonte, 2004. p. 23.

²⁷⁴ TEIXEIRA, Manuel C. Os modelos urbanos portugueses da cidade brasileira. In: TEIXEIRA, Manuel C. (Coord.) **A Construção da Cidade brasileira**. Lisboa: Livros Horizonte, 2004. p. 23-24.

habitacionais mais pobres. Essa organização correspondia à organização funcional da cidade e expressava as próprias relações de poder na sociedade²⁷⁵.

As fases iniciais de desenvolvimento da cidade alta e da cidade baixa normalmente se davam sem recurso a técnicos especializados. Os próprios colonos muitas vezes se encarregavam de seu desenvolvimento, em alguns casos apoiados por agrimensores ou pilotos de navios que tinham algum conhecimento matemático e geométrico adequados à tarefa de aruação. Daí resultaram traçados desenvolvidos em estreita relação com as características físicas dos locais de implantação, com tendência a serem menos regulares do ponto de vista geométrico. As fases seguintes do desenvolvimento urbano (quando a importância da cidade justificava) contavam com a perícia de engenheiros e técnicos de formação especializada que aplicavam os traçados regulares e geometrizados. Dessa forma, pouco a pouco, a componente erudita vai se afirmando nas cidades de origem portuguesa do período que vai do século XVI ao XVIII²⁷⁶.

Em diversas cidades brasileiras até hoje o traçado definido pela colonização portuguesa influencia a estrutura urbana construída. No Rio de Janeiro, ao longo de suas sucessivas fases de crescimento, observa-se a existência de uma ideia de ordem e de regularidade traduzida pelo traçado de base ortogonal, que manteve coerência ao longo do desenvolvimento urbano do século XVI ao XVIII.

As cidades brasileiras foram assistindo a uma crescente racionalização, que também se assistiu nos movimentos europeus que culminaram com o iluminismo racional do século XVIII. A regularidade arquitetônica se afirmaria com a ideia de que a cidade é uma expressão da organização social, amplamente desenvolvida nas utopias dos séculos XVI e XVII, nas quais uma sociedade perfeita deveria se expressar através de uma realidade urbana estruturada segundo princípios racionais e traduzida em um plano regular.

3.4.3. A apropriação territorial

As terras brasileiras a serem colonizadas, embora sob a jurisdição espiritual do Mestrado da Ordem de Cristo, pertenciam, de fato, segundo alguns especialistas, à Coroa Portuguesa, comenta Silva²⁷⁷, pois aquela Ordem estava absorvida pela própria Coroa. O rei era, em última análise, o senhor das terras, das minas e do comércio. Portugal, envolvido no lucrativo comércio de especiarias, drogas e outros produtos, mostrava-se desinteressado em colonizá-las²⁷⁸ e/ou não apresentava condições de realizar tal empreendimento. Mas dada a cobiça de potências rivais nessas terras, o Estado Português resolveu iniciar o processo de colonização via iniciativa particular, a fim de garantir, sem riscos, a sua possessão obtida em Tordesilhas (1494).

Através de D. João III, deslancha a política colonial portuguesa destinada ao Brasil. Tal política concretiza-se inicialmente por intermédio do chamado sistema de capitânias hereditárias²⁷⁹, implantado em 1534, seguido pelos Governos Gerais (1549).

Poucos foram os súditos que se interessaram em arriscar cabedais e esforços na empresa colonizadora²⁸⁰. Não era dado a eles o poder de legislar e ficavam subordinados às ordenações reais,

²⁷⁵ TEIXEIRA, Manuel C. Os modelos urbanos portugueses da cidade brasileira. In: TEIXEIRA, Manuel C. (Coord.) **A Construção da Cidade brasileira**. Lisboa: Livros Horizonte, 2004. p. 24.

²⁷⁶ TEIXEIRA, Manuel C. Os modelos urbanos portugueses da cidade brasileira. In: TEIXEIRA, Manuel C. (Coord.) **A Construção da Cidade brasileira**. Lisboa: Livros Horizonte, 2004. p. 25.

²⁷⁷ SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

²⁷⁸ Na apreciação de Novais (1979), a ocupação e a colonização das novas terras vieram a reboque e não como intenção primeira da metrópole. O campo de interesse desta era promover a acumulação de capital e para tanto tomou medidas para incentivar a montagem de um aparato produtor na colônia.

²⁷⁹ Há controvérsias em relação ao original caráter feudal ou capitalista das capitânias hereditárias. Gorender (1978) distingue no primeiro grupo os pensadores Varnhagem, Capistrano de Abreu, Caio Prado, Sodré e Correia de Andrade. Já no segundo sobressaem Simonsen e Marchand. Para Faoro (1976), as capitânias eram estabelecimentos econômicos e militares, um empreendimento em essência capitalista.

²⁸⁰ PRADO JUNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

ou seja, à centralizada monarquia absoluta lusitana. Cada donatário, fosse nobre, negociante ou funcionário, teria que satisfazer a determinadas condições, como a de ter posses suficientes à vultosa empreitada colonizadora.

Gorender²⁸¹ informa que cada donatário recebia, para si, a concessão de 20% das terras de sua capitania, sendo que os outros 80% eram destinados a doações gratuitas, às sesmarias²⁸²²⁸³, cujos titulares não necessitavam pagar o foro, mas unicamente, o dízimo, este objetivando a propagação da fé. Já Silva²⁸⁴ notifica que caberia ao donatário a concessão de dez léguas de terras não contíguas de sua capitania e teria que destinar as demais para doações sob a forma do instituto jurídico português, as sesmarias²⁸⁵.

A imensa disponibilidade de terras vazias e não fisicamente apropriadas por centenas de grupos indígenas espalhados pelo território, constituiu-se num dos fatores explicativos das imensas superfícies das sesmarias concedidas nos dois primeiros séculos da colonização. As áreas das sesmarias variavam de quatro, cinco, dez e 20 léguas, alcançando 16 (17.424,00 ha), 25, 100 e 400 (87.120 ha) léguas em quadra, como comenta Faoro²⁸⁶.

Quem eram os sesmeiros²⁸⁷ e quais os critérios utilizados para selecioná-los e definir o tamanho das terras concedidas? Ao contrário dos donatários, os sesmeiros não provinham de famílias nobilitantes, como observa Gorender²⁸⁸, nem tampouco eram modestos camponeses. Ainda acrescenta que “o principal critério seletivo estava na própria lei que condicionava a extensão das sesmarias às possibilidades de cultivo dos pretendentes”²⁸⁹.

Observa-se que até o século XVIII, os colonos podiam requerer mais de uma sesmaria, até mesmo para depois vendê-las. Além do chefe, outros membros da família (esposa e filhos) recebiam também terras em lugares e épocas diferentes, contribuindo para o considerável aumento do patrimônio fundiário familiar. Segundo as normas, a terra doada teria que estar ocupada e produzindo no prazo de cinco anos, senão passaria à condição de devoluta. No afã de ocupar o território, as autoridades encarregadas desprezavam na prática essa recomendação normativa, ressalva Silva²⁹⁰.

²⁸¹ GORENDER, J. **O Escravismo Colonial**. Ensaios – 29. 2. ed. São Paulo: Ática, 1978.

²⁸² Sesmarias, sinteticamente, consistem nos lotes de terras abandonadas ou incultas cedidos pelos reis lusitanos a determinadas pessoas que resolvessem cultivá-las. Esses cultivadores passaram a ser conhecidos e tratados por sesmeiros, ou seja, os beneficiários das sesmarias. Cf. FERREIRA, Pinto. **Curso de direito agrário**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 107.

²⁸³ Não é de Portugal, entretanto, o nascedouro do instituto agrário da sesmaria. Menciona-se, no meio histórico-doutrinário, a presença sesmarial no antigo Império Romano, quando, com o afã de estimular e melhor aproveitar o uso do solo, os reis promoviam sua divisão em pequenos lotes e os distribuía gratuitamente ou mediante o pagamento de simbólica remuneração aos guerreiros ou a quem resolvesse cultivá-los. Cf. MADRUGA, Manuel. **Terrenos de marinha**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928. p. 11.

²⁸⁴ SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

²⁸⁵ O sistema sesmarial, típico do direito feudal português, teve sua criação no reinado de D. Fernando I, pela Lei de 1375. Tal lei de grande alcance objetivava ordenar e recuperar as terras desocupadas à época durante as recentes campanhas militares. Agrega-se a essa explicação a crise de abastecimento. Assim, as terras públicas ou senhoriais (reais, clericais e nobres) que não estivessem cultivadas ou arrendadas seriam devolvidas (devolutas) à Coroa para que fossem redistribuídas àqueles que as pudessem aproveitar. Objetivava a Coroa, em outras palavras, acabar com a ociosidade das terras, obrigando os seus titulares a cultivá-las sob pena de perda de domínio. Os princípios da Lei de 1375 foram incorporados às ordenações posteriormente surgidas. Os novos proprietários teriam que pagar os tributos feudais costumeiros incidentes sobre as terras distribuídas, mas a partir das Ordenações Manoelinas, proibem-se mais impostos. Cf. SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

²⁸⁶ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. 3. ed, Porto Alegre: Globo, 1976.

²⁸⁷ Ao ser transportado ao Brasil o sistema sesmarial, o termo “sesmeiro” tinha a mesma conotação de sua origem portuguesa, isto é, aquela pessoa encarregada de distribuir terras. Mas, a partir do século XVII, a palavra passou, mesmo em documentos oficiais, a designar aquele que recebia a concessão de sesmaria. Cf. SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

²⁸⁸ GORENDER, J. **O Escravismo Colonial**. Ensaios – 29. 2. ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 302.

²⁸⁹ GORENDER, J. **O Escravismo Colonial**. Ensaios – 29. 2. ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 302.

²⁹⁰ SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

Outras exigências legais²⁹¹ vão sendo agregadas ao corpo legislativo no decorrer do processo histórico, tornando as doações cada vez mais difíceis. Porém, à medida que as normas vão-se complicando e se burocratizando, passam a ser mais facilmente ignoradas. A partir do século XVIII, opina Faoro, a concessão de sesmarias não é mais distribuição compulsória, em benefício da agricultura, mas se reveste de uma verdadeira doação de domínios régios, a que só a generosidade dos doadores servia de regra.

Completando, expõe Faoro²⁹²:

A realidade americana torce o conteúdo da lei, transformando a terra, de instrumento régio de colonização e povoamento, em garantia permanente do investimento agrícola. De outro lado, dentro da mesma corrente, a sesmaria, meio jurídico para apegar a terra à capacidade de cultivo, serviu para consagrar as extensões do latifúndio.

A economia açucareira nordestina constitui-se no modelo de plantagem tropical portuguesa, assentada na tríade latifúndio, escravidão e monocultura. E ao comentar a influência desse modelo sobre a prática distributiva de terras realizada pelo aparato administrativo concernente, comenta Silva²⁹³: “estas condições são o que explicam a tamanha liberalidade por parte da metrópole na distribuição do solo colonial, muito mais do que a ganância dos colonos chegados à América para fazer”.

Ao ser transportado ao Brasil, o instituto sesmarial como forma oficial de apropriação do território trouxe uma série de problemas de ordem jurídica. Ele não passou pelas devidas adaptações ao defrontar-se com as reais características físicas, ecológicas, econômicas, políticas, sociais e culturais da colônia, bem como a grande diversidade existente no território brasileiro.

Em Portugal, revela-nos Silva, o sesmarialismo comportou-se como um instrumento utilizado para impedir o esvaziamento do campo, temendo o desabastecimento das cidades. Lá, as terras distribuídas eram devolutas e teriam gerado, em regra, a pequena propriedade. Em contrapartida, no Brasil as terras estavam livres de apropriação, pois os nativos viviam numa sociedade que desconhecia a propriedade da terra. Qual era a capacidade administrativa lusitana de fazer cumprir as exigências do instituto das sesmarias? Havia funcionários credenciados em número suficiente e realmente capacitados para tal tarefa? Isto é, eles conheciam o ofício de medir e demarcar terras? Como resolver pendências entre sesmeiros e entre estes com posseiros, se poucos tinham a titulação das terras? As contendas iam-se avolumando, à medida que a colônia passava por grandes transformações principalmente a partir do século XVIII.

Dentre essas transformações menciona-se o desenvolvimento da economia de mineração, que provocou uma série de mudanças estruturais na colônia. Tal atividade fez surgir uma rede de cidades nas áreas extrativas minerais e nas estradas de acesso a elas, ativando a produção de gêneros alimentares para o seu abastecimento. O Rio de Janeiro, porto escoador dos produtos das minas e

²⁹¹ “A legislação relativa à adoção de sesmaria no Brasil, segundo Silva, apresenta duas fases distintas que retratam a maneira como evoluíram as relações entre metrópole e colônia. São elas:

a) - aplicada em todo o território brasileiro desde o início da colonização até o final do século XVII e que era regida pelas Ordenações do Reino: Afonsinas (1446), Manoelinas (1511-12) e Filipinas (1603). Nesta fase, a Coroa vislumbrava as imensas possibilidades comerciais da economia canavieira cuja cultura demandava grandes extensões de terras. As exigências relativas às doações de sesmarias são muito genéricas e vagas e não são rigorosamente cumpridas.

b) - apresenta grande número de normas reguladoras através de decretos, preceitos, forais, estatutos, resoluções, cartas patentes, cartas do Rei etc.. Explica-se tal profusão de normas em decorrência da conjunção dos fatores: dificuldade financeira do Reino, por um lado, aumento populacional e a descoberta de ouro e pedras preciosas na colônia, por outro. “Percebe-se uma tentativa da metrópole em controlar o processo da apropriação territorial da valiosa colônia.” Cf. SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

²⁹² FAORO, R. **Os Donos do Poder**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1976. p. 126.

²⁹³ SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990. p. 47.

importador de produtos manufaturados para abastecer os mineradores, desenvolveu o seu comércio, tornou-se capital do Vice-Reino e assistiu ao grande crescimento populacional.

A cidade passou a comandar o comércio de cabotagem intracolonial, ensaiando a integração do território colonial, além de lançar negócios à região platina e às colônias portuguesas, africanas e asiáticas. Não por acaso, no século XVIII, com a valorização da colônia, multiplicaram-se normas sobre a doação de terras. No início do século XIX, as condições de doação vagaram entre as confusas e contraditórias normas vigentes. Apesar disso, ou melhor, por causa disso, a questão da terra chegou a um impasse, levando o príncipe regente, D. Pedro, a optar pela simples suspensão das concessões em 13 de julho de 1822, transferindo à futura Assembleia Constituinte o poder de legislar sobre a questão fundiária. Mas tal propósito somente seria alcançado em 1850 (Lei da Terra), sob o auspício e interesse dos grandes proprietários devidamente entronizados no poder político.

Observa-se que os habitantes livres e pobres (colonos, índios, caboclos etc), que não tinham como atender às exigências legais para receberem concessões de terras, partiam para a ocupação daquelas livres ou devolutas, desde os primórdios da colonização. Cedo, eles construíram a categoria dos posseiros. A exemplo dos sesmeiros, os posseiros estendiam seus domínios muito além das necessidades e capacidade de utilização da terra. Os limites de suas posses, relata Silva²⁹⁴, passaram a ser dados por eles próprios, em virtude da ausência de efetiva fiscalização oficial.

Os conflitos entre sesmeiros e posseiros tornaram-se cada vez mais frequentes e, quando o Estado era acionado como mediador, pendia suas resoluções sempre a favor dos primeiros, na medida em que a legislação lusitana não reconhecia o direito de posse.

A questão da apropriação do território chegou ao século XIX com tão grande magnitude que essa centúria ficou conhecida como o “século dos posseiros”, comenta Silva. Na qualidade de regente, D. Pedro concedeu à Mesa do Desembargo do Paço, em 14 de março de 1822, a autoridade de mandar fazer medições e demarcações de sesmarias, desde que não prejudicassem os posseiros que estivessem realmente aproveitando suas terras. Dessa forma, a categoria passou a ser oficialmente reconhecida.

O contraste do campo com a cidade era de grandes proporções, sendo tímida a dependência daquele à esta. Reflexo dessa realidade é a pouca extensão da agricultura de subsistência, ou alimentar, predominando nesse século a produção agrícola de exportação, sendo prioritários tais interesses comerciais²⁹⁵. Nas cidades, em função de sua natureza, o mercado de trabalho era muito mais diversificado do que no campo, inclusive em algumas delas, como no Rio de Janeiro, se implantaram as corporações de ofício. Além de as pessoas exercerem inúmeras profissões, os homens livres e carentes de recursos eram recrutados para certos serviços públicos. Dessa forma, o funcionalismo paulatinamente vai crescendo em número, ao absorver esse contingente nas administrações civis e militares, em cargos naturalmente considerados inferiores e de baixa remuneração, a exemplo dos escrivães, oficiais de tribunais, de juízes e soldados²⁹⁶.

Ainda que existissem núcleos urbanos formados há alguns séculos, a economia agrícola e exportadora era a base da acumulação de capital mercantil no Brasil colonial. A produção agropecuária de subsistência constituía-se numa atividade acessória, complementar e submissa ao modo de produção dominante, genericamente, o capitalismo. O “polo” secundário existiria enquanto provedor das necessidades alimentares imediatas da população colonial, maciçamente rural, e que vivia difusa pelo território, apresentando algumas manchas de maior adensamento nas áreas mais dinâmicas do pólo dominante: Nordeste (plantagens) e do Sudeste (mineração). A população urbana – pouco expressiva e com características rurais – encontrava-se atomizada em vilas e povoados, apresentando maior contingente nas cidades litorâneas e portuárias, sobressaindo Rio de Janeiro, Salvador, Recife e Belém. Assim, em se tratando do mercado interno colonial (características, dinamismo e desenvolvimento), a historiografia o considerava matéria desprovida de importância em função de sua “inexistência” ou de seu insuficiente desenvolvimento e, como tal, incapaz de levantar e

²⁹⁴ SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.

²⁹⁵ Cf. ERTHAL, Rui. A colonização portuguesa no Brasil e a pequena propriedade. **GEOgraphia**. Rio de Janeiro, Ano. II, n. 4, p. 49-75, 2000.

²⁹⁶ Cf. ERTHAL, Rui. A colonização portuguesa no Brasil e a pequena propriedade. **GEOgraphia**. Rio de Janeiro, Ano. II, n. 4, p. 49-75, 2000.

ativar atividades rurais mais complexas²⁹⁷. De toda sorte, a redução da importância da produção agrícola de gêneros alimentícios para consumo interno não a exclui, uma vez que não se poderia negar a existência de um mercado consumidor interno e também do interesse mesmo da Metrópole por esses alimentos. Em todo caso, a predominância da produção agrícola para exportação e, dessa feita, a valorização do patrimônio imobiliário rural desse período são dignos de nota para fins de compreensão do salto histórico e econômico vivido no país em tão pouco tempo, diga-se, a revolução urbana que se deu no século XX no Brasil.

Eduardo Galeano²⁹⁸ menciona, em uma de suas obras pioneiras, que a independência dos países latino-americanos das colônias portuguesa e espanhola no século XIX não recompensou aos desapossados que realmente lutaram por essa liberdade. Os novos donos dos países, finalmente independentes, as burguesias nacionais, não se dispuseram a desenvolver o capitalismo nacional. Na realidade, a burguesia dessas terras nasceu como instrumento do capitalismo internacional europeu e americano, peças prósperas da engrenagem mundial que sangrava as colônias. Os proprietários das terras, sócios dos burgueses comerciantes que possuíam o poder político, nunca estiveram interessados em resolver a questão agrária, a não ser de acordo com sua conveniência. O latifúndio, portanto, se consolidou sobre o despojo, e a reforma agrária na região foi uma bandeira prematura.

É de se concluir que diversos fatores influenciaram na caracterização geral dos atuais centros urbanos brasileiros e na aglomeração urbana. A divisão da propriedade deu-se, em primeiro momento, para aqueles que pudessem cultivá-la, tornando-a produtiva em um período determinado de cinco anos. Entretanto, dificilmente se fazia o controle da exploração concedida, facilitando, nesses casos, o acúmulo de terras ociosas. Ressalte-se que o período das concessões de terras se deu antes da abolição da escravatura²⁹⁹ no Brasil (1888), fato que torna mais evidente a exclusão dos negros, parte significativa da população³⁰⁰, no acesso à terra brasileira.

Nos anos que se seguiram após a independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, as relações entre a cidade e o campo ainda se mantinham as mesmas com a população rural superando massivamente a população das pequenas cidades. Nesse mesmo período, iniciou-se uma série de campanhas para a ocupação e exploração das terras brasileiras ainda desocupadas, sendo marcante o período de grande imigração europeia (principalmente alemães, italianos, árabes, japoneses, espanhóis, judeus e portugueses).

Após as imigrações, em 1912, o Brasil registrava uma população de 24.618.429 de pessoas sendo que apenas 2.720.563 residiam nas capitais dos Estados, onde se concentravam as cidades com maior desenvolvimento urbano³⁰¹.

As questões sobre o processo de urbanização do Brasil no século XX serão desenvolvidas a seguir.

3.5. A segunda fase: a cidade da Revolução Industrial (1750 -1900 d.C.)

²⁹⁷ Cf. ERTHAL, Rui. A colonização portuguesa no Brasil e a pequena propriedade. **GEOgraphia**. Rio de Janeiro, Ano. II, n. 4, p. 49-75, 2000.

²⁹⁸ GALEANO, Eduardo. **Las Venas Abiertas de América Latina**. Montevideo, Editora Siglo Veintiuno, 1970.

²⁹⁹ A questão do trabalho escravo x trabalho livre no Brasil é de suma importância para a compreensão da formação da economia capitalista brasileira. O trabalho livre no Brasil só teve reais condições de ser atraente e assim concorrer vantajosamente com o escravo à medida que a sociedade passou por uma série de transformações estruturais ao longo do século XIX. Salientam-se a urbanização, que dinamizou o mercado interno, a chegada de imensa massa de colonos europeus, trabalhadores livres, e o progressivo processo de fechamento do mercado ao tráfico negreiro. Cf. ERTHAL, Rui. A colonização portuguesa no Brasil e a pequena propriedade. **GEOgraphia**. Rio de Janeiro, Ano. II, n. 4, p. 49-75, 2000.

³⁰⁰ A cultura e a contribuição do negro africano na história brasileira são de inegável relevância. Desde que aqui chegaram, mal fadada sua condição de escravo, “abrasileiraram-se”. De de um processo de mestiçagem de características únicas, surge a população do Brasil, com grande parcela de negros e seus descendentes (pardos, mestiços etc) que constituem aproximadamente 70% do povo brasileiro. Cf. Dados retirados do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/brasil500/index2.htmlA>>. Acesso em 28 abr. 2006.

³⁰¹ Cf. Dados retirados do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat>>. Acesso em 28 abr. 2006.

“As muralhas são derrubadas, as cidades crescem (...)”³⁰². A segunda revolução urbana começou com a revolução agrícola, que incrementou a produção de alimentos, mas expulsou do campo grande quantidade de agricultores e, com ele, o desenvolvimento concomitante do capitalismo industrial. Esse duplo processo provocou um enorme crescimento demográfico nas cidades, a tal ponto que a população nas cidades superou a do campo³⁰³ (cerca de 5 a 10% da população ativa é suficiente para alimentar o conjunto dos habitantes nos países desenvolvidos³⁰⁴), o que supõe uma expansão espacial acelerada que deu lugar, ao mesmo tempo, a um grave empobrecimento de uma parte das populações urbanas.

Nesse contexto, surgem progressivamente as novas ideias sobre a cidade, marcadas fundamentalmente pelas mesmas lógicas que dirigiam o mundo industrial dominante. O urbanismo moderno aplica no âmbito da organização das cidades os princípios que se estabeleceram na indústria. A noção fundamental é a especialização: o taylorismo a sistematizará na indústria, onde se tratará de separar e simplificar as tarefas para fazer sua execução mais rentável. O urbanismo moderno colocará em prática desde finais do século XIX a forma de zoneamento, que mais tarde Le Corbusier e a *Carta de Atenas* levarão ao limite.

Na cidade da Revolução Industrial, a mobilidade das pessoas, as informações e os bens são da maior importância. A primeira necessidade, desde logo, é adaptar as cidades às exigências da produção, do consumo e dos intercâmbios mercantis. Para isso, faz falta uma rede de grandes vias de comunicação entre estações e armazéns principalmente, redes para água e sistema de esgotos, energia (gás, electricidade, vapor) e a informação (telégrafo, telefone, correio)³⁰⁵.

Pode-se definir, essa “ordem nova” por um certo número de características. Primeiro, a racionalização das vias de comunicação, com abertura de grandes artérias e a criação de estações. Depois, a especialização bastante ativada dos setores urbanos (quarteirões de negócios no novo centro e bairros residenciais na periferia destinados aos privilegiados). Por outro lado, são criados novos órgãos que mudam o aspecto da cidade: grandes lojas, hotéis, cafés e prédios para locação. E, por fim, a indústria se instaura nos arrabaldes, fazendo o subúrbio assumir uma importância crescente. Junto da indústria, os operários e a classe média se deslocam e a cidade deixa de ser uma entidade espacial bem delimitada³⁰⁶.

As formas da “segunda revolução” são diferentes, na teoria e na prática, dependendo das cidades e dos países. Porém, os pais fundadores do urbanismo, por sua obra ou por seu pensamento, especialmente Haussmann³⁰⁷, Cerda³⁰⁸, Sitte³⁰⁹, Howard³¹⁰ e Le Corbusier³¹¹, apesar de suas diferenças, estavam movidos pela mesma preocupação de adaptação das cidades à sociedade

³⁰² CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003. p. 52.

³⁰³ Em um determinado momento, verificou-se na Europa ocidental o fenômeno de transformação da relação entre a cidade e o campo. Se antes, tais espaços encontravam-se bem delineados e opunham-se entre si, a partir desse momento a cidade passa a ser o eixo privilegiado. Desde então, a cidade não aparece mais como uma ilha urbana num oceano camponês. O campo produz para ela e em função do mercado urbano. Cf. LEFEBVRE, Henri. **A Revolução Urbana**. Belo Horizonte: Ed.UFMG, 2004. p. 23.

³⁰⁴ HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 102.

³⁰⁵ O trabalho que se realiza para adaptação das cidades prejudica a classe operária, choca os estetas passadistas, incomoda os pequenos burgueses expropriados, contraria os hábitos, é, em compensação, a solução mais imediatamente favorável aos capitães da indústria e aos financistas que constituem então um dos elementos mais ativos da sociedade. Cf. CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 4.

³⁰⁶ CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 4.

³⁰⁷ Haussmann e Napoléon III promoveram inúmeras reconstruções em Paris sob a justificativa do embelezamento e de ordenamento geométrico e utilitário. Cfr. MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 21.

³⁰⁸ Por sua vez, Cerda relevou a importância da circulação dos veículos e promoveu inúmeras alterações no tecido urbano de Barcelona. Cfr. MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 2005. p. 21.

³⁰⁹ Arquiteto de Viena cujos conhecimentos da arqueologia medieval e renascentista inspiraram-lhe uma teoria e um modelo da cidade ideal desenvolvida em sua obra “Der Städtebau nach seinen Künstlerischen Grundsätzen”, de 1889. Cf. SITTE, Camillo. **L'arte di costruire la città: L'urbanistica secondo i suoi fondamenti artistici**. Milano: Jacka Book, 1990.

³¹⁰ Socialista inglês criador das “cidades-jardins”. Autor do clássico *Garden Cities of Tomorrow*, republicação de 1902. Cf. CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 219.

³¹¹ Le Corbusier era um dos grandes representantes da doutrina funcionalista. Em resumo, suas ideias estão expostas em LE CORBUSIER. **Maneira de Pensar o Urbanismo**. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa – América, 2003.

industrial. As cidades e o urbanismo experimentaram uma verdadeira transformação dos conceitos de cidade, espaços, ocupando o lugar da primeira revolução urbana, para chegar ao modelo de urbanismo “fordista-keyniano-corbusiano”, expressão de uma racionalidade simplificadora mediante a planificação urbana, as zonas monofuncionais e as estruturas urbanas hierárquicas, um urbanismo adaptado à produção e ao consumo massivos nos centros comerciais, as zonas industriais e a circulação acelerada e, assim mesmo, materialização do estado do bem-estar com equipamentos coletivos, serviços públicos e vivendas sociais.

Essa segunda revolução urbana não eliminou totalmente as cidades preexistentes, ainda que na França tenha sido bastante radical, com destruições massivas de Haussmann³¹² e as restaurações de Bulldozer entre os anos 50 e 60. Desse modo, as cidades demonstraram sua capacidade para sedimentar diferentes capas de sua história e sua função de pergaminho que não muda, senão que acolhem sucessivas transformações e escritos distintos. Ainda sim, inclusive as partes das cidades antigas que se conservaram materialmente sofreram ao menos transformações de carácter social e não funcionam do mesmo modo que antes.

As exigências do crescimento e do funcionamento das cidades provocaram uma grande mobilização científica e técnica para aumentar a rentabilidade no transporte e armazenamento de bens, informações e pessoas. Coloca-se, então, a questão e a necessidade de intervenção do Estado com o fim de remediar as desordens e promover a melhor adaptação dos espaços coletivos, agora voltados à sustentação do novo modelo econômico³¹³.

3.6. A terceira fase: a terceira revolução urbana (1900 d.C. aos dias atuais)

Podemos dizer, agora que se inicia uma terceira e nova fase da modernização, que as mudanças que se esboçam no urbanismo atual prefiguram uma “terceira revolução urbana moderna”³¹⁴. A nova modernização das sociedades ocidentais suscita, de fato, modificações profundas nas formas de pensar, construir e gerir as cidades. A evolução das necessidades, das formas de pensar e atuar, dos vínculos sociais, o desenvolvimento de novas ciências e tecnologias e a mudança da natureza e escala dos desafios coletivos dão lugar pouco a pouco a um novo urbanismo que se distingue do urbanismo da primeira revolução urbana moderna, aquela ocorrida nas cidades medievais quando cedem lugar à cidade industrial, bem como é reinventada, movida pela segunda revolução urbana, que substitui a cidade industrial funcional por uma cidade onde se pretende administrar os *riscos*.

Numa primeira fase, o urbanismo desenvolve-se na Idade Moderna e segue até o princípio da Revolução Industrial. As transformações do pensamento que assumem a racionalidade em substituição à religião, emancipam a política e favorecem o nascimento do Estado-Nação, o desenvolvimento das ciências e a propagação progressiva do capitalismo mercantil e depois industrial.

A segunda fase do urbanismo é aquela marcada pela Revolução Industrial, que assiste à transformação da produção de bens e serviços subordinados, em grande medida, às lógicas capitalistas, o pensamento técnico ocupa lugar central na sociedade e se constitui o estado do bem-estar social.

A cada uma dessas épocas correspondem um pensamento, uma forma de criação, figuras dominantes e ideias de poder, representações da sociedade, critérios de eficácia, formas de organização do território. O estabelecimento das fases das cidades no mundo ocidental provocou

³¹² Os principais objetivos de Napoleão III e de seu prefeito eram fazer desaparecer a imagem da cidade antiga, velha e insalubre; facilitar a circulação multiplicando as ligações entre as diferentes partes da cidade; assegurar a valorização dos monumentos, colocando-os no eixo de uma perspectiva; possibilitar a manutenção da ordem em caso de rebelião. Haussmann instaura grandes vias que impõem a toda Paris a mesma imagem de uma capital moderna. O carácter uniformemente monumental das fachadas dissimula a realidade social das zonas atravessadas. A urbanização de Haussmann pretende dar a ilusão de uma perfeita homogeneidade do espaço urbano. Cf. HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4. ed. Campinas: Papirus Editora, 2004. p. 113.

³¹³ LACAZE, Jean-Paul. **A cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 31.

³¹⁴ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 71

entretanto, todo tipo de crise: econômica, social, política e religiosa. E o funcionamento e a produção do espaço urbano não escaparam dessas crises.

A terceira fase é marcada pela revolução urbana, na qual se percebe o desenvolvimento de um novo urbanismo, ou “neourbanismo”, como assinala Asher³¹⁵. Essa terceira revolução urbana se verifica nos últimos anos com as visíveis alterações dos costumes dos cidadãos, com as formas das cidades, suas formas de deslocamento e comunicações, com os intercâmbios, os equipamentos e serviços públicos, a tipologia das zonas urbanas, as atitudes ante a natureza e o patrimônio cultural e é também a fase que compõe a pós-modernidade, que tem como característica a dúvida³¹⁶.

Novas tecnologias foram criadas ou popularizadas, como é o caso do telefone móvel, dos computadores portáteis, da Internet, que assume grande importância na vida urbana, e dos automóveis, que contribuíram para a modificação profunda dos territórios. Mas as mudanças apenas começaram. O novo processo de modernização determina tendências a longo prazo e cabe ao urbanismo identificar essas mudanças com a maior precisão possível, não para prever com exatidão os acontecimentos, o que seria pretencioso e ingênuo, mas para avaliar o impacto que esses fatores terão sobre a cidade e as formas de vida urbana e elaborar instrumentos capazes de gerir da melhor forma possível, as mudanças mencionadas.

Para Ascher³¹⁷, cinco grandes modificações caracterizam a terceira revolução urbana moderna: a *megalopolização*, a *transformação dos sistemas urbanos de mobilidade*, a *recomposição social das cidades*, a *redefinição da correspondência entre interesses individuais, coletivos e gerais* e as *novas relações de risco*.

c) A megalopolização

A megalopolização é um duplo processo de metropolização que culmina com a formação de um novo tipo de território urbano: a megalópole.

A metropolização³¹⁸ por sua vez, pode ser definida como um processo que se produz em todos os países industrializados e é, principalmente, o resultado da globalização e da ampliação da divisão do trabalho em escala mundial, que fazem cada vez mais necessárias e competitivas as aglomerações urbanas capazes de oferecer um mercado de trabalho amplo e diversificado, a presença de serviços de alto nível, um grande número de equipamentos e infraestruturas e boas comunicações internacionais. Os empregos, o comércio, os equipamentos sanitários, educativos, culturais e de ócio das grandes aglomerações atraem da mesma forma as populações mais qualificadas.

A metropolização, como ocorreu com o crescimento das cidades, se apoia no desenvolvimento dos meios de transporte e de armazenamento de bens, informações e pessoas e nas tecnologias que melhoram seu rendimento. Por exemplo, a velocidade de deslocamento das pessoas nas cidades europeias aumentou quase 30% nos últimos 15 anos, ao mesmo tempo em que se desenvolveram o telefone móvel, o uso da Internet, os discos compactos, as transmissões via satélite etc. Esses meios de transporte e armazenamento conferem novas formas às aglomerações urbanas. Constituem-se, desse

³¹⁵ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 56.

³¹⁶ Segundo Lyon: “a possibilidade mesma de adquirir conhecimento ou de fazer uma descrição do mundo é posta em dúvida. Enquanto antes se podia ver como a estrutura do conhecimento refletia a estrutura da sociedade que o produzia – pense nos estudos de Weber sobre a racionalidade burocrática na Alemanha em sua fase de modernização – o pós – moderno nega tal estrutura tanto no conhecimento como na sociedade. Adeus ao conhecimento elaborado no passado; em vez disso, boas-vindas aos discursos flexíveis. Cf. LYON, David. **Pós-Modernidade**. São Paulo: Paulus, 1998. p. 23.

³¹⁷ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 56.

³¹⁸ As regiões metropolitanas, também denominadas cidades globais ou megacidades, apresentam-se fundamentalmente como grandes conurbações urbanas provocadas pela expansão territorial de municípios vizinhos e, principalmente, pela comunicação econômico-social entre as cidades, o que gera questões de ordem comum. Cf. ALVA, Eduardo Neira. **Metrópoles (In) Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. BREMAEKER, François E. J.de. **Evolução demográfica dos municípios das regiões metropolitanas brasileiras, segundo a base territorial de 1997**. 2. ed. Rio de Janeiro: IBAM (APMC/IBAMCO), 2000 e GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano, Regiões Metropolitanas, Solo criado, Zoneamento e Controle Ambiental**, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

modo, as megalópoles, a dizer, grandes conurbações, extensas e descontínuas, heterogêneas e multipolarizadas.

Nesse contexto, o processo de crescimento das cidades que acompanhou as primeiras duas fases da modernização, continua agora com novas formas. Tal crescimento por extensão de suas periferias imediatas e por densificação dá passo a um crescimento externo, a dizer, um crescimento por absorção de cidades vizinhas. Os limites e as diferenças físicas entre campo e cidade se tornam, assim, cada vez mais imprecisas.

O Brasil possui duas megacidades, São Paulo e Rio de Janeiro. Prevê-se que se forme, em futuro próximo, uma imensa megalópole Rio-São Paulo, resultante de uma concentração populacional contínua³¹⁹.

d) A transformação do sistema de mobilidade urbana

A globalização e a megalopolização se nutrem das tecnologias de transporte e comunicação e estimulam, ao mesmo tempo, o seu desenvolvimento. Entretanto, ao contrário de algumas previsões, a tecnologia não coloca em discussão a concentração metropolitana ou substitui as cidades reais por cidades virtuais. Ainda que o uso de instrumentos de comunicação de última geração tenham diminuído a distância e evitado o deslocamento (vídeos, conferências mediáticas simultâneas, jogos eletrônicos de alta resolução), ainda se valoriza o contato direto, a acessibilidade física e a possibilidade de encontro como um dos principais valores das zonas urbanas. Isso explica a valorização dos imóveis cercados de infraestrutura de transporte, assim como a concentração espacial de atividades direcionadas, comércios e atividades de lazer.

Entretanto, é evidente que as telecomunicações contribuem para a transferência do sistema de mobilidade urbana de bens, informações e pessoas, criando novas estruturas espaciais. Exemplos são o comércio, o correio e o intercâmbio de informações eletrônicas. Com o comércio da Internet, os bens de consumo não precisarão estar disponíveis em centros comerciais e toda sua plataforma logística. Entretanto, os fluxos de entrega modificarão igualmente os problemas e a formas de gestão da circulação urbana. Todavia, o comércio eletrônico não substitui o comércio tradicional, mas o renova. Os produtos ainda são uma busca, e a experiência sensorial ultrapassa o comércio eletrônico. É o que explica o desenvolvimento das “compras como lazer”, dos acontecimentos comerciais, dos *showrooms*, dos objetos que se podem tocar e dos produtos que se podem testar ou aprender a utilizar.

A terceira revolução urbana não dá lugar a uma cidade virtual, imóvel, mas uma cidade que se move e se comunica, que parte de novos compromissos entre o deslocamento das pessoas, bens e informações.

e) A recomposição social das cidades

A recomposição social das cidades engloba diversos tipos de alterações comportamentais e sociais. A individualização do espaço-tempo e os novos tipos de serviços públicos.

A maior individualização dos cidadãos supõe mudanças nas formas em que estes organizam o território e empregam o tempo. Pretendem controlar individualmente seu “espaço-tempo” e, para isso, utilizam em maior medida aqueles meios técnicos que aumentam sua autonomia, que brindam a possibilidade de deslocamento e comunicação de maneira mais livre. Os meios de transporte individual (carros, motos, patins, bicicletas etc) expressam, cada um a seu modo, essa exigência crescente de autonomia e velocidade. Os objetos portáteis e, acima de tudo, o telefone móvel respondem por essa busca do “onde quero, quando quero, como quero”. Esse desejo de autonomia se converte em uma obrigação na medida em que a sociedade se organiza sobre a base dessa individualização. A história recente do telefone móvel, assim o indica. Pouco a pouco se faz

³¹⁹

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 341.

indispensável para participar da vida urbana, e mesmo os que decidem não ter, acabam finalmente o comprando.

A individualização também provoca uma crise no conceito e funcionamento dos equipamentos e serviços públicos. Assim como as empresas se enfrentam em uma segmentação dos mercados cada vez mais sutis e flutuantes que os obriga a desenvolver um marketing personalizado, do mesmo modo os serviços públicos estabelecidos sobre a base de uma prestação única para todos devem fazer frente à inadaptação de seus equipamentos e prestações ante a diversificação das necessidades sociais. O caso dos transportes públicos ilustra essa crise e a necessidade de desenvolver novas ideias. Nas cidades, os cidadãos se deslocam cada vez mais em todos os sentidos, em todas as horas do dia ou da noite, de formas diferentes e mudam segundo os dias e a época do ano. Os deslocamentos pendulares domicílio-trabalho são minoria, e ao contrário, os transportes públicos foram elaborados segundo um modelo “fordiano”, a dizer, a partir de um princípio repetitivo, de produção massiva e economia de escala. O mesmo transporte, no mesmo itinerário, para todos ao mesmo tempo. Esse tipo de transporte continua sendo valioso, sobretudo sob o ponto de vista ecológico em zonas de alta concentração demográfica. Entretanto, os habitantes que não dispõem de um meio de transporte particular e, sobretudo, de um automóvel, têm cada vez mais dificuldades, uma vez que a cidade resulta cada vez menos inacessível com os transportes coletivos que se utilizam. Daí a necessidade de desenvolver os transportes públicos de maneira mais personalizada, que prestem serviços ao conjunto de territórios metropolitanos, combinando vários meios de transporte e utilizando as possibilidades que a tecnologia proporciona.

É assim que se assiste nas cidades à crescente autonomia dos indivíduos, acompanhada, entretanto, de uma maior dependência dos sistemas técnicos cada vez mais elaborados e socializados. O mais simples ato cotidiano depende de dispositivos complexos e geralmente de mercado. Tais dispositivos constituem pontos de partida das desigualdades sociais do nosso século, posto que as novas desvantagens se multiplicam. As dificuldades econômicas e culturais de alguns grupos sociais ou ainda a idade ou a incapacidade psíquica, física ou motora para utilizar essas ferramentas são fatores de desigualdade que tornam ainda mais importante o desenvolvimento de novos tipos de serviços públicos nas cidades da terceira revolução urbana. A complexidade das necessidades e práticas sociais e a personalização indispensável das prestações públicas fazem recorrer aos princípios da equidade, para além do princípio da igualdade, no momento de criar tais serviços e seus financiamentos correspondentes.

f) A redefinição das relações entre interesses individuais, coletivos e gerais

A terceira fase da modernização se caracteriza por ter vínculos sociais mais frágeis, menos estáveis, porém muito mais numerosos e variados, imbricados nas redes múltiplas da sociedade. Nesse contexto, os grupos sociais (entendidos como grupos cujos membros compartilham de forma duradoura um grande número de características culturais, grau de formação etc) tendem a perder sua importância objetiva e subjetivamente. Os indivíduos já não têm a sensação de compartilhar interesses em diversos campos. Isso complica consideravelmente o funcionamento da democracia representativa que se baseia, precisamente, na capacidade de representar um grupo de eleitores. Também põe em cheque os grupos e organizações que pretendem integrar posições sobre as questões mais diversas em um mesmo conjunto ideológico ou em um mesmo programa. Tal mudança tem numerosas consequências, as quais não analisaremos em detalhes nesse momento. Entretanto, podemos destacar, no que tange ao urbanismo, a questão da “arquitetura territorial” do funcionamento da democracia em geral e da democracia local, em particular.

Atualmente se verifica o enquadramento de diversos níveis segundo o modelo das “bonecas russas” (do município passando ao Estado, este submetendo-se à União Federativa, no caso do Brasil). Tal modelo denota certas dificuldades uma vez que se vive em uma sociedade de diversas dimensões e em territórios que mudam de tamanho, natureza, cultura, dependendo sobremaneira dos costumes. Nesse contexto, a democracia representativa e as decisões tomadas nos diversos níveis de decisões

poderão apresentar-se superficiais e pouco consistentes, ao invés de suficientes e precisas para a solução das questões da sociedade urbanizada. É a dificuldade de se estabelecer o interesse público, o interesse coletivo, a melhor solução para todos, numa pretenciosa organização estatal de escalas um tanto quanto desarticuladas. Nesse contexto, surge a sensação de ilegitimidade, a formação de opiniões e ideias tendenciosas, a apropriação desequilibrada do solo urbano³²⁰ e a produção da segregação social. A crise da democracia gera a crise urbana, a busca pelo isolamento em conjuntos ou condomínios particulares fora das normas da cidade, fora do caos da segregação. Nasce os guetos, a tendência à ruptura com o “pacto social”, as questões diversas dos bairros segregados, das favelas, dos bairros de lata, do direito à cidade, em uma estrutura que em algum momento não consegue atender às demandas urbanas³²¹.

As sociedades modernas estão diante de uma questão de renovação dos conceitos e modelos políticos, de forma que as decisões públicas reflitam uma democracia coordenada com as estruturas sociais. Trata-se de aprender a compartilhar o espaço entre as diversas “sociedades” estabelecidas sobre ele. Trata-se, outrora, de administrar a crise do Estado Democrático de Direito, que se assume nessa era e que desmistifica uma estrutura política regida por normas que contavam com uma legitimidade, hoje questionada³²²³²³.

g) *A cidade dos riscos*

Ao contrário do que afirma o provérbio alemão “o ar da cidade faz os homens livres”, a cidade também é lugar dos perigos físicos e morais. As cidades sempre foram ambivalentes desde o ponto de vista da segurança, garantindo proteção e, ao mesmo tempo, suscitando todo tipo de perigos. Essa dupla natureza da cidade se constata hoje pela dinâmica da modernização que segue modificando as relações da sociedade e dos indivíduos frente ao acaso e os perigos que se transformam em riscos. É típico da sociedade moderna querer controlar o futuro³²⁴ e, para isso, intenta conhecer e medir as probabilidades de que se produza tal ou qual acontecimento, para tomar depois decisões a respeito. O risco, que é uma noção típica da modernidade³²⁵, domina na atualidade todos os costumes sociais e dá

³²⁰ Durante a formação dos grandes capitais da indústria e do comércio dos séculos XIX e XX, formaram-se simultaneamente os especuladores beneficiados pelo crescimento das cidades. Constituíram-se fortunas enormes assentes nessa especulação de terrenos, os quais, em poucos anos, deixaram de ser terra de lavoura para se converterem em terrenos de habitação. Esses especuladores dos solos originaram a cidade inorgânica, as ampliações inorgânicas determinadas pelas convenientes soluções funcionais da simples quadrícula, com todas as ruas de tráfego, aproximadamente da mesma hierarquia, de forma que os valores dos terrenos valorizaram homogeneamente. Os postulados da economia liberal não permitiam coarctar o livre e exaustivo aproveitamento do solo. Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1982. p. 157.

³²¹ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 56.

³²² Segundo Zolo, as motivações da crise do Estado Democrático Social de Direito podem ser creditadas a duas causas distintas: o fenômeno da complexidade social nas sociedades de economia avançada e o processo de integração em escala global, a globalização. Em decorrência do primeiro, assume relevo a crise nas estruturas normativas, que, devido ao seu caráter genérico e abstrato, não atendem às expectativas de uma sociedade pluricultural, marcada pela conflituosidade nas relações sociais. No segundo, o tema central é a erosão da soberania dos Estados nacionais, com a prevalência do poder dos sujeitos transnacionais. Todas as crises que assaltam a organização política atual podem ser resumidas em uma crise do Estado de Direito, atingindo sua estrutura de garantia dos direitos fundamentais. Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica dello Stato di Diritto. In: **Lo Stato di Diritto**. Storia, Teoria, Critica. Milano: Feltrinelli. 2003. p. 58-59.

³²³ Sobre a crise do estado de direito social, AGRA, Walber de Moura. Pós-Modernidade, Crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac. (Org.) **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 229-254.

³²⁴ Sobre a teoria do risco, LUHMANN, Niklas. **Sociologia del rischio**. Milano: Bruno Mondadori, 1996 e BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo veintiuno de españa editores, 2002.

³²⁵ Nesse sentido, Gomes: “La évolution techno-scientifique à laquelle les sociétés développées viennent d’assister, surtout dans les cinquante dernières années, a mis en évidence un concept qui, quoique pas ignoré par le Droit, soit resté jusqu’à ce moment en deuxième plan. (...) Le risque a commencé par être identifié, ao Moyen Age, avec l’idée de destin et ensuite il fut associé au progrès, à la suite des profonds changements des procès de production introduites par la Revolution industrielle. Aujourd’hui, il es un symbole du carrefour de la civilisation, synonyme à un seul temps de défi technologique et

lugar à “sociedade do risco”: tanto os indivíduos quanto os atores econômicos e sociais fazem do risco uma questão chave e permanente de suas vidas e ações.

O paradoxo da modernidade³²⁶ é que o desenvolvimento, os conhecimentos, as técnicas e a circulação vertiginosa e generalizada da informação aumentam o risco. O avanço das ciências provoca também novos riscos relacionados com a contaminação, com o equilíbrio natural (emissão de gases tóxicos, lixo industrial etc. Se, por um lado, o risco e a sensação de insegurança aumentam nas cidades, a demanda e a exigência de segurança também crescem. Assistimos em todas as cidades ao aumento da “violência urbana”, vinculada muitas vezes aos processos de desagregação social e exclusão urbana, que já referimos.

Ao mesmo tempo em que se aumentam as apreensões diante das incertezas verificadas na sociedade do risco, as problemáticas levantadas fazem com que se transforme a relação da sociedade com a natureza. Hoje a natureza está “integrada” ao social, o que supõe tomar decisões que garantam a sua sustentabilidade. A noção de “patrimônio natural” expressa uma atitude profundamente moderna de apropriação da natureza pelas sociedades humanas e, ao mesmo tempo, de preocupação com sua manutenção.

Tais sensações são o reflexo do homem econômico moderno, depredador da natureza que, utilizando poderosos instrumentos tecnológicos para explorar excessivamente e a curto prazo os chamados “recursos naturais”, os esgotam. Por trás dessa exploração progressiva dos recursos naturais está o conflito entre a economia e a ecologia. A sociedade moderna se apresenta como uma sociedade de risco, e o maior sentido dessa expressão se encontra no conflito entre homem x natureza³²⁷.

Nesse contexto, desponta o *princípio da “precaução”*³²⁸, como forma de proteger, dar segurança, “controlar o futuro”³²⁹. Entretanto, a aplicação prática do princípio da precaução no contexto atual da sociedade apresenta suas dificuldades. Recorre-se a este princípio quando surge alguma dúvida sobre possíveis consequências de uma decisão, fundamentada em um impasse ora provocado pela divergência entre especialistas, ora pelo desconhecimento total das suas repercussões futuras³³⁰. À medida que o impacto se conhece, ou se pode conhecer, a medida de precaução não se faz necessária, pois nesse caso estamos diante de um caso normal de eleição de responsabilidades. Não se deve confundir o direito de ser prevenido, que remete a outro princípio, o da prevenção, com a aplicação do princípio da precaução. Este se refere especificamente aos procedimentos necessários quando algo se desconhece; portanto, transfere ao político todo o peso da decisão, da medida suspensiva ou dilatária ou de assumir o risco.

O princípio da precaução fundamenta-se na incerteza científica diante de certas questões ambientais complexas (diminuição da camada de ozônio, centrais nucleares, dejetos radioativos, organismos geneticamente modificados etc). Trata-se de uma nova forma de prevenção para proteger a

de crainte généralisée”. Cf. GOMES, Carla Amado. Le Risque, cet inconnu... **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. XLIII, n. 1, p. 283-312, 2002.

³²⁶ Cf. GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. 4. ed. Lisboa: Celta, 2002.

³²⁷ Cf. WOLFGANG, Johann. Del Rojo al Verde. In: WERNECK, Mário et tal. **Direito Ambiental**. Visto por nós, advogados. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.11-23.

³²⁸ Cf. GOMES, Carla Amado. Dar o Duvidoso pelo (in)Certo ? Reflexões sobre o Princípio da Precaução. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n.15/16, p.9-38, Jun/dez, 2001; HAMMERSCHIMDT, Denise. O Risco na Sociedade Contemporânea e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 31, p.136-156, jul./set., 2003; MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2002; JEGOUZO, Yves. De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité. **L’Actualité Juridique**, Paris, n. 21, p. 1164-1169, juin, 2005; PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004; MARTIN, Gilles, Le concept de risque et la protection de l’environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée ? In: **Les hommes et l’environnement : quels droits pour le XXIème siècle**, Paris, Frison-Roche, 1998. p. 451

³²⁹ Podemos mesmo afirmar que “a capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e de optar entre várias alternativas é central nas sociedades contemporâneas” e são vários os motivos para crer que essa atividade é fundamental para garantir um futuro próspero, sem surpresas ingratas. Cf. BERNSTEIN, Peter. **Desafio aos Deuses. A fascinante História do Risco**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

³³⁰ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 67-69.

sociedade dos riscos ainda desconhecidos ou incertos. É uma medida que busca concretizar o direito ao ambiente garantido às gerações futuras³³¹.

O princípio da precaução é consagrado em esfera comunitária (art 174-2 do Tratado de Amsterdã) e no plano Internacional (Princípio 15 da Declaração do Rio/1992, em diversas convenções internacionais sobre a diversidade biológica, alterações climáticas, proteção e utilização das águas etc). Risco e princípio da precaução são fatores determinantes no contexto em que atuam hoje os poderes públicos, urbanistas³³², planejadores e todas as pessoas e órgãos coletivos implicados com a gestão das cidades.

Para além dos riscos e fatores de caráter desconhecido, a cidade também se “previne”, ideia ligada ao *princípio da prevenção*, também assumido pelo Direito urbanístico. No ato da elaboração dos planos urbanos, é preciso prevenir-se dos riscos previsíveis verificados a partir da análise da vulnerabilidade urbana³³³. A vulnerabilidade poderá ter diversas origens, naturais ou tecnológicas³³⁴, incidentes no contexto da cidade, na qual a aglomeração de pessoas e atividades expõe ao risco mais desastroso, com maior número de ocorrências e vítimas.

Cidades com maiores riscos de inundações, terremotos, alterações climáticas e outros adequam-se por meio de construção de barragens, graus limitados de construção, materiais obrigatórios resistentes etc.

Por outro lado, a sensibilidade do legislador para as questões mais comuns envolvendo risco e planejamento e gestão urbanos varia conforme a maturidade jurídica de cada sistema.

Como ressalta Correia³³⁵, “o direito e os institutos jurídicos não puderam ficar imunes à permeabilidade do risco”. De fato, estamos diante de uma categoria de eventos que afeta toda ordem jurídica e, principalmente e com maior intensidade, o direito ambiental e o direito urbanístico.

No Brasil, verifica-se uma legislação infraconstitucional ainda tímida no que se refere à teoria dos riscos e sua repercussão no contexto do direito ambiental e urbanístico. É mais desenvolvida naquele país a teoria da responsabilidade civil objetiva e sua vinculação com os riscos das atividades consideradas “perigosas” ou “lesivas”, sem contudo se verificar maior atenção ligada ao impacto que a consideração dos riscos deverá ter na disciplina de atividades regulamentadas pelo Estado, dentre elas, a atividade urbanística.

É inegável, por outro lado, que o texto constitucional brasileiro abraça o *princípio da prevenção*³³⁶ como orientador geral do sistema jurídico nacional, bem como assume tarefas diversas

³³¹ O princípio da precaução está vinculado diretamente ao reconhecimento do Direito das gerações futuras à preservação do património comum. Nesse sentido, as decisões públicas e privadas deverão observar os efeitos diretos e indiretos de suas ações a longo prazo. Já evocada nos princípios 1 e 2 da Declaração de Stockholm de 1972, passa a ser imperativa a questão, consagrada na Declaração do Rio/1992, tendo em vista a busca pelo desenvolvimento sustentável. Cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 66.

³³² Cf. GUTERRES, João. Urbanismo e Prevenção de Riscos Urbanos: Polis “Radiosa” versus Polis “Prudencial”. In: BOTAS, Ana Telma (Coord.) **Urbanismo Preventivo**. Actas da Conferência realizada em 16 e 17 de Junho de 2000, no âmbito do 2º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum n.6. Lisboa: URBE, 2000. p. 7-15.

³³³ DUBOIS-MAURY, Jocelyne; CHALINE, Claude. **Les Risques Urbains**. 2. ed. Paris: Armand Colin, 2004. p. 21.

³³⁴ As atividades humanas criam riscos diversos. Catástrofes como Seveso, Bhopal, Mexico, Tchernobyl, Enschede e acidentes de Sandoz em Bâle, da refinaria de Feyzin, silos de Metz e de Blaye, e a expolsão da usina AZF de Toulouse em 2001, sensibilizaram as autoridades e a população sobre os riscos de certas atividades. O risco industrial é, por vezes, crônico e, por vezes, acidental. É crônico quando resulta de diferentes formas de poluição suscetíveis de ter um impacto sobre a saúde das populações e o ambiente, tais como as emissões de metal tóxico, de compostos orgânicos voláteis ou de substâncias cancerígenas. Os riscos acidentais resultam da presença de produtos ou de substâncias suscetíveis de provocar uma reação ou um acidente com consequências graves para a população e o ambiente. Certas instalações e atividades apresentam riscos notáveis de acidentes e devem ser regulamentadas, sobretudo ao nível de ordenamento do solo, a fim de classificar tais riscos e estabelecer planos de prevenção contra os riscos tecnológicos. Cf. LARROUY-CASTERA, Xavier; OURLIAC, Jean-Paul. **Risques et Urbanisme**. Risques Naturels-Risques Technologiques. Prévention. Responsabilités. Paris: Le Moniteur, 2004. p. 53 e ss.

³³⁵ cf. CORREIA, Fernando Alves. Risco e Direito do Urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, Ano 138º, nº 3955, p. 199-218, Março-Abril, 2009.

³³⁶ A Constituição Federal de 1988 acolheu o princípio da prevenção em seu art. 225, caput, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. De forma mais específica, os diversos incisos do § 1º desse artigo vão, de forma mais ou menos implícita, promovendo a concretização desse princípio. O inciso I impõe a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e o provimento do manejo ecológico das

que colocam a cargo do Governo a disciplina de um planeamento urbanístico que poderá e deverá assumir posições relativas aos riscos provocados pelas novas tecnologias e pela natureza que se verifiquem na atualidade de nosso país.

Indiretamente, a Lei Federal n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, assume como fins da política urbana um equilíbrio ambiental que se pressupõe coordenado com ações públicas que previnam o risco. É o que se depreende do parágrafo único, art. 1º daquela norma, que disciplina:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da *segurança* e do *bem-estar dos cidadãos*, bem como do *equilíbrio ambiental* (destacamos).

Na dimensão normativa, portanto, a consideração e a prevenção dos riscos deverão resultar em normas que disciplinem a ocupação, o uso e a transformação do solo comprometidas com os direitos fundamentais dos cidadãos, dentre eles a dignidade da pessoa humana, que se desdobra nos direitos à integridade física (saúde), à segurança, ao bem-estar e, em última análise, a um ambiente urbano planificado que considere os riscos eventuais que podem atingir tais interesses.

Em Portugal a prevenção e a minimização de riscos são objetos do Plano Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT), aprovado pela Lei n. 58/2007, de 4 de setembro. Segundo essa normativa, a prevenção e a minimização de riscos constituem objetivos estratégicos e formam o quadro referencial de compromissos das políticas com incidência territorial a ser conjugado com a conservação e valorização da biodiversidade, dos recursos e património natural, paisagístico e cultural e com a utilização sustentável dos recursos energéticos e geológicos (art. 5º, 2, “a”). O PNPOT

espécies e ecossistemas. A preservação implica em uma atitude preventiva, a fim de evitar a destruição dos processos ecológicos, vindo a reparação apenas quando não seja possível evitar o dano. O inciso II trata da preservação da diversidade e da integridade do património genético do país e a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Novamente, há a preocupação com a conservação do bem ambiental, o que nesse caso é mais do que justificado, já que a diversidade genética, depois de perdida, não pode mais ser recuperada. O inciso III versa sobre o dever do Poder Público de "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção". É evidente a intenção de resguardar intactos certos espaços territoriais e seus componentes, evitando a sua destruição, para que possam ser usufruídos pelas gerações futuras. No inciso IV encontra-se o preceito que é mais diretamente associado ao princípio da prevenção, aquele que torna compulsório exigir-se "na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental". O intuito preventivo é claro. Como se sabe que certas atividades econômicas, como, por exemplo, a mineração em larga escala, a construção de hidroelétricas etc, trazem sério risco para o meio ambiente, impõe-se aos que as promovem o prévio estudo de impacto ambiental, a fim de se avaliar, em concreto, os danos que virão, ou que poderão vir, para esse bem de uso comum do povo. O inciso V manda "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente". Assim, certas atividades, como a fabricação e distribuição de medicamentos, armas etc, por sua elevada capacidade lesiva, são atividades que devem ser controladas pelo Poder Público, justamente para que não gerem efetivo dano. O inciso VI é de fundamental importância para a efetivação do princípio da prevenção, como, aliás, de quase todo o programa de Direito Ambiental, pois prevê como dever do Estado "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente". Sem educação ambiental, entendida aqui como o conjunto de ações tendentes a contribuir para a formação e informação das pessoas, não é possível a tomada de consciência pelos atores sociais da importância de preservar o ambiente, por meio, principalmente, de prevenção. Por último, em redação que dispensa comentários, o inciso VII estabelece ser dever do Poder Público "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade". Esse é um rol meramente exemplificativo. Nos demais parágrafos do art. 225 da Constituição Federal encontram-se outras normas que indiretamente trabalham com orientação preventiva. Como bem preceitua Correia, o princípio da prevenção é mais que um orientador ou um norteador para as ações e medidas a serem promovidas pelo Estado. Trata-se de verdadeira "tarefa de prevenção de riscos", que postula simultaneamente a consideração de dois andamentos: por um lado, a detecção e avaliação do risco; por outro lado, a adoção das medidas necessárias à prevenção do potencial prejuízo, as quais se localizam temporalmente num momento em que o prejuízo ou o evento danoso assume natureza eventual. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Risco e Direito do Urbanismo. Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Ano 138º, n. 3955, p. 199-218, mar./abr., 2009.

assume que os riscos são elementos estruturantes de identificação e organização espacial dos recursos territoriais e determina que a gestão preventiva de riscos deva constituir uma prioridade da política de ordenamento do território e um elemento obrigatório dos outros instrumentos de gestão territorial, tendo em conta o conjunto abrangente de vulnerabilidades e riscos presentes no território nacional (atividade sísmica, movimentos de massa, erosão do litoral e instabilidade das arribas, cheias e inundações, incêndios florestais, secas e desertificação, contaminação de massas de água, contaminação e erosão dos solos, derrames acidentais no mar, ruptura de barragens e riscos associados a diversas infraestruturas e acidentes industriais graves), objetivos a cumprir mediante a adoção das medidas prioritárias indicadas no Programa de Ação do PNPT³³⁷.

A cada território, cada cidade, deverá corresponder um perfil de risco, cuja prevenção se dará de forma particular, influenciado diretamente pelo planeamento do solo e a disciplina da propriedade urbana³³⁸.

3.7. A planificação urbana e a gestão estratégica urbana

O urbanismo moderno definia um programa a longo prazo para a cidade e estabelecia os princípios de sua organização espacial (em forma de planos diretores, por exemplo). Depois deduzia os planos de urbanismo para que a realidade futura se enquadrasse na realidade prevista. Os planos e esquemas estavam destinados a controlar o futuro, a reduzir a incerteza, a realizar um projeto de conjunto.

O neourbanismo se apoia em uma gestão mais reflexiva, adaptada a uma sociedade complexa e a um futuro incerto. Elabora múltiplos projetos de natureza variada, tentando garantir coerência entre eles, desenha uma gestão estratégica e tem em conta na prática os acontecimentos que se produzem, a evolução prevista, as mudanças que se avizinham, revisando, se for necessário, os objetivos definidos ou os meios dispostos em princípio, para sua realização. Se converte em uma gestão estratégica urbana que integra a crescente dificuldade de reduzir a incerteza e o acaso em uma sociedade aberta, democrática, marcada pela aceleração da nova economia. A noção moderna de projeto forma parte do núcleo deste urbanismo. Mas o projeto já não é só um desígnio acompanhado de um desenho, é uma ferramenta cuja elaboração, expressão, desenvolvimento e execução mostram as possibilidades e limitações que impõem a sociedade, os atores enfrentados, os lugares, as circunstâncias e os acontecimentos. O projeto é ao mesmo tempo analisador e ferramenta de negociação.

É possível verificar uma revolução em face da antiga cronologia que concatenava o diagnóstico, a identificação das necessidades e a elaboração final de um plano, a programação, o projeto, a realização e a gestão. O novo urbanismo substitui essa linearidade por uma gestão heurística, iterativa, incremental e recorrente, é de se dizer, por atos que servem ao mesmo tempo para elaborar e provar hipóteses, com realizações parciais e medidas a longo prazo que modificam o projeto e a retroalimentação detrás das avaliações e que se traduzem na redefinição dos elementos estratégicos³³⁹.

³³⁷ Nesse sentido CORREIA, , Fernando Alves. Risco e Direito do Urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, Ano 138º, n. 3955, p. 199-218, mar./abr., 2009.

³³⁸ Segundo a doutrina e legislação francesas, logo que o risco é previsível, o Estado deverá elaborar e aplicar “planos de prevenção contra riscos naturais e tecnológicos previsíveis”. Estabelecido no *Code de l’environnement*, nos artigos L 515-15 e ss (riscos tecnológicos) e L 562-1 e ss (riscos ambientais), os planos têm por objeto: 1º) delimitar as zonas expostas aos riscos (*zones de danger*) e tendo em conta a natureza e intensidade do risco verificado interditar todo tipo de construção ou atividade no local, ou, se for o caso, autorizar mediante condições de segurança, sua implementação; 2º) delimitar as zonas ditas “zonas de precaução”, que não estão diretamente expostas ao risco mas onde as construções e atividades podem agravar ou provocar novos riscos; 3º) definir medidas de prevenção, de proteção e salvaguarda que devem ser observadas pelas coletividades públicas e suas competências; 4º) definir, nessas zonas, as medidas relativas a utilização, exploração e construção das obras, construções ou plantações existentes na data de aprovação do plano e que devem ser tomadas pelos proprietários ou utilizadores. Cf. DAVIGNON, Jean-François. **Droit de l’urbanisme**. Paris: Éditions du Juris- Classeur, 2004. p. 40-41.

³³⁹ Cf. MERLIN, Pierre. **L’Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 1991. p. 81. Cf. GODFRIN, Gilles. **Aménagement Urbain et Bati Existant**. Paris: LGDJ, 1999.

A gestão estratégica urbana não é, pois, “um urbanismo descafeinado com ideias sem valor; é ao contrário das teses espontaneístas, dos postulados do caos criativo e das ideologias simplistas do mercado a qualquer custo. Pelo contrário, trata de aproveitar de forma positiva todo tipo de acontecimento e evolução relacionado com seus objetivos estratégicos”.³⁴⁰

4. O fenômeno da urbanização no Brasil no século XX

Durante os séculos XIX e XX, urbanização e industrialização foram processos praticamente associados. As sociedades se urbanizavam na medida em que se industrializavam.

Nos países do terceiro mundo, a industrialização e, conseqüentemente, a urbanização ocorreram tardiamente e com algumas peculiaridades. Se no primeiro mundo a urbanização ocorreu como decorrência do desenvolvimento, no terceiro mundo a urbanização não tem uma relação tão direta com o desenvolvimento. No Brasil, o urbano se implantou como ponta da rede do poder colonial para explorar o território, primeiro através da extração e depois da agricultura.

Entretanto, das 12 maiores aglomerações urbanas do mundo, oito encontram-se em países do terceiro mundo. Por que isso ocorre? Porque, como assinala Rochefort³⁴¹, nos espaços subdesenvolvidos, as metrópoles não são apenas lugares de concentração da riqueza de um país (como Nova York, por exemplo), mas cumprem também um outro papel fundamental: são o receptáculo das migrações de populações miseráveis. Crescem, portanto, em função da pobreza³⁴².

	<i>Aglomeração – País</i>	<i>População (milhões de habitantes)</i>
1	Tóquio - Japão	26.444
2	Cidade do México - México	18.066
3	São Paulo - Brasil	17.962
4	Nova York - EUA	16.732
5	Mumbai (ex-Bombain) - Índia	16.086
6	Los Angeles - EUA	13.213
7	Calcutá - Índia	13.058
8	Xangai - China	12.887
9	Daca - Bangladesh	12.519
10	Delhi - Índia	12.441
11	Buenos Aires - Argentina	12.024
12	Jakarta - Indonésia	11.018

Tabela 1 - MAIORES AGLOMERAÇÕES URBANAS DO MUNDO (2000)

A urbanização brasileira é resultado do modelo de industrialização e de desenvolvimento vigente nos países em desenvolvimento, heterogêneo e desequilibrado, cujo resultado é uma dinâmica de modernização que recria exclusão social e segregação territorial para grande parcela da população. O processo de urbanização brasileiro e latino-americano se intensificou a partir da segunda metade do século XX, constituindo-se em um gigantesco movimento populacional e da construção de cidade para o atendimento das suas necessidades de moradia, trabalho, abastecimento, lazer, educação e saúde³⁴³.

O processo migratório campo-cidade ocorreu principalmente por pressões negativas que acabavam por “expulsar” os trabalhadores do campo, como a política de desenvolvimento agrícola e a

³⁴⁰ ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: alianzaensayo, 2004, p. 73.

³⁴¹ ROCHEFORT, Michel. **Redes e Sistemas**. Ensinando sobre o urbano e a região. São Paulo: Hucitec, 1998.

³⁴² Foram consideradas aqui apenas nove das atuais 12 regiões metropolitanas existentes no país porque essa era a realidade na época da realização da pesquisa com dados estatísticos de 1999.

³⁴³ MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades**. Alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 16.

concentração da propriedade da terra na mão de poucos proprietários privados (latifúndio)³⁴⁴. Soma-se a isso a improdutividade da terra: cerca de 166 milhões de hectares são latifúndios improdutivos, os quais ocupam 60% da área total. O desenvolvimento agrícola implantado no Brasil sempre privilegiou as oligarquias rurais e o capital industrial, comercial e financeiro que a ela se aliou. Entre 1985 e 1996 houve uma redução de 5.463.991 pessoas (23%) ocupadas na atividade agrícola³⁴⁵. Dos 38 milhões de habitantes na área rural, 73% têm renda anual inferior à linha da pobreza (US\$ 260,00), colocando o país entre os de pior distribuição de renda do mundo. Essa situação agrária é responsável pela presença, no campo, de 51% dos milhões de famintos do Brasil e pela migração de 50 milhões de pessoas do campo para as cidades nos últimos 30 anos. Hoje 81% da população vive nas cidades, cerca de 138 milhões de pessoas³⁴⁶.

Tal cenário encontra respaldo nas características histórico-sociológicas do Brasil que transitou da fase rural para a fase industrial sem passar por um processo revolucionário de redistribuição de terras ou qualquer outro processo de democratização do solo que continuou a se valorizar nas mãos da mesma classe social que já detinha os meios de produção e riqueza rurais. O capitalismo brasileiro, dessa forma, sistema expoente da realidade industrial e urbana contemporânea, fundou-se numa sociedade de classes, com suas situações e interesses, que desponta do rompimento com o estatuto colonial, que se passou, também, de forma pacífica entre Portugal e Brasil³⁴⁷.

A abolição da escravatura em 1888, cumulada com a precariedade social que envolvia a mão-de-obra assalariada, favoreceu o crescimento de bolsões de pobreza estabelecidos ao redor das cidades no período em que o liberalismo se estabelece e a desagregação social se instaura nos centros de urbanização cada vez mais intensa.

A urbanização brasileira nasceu marcada por reformas urbanas, por obras de saneamento e embelezamento que expulsaram os pobres para as periferias como solução para eliminar epidemias e higienizar³⁴⁸ os espaços. Ao mesmo tempo, obras paisagísticas eram realizadas nas áreas centrais para favorecer a consolidação do mercado imobiliário capitalista que começava a surgir. Os problemas urbanos, os males e distúrbios sociais, eram tratados como responsabilidade do excessivo tamanho e densidade populacional das cidades, e não como fruto do modelo de industrialização/capitalismo que estava em curso.

O Estado passa a investir em infraestrutura para induzir o desenvolvimento industrial (substituição das importações) e o urbanismo reformador das cidades³⁴⁹. Os investimentos viários e em sistema de transportes passam a ser centrais para a manutenção do crescimento econômico, para dar abrigo aos fluxos crescentes de mercadorias e pessoas. Os trabalhadores vão se assentando nas periferias devido aos baixos salários recebidos, insuficientes para adquirir um terreno ou alugar uma casa nas áreas centrais das cidades. Mais tarde, na década de 1970, os financiamentos imobiliários

³⁴⁴ De acordo com o censo agropecuário realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 1996, há 4,8 milhões de estabelecimentos agrícolas no país em uma área de 353,6 milhões de hectares. As pequenas propriedades (minifúndios com no máximo 100 hectares) perfazem 89,1% dos imóveis e 20% da área total, enquanto 1% dos proprietários donos de propriedades com área acima de 1.000 hectares detêm 45% do total de terras.

³⁴⁵ De acordo com o censo agropecuário, 1996.

³⁴⁶ Considerando apenas a última década do século XX, as cidades brasileiras aumentaram em 22.718.968 pessoas. O que equivale a mais da metade da população do Canadá, o dobro da população de Portugal e um terço da população da França. Dados do IBGE obtidos em MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades**. Alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 16.

³⁴⁷ FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987. p. 23 e ss.

³⁴⁸ CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

³⁴⁹ Em 1930 ocorre a denominada “revolução burguesa” que, segundo Florestan Fernandes, representa o momento em que a economia se desloca do setor agrário exportador e passa a centrar-se na produção industrial. O Estado então passa a dedicar-se à infraestrutura para o desenvolvimento industrial visando à substituição das importações. Apesar do deslocamento do foco econômico, a hegemonia estabelecida não representava uma ruptura em relação ao sistema agrário precedente, o que marcará o processo de urbanização colonial. O poder político normalmente controlado pelos grandes proprietários de terra e a pouca valorização do trabalho, mesmo com o advento do trabalho livre, a partir de 1888, repercutiram na formação urbana brasileira. Cf. MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades**. Alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 18.

também não impulsionaram a democratização do acesso à terra, pois os créditos privilegiaram as classes médias e altas e as moradias populares produzidas pelo Estado geralmente eram construídas nas periferias. A extensão das redes de infraestrutura realizada pelo poder público em direção às áreas distantes valorizava as áreas vazias localizadas neste trajeto, beneficiando as atividades especulativas e penalizando os moradores das periferias e os contribuintes que, ao final, arcaram com essas obras.

As leis que foram produzidas à época também tiveram impacto na produção da ilegalidade quanto ao uso e ocupação do solo urbano. Desde a primeira Lei de Terras de 1850³⁵⁰, a compra e a venda constituiu-se como a forma básica de aquisição de terras no Brasil, substituindo o regime de posses até então vigente³⁵¹. A seguir vieram os códigos de posturas, os códigos de obras, as leis de

³⁵⁰ O início do governo de Dom Pedro I marca o advento das discussões sobre a questão da terra. O texto constitucional de 1823 é um documento que representa a ideia dos opositores políticos do monarca: esse texto coloca a preocupação clara com a integração do território. Para esses liberais, o estabelecimento preciso dos limites territoriais era a base de integração da nação, logo, era preciso focalizar com maior atenção as terras e o ordenamento jurídico para obtenção da propriedade nas províncias do Brasil. É importante compreender que a Lei de Terras de 1850 foi resultado de lutas políticas profundas no interior da política do Império. Seus resultados não avançaram para além das condições possíveis, dentro desse ambiente de conflitos políticos e disputas pelo poder do Estado. Os 30 primeiros anos do século XIX marcam essa indisposição quanto à (re)definição da política de terras. Nesse período, as modificações foram parcas, corroborando a tese de que as leis só surgem quando existem condições e anseios sociais latentes que justifiquem a criação de um código de regra sobre o fenômeno em questão. Em princípio, mexeram nas disposições das sesmarias, que eram unânimes: o primeiro foi o pagamento dos foros. O único problema nesse caso é que a Coroa não possuía capacidade técnica para elaborar a norma de cobrança nem um setor burocrático capaz de se encarregar dessa tarefa. A segunda modificação foi a extinção do morgadio, que definia que os bens passassem indivisos para o filho mais velho da família. No entanto, na prática, no Brasil essa lei nunca se operou de fato, devido à disponibilidade de terras e à mobilidade da família brasileira. Finalmente, no ano de 1842, o governo imperial solicitou à seção de negócios do Império do Conselho de Estado que formulasse uma proposta de reforma legislativa sobre o estatuto das terras do Brasil. Nossas proposições têm se encaminhado no sentido de pensar a Lei de Terras como um dispositivo gestado com base em todas as tensões da primeira metade do século XIX. Contudo, é preciso ressaltar ainda que este novo estatuto da terra não visa apenas corrigir as tensões do passado: a Lei de Terras possui também uma perspectiva de futuro dentro de seu processo jurídico. E, assim, depois de um longo período de trâmite legal, a Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 foi promulgada no Império do Brasil. Pode-se dizer que a Lei de Terras de 1850 foi o ponto alto de toda uma política de terras discutida e elaborada durante os primeiros 50 anos do século XIX. O início da reestruturação do código de terras no Brasil começou a ser pensado junto com a política de integração das diferentes províncias em um todo – o Estado brasileiro esforçava-se em conjugar na tentativa de criar a "nação brasileira". A Lei de Terras de 1850 esteve intimamente ligada ao processo de consolidação do Estado Nacional. Na medida em que procurou ordenar uma situação de grande confusão que existia em matéria de título de propriedade, "a lei estabeleceu um novo espaço de relacionamento entre os proprietários de terras e o Estado que foi evoluindo durante a segunda metade do século XIX". Cf. SILVA, Lígia Osorio. **Terras Devolutas e Latifúndio- Efeitos da Lei de 1850**. Campinas: Ed. Unicamp, 1996. p. 14. Devemos comentar que a Lei de Terras visava a remediar a questão das posses irregulares, prevendo que os sesmeiros (beneficiados pelo regime das sesmarias, primeiro critério de distribuição do solo da então colônia portuguesa) em situação irregular e os posseiros se transformariam em proprietários de pleno direito de uso, mas não teriam disponibilidade da terra, de tal modo que não poderiam vendê-la. Esses proprietários conseguiram o reconhecimento de suas propriedades, de acordo com seu poder de influência na sociedade. Dessa forma, os posseiros acabaram obtendo uma posição secundária e instável na sociedade brasileira, ficando subordinados aos grandes latifundiários. Por outro lado, grandes proprietários não disponibilizaram de forma pacífica terras que ocupavam, ainda que não promovessem nenhum tipo de cultivo. Para agravar os fatos, o processo de medição das terras devolutas esbarrou nos poderes locais, na propina, na mobilidade das cercas e nos conchavos políticos. Além disso, indevidamente sensibilizado pela insatisfação dos grandes proprietários, o projeto final acabou por aprovar a legitimidade da posse, independente do tamanho ("cultivado") e independente da data de ocupação. Resta destacar que, nesse cenário poucos eram os pequenos proprietários que conseguiam suportar a cobrança de impostos territoriais, que se justificavam, à época, por serem uma maneira de reforçar os recursos do Estado Imperial e "desestimular" os grandes latifúndios improdutivos; na prática, entretanto, os grandes proprietários, historicamente ligados ao poder estatal, nunca pagaram os seus reais encargos públicos. Cirne afirmou que a Lei de Terras de 1850 funcionou como uma errata do regime de sesmarias e ao mesmo tempo uma ratificação do regime das posses. Para além destas considerações, é preciso afirmar ainda que o então "novo regime de terras" se aproximava da velha forma de obtenção da propriedade no Brasil (sesmarias) por seu caráter decisório centralizador. Se no primeiro momento era o rei quem decidia a quem doar as propriedades, agora era a junta do imperador que decidia a quem conceder uma propriedade, a quem vender as outras e a que preço vender as terras. O governo continuou a possuir o controle absoluto da movimentação da propriedade da terra no Brasil. A situação leva a crer, em verdade, que os grandes latifundiários, que possuíam seus representantes no governo, instauraram um regime excludente da terra no Brasil, o que pode justificar os fatos desastrosos que compõem a realidade rural latifundiária do Brasil e sua influência sobre o processo de urbanização do país. Cf. CIRNE, Rui. **Sesmarias e Terras Devolutas**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954. p. 61.

³⁵¹ O Código Civil de 1916 corroborou este entendimento, em vigência até janeiro de 2003, substituído pelo novo Estatuto Civil brasileiro, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

zoneamento, de parcelamento do solo, de edificações. Todos estabeleciam padrões ideais de cidade (taxa de ocupação, densidades, tamanho mínimo de lote etc), que geravam um diferencial no preço das terras localizadas nas áreas abrangidas por essas leis em relação àquelas localizadas nas periferias sem regulamentação. Esse diferencial no preço da terra segregou territorialmente grande parte da população que não tinha condições de pagar pelo preço da terra urbanizada e bem localizada³⁵². O efeito produzido sobre a forma das cidades brasileiras foi uma paisagem dividida: a *cidade formal*, legal e urbanizada, e a *cidade informal*, ilegal e desprovida de infraestrutura³⁵³.

A ilegalidade urbanística resulta também de padrões de legalidade restritivos e inflexíveis, que não podem ser cumpridos ou até mesmo compreendidos pela maior parte da população. A ilegalidade é subproduto da regulação tradicional³⁵⁴ e do não cumprimento da função social da propriedade. Essa dualidade, essa tensão entre a porção *legal* e a *ilegal* do território das cidades, está presente na sociedade brasileira até os dias atuais, com uma intensidade até então nunca vista.

Historicamente, o estado brasileiro pouco realizou o planejamento urbano nas cidades, principalmente fora dos maiores centros e nas últimas quatro décadas, período de maior crescimento populacional. Tradicionalmente, os investimentos públicos em obras viárias e de infraestrutura têm tido caráter regressivo, isto é, concentram-se nos bairros já providos. Essa forma de produzir a valorização fundiária e imobiliária acaba definindo quem tem direito à cidade ou ao exílio na "não-cidade".

Nos anos 80 verifica-se que o crescimento econômico brasileiro³⁵⁵ havia possibilitado o surgimento de uma nova classe média urbana, mas mantendo grande parte da população sem acesso a direitos sociais básicos. A riqueza gerada nesse processo permaneceu concentrada. A recessão que se seguiu nos anos 80 e 90 devido à queda no crescimento econômico do país e aos ajustes da reestruturação produtiva internacional, tiveram forte impacto social e ambiental, aprofundando a exclusão em uma sociedade que já era desigual. Crescem a pobreza urbana, a violência, as enchentes e os desmoronamentos, os desmatamentos, a poluição, a reincidência de epidemias. Mesmo nesse cenário, o crescimento econômico verificado no país lhe atribuiu a décima colocação entre os PIBs mundiais, o que não significou um desenvolvimento mais humano e sustentável³⁵⁶ para a maioria da população. A concentração de renda também se aprofunda: em 1981, os 50% mais pobres tinham 14,5% da renda enquanto os 10% mais ricos possuíam 44,9% da renda; em 1995 os 50% mais pobres ficaram com 13,3% da renda ao passo que os 10% mais ricos detinham 47,1% da renda³⁵⁷.

A partir dos anos 80 as metrópoles apresentam crescimento maior do que o país como um todo e as cidades médias³⁵⁸, que abrigam 20% da população brasileira e crescem a taxas maiores do que as verificadas nas metrópoles³⁵⁹.

³⁵² As principais normas relativas ao parcelamento do solo no Brasil foram o Decreto-Lei n. 58/37, futuramente revogado pela Lei Federal n. 6.766/79, recentemente alterada pela Lei Federal n. 9.785/99. Essa legislação na sua origem estabeleceu padrões de parcelamento do solo, observados em todos os municípios brasileiros. Após as alterações introduzidas pela Lei n. 9.785/99, o lote é definido no §4º, do art. 2º da Lei n. 6.766/79 como "o terreno servido de infraestrutura básica", terá dimensões que atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe. Legislação consultada em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Cf. PINTO, Victor Carvalho. O Parcelamento do Solo Urbano e a Lei n. 9.785/99. In: SAULE JUNIOR, Nelson (Coord.). **Direito à Cidade**. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 239-262.

³⁵³ FERNANDES elabora excelente análise da situação urbanística do Brasil que vale conferir: FERNANDES, Edésio. **Law and Urban Change in Brazil**. Aldershot: Avebury, 1995.

³⁵⁴ Cf. ROLNIK, Raquel. **O que é Cidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

³⁵⁵ De 1940 a 1980 o PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro cresceu a índices superiores a 7% ao ano, um dos maiores do mundo no período Cf. MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades**. Alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

³⁵⁶ Enquanto o PIB *per capita* cresceu cinco vezes entre 1994 e 1998, o salário mínimo decresceu quatro vezes no mesmo período. Cf. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio-Econômicos (Dieese). Disponível em: <www.dieese.org.br/>. Acesso em: 4 mai. 2006.

³⁵⁷ Cf. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio-Econômicos (Dieese). Disponível em: <www.dieese.org.br/>. Acesso em: 4 mai. 2006.

³⁵⁸ Cidades com população entre 100 mil e 500 mil habitantes.

³⁵⁹ Foram consideradas aqui apenas nove das atuais 12 regiões metropolitanas existentes no país porque essa era a realidade na época da realização da pesquisa com dados estatísticos de 1999.

Tabela 2 - METRÓPOLES NO BRASIL E SEU CRESCIMENTO (2000) Fonte: Fundação João Pinheiro, 2001

Regiões Metropolitanas	População total em 1991	População total em 2000	Grau de urbanização 1991 (%)	Grau de urbanização 2000 (%)
1. São Paulo (SP)	15.444.941	17.834.664	97,8	95,7
2. Rio de Janeiro (RJ)	10.070.042	11.159.116	99,1	99,1
3. Belo Horizonte (MG)	3.436.060	4.342.367	94,8	97,5
4. Porto Alegre (RS)	3.026.819	3.655.834	96,3	95,9
5. Recife (PE)	2.874.555	3.335.704	95,0	96,9
6. Salvador (BA)	2.496.521	3.018.285	97,0	98,4
7. Fortaleza (CE)	2.307.017	2.975.703	97,5	96,5
8. Curitiba (PR)	2.000.805	2.725.629	93,8	91,7
9. Belém (PA)	1.332.840	1.794.981	69,3	97,7
TOTAL	42.989.600	50.842.283	96,5	96,8

Neste contexto, as periferias das metrópoles cresceram mais do que os núcleos centrais. Em 1991, 75,6% do total da população do Brasil viviam em áreas urbanas. Entre 1991 e 2000 o grau de urbanização elevou-se para 81,2%³⁶⁰. Nas regiões metropolitanas³⁶¹, onde a área rural representa muito pouco em relação à área total, o grau de urbanização superou os 90% no ano de 2000.

Quanto às áreas de favela, o IBGE estimou um crescimento de 22%³⁶², no período de 1991 a 2002, considerando aquelas com mais de 50 habitações. O universo da população moradora em favela não representa a totalidade da ilegalidade na ocupação do solo. A irregularidade está presente nas seguintes situações³⁶³:

- ocupações coletivas de prédios públicos em regiões centrais da cidade por movimentos que lutam por moradia;
- ocupações individuais ou coletivas de espaços vazios sob pontes e viadutos;
- loteamentos clandestinos implantados por empresas privadas, imobiliárias, proprietários e cooperativas habitacionais em áreas impróprias ou de preservação ambiental;
- conjuntos habitacionais e loteamentos urbanos irregulares implantados pelo poder público;
- conjuntos habitacionais irregulares implantados por associações comunitárias, empresas e imobiliárias;
- cortiços instalados em imóveis velhos e deteriorados, adaptados irregularmente para serem alugados a famílias de baixa renda.

³⁶⁰ A população total verificada no ano de 2000 foi de 169,6 milhões de pessoas.

³⁶¹ Cf. **Déficit Habitacional no Brasil/2000**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2001.

³⁶² As favelas constituem-se de moradias precárias construídas pela própria população em áreas públicas ou privadas, ocupadas individual ou coletivamente.

³⁶³ Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson Saule (Coord.). **Direito à Cidade – Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

Mais recentemente, relatório divulgado em março de 2010 no Rio de Janeiro pelo Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU Habitat) estima que 10,4 milhões de pessoas deixaram de viver em condições de favelização no Brasil nos últimos dez anos. Aponta, no entanto, que as cidades do país estão entre as mais desiguais do mundo.

Os 10,4 milhões de pessoas equivaleriam, diz a ONU, a uma redução de 16% na proporção de moradores de "assentamentos precários" na população brasileira, que teria caído de 31,5% para 26,4%³⁶⁴.

Diante da situação do urbanismo no Brasil, o Direito não poderia se omitir. A partir das constatações urbanas, diversos têm sido os projetos e as tentativas de minimizar e controlar os efeitos da urbanização descontrolada. Em um país de dimensões continentais, a Constituição Federal acena com direitos sociais e urbanos ligados às questões de utilização do solo urbano que sedimentam o direito urbanístico no país, conforme analisaremos no próximo capítulo.

5. O fenômeno da urbanização em Portugal no século XX

Pode-se dizer que o fenômeno da urbanização³⁶⁵ se manifestou com maior intensidade em Portugal a partir da década de 1950, com certo atraso se comparado aos demais países europeus³⁶⁶.

A era da industrialização marcou o nascer de novas preocupações urbanísticas que ultrapassaram o local e se estenderam ao território nacional. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando territórios inteiros destruídos demandavam em muitos países da Europa uma organização ampla que orientasse a reconstrução e a nova ocupação do solo, a disciplina urbanística passa, então, a ter uma nova dimensão. Portugal ficou fora do conflito armado e suas cidades ficaram preservadas da destruição. Movimentos próprios da guerra não existiram, o que pode levar à conclusão de que a Segunda Guerra não influenciou sobremaneira as escolhas e a organização urbanística portuguesa. Foram, dessa forma, os fatores demográficos e técnicos comuns a todos os países industrializados os que produziram frutos no direito urbanístico do país³⁶⁷.

Dentre os fenômenos mais comuns, destacamos a diminuição da população do campo com a aglomeração dos grandes centros portugueses (Lisboa e Porto), caracterizando um verdadeiro êxodo rural de larga escala. Como consequência principal desse processo surge a carência de habitações. A insuficiência de respostas estatais às questões habitacionais resultou em ocupação clandestina de terrenos livres, com famílias "obrigadas a construir nesses terrenos pequenos barracos que de alguma forma, mal ou pior, pudessem constituir um sistema de abrigo, ainda que não oferecessem quaisquer condições humanas e dignas de vida"³⁶⁸. Foi um período em que os "bairros de lata" propagaram-se em Lisboa, multiplicando-se diante dos olhos passivos da Administração.

³⁶⁴ ONU-Habitat e o Governo de Brasil já começaram os preparativos para a quinta sessão do Fórum, agendada para acontecer no Rio de Janeiro nos dias 22 a 26 de março de 2010. O Fórum é um dos eventos mais abertos da sua categoria no cenário internacional. Reúne líderes de governos, ministros, prefeitos, diplomatas, membros de associações nacionais, regionais e internacionais de governos locais, organizações não-governamentais e comunitárias em um diálogo aberto com muita troca de ideias. Informações obtidas no site da ONU-Habitat. Disponível em: <<http://www.unhabitat.org/content.asp?cid=7575&catid=584&typeid=24&subMenuId=0>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

³⁶⁵ Apesar disso, desde há muito que o fenômeno urbano se encontrava estabelecido no país, sendo bastante rica a história de muitas das cidades portuguesas (o primeiro surto de vida urbana organizada na Península Ibérica é atribuído à dominação Romana).

³⁶⁶ FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 16.

³⁶⁷ FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 17.

³⁶⁸ FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 18.

Por outro lado, a procura pela cidade gerou a implacável especulação imobiliária, com valorização exacerbada dos lotes e terrenos³⁶⁹. A oferta de solo edificável, limitada, promove-se pela procura, fazendo aumentar o preço, em um processo de valorização improdutivo e excludente.

A princípio, os mais valorizados são os terrenos centrais que logo se tornam superpovoados. Os bairros periféricos, a partir de então, começam a atrair as atenções e os investimentos do mercado imobiliário que conta, na maioria das vezes, com investimentos públicos de urbanização.

As consequências de um urbanismo sem freios à especulação é visível, e acomete praticamente todas as cidades do mundo instauradas sob o regime capitalista. Algumas com maiores, outras com menores consequências sociais, porém, sempre importando em segregação urbana e o prejuízo a uma ocupação com vistas ao bem-estar comum (imensos edifícios sem considerar estacionamentos ou zonas verdes de recreação).

Também os terrenos agrícola e litorâneo foram objeto de especulação imobiliária. Aquele, em primeiro momento, desenvolvido em função da industrialização do país. Portugal caminhava para um processo de industrialização que demandava instalação de grandes unidades industriais, forçosamente condicionadas a se localizarem fora do perímetro das cidades³⁷⁰. Nesse contexto, o valor do solo rural ultrapassa aquele que advém do seu potencial agrícola e valoriza-se em áreas consideradas com perfil industrial, como, por exemplo, no norte, a região do triângulo Guimarães-Famalicão-Braga.

Os últimos objetos de desejo especulativo foram os terrenos situados em zonas costeiras e de descanso. Em tais zonas o fenômeno especulativo tomou proporções intensas e notáveis. Destaque-se a região do Algarve, que sempre foi uma zona eminentemente rural e mais pobre do país, que, no entanto, guardava belíssimas praias e condições climáticas favoráveis ao turismo nacional e estrangeiro. O interesse turístico ocasionou, nessas áreas, autêntico “saque de terras”³⁷¹, em que as grandes vítimas foram os habitantes muitas vezes incultos da região, cujos terrenos foram comprados a preço ignóbil. A seguir da apropriação dos terrenos, veio a construção de hotéis e instrumentos turísticos sem muitas vezes observar qualquer critério urbanístico ou os interesses dos habitantes locais.

O processo de urbanização português (ultrapassando a simples concentração maciça da população em cidades) pode ser, em resumo, caracterizado por três principais vertentes³⁷²:

- concentração de população nas duas grandes cidades (Lisboa e Porto) e suas proximidades;
- tendência para a urbanização difusa e a densificação da dispersão (sobretudo no Norte Litoral), verificando-se processos de urbanização *in situ* (mudança de atividade econômica e modo de vida, com permanência espacial);
- mais recentemente, algum aumento da população nas pequenas cidades (que existem em grande número, mas são de reduzida dimensão, estando a rede urbana nacional distorcida, com falta de centros urbanos de dimensão intermédia).

São de destacar duas grandes tendências associadas a esse processo de urbanização: bipolarização e “litoralização” do sistema urbano, agravando assim os desequilíbrios espaciais já

³⁶⁹ O preço dos solo edificável aumentou em poucos anos para o dobro, triplo, o décuplo mesmo do seu valor em Lisboa e Porto e nas áreas periféricas dessas cidades, principalmente nas zonas já servidas por infraestruturas urbanísticas. Cf. FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 20.

³⁷⁰ FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 21-22.

³⁷¹ FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 22.

³⁷² Uma análise pormenorizada da dinâmica populacional e do povoamento das diferentes regiões poderá ser observada em: GASPAR, Jorge. Urbanization: Growth, Problems and Policies. In: A. Williams (Ed.) **Southern Europe transformed**. London: Harper & Row, 1984, p. 208-235.

existentes. Para esses fenômenos, muito contribuiu a grande mobilidade geográfica (uma das mais elevadas do mundo e a maior da Europa, entre 1960 e 1981) da população portuguesa (êxodo rural / emigração / retorno das ex-colônias³⁷³) que, se conjugando com o crescimento natural da população, ajudaram à "desertificação" do interior e ao aumento das assimetrias.

A bipolarização do sistema urbano em torno das duas grandes cidades nacionais acentuou uma tendência histórica para o desenvolvimento dessas duas urbes, centradas nos dois maiores portos nacionais e desfrutando das melhores condições naturais e de acessibilidade do país (em Lisboa, desde cedo e depois muito marcada e desenvolvida pelo processo de expansão ultramarina; no Porto, em menor escala, relacionado com a ascensão da burguesia comercial e industrial e o comércio do vinho do Porto).

Nas últimas décadas essas tendências têm-se agravado em grande escala, com a expansão de numerosos subúrbios e cidades satélites em redor desses centros, formando uma verdadeira área metropolitana em torno de Lisboa, e algo semelhante a uma região urbana policêntrica (ou conurbação) no caso do Porto (com a concorrência de polos alternativos inferiores, como Aveiro e Braga, e a expansão de uma urbanização difusa em redor). Paralela e intimamente relacionado com este, está o processo de "litoralização"³⁷⁴, com a concentração cada vez mais acentuada de pessoas e atividades na faixa litoral do território, tendência enraizada há séculos, inicialmente como afirmação da nacionalidade portuguesa em busca de autonomia face a Espanha e, posteriormente, através de todo o desenvolvimento da expansão ultramarina.

Este processo de "litoralização" fez-se ao longo de duas grandes faixas: uma maior, a ocidente, desde o norte do território até Setúbal, e outra, meridional, entre Lagos e Vila Real de Santo António, estando as duas (sobretudo a primeira) em acentuada expansão e densificação.

A concentração em maior grau verifica-se junto a locais de maior acessibilidade (portos, rios, estuários), alargando-se a faixa litoral mais para o interior nas regiões com maiores facilidades de comunicação (por exemplo, Coimbra ou o Vale do Tejo).

Outra característica fundamental do processo de urbanização português é aquilo que Gaspar³⁷⁵ chama de inércia do sistema urbano nacional e a estratégia de reconversão dos estabelecimentos humanos.

Com efeito, verifica-se que a rede urbana atual é, em grande parte, a mesma do numeramento de 1527 (tal como se mantêm as principais cidades dos árabes, romanos ou suecos, por exemplo), verificando-se uma adaptação permanente dos diversos aglomerados populacionais às novas situações.

Quase todas as cidades portuguesas de origem remota foram modificando as suas características ao longo dos tempos, adaptando-se a novas necessidades, procurando novas atividades principais, desempenhando funções diferenciadas, acumulando, em suma, influências de diferentes proveniências (traçados ou toponímica de culturas diversas; diferentes orientações socioeconômicas etc).

Como salienta Ribeiro³⁷⁶, grande parte das cidades portuguesas nascem a partir de pontos elevados (permitindo boas condições de defesa), geralmente de boa acessibilidade, expandindo-se para baixo, em redor, possibilitando assim o desenvolvimento do comércio e o abastecimento das zonas envolventes, acumulando funções de centro político, administrativo, religioso e cultural com as de centro de trocas e, posteriormente (em certos casos), industrial.

Com efeito, para além da expansão generalizada (com raras exceções) das povoações já existentes (sobretudo nos grandes centros urbanos, com o alastramento dos subúrbios e a criação de

³⁷³ BAPTISTA, A. J. Mendes, Perspectivas de desenvolvimento económico da Área Metropolitana de Lisboa, **Sociedade e território**, v. 10/11, dezembro 1989, pp. 43-48, reproduzido em ERU II - Textos de apoio, AEISEG, Lisboa, 1991.

³⁷⁴ COSTA, Pedro *et al.* **Utilização do solo num centro urbano monocêntrico**: Cascais - uma aplicação prática (trabalho de grupo - ERU II), 1991/92, n/publ.

³⁷⁵ GASPAR, Jorge. Ocupação e Organização do Espaço - Retrospectiva e Tendências. In: **Portugal: os próximos 20 anos** - v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 5 -122.

³⁷⁶ RIBEIRO, Orlando. Cidade. In: SERRÃO, Joel (Org.). **Dicionário de História de Portugal**. v. II. Porto: Liv. Figueirinhas, 1984, p. 574-580.

verdadeiras áreas metropolitanas), as cidades portuguesas³⁷⁷ são, essencialmente, frutos da evolução de povoações existentes já há vários séculos. Apenas surgem duas ou três cidades novas, de raiz: Fátima (ligada a motivos religiosos), Entroncamento (situada na confluência das ligações norte/sul e Lisboa/interior da rede ferroviária nacional) e Santo André (caso mais duvidoso, pois sendo prevista para albergar mais de 100 mil habitantes, ligada ao projeto de Sines, registrava no recenseamento de 1981 menos de 500 habitantes).

O grande desenvolvimento das comunicações e dos transportes, com o conseqüente incremento de fluxos de pessoas, bens, serviços e informação e o crescimento das relações e interdependências econômicas, culturais ou sociais, gerou uma crescente integração e interdependência entre as diversas regiões portuguesas, levando a uma maior aproximação entre espaço urbano e rural. Um dos aspectos em que se tornou mais notório esse incremento das interdependências foi o alargamento das bacias de emprego (não só nas duas grandes cidades, mas igualmente noutras, de ordem intermédia, como Coimbra, Viseu ou Castelo Branco), com o aumento das migrações pendulares e a expansão dos subúrbios das grandes cidades (cada vez mais próximos destas pela evolução nas comunicações e superando parte das suas carências habitacionais).

Fortemente relacionada com essa tendência está a urbanização *in situ*. Este fenómeno, já referido anteriormente, consiste na forma específica de alastramento da urbanização (acompanhada, por vezes de industrialização) aos campos, provocando a alteração da atividade econômica (total ou parcial) e de modos de vida das populações que, no entanto, mantêm a sua localização espacial.

Tal processo é muito comum no norte e no centro do litoral português, mas também, e cada vez mais, a outros locais, com o progresso técnico das comunicações e transportes, permitindo a desconcentração dos empregos e a rápida difusão de um modo de vida urbano, com o alargamento das bacias de emprego. Em geral, coexiste a atividade industrial (difusa) e terciária com a manutenção de pequenas explorações agrícolas familiares, destinadas ao autoconsumo. Esse fato, possibilitando o pagamento de baixos salários, está associado à expansão industrial nessa zona do país (por exemplo, com o Vale do Ave e a indústria têxtil), mão-de-obra intensiva e, por isso mesmo, com um futuro não muito otimista, necessitando de reconversão urgente.

Por outro lado, esse tipo de urbanização permite certa descompressão sobre o mercado de habitação das grandes cidades, já perfeitamente saturado. Apesar de, no presente, empresas e famílias minimizarem os seus custos com essas opções, no futuro, o acentuar dessa situação poderá provocar nessas zonas³⁷⁸ outros graves problemas, por exemplo, do congestionamento das infraestruturas e da poluição.

Será ainda curioso notar a difusão desse modo particular de urbanização na zona norte do país, onde o povoamento sempre foi mais disperso e a pequena propriedade agrícola dominante, tendo aqui relevância a tradição histórico-geográfica e razões socioculturais (como o apego à terra), sobrepondo-se, por vezes, a lógicas mais economicistas. A par dessa progressiva diluição das diferenças entre espaço urbano e rural, com o alastramento da "urbanização" gera-se, no entanto, outro tipo de desigualdade, dentro das zonas mais atrasadas, entre os centros urbanos que já têm acesso a determinado tipo de bens, serviços e infraestruturas e a outro modo de vida e as povoações rurais envolventes, mais atrasadas e progressivamente desertificadas.

A outro nível, gera-se também um aumento da segregação espacial da população, sobretudo nas grandes cidades, com a separação em diferentes bairros (ou mesmo em grandes "zonas", como é o caso de Lisboa) de habitantes com origens geográficas, socioeconômicas ou étnicas diferenciadas³⁷⁹.

Ainda estreitamente relacionada com o processo de urbanização, mas também com outros fatores (como a crescente internacionalização econômica e cultural, por exemplo), está uma inevitável alteração nos modos de vida e nas mentalidades, não só pela assimilação pelos espaços rurais ou

³⁷⁷ DAVEAU, Suzanne Daveau. **Geografia de Portugal: O povo português**. v. III. Lisboa: Ed. João Sá da Costa, 1989.

³⁷⁸ DAVEAU, Suzanne Daveau. **Geografia de Portugal: O povo português**. v. III. Lisboa: Ed. João Sá da Costa, 1989.

³⁷⁹ CHOMBART DE LAWE, P.H. A organização social no meio urbano. In: VELHO, Otávio G.(Org) **O Fenômeno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. p. 114-133.

recentemente urbanizados de algumas características do modo de vida urbano (com o desenvolvimento das comunicações e do acesso à informação, com a expansão física de determinadas urbes, com a difusão do acesso a férias e ao turismo etc), como por todas as influências que as populações rurais transportam consigo para as cidades.

O incremento dos tempos livres e do lazer (com a maior flexibilização dos horários de trabalho, o acesso generalizado a férias, a alteração do ciclo de vida e a difusão da escolaridade permitindo uma maior mobilidade aos jovens, a antecipação das reformas etc), a difusão da alfabetização e da educação, o maior acesso a infraestruturas (econômicas, de saúde, culturais), a crescente influência de padrões culturais e modos de vida alheios, veiculados em grande escala pelos diversos órgãos de comunicação social, a maior mobilidade populacional com os progressos nas comunicações e transportes, entre outros variados fatores levam a uma crescente diluição das fronteiras entre espaço urbano e rural e à generalização de espaços com características intermédias.

Título I – Da localização temática

Capítulo II – Do direito urbanístico

“*Die Stadtluft macht frei*” (o ar das cidades é livre e torna os homens livres)³⁸⁰

1. O direito urbanístico

Spantigati³⁸¹ afirma logo no início do seu intrigante *Diritto Urbanistico* que: “*il giuridico à quanto si assume essere giuridico*”. Na opinião do ilustre jurista, essa definição tautológica é o ponto de partida para se falar do direito urbanístico ou direito do urbanismo³⁸². E questiona: Quais são os motivos que provocam o interesse do Direito pela disciplina urbanística? Por que e em que medida o Direito assume para si a difícil tarefa de organizar os espaços que o homem habita?

Remotas são as primeiras normas de conteúdo jurídico a se ocupar da organização dos solos³⁸³, no entanto, os motivos que fazem com que se proliferem normas de direito urbanístico parecem ser os mesmos desde a sua origem: racionalizar o uso do solo é uma necessidade social, sobretudo após o século XX. Daí podermos dizer que o Direito se ocupa das questões urbanísticas na medida em que a sociedade passa a habitar espaços cada vez mais complexos. Essa complexidade refletida nos conglomerados humanos exige uma intervenção que garanta o exercício das liberdades individuais e, ao mesmo tempo, o respeito aos interesses coletivos. E garantir a convivência equilibrada exige o estabelecimento de regras diversas, dentre as quais, regras de utilização do solo.

As razões do interesse jurídico em matéria urbanística estão na realidade urbana do século XX (que se prolonga pelo século XXI) e no desenvolvimento crescente da própria atividade normativa do Estado que abrange e enfrenta tão nova e vasta matéria. O “fato urbano” ou “urbanismo” é atualmente um dos grandes temas científicos e acaba por se situar no ápice das preocupações da ciência jurídica contemporânea, sobretudo no que concerne à estrutura do direito subjetivo de propriedade e às novas modalidades de atuação estatal.

Como já comentamos no capítulo anterior, a cada ciência corresponde um olhar sobre um mesmo objeto e o conceito de urbanismo pode ser distinto sob o ponto de vista técnico multidisciplinar e, como seria de se esperar, sob o ponto de vista jurídico, já que o Direito também lhe atribui um valor³⁸⁴. Consideramos aqui, por disciplina técnica urbanística aquela que engloba os problemas das cidades e reconhece nela (não apenas uma unidade autônoma, destacada e a ser considerada separadamente do território) um tecido conjunto, cuja estruturação e funcionamento resultam incindíveis da estruturação e funcionamento da vida moderna. Esse objeto³⁸⁵ supera as concepções

³⁸⁰ Provérbio Alemão. Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003. p. 24.

³⁸¹ Cf. SPANTIGATI, Federico. **Diritto Urbanistico**. Padova: CEDAM, 1990. p. 1.

³⁸² Aquele direito então compreenderia um conjunto de regras segundo as quais se pode “transformar” o território, construir a cidade e exercitar os “direitos humanos”.

³⁸³ Sobre a evolução histórica do direito urbanístico, por todos CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 181 e ss.

³⁸⁴ FARIA, Manuel Veiga de Faria. **Elementos de Direito urbanístico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 25.

³⁸⁵ Segundo Faria, Ebenezer Howard seria o responsável pela ampliação do conceito de urbanismo, a partir da publicação de sua obra em 1902, *Garden Cities of Tomorrow*, na qual o autor, com grande visão do desenvolvimento futuro das cidades, se preocupava com todo o território que as rodeava, procurando ‘acasalar a cidade e o campo’. Dessa forma, Howard definia três princípios fundamentais: a eliminação da especulação dos terrenos, o controle do crescimento e limitação da população – a cidade jardim é rodeada por uma cintura agrícola e o seu número ótimo de população é fixado em 30 mil habitantes – e o equilíbrio funcional a obter entre a cidade, o campo, a residência, o mercado, a indústria, centros espirituais,

anteriores que limitavam à cidade (urbe) ao interesse da ciência urbanística. Sobre esse objeto debruça-se o direito urbanístico, que se caracteriza por sua abordagem ampla, uma vez que pretende abarcar o território inteiro de uma cidade, um estado e até de um país, tomando emprestada a amplitude do estudo técnico do urbanismo.

A urbanística torna-se, assim, a ciência da organização do território, abrangendo todo o país, para além das fronteiras das cidades. Para que as propostas de organização das cidades trazidas pelo urbanismo possam ser eficazes, resta inevitavelmente a avaliação dos limites e das perspectivas rurais que a circunscrevem. É assim que a evolução do conceito tem como base a expansão da cidade que, comprimida dentro de si própria, se vê na necessidade de alargar-se sobre os espaços rurais³⁸⁶ que a cercam. O conceito técnico de urbanismo envolve o campo, ainda que sobrevivam posições contrárias ou distintas no que tange ao campo espacial de aplicação da disciplina jurídica urbanística³⁸⁷.

Para além do aspecto espacial ou da aplicabilidade da técnica urbanística, a finalidade do urbanismo³⁸⁸ também evoluiu³⁸⁹. Se em certas épocas a história da gestão das cidades mostra que o urbanismo se submetia a funções de império religioso ou político, atualmente, para os urbanistas modernos, a cidade não é concebida como um aglomerado de casas e ruas ou um monumento, mas como um conjunto que abriga a vida de seres humanos, o meio ambiente natural, o património cultural imóvel e as relações sociais. E a partir das necessidades desse contexto múltiplo que a técnica funcionalista (principalmente depois da Segunda Guerra Mundial) expandiu sua aplicação com vias a atender as demandas de circulação, moradia, trabalho e lazer. Passa-se a um “urbanismo quantitativo” do qual trata Correia³⁹⁰, que se caracteriza por uma

primazia atribuída às ações de defesa do meio ambiente, de proteção e de valorização do património natural e histórico, de renovação das áreas urbanas degradadas e de recuperação dos centros históricos, de proteção e de valorização de paisagens naturais e da instalação de zonas verdes, em detrimento de um urbanismo quantitativo, voltado exclusiva ou primordialmente para a construção massiva de novas habitações e de novos edifícios públicos³⁹¹.

É a busca pelo bem-estar do ser humano que mais se reflete nos objetivos e finalidades do urbanismo. Este que, na obtenção dessa finalidade, terá em conta o dever de gerir um território com sustentabilidade urbano-ambiental³⁹².

políticos, sociais, recreativos etc. Cf. FARIA, Manuel Veiga de Faria. **Elementos de Direito urbanístico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 24.

³⁸⁶ BILLAUDOT, Françoise; BESSON-GUILLAUMOT, Michèle. **Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie**. Le Droit et l'Administration. Paris: Éditions Montchrestien, 1979, p. 13.

³⁸⁷ Nesse sentido, é mais adiante melhor desenvolvido. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, junho, 1994 e, do mesmo autor, Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia. (O Plano Urbanístico e o princípio da igualdade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, Vol.XXXII, p. 91-105, 1991.

³⁸⁸ Partimos da ideia de que o urbanismo “é um complexo interdisciplinar de arte e de ciência, cujo objeto constitui o estudo da cidade atual e da cidade do futuro, para a solução dos problemas vitais que permeiam a convivência das grandes massas de população nelas concentradas, com o fim de tornar possível essa convivência sem menoscabo da integridade física, espiritual e mental do ser humano”. Cf. BERÇATTZ, Miguel Angel. **Problemas Jurídicos del Urbanismo**. Buenos Aires: Ed. Abeledo Peirol, 1972. Apud: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito urbanístico**. São Paulo: Forense, 1977. p. 48

³⁸⁹ JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 4

³⁹⁰ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 166.

³⁹¹ A questão do planeamento urbanístico comprometido ou “amigo” do património cultural já havia sido tratada diretamente por Correia no texto que elaborou na ocasião do Curso realizado no Instituto Nacional de Administração (INA), de 3 a 12 de abril de 1995. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Património Cultural**, INA: Oeiras, 1996. p. 393-418.

³⁹² Nesse sentido, é de se disseminar a ideia de que o homem vive em um ambiente construído que se compõe por uma enormidade de elementos. Destaquem-se os componentes ambientais. Maiores serão os desenvolvimentos acerca do equilíbrio ecológico nas cidades. Para já é inegável que, como bem assinala Passos, a cidade encerra em si uma

O conceito de bem-estar, por sua vez, se amplia em diversos graus. Como se depreende do conceito de urbanismo quantitativo, ele não só abarca as garantias dos direitos individuais ligados à propriedade imóvel, à circulação, lazer e ao trabalho, mas também as garantias metaindividuais relacionadas ao meio ambiente urbano³⁹³; à qualidade de vida nas cidades e no campo e a todo o conjunto de elementos que os compõem³⁹⁴.

Ao lado do aspecto técnico, os métodos do urbanismo se modificaram. No passado, as intervenções urbanísticas possuíam correntemente um caráter fragmentado. Tratava-se normalmente de resolver problemas particulares de circulação, defesa, higiene etc. Os urbanistas contemporâneos esforçam-se, ao contrário, em resolver simultaneamente esses diversos problemas com uma visão de totalidade, de conjunto da cidade.

Tais aspectos indicam uma nova e complexa concepção do urbanismo. Uma nova visão na qual os urbanistas contemporâneos praticam uma disciplina de síntese que deve se reportar a numerosas disciplinas de base: arquitetura, certamente, e também sociologia, economia, geografia, ecologia, história, dentre outras. E a aplicação de seus projetos implica na tomada de medidas das mais variadas: administrativas, financeiras e jurídicas.

Tais mutações ou tais evoluções do urbanismo seguiram-se ao surgimento de novos fenômenos e necessidades urbanas, provocando o desenvolvimento do direito urbanístico contemporâneo.

No que tange ao aparecimento na doutrina jurídica ou, como já afirmamos, do momento em que o Direito passa a se ocupar do urbano, o direito do urbanismo ou o direito urbanístico enquanto disciplina jurídica é considerada recente, vindo a seguir da construção da teoria do Direito Administrativo, este marcado pela regulação necessária entre os interesses privados e os interesses gerais que concernem a toda coletividade³⁹⁵.

Ainda que em toda a história ocidental seja possível identificar a existência de uma legislação especial para tratar da administração das cidades³⁹⁶, em nenhum outro momento se assistiu a uma tão extensiva atividade jurídico-urbanística, de maneira que se pode falar hoje em um urbanismo abrangente, que cobre o território de um país e mesmo de um continente³⁹⁷ e temas e assuntos de diversa complexidade³⁹⁸.

É possível afirmar que a amplitude desse direito urbanístico se deve à mudança de paradigmas da disciplina técnica urbanística e à evolução na definição e aplicação das políticas públicas pelos

transformação definitiva da natureza, uma adaptação desses elementos para a melhor vida do ser humano. Em suas palavras: “precisamos aceitar o inelutável de que as cidades são construídas, necessariamente, sobre o aniquilamento da natureza, nem sempre suscetível de ser recomposta em termos satisfatórios. O que se exige é a ponderação de valores, com vistas a harmonizar o meio ambiente natural com o meio ambiente construído”. Cf. PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo: Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 7, p. 37-51, ago./set., 2006.

³⁹³ GODINHO, Rui. As Cidades e a Degradação do Ambiente Urbano. In: **Colóquio “A Política das Cidades”**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1997. p. 425-473.

³⁹⁴ Como já mencionado em nota anterior, o tema será melhor desenvolvido a seguir, pra já deve ser tido que é indispensável a organização do meio urbano tendo em vista os aspectos ambientais que lhe permeiam. Em destaque, as questões ligadas ao ruído, poluição atmosférica, circulação, entre outros. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito urbanístico**. São Paulo: Forense, 1977.

³⁹⁵ De fato, a tomada de consciência do desequilíbrio fundamental que existe entre a administração, agindo em nome de um interesse geral e seus interlocutores privados, movidos por suas preocupações e interesses particulares, gera o contexto sobre o qual passou a se construir um conjunto especializado de normas de direito urbanístico, partindo do pressuposto de que a atividade privada deveria submeter-se aos interesses coletivos. Cf. LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 13. ed., Paris : L.G.D.J., v. 1, 1994. p. 14.

³⁹⁶ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63.

³⁹⁷ Sobre o ordenamento do território no âmbito das políticas europeias, CONDESSO, Fernando dos Reis. **Ordenamento do Território**. Administração e Políticas Públicas. Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional. Lisboa: ISCSP, 2005.

³⁹⁸ Nesse sentido, conferir o campo de atuação do direito urbanístico, tratado a seguir, e bibliografia ali citada.

Estados democráticos³⁹⁹. O moderno urbanismo se centra numa atividade operacional, promovendo, ajudando e superando a inércia e os inconvenientes das iniciativas privadas e parcelares e, ao seu lado, o direito urbanístico passou de uma normativa de salvaguarda, policial ou meramente regulamentar para uma “ordem urbanística”⁴⁰⁰ ativa, sobretudo de gestão, com novas finalidades. Esse novo papel implica a execução de novos objetivos, requer a atuação integrada dos diversos poderes públicos e também exige a participação dos particulares⁴⁰¹.

Expressão do direito social dos nossos dias, o direito urbanístico se construiu em torno de leis fundamentais, como a dos planos administrativos territoriais em que se vislumbra a disciplina da utilização do solo. Em Portugal, os primeiros esforços dispensados na construção de uma análise jurídica do urbanismo datam da década de 1960. A partir dessa época já podem ser encontrados textos de relevância que contribuíram para a formação da disciplina do direito do urbanismo, como é analisada hoje naquele país⁴⁰².

No Brasil, podemos encontrar obras da mesma década ou anteriores que tratam da disciplina, num esforço de construção doutrinária do direito urbanístico⁴⁰³.

No trato da questão proposta pela presente tese, não poderíamos deixar de nos posicionar em relação aos temas centrais da disciplina jurídica do urbanismo, de maneira que tentamos executar nesse capítulo um estudo parcial da teoria do direito urbanístico contemporâneo, ressaltando nele alguns pontos relevantes para o desenvolvimento do trabalho.

1.1. Conceitos

Os conceitos do urbanismo técnico interessam ao jurista e lhe dão suporte no momento em que é o próprio direito urbanístico que se procura definir⁴⁰⁴. De um ponto de vista jurídico, a matéria pode ser encarada sob vários aspectos, dentre os quais, destacamos: o *direito urbanístico enquanto*

³⁹⁹ A ampliação do sentido e do caráter do Estado tem por reflexos uma maior atuação legislativa do poder executivo. As políticas públicas passam a ser tomadas como vetores do desenvolvimento a longo prazo, tendo como instrumento de concretização normativa o “plano-lei”. As noções de política e de planejamento passam a assumir um caráter de proximidade tal que em muitos momentos se confundem. Entretanto, a política é mais ampla que o plano e se define como “escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”. E o instrumento normativo dos planos é a lei, na qual se estabelecem os objetivos das políticas, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sobre a organização estrutural do poder e as políticas urbanas. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989; GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Editora do Autor, 1977. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997.

⁴⁰⁰ “Ordem urbanística é um conceito caro ao Estatuto da Cidade. Seu primeiro sentido é um conjunto orgânico de imposições vinculantes (são as normas de ordem pública a que alude o art.1º, parágrafo único) que condicionam positiva e negativamente a ação individual na cidade. O segundo sentido é o de estado: a ordem urbanística é um estado de equilíbrio, que o conjunto dos agentes envolvidos é obrigado a buscar e preservar.” Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

⁴⁰¹ GOMES, Osvaldo. Direito do urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n.1, ano 1, p.23-34, jan./fev., 1980.

⁴⁰² Alguns desses textos foram encontrados por nós, outros apenas tivemos conhecimento através de citações de outros autores. Indicaremos aqueles que pudemos analisar, para eventual confronto posterior: AMARAL, Diogo de Freitas do. **Aspectos Jurídicos do Ordenamento do Território, Urbanismo e Habitação**. Lisboa: Sumários das Lições proferidas na cadeira de Direito Administrativo, 1971; GOMES, Osvaldo. Direito do urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n.1, ano 1, p. 23-34, jan./fev., 1980.

⁴⁰³ Cf. Capítulos desenvolvidos sobre o tema por: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1957 e, do mesmo autor, **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 1961. Em se tratando de uma obra exclusiva sobre o tema, destacamos: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

⁴⁰⁴ O direito urbanístico não cria zonas verdes, paisagens preservadas, harmonia estética consolidada etc. Tais feitos se devem aos estudos dos técnicos urbanistas (arquitetos, historiadores, administradores). O direito urbanístico visa ao apoio legal do resultado desses estudos, a sua consagração, à viabilidade da sua aplicação prática e até mesmo a sua viabilidade de realização. Cf. FARIA, Manuel Veiga de Faria. **Elementos de Direito urbanístico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 31.

disciplina teórico-jurídica, o direito urbanístico quanto ao seu objeto, o direito urbanístico quanto a sua natureza, o direito urbanístico face a outras disciplinas afins.

a) O direito urbanístico enquanto disciplina teórico-jurídica

Para elaborar um conceito de direito urbanístico é necessário ter em vista diversos aspectos da matéria. Trataremos de comentar superficialmente os principais elementos do conceito que propomos para, em seguida, esmiuçarmos aqueles que consideramos mais relevantes para a compreensão do tema proposto no presente trabalho.

O primeiro aspecto deve ser aquele relativo às normas jurídicas que compõem o direito urbanístico. A maioria dos juristas que definem o direito urbanístico ou direito do urbanismo parte da observação do conjunto de normas, ou seja, do direito objetivo em vigor, cuja matéria urbanística tratada lhe confere unidade substancial⁴⁰⁵.

Assim como em Portugal, as normas que regulam a matéria urbanística no Brasil encontram-se dispersas por numerosos diplomas legais escalonados no tempo. Tais normas, unidas por seu caráter material se coadunam entre si na tentativa de compreender, regular, contornar e moldar situações específicas envolvendo a utilização dos solos e as políticas urbanas das cidades. A aprovação da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e Urbanismo, Lei n. 48/98, de 11 de agosto em Portugal e do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001⁴⁰⁶ no Brasil, representa grande marco no processo de sistematização em matéria de Direito urbanístico naqueles países.

A relevância dessas normas se verifica na medida em que definem os principais conceitos, princípios e institutos jurídicos que dão unidade substancial à disciplina. Os diplomas legais citados

⁴⁰⁵ É assim que Correia define o direito do urbanismo, como “conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização deste bem (para fins de urbanização e de construção, agrícolas e florestais, de valorização e proteção da natureza, de recuperação de centros históricos, etc.)”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63. Amaral o define como “o sistema das normas jurídicas que, no quadro de um conjunto de orientações em matéria de Ordenamento do Território, disciplinam a atuação da Administração Pública e dos particulares com vista a obter uma ordenação racional das Cidades e sua expansão”. Cf. AMARAL, Diogo de Freitas. O Direito do Ordenamento do Território, do Urbanismo e do Ambiente. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 2, v. 35, p. 241-320, 1994. Silva define o direito urbanístico em dois aspectos “a) o Direito urbanístico objetivo, que consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis – o que vale dizer: o conjunto de normas jurídicas reguladoras das atividade urbanística; b) o direito urbanístico como ciência, que busca o conhecimento sistematizado daquelas normas e princípios reguladores da atividade urbanística”. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37. Meirelles, por sua vez, define como “ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 515. Carceller Fernandez o define como um “conjunto de normas jurídicas que, por si mesmas o a través del planeamiento del suelo y la ordenación urbana y regulan la actividad administrativa encaminada al uso del suelo, la urbanización y la edificación”. Cf. CARCELLER FERNÁNDEZ, António. **Introducción al Derecho Urbanístico**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1993. Garcia de Enterría e Parejo Alfonso definem que “el urbanismo es un fenómeno colectivo que, por una parte, impone ciertos métodos públicos de actuación por parte de las organizaciones políticas y, por otra, incide sobre las situaciones jurídicas de los ciudadanos, en medida, por cierto, extraordinariamente relevante. Por una y otra de estas dos razones estructurales el urbanismo se expresa necesariamente en una ordenación jurídica, a la que podemos distinguir con el nombre convencional de Derecho Urbanístico” Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 49. Jacquot e Priet definem : “Le droit de l’urbanisme peut être défini comme l’ensemble des règles et institutions relatives à l’aménagement et au développement urbains. Ia a vocation à encadrer l’évolution physique de l’urbanisation”. Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 8.

⁴⁰⁶ O Estatuto da Cidade teve como origem o Projeto de Lei n. 2.191/89, de autoria do Dr. Raul Ferraz. Levou longos 12 anos para obter a promulgação e foi alterado por 17 projetos substitutos. Sobre o processo legislativo da Lei do Estatuto da Cidade e da história que o envolve, conferir: MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.) **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 7-43 e BARRETO, Wanderlei de Paula. O Estatuto Jurídico da Cidade. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, p. 285-307, 2003.

representam, sobretudo no Brasil, um primeiro passo para a integração das normas de direito urbanístico⁴⁰⁷.

De origem notadamente pública, as normas de direito urbanístico são ligadas por suas características e objetivos, visto que trazem em si a ordem respeitante às intervenções e formas de utilização dos solos. E utilizar o solo abrange tudo o que tem expressão territorial, tudo o que incide sobre um território e repercute nele⁴⁰⁸.

Tal concepção de urbanismo é entendida como “ampla”⁴⁰⁹, enquanto ciência que tem por objeto “o território globalmente entendido, e não apenas o espaço da cidade ou da urbe já que esta não se apresenta como uma entidade com vida própria, independente e isolada, antes sofre influências de diversos tipos do vasto território em que está inserida”⁴¹⁰.

Todo tipo de utilização do território interessa à disciplina, como é o caso dos fins de urbanização e construção, de valorização e proteção da natureza, de recuperação dos centros históricos, agrícolas e florestais etc. Dessa forma, a norma que recair sobre o uso do território deverá ter em conta as repercussões do seu exercício nos territórios vizinhos de uma localidade integrada ao campo, a uma região, a um país e, atualmente, a uma comunidade de países ou mesmo todo o planeta⁴¹¹.

Há quem considere, ao contrário, que os fins da disciplina urbanística não se prolongariam para além das “muralhas” das cidades ou dos centros urbanos, ficando restrita, quanto à aplicação e matéria tratada, à urbe e a seus espaços previsíveis de expansão, ao passo que o espaço rural deveria ser objeto da ciência do ordenamento do território⁴¹². Porém, essa posição não encontra respaldo na doutrina brasileira e não representa a tese majoritária da doutrina portuguesa e europeia. Sobre esse tema, retornaremos ao tratarmos da aplicação espacial do direito urbanístico, em seguida.

Por ora, devemos ressaltar, como bem designa Correia, que as normas que compõem a disciplina refletem que

a essência do direito do urbanismo reside na harmonização ou compatibilização entre os diferentes interesses implicados no uso e transformação desse bem essencial – escasso e irreprodutível – que é o solo, sendo, por isso, constituído por normas jurídicas cuja função precípua é a ponderação de interesses e a superação dos

⁴⁰⁷ Em Portugal tem-se assistido a um grande interesse no que tange à unificação em um único diploma legal dos institutos ou regimes urbanísticos que se encontram hoje dispersos, sendo viva a discussão acerca da relevância de um código de urbanismo que reúna toda a disciplina da matéria. Deve-se comentar, ainda, que alguns diplomas legais unificaram regimes jurídicos dispersos, como foi o caso do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, que reúne a disciplina jurídica de todas as operações urbanísticas, designadamente das licenças e autorizações de loteamentos e obras de urbanização e das obras de edificação. Essa unificação é mencionada pelo legislador como “passo decisivo” para a futura “codificação integral do direito do urbanismo” (vide preâmbulo do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro). Cf. CORREIA, Fernando Alves Correia (Coord.). **Um código de urbanismo para Portugal?** Coimbra: Almedina, 2003.

⁴⁰⁸ GALVÃO, Sofia de Sequeira. Sobre o Objecto e o Sentido do Direito do urbanismo. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 17, p. 79-93, jun., 2002.

⁴⁰⁹ A cidade, como forma urbana e âmbito socioeconômico a ordenar, encontra-se hoje superada, pois os problemas que suscita não respeitam os seus limites geográficos, antes se projetam na região em que ela se intera e de que constitui o centro. A ordenação urbana saltou as barreiras do concelho para respeitar a toda a região. Cf. GOMES, Osvaldo. Direito do urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n. 1, ano 1, p.23-34, jan./fev., 1980.

⁴¹⁰ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63.

⁴¹¹ Sobre o ordenamento do território no âmbito das políticas europeias, CONDESSO, Fernando dos Reis. **Ordenamento do Território**. Administração e Políticas Públicas. Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional. Lisboa: ISCSP, 2005.

⁴¹² A questão será mais desenvolvida adiante quando confrontarmos o direito urbanístico com algumas disciplinas afins. Por agora pode-se dizer que a questão não é só da aplicação das normas urbanísticas, mas também é de reconhecimento da conexão que existe entre o campo e cidade e o papel que o direito urbanístico exerce sobre tais relações. Em se tratando dos fins da ordem urbanística, não há como excluir da apreciação do urbanismo temas e assuntos ligados ao ambiente, patrimônio cultural, agricultura e outros que por ventura já sejam também objetos de outras disciplinas mais especializadas e, da mesma forma, eventualmente se realizem fora das cidades. É assim que a disciplina dos solos deve estar comprometida com questões diversas e não restrita a um espaço delimitado, uma vez que a cidade é um polo de acontecimentos e exerce influências diversas sobre o espaço circundante e vice-versa. No sentido restrito, ver AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, jun., 1994.

conflitos de interesses surgidos a propósito da utilização do mesmo (ponderação que reveste uma tríplice vertente: entre interesses públicos e privados colidentes, entre interesses públicos que não são coincidentes e entre interesses privados divergentes)⁴¹³.

No que tange à natureza de suas normas⁴¹⁴, a doutrina do direito urbanístico encontra fundamentos nas determinações constitucionais e revela-se em conceitos originariamente de direito administrativo. A tendência majoritária da doutrina urbanística de maior solidez no Brasil pode ser resumida no ensinamento de Meirelles⁴¹⁵, segundo a qual, as normas urbanísticas de ordem pública compõem o rol das possíveis intervenções estatais à propriedade particular imóvel, sendo classificadas como *limitações administrativas*⁴¹⁶, embasadas no princípio da função social da propriedade, estampado nos artigos 5º, XXII e XXIII e 170, II e III da Constituição Federal Brasileira.

Todas as imposições do Poder Público destinadas a organizar os espaços habitáveis⁴¹⁷ de modo a propiciar ao homem melhores condições de vida na comunidade seriam limitações urbanísticas, entendendo por habitáveis toda área em que o homem exerce coletivamente as funções sociais de habitação, trabalho, circulação e recreação⁴¹⁸. Por serem limitações urbanísticas de caráter público, como é de sua índole, hão de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação⁴¹⁹.

As limitações urbanísticas, por assim dizer, são preceitos de ordem pública, derivadas do poder de polícia⁴²⁰, exteriorizadas nas imposições ao uso da propriedade ou de outros direitos

⁴¹³ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63-64.

⁴¹⁴ Tema que desenvolveremos melhor a seguir.

⁴¹⁵ O Estado pode intervir na propriedade particular imóvel de três maneiras: pela limitação administrativa, pela servidão administrativa ou pública e pela desapropriação. A limitação administrativa “é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84-85.

⁴¹⁶ Não é simples distinguir os conceitos de restrição ou limitação administrativa, sobretudo quando se trata de discriminar aquelas que se caracterizam por serem de natureza urbanística. A legislação dos países em questão (Brasil e Portugal) consagra técnica diversa e nem sempre se encontra uma significação precisa empregue com o mesmo sentido. Segundo a doutrina a qual nos filiamos, as limitações administrativas são aquelas de caráter geral, que definem os contornos da propriedade e, por conseguinte, o perfil que o seu exercício (o direito de propriedade) terá no ordenamento jurídico. Segundo essa posição, as limitações são sempre gerais e se concretizam na medida de sua aplicação, não dando origem (a princípio) a indenizações. As limitações seriam, portanto, diferentes das restrições administrativas. Estas são específicas, atingem determinadas pessoas ou bens, produzem gravames e devem ser indenizadas na medida do dano provocado. As restrições reduzem o conteúdo da propriedade ou da liberdade e, portanto, deverão dar origem à indenização. Seriam casos de restrição administrativa: o tombamento, a desapropriação, a requisição, as servidões administrativas, as requisições e a ocupação temporária de imóvel. As normas gerais de direito urbanístico serão, em regra, limitações administrativas, existindo, também, aquelas normas específicas cujo conteúdo se caracteriza por ser uma restrição administrativa, como é o caso da desapropriação urbanística e demais instrumentos jurídicos utilizados na execução de fins urbanísticos, que impliquem em redução do caráter mínimo da propriedade privada, gerando o direito à indenização pecuniária. Nesse mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 632 e ss e FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 277 e ss.

⁴¹⁷ Em que pese o ser humano ter se espalhado por todo o planeta, a distribuição da população é deveras desigual. Desertos, superfícies polares, savanas e florestas africanas despovoados contrapõem-se às elevadas concentrações demográficas das cidades como Rio de Janeiro, Tóquio e Nova Iorque. Ligamos o conceito de urbanismo ao de espaços habitáveis porque, a princípio, a habitabilidade de que se cogita no urbanismo não é a potencial, mas sim a efetiva. O urbanismo se justifica, em um primeiro momento, nas áreas em que se verifica certa concentração humana, ainda que as áreas inabitadas e espaços vazios do planeta não estejam alheios à preocupação e à ação humanas, bem como ao próprio direito do urbanismo. Nesse sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito urbanístico**. São Paulo: Forense, 1977. p. 51.

⁴¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 p. 103-104.

⁴¹⁹ GRECA, Alcides. **El Régimen Legal de la Construcción**. Buenos Aires: Zavallía, 1956. p. 36.

⁴²⁰ Críticas severas são lançadas pelo professor Mello acerca da expressão “poder de polícia”. Segundo o professor brasileiro, trata-se de designativo infeliz que engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos. O termo designa “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”. Da mesma forma e com maior profundidade, Sundfeld desenvolve a noção do poder de polícia e aponta a atual concepção de tal conceito, ressaltando o papel da administração na definição dos contornos dos direitos subjetivos e da sua nova atuação ordenadora. Por ser um termo geral, abrange tanto as leis condicionadoras da liberdade e da propriedade quanto os atos administrativos pelos quais se procede as suas concreções.

individuais, sob a modalidade tríplice: positiva (fazer)⁴²¹, negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer)⁴²². Nesses termos, entendemos que o direito urbanístico é ramo especial de um direito público composto por normas que se destacam por não se limitarem às obrigações de não fazer ou deixar de fazer, mas que atendem à dinâmica realidade das cidades, o que importa em obrigações de fazer⁴²³, a fim de propiciar a plena realização dos fins urbanísticos⁴²⁴.

É um intrigante ramo do direito porque é composto por uma legislação que define o perfil urbanístico do direito de propriedade, ou seja, é o conjunto de preceitos que visa a moldar ou estabelecer os contornos do direito de propriedade, de modo que se estabeleça o equilíbrio entre os interesses públicos e privados. Por essa razão, o direito urbanístico se caracteriza por ser uma disciplina jurídica complexa, abrangendo desde a gestão urbanística (do conjunto de propriedades) até os limites urbanísticos da propriedade isoladamente considerada⁴²⁵.

Para além dos elementos abordados anteriormente, interessa para a compreensão de seu conceito, as finalidades a que as normas de direito urbanístico se propõem a atender.

No que se referem ao Brasil, as normas de direito urbanístico são caracterizadas por visar à execução de uma política urbana⁴²⁶ que pretende reformar o sistema fundiário do país, conferindo

Na mesma linha, o professor Gordillo assevera que “el aditamento de “Poder” es inexacto, por cuanto el poder estatal es uno solo, y ya se vio que la llamada división de tres ‘poderes’ consiste, por un lado, em uma división de ‘funciones’ (funciones legislativas, administrativa, jurisdiccional), y por el otro em uma separación de órganos (órganos legislativo, administrativo y jurisdiccional). Em tal sentido, la policía o el ‘poder de policía’ non son un órganos del Estado, sino uma de facultad o más bien una parte de alguna de las funciones mencionadas”. Entretanto, por se tratar de expressão de larga utilização na doutrina brasileira, manteremos no trabalho, ainda que concordemos com o entendimento que a repele. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 717-718 e SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. Alguns desenvolvimentos interessantes acerca do poder de polícia em matéria urbanística podem ser encontrados em DI PIETRO, Maria Sylvania. Poder de Polícia em Matéria Urbanística. In : FREITAS, José Carlos de (Coord.) **Temas de Direito urbanístico**, São Paulo : CAOHURB, 1999. p. 23-38; GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. La defensa del usuario y del administrado. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1998. p. V 2 e ss.

⁴²¹ Nas palavras de Di Pietro: “Além da ampliação do interesse público protegido e da submissão do poder de polícia à lei, a evolução deu-se em outro sentido também: enquanto, originariamente, somente se admitia que as medidas de polícia impusessem obrigação de não fazer ou deixar de fazer, hoje está assente a ideia de que elas podem impor também obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos” e, no tema que ora interessa, a adoção de medidas necessárias à proteção do meio urbanístico”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania. Poder de Polícia em Matéria Urbanística. In : FREITAS, José Carlos de (Coord.) **Temas de Direito urbanístico**. São Paulo : CAOHURB, 1999. p. 23-38.

⁴²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 104.

⁴²³ O Estatuto da Cidade trouxe ao sistema jurídico o instrumento do Imposto Predial Urbano Progressivo que onera o proprietário na medida em que ele não utiliza (ou seja, impõe obrigação de fazer) sua propriedade segundo os fins estabelecidos no Plano Diretor do município (No caso, o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios fixados no art. 5º da mesma lei). Art.7º, da Lei n. 10.257/2001: “Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no §5º do art5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁴²⁴ Alguns autores menos atualizados com o Direito Administrativo se recusam a admitir possa o Poder Público impor obrigações de fazer aos particulares, só admitindo as limitações administrativas consistentes em não fazer e deixar fazer. Tal entendimento está superado. Nesse sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87.

⁴²⁵ GOMES, Osvaldo. Direito do urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n. 1, ano 1, p. 23-34, jan./fev., 1980.

⁴²⁶ O papel que a Constituição de 1988 implicitamente assinalou ao direito urbanístico é o de servir à definição e implementação da “política de desenvolvimento urbano”, a qual tem por finalidade “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, caput, CF). “O direito urbanístico surge, então, como o *direito da política de desenvolvimento urbano*, em três sentidos: a) como conjunto das 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) o conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (o próprio Estatuto da Cidade, entre outros)”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60. Conferir, também, o sentido das políticas públicas no ordenamento brasileiro: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997.

iguais oportunidades de acesso à propriedade e à cidade⁴²⁷, a fim de garantir a promoção da dignidade da pessoa humana em um ambiente urbano sustentável e a erradicação da pobreza⁴²⁸. Isso pressupõe um comprometimento total da propriedade urbana com os princípios sociais trazidos pela nova Constituição. É a partir da concepção social da propriedade que se desenvolve a ordem urbanística brasileira. Nesse contexto,

a propriedade tem como razão fundamental de sua existência a teoria da natureza humana que instiga a criatura a se apoderar dos bens da vida, de forma exclusiva e pessoal, mas se justifica socialmente ante uma funcionalidade que lhe dê contornos de respeito aos interesses coletivos e, finalisticamente, sirva a assegurar, de uma ou de outra forma, a dignidade da pessoa humana.⁴²⁹

A legislação brasileira que trata do direito urbanístico em âmbito nacional encontra-se dispersa, à semelhança de Portugal⁴³⁰, e tem como principais normas infraconstitucionais: o *Estatuto da Cidade*, Lei n. 10.257/2001, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais e os principais instrumentos da política urbana; a *Medida Provisória 2.120*, de 4 de setembro de 2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §1º, do art. 183 da Constituição; a *Lei n. 11.481/2007*, que prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; a *Lei de Parcelamento do Solo Urbano* (n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979), ainda em vigor com as modificações da Lei n. 9.785, de 21 de janeiro de 1999⁴³¹;

⁴²⁷ Cf. LIRA, Ricardo Pereira. Direito a Moradia, cidadania e o estatuto da cidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 259-291, out./dez., 2002.

⁴²⁸ A dignidade da pessoa humana consiste no princípio fundamental da ordem constitucional em vigor que terá como objetivo fundamental, entre outros, a erradicação da pobreza, segundo os artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988. “É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais** na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60. Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 e, do mesmo autor: **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e HENÁRIAS, Maurício de Almeida. O direito urbanístico como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Cadernos de Direito Constitucional e ciência Política**, São Paulo, n. 26, p. 227-, jan./mar., 1999.

⁴²⁹ LOTUFO, Renan. (Coord.) **Direito Civil Constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴³⁰ As leis mais relevantes do urbanismo português são: Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e Urbanismo; Lei n. 48/98, de 11 de agosto, que é a “lei-quadro” do sistema urbanístico português; Decreto-Lei n. 380/99 de 22 de setembro, com as devidas alterações trazidas pela Lei n.54/2007, de 31 de agosto; pelo Decreto-Lei 310/2003, de 10 de dezembro, que define o regime geral de uso do solo e o regime de elaboração, aprovação, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial, no desenvolvimento da disciplina jurídica estabelecida na Lei de Bases; Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro e alterações trazidas pelo Decreto-Lei 177/2001, de 4 de dezembro, que contém o regime de urbanização e edificação do solo; Decreto-Lei n. 794/76, de 5 de novembro e alterações trazidas pelo Decreto-Lei n. 313/80, de 19 de agosto, que disciplina vários mecanismos de intervenção da administração pública nos solos urbanos e o Código das Expropriações (CE), aprovado pela Lei n. 168/99, de 18 de setembro. Cf. .CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 66-67.

⁴³¹ Neste momento, no Brasil há intensa discussão ao redor do Projeto de nova Lei do Parcelamento do Solo. O Projeto de Lei n. 3057/2000 que dispõe sobre “o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas, e dá outras providências” está tramitando no Congresso Nacional desde 2000. Esse projeto está sendo denominado a “Lei de Responsabilidade Territorial Urbana”, a partir da perspectiva de se estabelecer um novo marco na luta pelo efetivo ordenamento territorial com um enfrentamento ao processo histórico de degradação ambiental e exclusão social territorial em nossas cidades. o Conselho Nacional das Cidades, a partir do seminário nacional realizado em maio, em Brasília, propôs a realização de cinco seminários regionais para divulgar, debater e elaborar propostas a serem encaminhadas ao Congresso Nacional. Os Seminários Regionais deverão contar com a participação de todos os segmentos: Poder Público Estadual, Municipal e Federal (executivo e legislativo), movimentos populares, trabalhadores, empresários, entidades acadêmicas e ONGs. O objetivo dos seminários é subsidiar o Ministério das Cidades e o Conselho Nacional das Cidades nas discussões junto à Frente Parlamentar pela Reforma Urbana no processo de negociação e votação da lei na Câmara dos Deputados. O seminário da Região Centro-Oeste foi realizado em Goiânia, nos dias 2 e 3 de setembro, ocasião em que foram discutidos os temas: regularização fundiária, custos de registro, requisitos urbanísticos e ambientais, infraestrutura básica, definição de percentual de áreas para habitação de interesse social, condomínio urbanístico, licenciamento integrado e

a *Lei Federal n. 4.132*, de 10 de setembro de 1962, que define os casos de desapropriação por interesse social “para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social” (art.1º); o *Decreto-Lei n. 1.075*, de 22 de janeiro de 1970, que trata da desapropriação de prédio residencial situado em área urbana; as *Leis Complementares n. 14/1973 e 20/1974*, que tratam das regiões metropolitanas brasileiras; a *Lei federal n. 6.803*, de 2 de julho de 1980, que trata do zoneamento urbano industrial; o *Decreto-Lei n. 271*, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre loteamento urbano⁴³², responsabilidade do loteador e concessão de uso do espaço aéreo e a concessão de uso de terrenos públicos, com as alterações das Medidas Provisórias 292 de 2006, Lei Federal n. 11.481 de 31 de maio de 2007; a *Lei n. 4.132*, de 10 de setembro de 1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação; o *Decreto- Lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, e a *Lei Federal n. 11.977/2009*, de 7 de julho, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n. 4.380, de 21 de agosto de 1964; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001.

Em conclusão aos elementos expostos, podemos conceituar o direito urbanístico brasileiro como o ramo especializado do direito público composto por planos e normas que têm por objetivo a ordenação do território, com os fins de garantir o bem-estar coletivo e a sustentabilidade das cidades, bem como o acesso aos benefícios decorrentes dessa programação a todos os cidadãos das atuais e futuras gerações, em respeito aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e dos fins sociais da propriedade⁴³³.

2. O objeto e o campo de atuação do direito urbanístico

2.1. O objeto do direito urbanístico

O direito urbanístico tem por finalidades assegurar o conforto individual⁴³⁴ e o bem-estar social em uma cidade que possa se projetar de forma sustentável no futuro. O bem-estar social se qualifica no amplo acesso a uma cidade que atenda suas funções sociais e econômicas. É assim que estabelecem os artigos 1º e 2º do Estatuto da Cidade, segundo os quais as normas de ordem pública que compõem a política urbana regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. A política urbana deverá

competências, diretrizes para projeto de parcelamento de solo urbano. O seminário da Região Sul, em Curitiba, foi realizado nos dias 11 e 12 de setembro de 2008. Os outros seminários foram realizados nos seguintes locais e datas: Região Nordeste, em Salvador, dias 15 e 16 de setembro; Região Norte, em Belém, dias 18 e 19 de setembro; Região Sudeste, em São Paulo, dias 22 e 23 de setembro; todos no ano de 2008.

⁴³² Sobre loteamento urbano, conferir o interessante artigo: SARDINHA, José Miguel. Campos de Golfe e operações de loteamento: algumas considerações sobre a vontade do loteador como elemento determinante na configuração e na natureza do loteamento. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, Lisboa, n. 11, p. 27-46, 2003 e OLIVEIRA, Fernanda Paula; PASSINHAS, Sandra. Loteamentos e Propriedade Horizontal: Guerra e paz! **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 1, p. 45-77, Ano V, 2002.

⁴³³ A doutrina internacional é vasta e rica em definições do direito urbanístico. Citemos algumas, sem esgotar o tema: para Carceller Fernandez, “el derecho urbanístico es el conjunto de reglas a través de las cuales la Administración, em nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad, em nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio” e, conclui que “la legislación urbanística es para nosotros y desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico español, el conjunto de normas jurídicas que estructuran una rama de la Administración pública, y, por sí mismas o a través del planeamiento que regulan, definen el contenido de la propiedad según su calificación urbanística y disciplinan la actividad administrativa encaminada a la urbanización y la edificación”. Cf. CARCELLER FERNANDEZ, Antonio. **Instituciones de Derecho Urbanístico**. Madrid: Montecorvo, 1977. p. 31

⁴³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 93.

se orientar no sentido de buscar ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e da propriedade urbana.

Quando falamos em objeto do direito urbanístico, buscamos expor o rol de normas jurídicas em que se verificam os fins e meios para a realização dos interesses sociais que se encontram explicitados na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais pertinentes ao tema.

Tendo em vista a legislação já citada no item anterior e, considerando as normas constitucionais que inserem a disciplina no contexto jurídico atual, podemos dizer que o direito urbanístico brasileiro objetivo engloba cinco grandes setores⁴³⁵:

1. *As regras constitucionais pertinentes ao uso dos solos e o condicionamento da propriedade privada*, em destaque para as regras que enunciam a política urbana no Brasil (art. 182, 183);
2. *As regras jurídicas infraconstitucionais que disciplinam a ocupação, uso e transformação do solo*, ou seja, as normas que determinam as diretrizes, os instrumentos e as modalidades de utilização dos solos, em destaque leis do perímetro urbano, de parcelamento do solo, do zoneamento de uso e ocupação do solo e do sistema viário;
3. *Os planos territoriais* (instrumentos de gestão territorial), elaborados nos três níveis de governo, União, Estados e Municípios, em destaque os planos diretores municipais;
4. *Os instrumentos de execução da política urbana*, indicados no art. 4º do Estatuto da Cidade, compreendendo institutos tributários e financeiros (IPTU, contribuição de melhoria, incentivos e benefícios fiscais e financeiros); institutos jurídicos e políticos (desapropriação; servidão administrativa; limitações administrativas; tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; instituição de unidades de conservação; instituição de zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso; concessão de uso especial para fins de moradia; parcelamento, edificação ou utilização compulsório; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; referendo popular e plebiscito); estudo prévio de impacto ambiental e de impacto de vizinhança. Podemos incluir nesse rol, sendo os primeiros, os sistemas de cooperação e de imposição administrativa e, sendo os segundos (principais), a desapropriação por utilidade pública, o direito de preferência urbanística, o reparcelamento do solo urbano e o licenciamento e autorização de operações de loteamento urbano e de obras de urbanização e de obras de edificação⁴³⁶;
5. *O direito administrativo da construção* que abrange as regras técnicas e jurídicas a que deve obedecer a construção de edifícios como são o Código de Edificações e o Código de Posturas;
6. *O contencioso do urbanismo*, que vem assumindo relevância crescente devido à conscientização dos cidadãos em relação à importância das questões jurídico-urbanísticas, ocupando hoje boa parte do trabalho da Administração Pública e da justiça no Brasil⁴³⁷.

O direito urbanístico hoje pressupõe a realização da organização da cidade estabelecendo suas zonas limítrofes, delimitando as zonas verdes, a proteção da paisagem, a planificação geral do território, o embelezamento regional, entre outros, sempre observando elementos ligados à proteção

⁴³⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 66-67.

⁴³⁶ Sobre os instrumentos de execução da política urbana no Brasil, conferir nosso: GUIMARÃES, Nathália Arruda. **O papel do Município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Ideias, 2004.

⁴³⁷ Sobre aspectos diversos do contencioso do urbanismo e o regime da justiça administrativa em Portugal, GOMES, Carla Amado. A tutela urgente no direito do urbanismo. In: **Textos dispersos de Direito do Património Cultural e de Direito do urbanismo**. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 183-234.

ambiental e à preservação do patrimônio cultural. Além disso, a questão da habitação⁴³⁸ desponta no contexto urbanístico, uma vez que ela “modela o próprio homem, o condiciona, o motiva”⁴³⁹, de forma que o problema habitacional acaba por assumir importância destacável dentro dos objetos de realização urbanística⁴⁴⁰.

Após a aprovação do Estatuto da Cidade, o direito urbanístico apresenta-se como uma realidade integrada, um sistema, tendo como fonte principal o plano, a um patamar nacional, estadual e municipal. Em cada um desses patamares, o plano desempenha uma função estruturalmente diferente. Em Portugal a sistematização do direito do urbanismo se encontra fundamentada na Lei de Bases 48/98 e, como escreve Miranda⁴⁴¹, cada plano (nacional, regional e municipal) possui um âmbito territorial próprio e deve precisar e pormenorizar as regras contidas no plano que o precede, ou planos que o precedem, e assim sucessivamente, até o plano de âmbito mais restrito.

Os instrumentos mais relevantes do direito urbanístico para o desenvolvimento da presente tese serão analisados pormenorizadamente em ocasiões próprias, a seguir e nos próximos capítulos.

2.2. Campo de aplicação do Direito urbanístico

2.2.1. Campo de aplicação espacial

Como já se deduz da exposição feita anteriormente, contrariamente ao que poderia se pensar etimologicamente, o direito urbanístico não se aplica somente aos espaços urbanos. Nascido dos problemas colocados pelo ordenamento das cidades, ele cobre todo o espaço, seja urbano ou rural e se transformou em um direito comum do ordenamento físico do solo⁴⁴².

⁴³⁸ A habitação no sistema brasileiro é um direito central no que diz respeito à proteção e garantia da dignidade da pessoa humana. Em nome desse direito construiu-se a noção de regulamentação fundiária e promoveu-se a aprovação de inúmeros projetos e normas. Nesse sentido conferir a recente Lei n. 11.481/2007, de 31 de maio, que trata da regularização fundiária e do acesso aos imóveis da União para beneficiários de programas habitacionais.

⁴³⁹ FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 16.

⁴⁴⁰ Da mesma forma em Espanha, onde o modelo urbanístico esteve sempre condicionado a um fator de caráter socioeconômico e outro eminentemente jurídico. O primeiro se encontra estreitamente vinculado a um postulado, os poderes públicos devem facilitar o acesso dos cidadãos à habitação. Tal postulado aparece nos sucessivos preâmbulos das leis urbanísticas daquele país, até que foi assumido pela própria Constituição espanhola no seu artigo 47. Embora de inquestionável relevância, a perspectiva urbanística não se limita a um único objetivo. “*Es imprescindible ampliar el horizonte teleológico de la actividad urbanística, adoptando como tal otro objetivo constitucional, la mejora de los niveles de calidad de vida, que há de ser el parámetro fundamental de la acción territorial y, logicamente, de la acción urbanística.*” Cf. TEJEDOR BIELSA, Júlio C. Propiedad, Urbanismo Y Estado Autonómico. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 148, p. 387-433, jan./abr., 1999 e BASSOLS COMA, Martin. La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda. **Revista de Estudios de la Administración Local**, Madrid, n. 291, p. 103-116, jan.-abr., 2003.

⁴⁴¹ MIRANDA, João. As relações entre Planos Territoriais – alguns problemas. Lisboa, **Revista Jurídica**, n. 22, p. 95-138, 1998.

⁴⁴² Na mesma linha, ensina Correia, para quem a noção de direito do urbanismo se baseia num conceito amplo de “urbanismo”, como ciência que tem por objeto o território globalmente entendido e não apenas o espaço da cidade ou da urbe, já que esta não se apresenta como uma entidade com vida própria, independente e isolada, antes sofre influências de diversos tipos do vasto território em que está inserida. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63. É também a posição de JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’Urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 9. Essa posição doutrinária não é, entretanto, uma unanimidade em Portugal. Para alguns juristas, o confronto entre o campo de aplicação do direito do urbanismo e o campo de aplicação do direito do ordenamento do território necessariamente reduziria a aplicação do primeiro ao espaço da urbe. Dessa forma, as questões envolvendo o meio rural deveriam ficar a cargo do direito do ordenamento do território, uma vez que ultrapassaria os limites da cidade e, portanto, do direito urbanístico. O tema será desenvolvido com mais pormenores no item a seguir, onde confrontarmos o direito urbanístico com o direito do ordenamento do território. Nesse sentido, AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, Junho, 1994 e, do mesmo autor, Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado

Esse é o sentido assumido pelo direito urbanístico no Brasil, uma vez que se verifica da característica dos planos municipais (normas mais relevantes do direito urbanístico), que abrangem todo o território municipal. O Plano Diretor cobrirá, necessariamente, todo o território do município, independente da sua extensão, atividade econômica predominante ou aglomeração populacional⁴⁴³. Daí compreendermos que o conceito de cidade não interfere na questão da aplicabilidade das normas urbanísticas, em que pese haver dúvidas acerca da aplicação de alguns instrumentos urbanísticos nas zonas definidas como rurais⁴⁴⁴.

Além de ter sido expressamente reconhecido pelo Estatuto da Cidade⁴⁴⁵, o amplo campo de aplicação espacial do direito urbanístico encontra respaldo nas diversas matérias que deverá abordar, conforme se verifica das diretrizes estampadas no artigo 2º do referido estatuto, instrumento fundamental da ordem urbanística brasileira⁴⁴⁶.

Nesse contexto, podemos dizer que a legislação urbanística tem por elemento essencial o plano diretor e nele ficam definidas as estratégias urbanísticas, os parâmetros de utilização do solo, critérios diversos para a utilização de instrumentos de gestão territorial, entre outros⁴⁴⁷. É possível identificar na legislação urbanística as áreas em vias de urbanização, rurais, onde se encontram conjuntos arquitetônicos de interesse cultural, ou ainda, zonas naturais e paisagísticas, de maneira que fiquem estabelecidas as diversidades de cada espaço municipal. Nesse contexto, as normas urbanísticas, coadunadas com os propósitos dos planos diretores, estabelecerão o palco para a aplicação de diversos institutos e instrumentos jurídicos, de natureza urbanística e outras tantas (aplicação de normas tributárias e definição de competências para reforma agrária, por exemplo).

Segundo Meirelles⁴⁴⁸, a delimitação da zona urbana ou urbanizável⁴⁴⁹ deverá ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários. No que tange aos efeitos

Fernando Alves Correia. (O Plano Urbanístico e o princípio da igualdade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XXXII, p. 91-105, 1991.;

⁴⁴³ Segundo determina o § 2º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001: “§2º. O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.” Cf. BRASIL. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Da mesma forma, a doutrina de maior relevo se posiciona nesse sentido, a conferir: SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁴⁴ Conforme conceitua Correia, o solo rural “é aquele para o qual é reconhecida vocação para as atividades agrícolas, pecuárias, florestais ou minerais, assim como o que integra os espaços naturais de proteção ou de lazer, ou que seja ocupado por infra-estruturas que não lhe confirmam o estatuto de solo urbano. Por sua vez, o solo urbano é aquele para o qual é reconhecida vocação para o processo de urbanização e de edificação, nele se compreendendo os terrenos urbanizados ou cuja urbanização esteja programada, constituindo o seu todo o perímetro urbano”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 822 e ss.

⁴⁴⁵ Aqui vale uma crítica ao nome adotado expressamente pela Legislação Nacional de bases do ordenamento territorial no Brasil, visto que reducionista, dando a entender que suas disposições se aplicam exclusivamente aos espaços já urbanizados, desconsiderando as previsões acerca da expansão urbana e da contenção do crescimento das cidades, que passam necessariamente por uma análise e influência sobre o solo rural.

⁴⁴⁶ O artigo 2º do Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes fundamentais da política urbana no Brasil. Essa política se materializa nas opções estabelecidas nos instrumentos de gestão urbana, entre eles, o Plano Diretor Municipal. Esse plano cobrirá toda a extensão territorial do município e seus instrumentos deverão atingir todas as áreas que lhe compõem. O território apresentará, em regra, características urbanas e rurais a serem coordenadas a fim de se atingir os fins estabelecidos na legislação de base (Estatuto da Cidade). Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁴⁴⁷ O conteúdo e objetivos dos planos diretores no Brasil são vastos. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) estabelece o conteúdo mínimo em seu artigo 42, determinando a necessidade de se estabelecer os locais onde se darão o parcelamento, edificação e construção compulsórios, bem como as disposições requeridas pelos artigos 25, 28, 29, 32 e 35, que tratam dos instrumentos de gestão urbanística (direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, alteração do uso do solo mediante contrapartida do beneficiário, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir, respectivamente). Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁴⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 544 e ss.

⁴⁴⁹ Segundo Correia, o conceito de núcleo urbano em Portugal é idêntico ao de aglomerado urbano, sendo caracterizado pelo artigo 62º, nº1, do Decreto-Lei 794/76, de 5 de novembro (Lei dos Solos), como “o núcleo de edificações autorizadas e respectiva área envolvente, possuindo vias públicas pavimentadas e que seja servido por rede de abastecimento domiciliário de água e de drenagem de esgoto, sendo o seu perímetro definido pelos pontos distanciados 50m das vias públicas onde terminam aquelas infra-estruturas”. Interessante é verificar, ainda, a noção de perímetro urbano segundo a

urbanísticos, a competência é privativa do município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos definidores da condição urbana ou urbanizável da área em questão. Atendidos tais requisitos, a lei especial delimitará o perímetro urbano⁴⁵⁰, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização.

No que tange aos efeitos tributários, a lei definidora da zona urbana deverá atender aos requisitos do Código Tributário Nacional, artigo 32, §§ 1º e 2º⁴⁵¹. Os dispositivos citados enunciam os quesitos que traduziriam a existência do núcleo urbano. A questão nos parece bastante intrigante, pois se trata de uma normativa de natureza tributária que condiciona a delimitação da zona urbana originariamente de competência exclusiva do município. Ou seja, para que a norma tributária seja aplicável e, portanto, o imposto em questão, de competência do município, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), incida sobre as propriedades urbanas, estas deverão estar definidas em lei municipal, porém não somente isso. As propriedades deverão compor um núcleo que já sofreu melhoramentos a cargo do município, tendo ao menos duas das características rotuladas nos incisos que seguem ao §1º, do artigo 32, do CTN. Meirelles entende ser “de toda conveniência que a lei urbanística municipal faça coincidir suas exigências com as do Código Tributário Nacional, ou, pelo menos, as imponha com mais rigor, a fim de que possa arrecadar na área o IPTU⁴⁵²”.

Ainda segundo Meirelles⁴⁵³, uma vez promulgada a lei municipal que institui ou amplia a zona urbana, seu texto integral deverá ser enviado pela prefeitura ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), para a cessação de sua jurisdição sobre a nova área urbana e transferência de competência impositiva federal (ITR) para a municipal (IPTU), incidente sobre o terreno e respectivas construções.

Outra problemática que poderá surgir acerca do campo de aplicação espacial do Direito Urbanístico diz respeito aos solos mistos ou à atividade predominante da propriedade. Existem áreas onde se verifica uma intensa urbanização e que, ao mesmo tempo, abrigam propriedades cuja atividade predominante é rural. Trata-se da “agricultura urbana”, bastante desenvolvida nos países europeus.

doutrina portuguesa. Esse conceito é mais amplo do que o de núcleo urbano e abrange as diferentes categorias de solo urbano, isto é, aquelas que conferem a suscetibilidade de urbanização ou de edificação, compreendendo os solos urbanizados, os solos cuja urbanização seja possível programar e os solos afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano (Conferir os artigos 72º, n.º2, alínea b, e 73º, n.º 3 e 4, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro). Por sua vez, o artigo 28º, n.2, do Decreto-Lei n. 69/90, de 2 de março (diploma revogado pelo Decreto-Lei n. 380/99, cfr. artigo 159º), definia o perímetro urbano como o conjunto do espaço urbano, do espaço urbanizável e dos espaços industriais que lhes sejam contíguos. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 847 e ss.

⁴⁵⁰ A Lei do Perímetro Urbano estabelece a fronteira entre a zona urbana e a rural. É através dela que se definem as áreas de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), pela tabela de resultados (Tabela 5), nota-se que a grande maioria dos municípios a possuem. O índice mais baixo de existência da mesma encontra-se na faixa de 5.001 a 20 mil que está em 74,4%. Os municípios com mais de 500 mil habitantes que não a possuem são Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal, onde a área urbana cobre todo o território, ou seja, não existe zona rural. Cf. **Perfil dos Municípios Brasileiros**. Gestão Pública, 2004. Rio de Janeiro: Instituto brasileiro de Geografia e Estatística, 2005. p. 33.

⁴⁵¹ Seção II . Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. § 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior. Código Tributário Nacional. Lei n. 5. 172, de 25 de outubro de 1966. Cf.

⁴⁵² Observe-se que o Decreto-Lei n. 57, de 18 de novembro de 1966, alterou os artigos 29 e 32 do CTN, incluindo as chácaras ou sítios de recreio em zona rural na competência tributária municipal (art. 14) e excluindo desta as glebas situadas na zona urbana desde que “comprovadamente” utilizadas em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, sujeitando-as ao ITR (art. 15). Diante dessa legislação, de objetivos meramente fiscais, os sítios de recreio continuam imóveis rurais, mas sob a imposição tributária do município, ao passo que aquelas glebas, embora sujeitas ao tributo federal, permanecem com características urbanas, subordinadas, portanto, às normas urbanísticas municipais. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 544 e ss.

⁴⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 544 e ss.

Como tratar, na perspectiva do direito urbanístico, as propriedades rurais que se encontram em espaços urbanos? De certo, como dissemos, a omissão legislativa que se verifica no Brasil no que se refere a classificação essencial entre solo urbano e rural importa em dificuldades nesse tema. Por outro lado, na falta de regulamentação expressa, deve-se levar em conta os princípios da política urbana e os demais princípios que conformam as regras urbanísticas. É assim que o inciso VII, do art. 2º, da Lei nº 10.257/2001 adota como princípio a “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;” . Significa dizer que, uma das maneiras de assegurar a complementaridade dessas atividades está em reconhecer que elas são distintas e que se realizam em contextos por vezes mistos.

A zona urbana da cidade poderá e deverá reconhecer a vocação rural em determinados espaços já urbanizados, nomeando as propriedades assim identificadas, a fim de consagrar a agricultura urbana, que é, no mundo urbanizado que vivemos hoje, uma tendência.

Ordenar a cidade, a nosso ver, é mais do que alterar a classificação dos solos. É reconhecer, também, suas vocações. É preciso estar atento ao fato de que o aumento da arrecadação tributária não pode consistir em única justificativa para ampliar a zona urbana.

Lembremos, também, que atualmente assistimos a uma tendência a conter a expansão exagerada e injustificável das cidades, no intuito de garantir uma maior sustentabilidade ambiental que passa necessariamente pela valorização do campo e suas atividades.

A alteração infundada da classificação do solo poderá, por outro lado, trazer prejuízos concretos aos proprietários e acarretar responsabilidades à Administração Pública Municipal. Esses prejuízos, a serem ressarcidos por meio de indenização, não se justificam se não houver um verdadeiro interesse público que lhes respalde.

Ainda que o planejamento urbanístico seja um ato que se caracterize por admitir uma intensa discricionariedade do administrador local, deve-se ater para o fato de que devemos prezar por uma discricionariedade técnica e não fantasiosa. Um inventário do solo irá demonstrar o quanto uma área pode ou não ser admitida como urbanizada ou urbanizável e, portanto, integrar o perímetro urbano, e deve-se considerar a hipótese de estabelecer uma área de uso misto, a fim de viabilizar a aplicação simultânea de uma legislação de cunho rural que no Brasil é de competência da União e não do Município.

É perfeitamente possível que a zona de expansão urbana reconheça espaços específicos como propriedades rurais em meio urbano, com uso especial, voltado à implementação da agricultura urbana, excluindo pontualmente a aplicação do IPTU. Nesse caso, acreditamos que seriam solucionadas inúmeras questões e que o legislador brasileiro estaria acompanhando uma tendência mundial.

A delimitação da zona urbana ou urbanizável gera, portanto, dúvidas e consequências relevantes⁴⁵⁴. Entretanto, mesmo diante de tão controversa matéria, o legislador federal perdeu grande oportunidade ao elaborar o Estatuto da Cidade, omitindo-se acerca da conceituação dos solos urbanos, urbanizáveis ou rurais, deixando a cargo do legislador municipal e da doutrina a tarefa de estabelecer e construir tais conceitos.

Se, por um lado, o Estatuto da Cidade economiza conceitos, de outro, reforça a abrangência da aplicabilidade espacial do direito urbanístico ao definir como diretriz geral para a execução da política urbana a “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do município e do território sob sua área de influência;⁴⁵⁵”.

Em todo caso, não se poderá negar que, embora o direito urbanístico tenha ampla aplicabilidade em todo território municipal, é preciso lembrar que a Constituição destaca, em capítulos

⁴⁵⁴ O zoneamento da cidade, nesse caso, traz, dentre outras, uma implicação prática importante, no que diz respeito ao ente político competente para promover a desapropriação: enquanto o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social pode ser desapropriado por interesse social pela União Federal (CF, art. 184), o imóvel urbano que não esteja cumprindo sua função social só pode ser desapropriado pelo Município (CF, art. 182, §4º). Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p.149-176, abr./jun., 2002.

⁴⁵⁵ Inciso VII, artigo 2º do Estatuto da cidade, Lei n. 10.257/2001. Cf. MEDAUAR, Odete. *Coletânea de Legislação Administrativa*. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

apartados, a política urbana (artigos 182-183) e a política fundiária (artigos 184-191), esta ligada em grande parte à questão da distribuição das terras rurais (reforma agrária) e sua exploração econômica. Tem-se, aí, um limite do direito urbanístico, pois a política urbana não poderá tomar para si a disciplina de matérias próprias da política fundiária⁴⁵⁶. Entretanto, isso não exclui o meio rural do campo de aplicação territorial do direito urbanístico. Cabe a essa disciplina (e não à disciplina fundiária):

- a) a regulamentar a conversão de uma zona rural em zona urbana (conforme artigo 182, §1º, da Constituição Federal do Brasil, tratando da “política de expansão urbana”);
- b) a proteção dos recursos naturais necessários ao desenvolvimento da cidade como um todo (como as águas e o ar), independentemente da zona em que estão situados;
- c) relações em geral entre o meio urbano e o meio rural;
- d) questões espaciais do meio rural, naquilo que não for diretamente vinculado à política agrária⁴⁵⁷.

A Lei n. 10.257/2001 exige como conteúdo mínimo do plano diretor municipal, a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º dessa lei, mas não estabelece o que se poderia compreender como classificação ou qualificação dos solos, termos utilizados, por exemplo, pela legislação portuguesa para determinar as áreas rurais e urbanas.

Em Portugal, a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território, Lei 48/98, de 11 de agosto, estabelece no artigo 15º que o regime do solo é definido mediante a classificação e a qualificação do solo. A classificação do solo determina o destino básico dos terrenos e assenta na distinção fundamental entre solo rural e solo urbano, definindo solo rural como aquele para o qual é reconhecida vocação para as atividades agrícolas, pecuárias, florestais ou minerais, assim como o que integra os espaços naturais de proteção ou de lazer, ou que seja ocupado por infraestruturas que não lhe confirmam o estatuto de solo urbano. O solo urbano, por sua vez, é aquele para o qual é reconhecida vocação para o processo de urbanização e de edificação, nele se compreendendo os terrenos urbanizados ou cuja urbanização seja programada, constituindo o seu todo o perímetro urbano.

A qualificação dos solos, por sua vez, regula o aproveitamento dos terrenos em função da atividade dominante que neles possa ser efetuada ou desenvolvida, estabelecendo o respectivo uso e edificabilidade. O plano diretor define a qualificação e a classificação dos solos naquele país⁴⁵⁸. Segundo Correia⁴⁵⁹, o conceito de núcleo urbano em Portugal é idêntico ao de aglomerado urbano, sendo caracterizado pelo artigo 62º, n.1, do Decreto-Lei 794/76, de 5 de novembro (Lei dos Solos), como

o núcleo de edificações autorizadas e respectiva área envolvente, possuindo vias públicas pavimentadas e que seja servido por rede de abastecimento domiciliário de

⁴⁵⁶ Nesse sentido, Carvalho lembra que o município executará o planejamento urbanístico sobre toda a sua área, mas observará às zonas declaradas pelo presidente da República como sendo prioritárias para reforma agrária. Nelas, por expressa disposição constitucional, o interesse prevalente é o nacional (art184 e ss, CF/88) e não o local. Daí inexistir competência para o município considerar, ao arripio da norma constitucional, tal área como urbanizável. Cf. CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire de. Aspectos Jurídicos do Zoneamento. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.) **Temas de Direito urbanístico – I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 137-153;

⁴⁵⁷ Nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

⁴⁵⁸ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. Conferir na doutrina: OLIVEIRA, Fernanda Paula; CARDOSO, António Magalhães. Perequação, Expropriações e Avaliações. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, nº. 12, p. 43-63, ano VI, 2003.

⁴⁵⁹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 847 e ss.

água e de drenagem de esgoto, sendo o seu perímetro definido pelos pontos distanciados 50m das vias públicas onde terminam aquelas infraestruturas.

Interessante é verificar, ainda, a noção de perímetro urbano segundo a doutrina portuguesa. Esse conceito é mais amplo que o de núcleo urbano e abrange as diferentes categorias de solo urbano, isto é, aquelas que conferem as suscetibilidades de urbanização ou de edificação, compreendendo os solos urbanizados, os solos cuja urbanização seja possível programar e os solos afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano (Conferir os artigos 72º, n. 2, alínea b, e 73º, n. 3 e 4, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro). Por sua vez, o artigo 28º, n.2, do Decreto-Lei n. 69/90, de 2 de março (diploma revogado pelo Decreto-Lei n. 380/99, cfr. artigo 159º), definia o perímetro urbano como o conjunto do espaço urbano, do espaço urbanizável e dos espaços industriais que lhes sejam contíguos.

Ainda no direito comparado, encontramos estratégia distinta adotada pelo legislador espanhol. Naquele país, a legislação de base da política urbana, *ley del suelo*, vem conceituando os solos conforme seu grau de consolidação urbana.

A revogada *ley del suelo*, n. 6 de 13 de abril de 1998, estabelecia do artigo 7º ao 11º o conceito de solo urbano: “*El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidadas por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística*”⁴⁶⁰.

A nova *ley del suelo* espanhola, Lei 8/2007, de 28 de maio, estabelece os conceitos no artigo 12º, no qual fica determinado que todo solo se encontra, para os efeitos daquela lei, em uma das situações básicas de solo rural ou solo urbanizado. O solo rural se caracteriza por ser: a) aquele preservado pela ordenação territorial e urbanística da transformação mediante urbanização, e b) o solo onde se prevê ou se permita a transformação em solo urbano, mas ainda está em fase transitória de urbanização.

Ainda que a legislação geral do Brasil não estabeleça tantos detalhes em matéria de classificação dos solos, a competência para estabelecer tais regras é do município, no momento da elaboração das normas especiais de direito urbanístico. Em nosso entendimento, o instrumento adequado é o plano diretor, que deverá indicar as áreas rurais e urbanas e estabelecer a aplicabilidade dos instrumentos estabelecidos no Estatuto da Cidade. Essa definição deverá passar, por outro lado, por um processo refletido e consciente, que não poderá ignorar as diversas problematizações advindas de sua aplicabilidade prática.

Estabelecer a vocação dos solos é um primeiro passo para solucionar algumas questões que surgem no contexto rural. Fenômeno pertinente a esse tema se apresenta com maior frequência no Brasil: o parcelamento irregular do solo rural.

Trata-se de evento que ocorre na medida em que o espaço declaradamente rural passa a apresentar características mistas em um processo de urbanização especial desconectado com as zonas de expansão definidas na legislação local. Dúvidas surgem, nesse ponto, acerca da possibilidade de utilização dos recursos trazidos pelo direito urbanístico tendo em vista as características dos solos e a separação da matéria (urbana e rural) na legislação brasileira.

Trataremos dessa problemática rapidamente, para em seguida tratarmos do campo de aplicação material do direito urbanístico.

h) O parcelamento irregular do solo rural

Um dos eventos que coloca em evidência a relevância da definição do campo de aplicação espacial do direito urbanístico é o loteamento clandestino em meio rural. Trata-se do parcelamento do solo rural, realizado em desacordo com as previsões formais estabelecidas pelo Instituto Nacional de

⁴⁶⁰ Artigo 8º, Ley del Suelo, n. 6 de 13 de abril de 1998. Cf. VV. AA. **Regimen del Suelo y Valoraciones**: (Ley 6/1998, de 13 de Abril). Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

Colonização e Reforma Agrária (Incra), responsável pelo estabelecimento dos módulos mínimos das unidades de produção agrícola nas diversas regiões brasileiras.

O Incra dispõe sobre parcelamentos urbanos em zona rural através da instrução n. 17-b de 22 de dezembro de 1980. Essa instrução normativa apresenta conteúdos genéricos, muitas vezes insuficientes para a prevenção ou regularização dessas ocupações. Os parcelamentos realizados dessa maneira acabam por formar núcleos habitacionais, na maior parte das vezes condomínios de classe média. Tais condomínios não se enquadram nos parâmetros rurais e tampouco se localizam em zona urbana ou de expansão urbana.

O município tem a responsabilidade constitucional de legislar sobre assuntos de interesse local. A regulação das formas de uso, ocupação e o parcelamento do solo⁴⁶¹ no território municipal são, inegavelmente, de interesse local. Portanto, o município deve tomar para si a responsabilidade de exercer essa regulação que, certamente, envolverá negociações e articulações com o Incra.

Em alguns casos, a alternativa para viabilizar a regularização das áreas parceladas em zona rural é a instituição de novo perímetro urbano, onde se demarque zona de expansão urbana ou zona de urbanização específica, nos termos da Lei Federal n. 6.766/79, abrangendo os núcleos já existentes e as áreas de interesse para a realização de novos parcelamentos urbanos.

Entretanto, essa solução nem sempre é aplicável. Pode haver grandes vazios entre esses parcelamentos e as zonas urbanas. Por outro lado, as demarcações devem ser coerentes com o macrozoneamento rural e vir acompanhadas por medidas de combate aos vazios urbanos, com instrumentos urbanísticos que ampliem democraticamente o acesso à terra na área urbana consolidada.

E não se pode negar que uma das finalidades da política urbana no Brasil é o controle do parcelamento dos solos tendo em vista a promoção do desenvolvimento e da expansão urbana de forma socialmente justa e ambientalmente equilibrada.

i) A regularização das ocupações na zona rural

A ocupação irregular é consequência do parcelamento irregular. Em alguns municípios, moradores de núcleos clandestinos e irregulares implantados na zona rural têm pressionado os governos locais, inclusive via Ministério Público, reivindicando a regularização fundiária e urbanística. São moradores com rendimentos variados, principalmente médios. Tratam-se aqui de residentes em condomínios fechados, loteamentos populares e loteamentos de padrão médio. A irregularidade das ocupações urbanas na zona rural é multifacetada. Nem todas as situações são regularizáveis. Para cada situação exige-se uma estratégia específica. Apesar das ações de regularização fundiária e urbanística poderem ser implementadas independentes do Plano Diretor, é importante articular essas estratégias no sistema de planejamento e gestão territorial do município, evitando regularizações *ad hoc* mediante termos de ajustamento de conduta pontuais.

A regularização das ocupações na zona rural deve ser bastante criteriosa, especialmente nos locais com muitos vazios urbanos. Deve-se sempre ter o cuidado de não induzir o surgimento de outras ocupações, principalmente em áreas distantes do perímetro urbano. É imprescindível definir claramente os critérios para identificar os núcleos regularizáveis, por exemplo, os núcleos implantados até uma data limite, próximos às sedes dos distritos rurais, ocupados pela população de baixa renda, em estágio avançado de consolidação, localizados fora das áreas de risco e de interesse ambiental, dentre outros.

E os núcleos ocupados por grupos de renda média e alta? Esses precisam ser analisados com mais cuidado. Podem ser regularizados, mediante contrapartida financeira, desde que preencham os critérios pré-estabelecidos.

⁴⁶¹ A Lei Federal n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, com as modificações introduzidas pela Lei n. 9.785, de 29 de janeiro de 1979, estabelecem tamanhos de lotes mínimos, declividades máximas de terrenos para construções, área mínima de espaços públicos em loteamentos, entre outras medidas. Pelos dados, observa-se que quanto maior a população, mais localidades implantaram a lei. Dos municípios com mais de 500 mil habitantes, somente três não a possuem, cujas diretrizes devem estar no plano diretor pois todos possuem o plano. Cf. **Perfil dos Municípios Brasileiros**. Gestão Pública, 2004. Rio de Janeiro: Instituto brasileiro de Geografia e Estatística, 2005. p. 33.

Se for possível, o Plano Diretor deve identificar todas ou parte das áreas regularizáveis localizadas na zona rural e deve incluir as estratégias e instrumentos para efetivar a regularização. Para isso, é imprescindível mapear e traçar o perfil social, econômico e territorial de todos os núcleos na fase da leitura. Caso esse mapeamento e análises não se viabilizem, pode-se detalhar um plano de regularização urbanística e fundiária em Lei Complementar. Contudo, é fundamental estabelecer no Plano Diretor os critérios básicos para identificar os núcleos regularizáveis, as estratégias para efetivar as ações de regularização, os parâmetros para a adequação urbanística, e definir as responsabilidades dos atores sociais envolvidos, como Poder Público, moradores e loteadores.

Como em qualquer ação de regularização fundiária e urbanística, é importante que se adotem medidas preventivas que evitem que se produzam novos núcleos clandestinos e irregulares. As partes desocupadas dos núcleos parcialmente construídos podem retornar à condição de gleba. É importante que o poder público use seu poder de polícia na fiscalização e controle dos loteamentos e condomínios clandestinos e irregulares localizados nas zonas rurais, interditando, embargando e até demolindo novos núcleos. Entretanto, o exercício do poder de polícia da administração não pode ser uma ação isolada, deve estar articulado com estratégias para democratizar e ampliar o acesso à terra urbana em áreas adequadas. Pode ser estrategicamente útil envolver a Procuradoria do município, o Ministério Público e a Corregedoria nas discussões para consolidar essas propostas e critérios.

2.2.2. *Campo de aplicação material*

A definição do campo de aplicação material do direito urbanístico passa pela análise da evolução que esse direito sofreu nas últimas décadas em nossa legislação brasileira e nas legislações estrangeiras ocidentais de maior expressividade na matéria. Marcado inicialmente pela simplicidade e traçado das vilas que se assentavam em nosso país⁴⁶², evoluiu para um urbanismo operacional, que permite uma organização eficaz, considerando as diversas influências e interesses que se realizam sobre o solo, com a plena e justa distribuição dos benefícios e encargos de um desenvolvimento urbano que se quer equilibrado, amigo do ambiente e atento à preservação dos bens culturais e naturais que lhe compõem⁴⁶³.

O campo de aplicação material do direito urbanístico veio, portanto, adquirir uma face extremamente ampla. Podemos dizer que, nesse país, assim como em países da Europa, a evolução legislativa e doutrinária consagra um novo perfil daquele ramo jurídico que parece ser irreversível. O direito urbanístico ambiciona, desde o final do século passado, gerir a cidade em sua globalidade e se ocupa, no intuito de fazê-lo, de finalidades múltiplas indo desde a forma das infraestruturas urbanas até a melhoria da qualidade de vida, passando pela coesão social e o equilíbrio ambiental⁴⁶⁴.

Alargando seus fins, o direito urbanístico não se restringe mais a apenas manter certa ordem pública, mas a perseguir um desenvolvimento sustentável, agindo ativamente junto às iniciativas privadas⁴⁶⁵.

Sem dúvida, podemos reconhecer, segundo a observação da evolução do direito urbanístico, que o enriquecimento constante de suas finalidades consiste num fenômeno recorrente nas legislações dos estados sociais de direito da atualidade e não se poderá mais restringir a disciplina a apenas um núcleo impermeável. Tratar-se-ia de uma visão limitada que não atende às exigências atuais. Ao contrário, é preciso dispor de uma visão de síntese das circunstâncias que envolvem os atos de construir ou de ordenar. Assim, como destaca Soler-Couteaux⁴⁶⁶, o direito urbanístico deve

⁴⁶² Cf. SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 51 e ss.

⁴⁶³ Nesse sentido também o direito urbanístico francês. Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'urbanisme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 4 e ss.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, JEGOUZO, Yves. L'impact de la loi SU sur la nature du droit de l'urbanisme. Paris, **BJDU**, p. 226-, n. 4, 2001.

⁴⁶⁵ Cf. JACQUOT, H. Óu va le droit de l'urbanisme?. Paris, **Const. -Urb.**, étude 20, p. 36, 2007.

⁴⁶⁶ Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'urbanisme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 12

progressivamente dar lugar a um direito de utilização do solo, conceito que engloba o sentido que a matéria possui hoje.

Tendo feito tais observações, é possível comentar, ainda, que através de normas de ordenação territorial típicas do direito urbanístico é possível regulamentar inúmeros modos de utilização ou ocupação do solo, com exceção daqueles ligados à produção agrícola. Trata-se de construções, mas também de loteamentos, de demolições, de limitações, instalações de atividades diversas (áreas de estacionamento, jogos de esporte etc), áreas para camping, a forma e o tempo de cortes de árvores, entre outros⁴⁶⁷.

Inúmeras são as medidas estatais possíveis de ser implementadas com o fim de organizar os espaços habitáveis de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade⁴⁶⁸. Não pretendendo esgotar as situações em que o direito urbanístico intervém, podemos lembrar, em caráter geral, que todas as hipóteses ligadas às funções elementares da cidade (habitação, trabalho, circulação e lazer) são objeto e conformam o campo de aplicação material da disciplina jurídica dos solos. Nesse contexto, o direito urbanístico atua no campo do desenvolvimento econômico, social, cultural, desportivo, ambiental, de segurança pública, dentre outros que interessam à vida citadina e rural.

Em bem da verdade, a amplitude do campo de aplicação material do direito urbanístico estará diretamente ligada aos objetivos, aos princípios e às diretrizes que lhe conformam. No caso da ordem urbanística brasileira, parece-nos que os legisladores constitucionais e infraconstitucionais fizeram bem ao se sensibilizar com as questões sociais enfrentadas no país sem menosprezar os interesses culturais, ambientais e econômicos que também coexistem no contexto multifacetado dos municípios brasileiros.

Parece-nos interessante demonstrar, a título de exemplificação desse item, a vasta gama de matérias abarcadas pelo Plano Diretor do Município de São Paulo, Lei n. 13.430, de 13 de setembro de 2002. Como instrumento elementar da política urbana, o plano diretor abrange objetivos e estratégias de matérias ligadas ao desenvolvimento econômico e social⁴⁶⁹ (artigo 14º), ao turismo⁴⁷⁰ (artigo 17º), do desenvolvimento humano e da qualidade de vida⁴⁷¹ (artigo 20º), do trabalho, emprego e renda⁴⁷²

⁴⁶⁷ JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'Urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 10.

⁴⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 103-104.

⁴⁶⁹ “Art. 14 – É objetivo do Desenvolvimento Econômico e Social sintonizar o desenvolvimento econômico da Cidade e a sua polaridade como centro industrial, comercial e de serviços com o desenvolvimento social e cultural, a proteção ao meio ambiente, a configuração do espaço urbano pautado pelo interesse público e a busca da redução das desigualdades sociais e regionais presentes no Município. Parágrafo único – Para alcançar o objetivo descrito no “caput” deste artigo, o Município deverá articular-se com os demais municípios da Região Metropolitana de São Paulo e instâncias do governo estadual e federal. Art. 15 – São diretrizes do Desenvolvimento Econômico e Social: I - a desconcentração das atividades econômicas no Município; II - a orientação das ações econômicas municipais a partir de uma articulação metropolitana para a mediação e resolução dos problemas de natureza supra municipal; III - o desenvolvimento de relações nacionais e internacionais com associações e instituições multilaterais, bem como, com organismos governamentais de âmbito federal, estadual e municipal, no intuito de ampliar parcerias e convênios de interesse da Cidade e viabilizar financiamentos e programas de assistência técnica nacional e internacional; IV - o fomento a iniciativas que visem atrair investimentos, públicos ou privados, nacionais e estrangeiros; V - o estímulo e o apoio ao acesso e ao desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico, pelos micros e pequenos empreendimentos, cooperativas e empresas autogestionárias; VI - a articulação das diversas políticas sociais com a política econômica, potencializando as ações públicas e compatibilizando crescimento econômico com justiça social, desenvolvimento social, cultural e equilíbrio ambiental; VII - a atração de investimentos produtivos nos setores de alto valor agregado, gerando condições para a criação de um parque tecnológico avançado.” Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷⁰ Dos itens elencados no artigo 17º da Lei Municipal n. 13.430, de 13 de setembro de 2002, de São Paulo, destacamos os seguintes: “Art. 18 – São diretrizes relativas à política de turismo: (...) IV - a garantia da oferta e qualidade na infraestrutura de serviços e informação ao turista; (...) Art. 19 - São ações estratégicas para o turismo: (...) IV - desenvolver roteiros e implantar sinalização turística conforme padrões e especificações técnicas pertinentes; (...) VIII - instalar postos de informação turística; “

⁴⁷¹ “Art. 20 – O Poder Público Municipal priorizará combater a exclusão e as desigualdades sociais, adotando políticas públicas que promovam e ampliem a melhoria da qualidade de vida dos seus munícipes, atendendo às suas necessidades básicas, garantindo a fruição de bens e serviços socioculturais e urbanos que a Cidade oferece e buscando a participação e inclusão de todos os segmentos sociais, sem qualquer tipo de discriminação. (...) Art. 25 – A distribuição de equipamentos e serviços sociais deve respeitar as necessidades regionais e as prioridades definidas a partir da demanda, privilegiando as áreas de urbanização precária, com atenção para as Zonas Especiais de Interesse Social. “Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

(artigo 28°), da educação⁴⁷³ (artigo 30°), da saúde (artigo 33°), da assistência social (artigo 36°), da cultura (artigo 39°)⁴⁷⁴, dos esportes, de lazer e de recreação (artigo 42°), da segurança urbana (artigo 45°), do abastecimento⁴⁷⁵ (artigo 48°), da agricultura urbana⁴⁷⁶ (artigo 51°), do ambiente e do desenvolvimento urbano⁴⁷⁷ (artigo 54°), dos recursos hídricos (artigo 61°), do saneamento básico (artigo 64°), da drenagem urbana (artigo 67°), dos resíduos sólidos (artigo 70°) e da energia e da iluminação pública (artigo 73°).

Ainda que por um momento nos pareça de extrema amplitude, o plano diretor paulista reflete a consciência do legislador local de que o solo é a base concreta para a realização de todas essas atividades ou necessidades da vida cotidiana. A gestão da cidade envolve, assim, infinitas conexões entre o espaço e os interesses singulares e coletivos.

Camon de Passos⁴⁷⁸ arrola seis conjuntos de necessidades do meio urbano, cada um deles encerrando diversos aspectos específicos. E cada qual dessas diferentes necessidades deve ser satisfeita em um ou vários domínios de fruição: habitação, trabalho, circulação, diversão, consumo, eliminação de lixo/resíduos. O não-atendimento dessas necessidades gera consequências diversas, desde a insatisfação, esgotamento físico e psíquico até a violência urbana, que surge como resposta dos excluídos. E sobre tais elementos deverá se debruçar a ciência do direito urbanístico.

Lembremos, entretanto, que cada cidade possui sua própria realidade e é em função dessas realidades que o direito urbanístico define seu objeto. Ainda na esteira do entendimento de Passos,

⁴⁷² “Art. 28 – São diretrizes no campo do Trabalho, Emprego e Renda: (...) V - a descentralização das atividades e dos serviços de atendimento ao cidadão. (...) Art. 29 – São ações estratégicas no campo do Trabalho, Emprego e Renda: (...) X - instituir em parceria, programa de agricultura urbana em terrenos sub-utilizados ou não utilizados.” Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷³ “(...)Art. 32 – São ações estratégicas no campo da Educação: (...) § 6° - São ações estratégicas para o Ensino Médio e Ensino Superior: c) manter entendimentos com as esferas estadual e federal visando à implantação descentralizada de cursos de nível superior, voltados à vocação econômica das regiões; d) apoiar e estimular a implantação de universidade pública na zona leste.” Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷⁴ “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; b) garantir a todos os espaços e instrumentos necessários à criação e produção cultural; (...) Art. 40 - São diretrizes no campo de Cultura: I - a integração da população, especialmente das regiões mais carentes da Cidade, à criação, produção e fruição de bens culturais; (...) V - estimular a ocupação cultural dos espaços públicos da Cidade; VI - recuperar e revitalizar os equipamentos culturais da Cidade, como teatros, centros culturais, bibliotecas, casas de cultura e centros de terceira idade; (...) XIII - criar sistemas de identificação visual de bens tombados e áreas históricas; (...) XV - inventariar e conservar monumentos e obras escultóricas em logradouros públicos; XVI - informar e orientar a população sobre patrimônio artístico, arquitetônico e cultural, incentivando assim sua fruição e preservação; XVII - revitalizar edifícios de interesse histórico, por meio de utilização, para finalidade adequada à sua preservação e valorização; (...) XXI - estabelecer o mapeamento cultural com a contagem de equipamentos culturais públicos e privados nos distritos do Município”. Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷⁵ “Art. 48 – São objetivos da política de Abastecimento: (...) II - disseminar espaços de comercialização de produtos alimentícios a baixo custo; (...)V - apoiar e incentivar iniciativas comunitárias e privadas na área do abastecimento, voltadas à redução do custo dos alimentos; (...)VII - incentivar e fornecer apoio técnico e material às iniciativas de produção agrícola no Município; VIII - garantir o controle sanitário de estabelecimentos que comercializam ou manipulam alimentos no varejo; (...) Art. 50 - São ações estratégicas relativas ao Abastecimento: (...)IV - apoiar a implantação de hortas comunitárias e domiciliares; (...)VIII - instituir funcionamento de feiras livres em horários alternativos e implantar feiras confinadas em regiões onde a rede de distribuição é rarefeita;” Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷⁶ “Art. 51 - São objetivos da Agricultura Urbana: I - estimular a cessão de uso dos terrenos particulares para o desenvolvimento, em parceria, de programas de combate à fome e à exclusão social, por meio da agricultura urbana; II - aproveitar os terrenos públicos não utilizados ou subutilizados, em programas de agricultura urbana de combate à exclusão social”(...). Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷⁷ “Art. 54 – A Política Ambiental no Município se articula às diversas políticas públicas de gestão e proteção ambiental, de áreas verdes, de recursos hídricos, de saneamento básico, de drenagem urbana e de coleta e destinação de resíduos sólidos. Art. 55 - São objetivos da Política Ambiental: I - implementar as diretrizes contidas na Política Nacional do Meio Ambiente, Política Nacional de Recursos Hídricos, Política Nacional de Saneamento, Programa Nacional de Controle da Qualidade do Ar, Lei Orgânica do Município e demais normas correlatas e regulamentares da legislação federal e da legislação estadual, no que couber; II - proteger e recuperar o meio ambiente e a paisagem urbana; III - controlar e reduzir os níveis de poluição e de degradação em quaisquer de suas formas; (...)”. Cf. Lei do Município de São Paulo, n. 13.430, de 13 de setembro de 2002.

⁴⁷⁸ Cf. PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo: Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, n. 7, p. 37-51, ago./set., 2006.

mesmo que fosse possível refletir cientificamente sobre as necessidades básicas de uma comunidade a partir de conhecimentos empíricos acumulados sobre seu modo de vida e seus problemas, jamais se deve reconhecer ao cientista do direito a pretensão de definir as necessidades concretas de tal ou qual grupo em lugar dos próprios interessados. O mesmo raciocínio vale para os conceitos de desenvolvimento, sobretudo no que se refere às adaptações particulares que não deverão ser especificados à revelia de sentimentos, de valores e de expectativas dos cidadãos.

3. A natureza do direito urbanístico

No Brasil, o direito urbanístico como é conhecido teve seus primeiros estudos em meados da década de 1950⁴⁷⁹ e sua formação segue, até os dias de hoje, em processo de afirmação. Até 2001, com a aprovação da Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, em suas normas, não possuía um regulamento de caráter geral, guardando entre si apenas conexão puramente material em função do objeto, qual seja, a regulamentação da atividade urbanística, disciplina da ordenação do território, o “planejamento urbano, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial (como a execução das urbanizações, o disciplinamento dos bens urbanísticos naturais e culturais), a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística”⁴⁸⁰.

Apesar de podermos identificar uma relevante particularidade das normas de direito urbanístico, há uma forte tendência em considerá-lo como parte da ciência do Direito Administrativo. Com efeito, para os administrativistas em geral, as normas de direito urbanístico não passam de normas administrativas especiais ou não, mas sempre ligadas ao poder de polícia⁴⁸¹. Sob esse ponto de vista, as normas de direito urbanístico encontram-se no rol de restrições aos direitos individuais ligados à propriedade, sendo espécies de limitação administrativa. E como ensina Meirelles: “a cada restrição de direito individual, expressa ou implícita em norma legal, corresponde equivalente poder de polícia à Administração Pública para torná-la efetiva e fazê-la obedecida”⁴⁸².

Trata-se de questão delicada sobre a qual divergem autores respeitáveis. Importa, *a priori*, definir o que se considera “autonomia científica” e a relevância do reconhecimento desta em matéria urbanística. Como nos lembra Reale⁴⁸³, a ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico em todas as suas manifestações e momentos, não se restringindo somente à experiência já aperfeiçoada e formalizada em leis, mas também, analisando seu desenvolvimento contínuo na sociedade e conseqüentemente nas relações de convivência. Tomando-se a ideia do Direito como ciência, considerando que para bem estudá-la, assim como para estudar qualquer outra ciência, se faz necessária uma divisão. Partimos da herança dos antigos romanos, distinguindo, em primeiro momento, o direito público⁴⁸⁴ do direito privado. Apesar de não ignorarmos as inúmeras críticas dirigidas a essa divisão tradicional⁴⁸⁵, nos rendemos a sua utilidade didática, sem, entretanto,

⁴⁷⁹ Os primeiros estudos no Brasil se iniciaram com Hely Lopes Meirelles em alguns capítulos de sua obra *Direito Municipal Brasileiro* (1957) em *Direito de Construir*, (1961) e em artigos publicados em revistas especializadas. O primeiro livro específico da disciplina é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, Rio de Janeiro: Forense, 1975. O Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM) também produz estudos nesse ramo tendo publicado vários trabalhos caracteristicamente da disciplina de direito urbanístico. Na Faculdade de Direito da USP é ofertado curso de pós-graduação em direito urbanístico há cerca de 20 anos.

⁴⁸⁰ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 32

⁴⁸¹ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 32

⁴⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.98.

⁴⁸³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ªed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 323.

⁴⁸⁴ Entendemos este como o setor da Ordem Jurídica que compreende as normas reguladoras das relações de autoridade, entre sujeitos com poderes desiguais, portanto, para realização de interesses públicos. Cf. CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 19.

⁴⁸⁵ “L’évolution et les impératifs de l’économie moderne sont tels qu’il n’existe plus de séparation rigide entre les disciplines du droit privé et du droit public et, au-delà, du droit et de la science économique”. Cf. JACQUIGNON, L.; DANAN, Y.M. **Le Droit de L’urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978. p. 07. Ainda sobre a oposição entre o direito público e o direito privado Pierre Moor expressa com clareza a perplexidade teórica da distinção entre os dois ramos do

defendermos uma visão estanque dos dois ramos do Direito que, ao contrário, formam um sistema unitário interceptando-se mutuamente⁴⁸⁶, sobretudo quando se fala em direito urbanístico⁴⁸⁷.

Nesse sentido, o direito urbanístico é ramo do Direito Público, uma vez que suas normas emanam de sujeitos de Direito Público e sua finalidade consiste em resolver situações conflituais entre o interesse público, traduzido no ordenamento do espaço e o interesse individual e representado no direito de propriedade privada do solo⁴⁸⁸.

Para além da grande e polêmica divisão “público x privado”, é possível verificar que a ciência do Direito tende à especialização de suas análises, acompanhando, assim, às especializações que as leis promovem no atendimento aos fatos sociais⁴⁸⁹. A especialização leva à formação de ramos “autônomos” do Direito, frutos da construção legislativa e doutrinária.

A palavra autonomia significa a atuação de normas próprias (“auto” = próprio, a; “nomos” = norma). Dentro do círculo maior da ordem jurídica, podemos dizer que um ramo do Direito é autônomo a respeito dos demais a partir do momento em que suas normas e sua construção doutrinária lhe conferem tal posição, por apresentarem princípios, domínios sub-especializados e metodologia próprios.

A autonomia científica de um ramo jurídico se verifica, assim, no momento em que é possível distinguir um conjunto de regras de tal forma especial e desenvolvido que possui princípios próprios não comungados pelos demais ramos jurídicos.

É importante distinguir, ainda, a autonomia científica da autonomia didática. Quando certo ramo ou subdivisão do Direito apresenta princípios e conceitos próprios que inspiram a elaboração de institutos e figuras jurídicas diferentes das pertencentes a outros ramos do Direito e não utilizáveis por estes, estamos diante da autonomia científica⁴⁹⁰. A autonomia científica só será alcançada pela existência de normas específicas, razoavelmente desenvolvidas, que regulem condutas ou relações conexas ou vinculadas a um objeto específico, conferindo homogeneidade ao sistema normativo de que se trata. A autonomia é em função do direito objetivo. Se este se desenvolveu ao ponto de gerar, em torno de seu objeto específico, princípios, conceitos e institutos próprios, então se admitirá que o ramo do Direito em tela adquiriu autonomia científica⁴⁹¹.

direito: “La distinction entre droit public et droit privé est sans aucun doute l’une de ces questions qui agite la théorie du droit depuis le plus longtemps, sans pour autant que cette aditation produise un résultat clair, net, sans ambiguïté”. Cf. MOOR, Pierre. L’opposition entre droit public et droit privé: un état de la question, **Mensch und Staat, L’homme et l’Etat**, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l’Université de Fribourg pour Thomas Fleiner, Fribourg, p. 639-658, 2003.

⁴⁸⁶ As distinções entre os dois ramos do Direito são objeto de pesquisa inesgotável na doutrina. Das diversas posições encontradas, a mais atual defende a noção segundo a qual o sistema de Direito seria unitário, de forma que a distinção entre público e privado restaria inócua e deveria mesmo ser abandonada. Tal doutrina é conhecida como “unitária” e critica sobretudo a fragilidade e, portanto, a relatividade das distinções apontadas entre os dois ramos do Direito. Em todo caso, não desenvolveremos com profundidade neste momento a temática e esclarecemos que a distinção aqui assumida não representa a oposição estanque entre os dois ramos, outrossim, é aquela onde encontramos uma maior coerência para a exposição da temática principal, qual seja, a autonomia do direito urbanístico. Nesse sentido: “(...) la distinction entre droit public et droit privé n’est pas l’opposition de deux types de normes antagonistes: bien au contraire, elle manifeste l’unité complexe du droit de notre société, dans la mesure où on peut déboucher avec elle sur une conception différenciée des intérêts privés et des intérêts publics qui cesse d’opposer le privé et le public comme deux valeurs réciproquement irréductibles l’une à l’autre”. Cf. MOOR, Pierre. L’opposition entre droit public et droit privé: un état de la question, **Mensch und Staat, L’homme et l’Etat**, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l’Université de Fribourg pour Thomas Fleiner, Fribourg, p. 639-658, 2003.

⁴⁸⁷ Nesse sentido, a teoria do Direito Administrativo se desenvolveu tornando-se autônoma em relação ao Direito Civil, de tradição romana, passando a integrar o que se denominou por Direito Público, caracterizando-se por representar a disciplina (garantia) entre as relações do Estado com os particulares. Cf. LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 13. ed., Paris: L.G.D.J., v. 1, 1994. p. 13 e ss. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁸⁸ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63.

⁴⁸⁹ A legislação, assim como a jurisprudência, é pragmática. Elas tomam por critério aquilo que julgam mais adequado para a resolução dos problemas concretos que lhes são apresentados. Restam inevitáveis os erros de sistemática, objetos de críticas e análises doutrinárias. Entretanto, ao mesmo tempo que cabem críticas a essas irrefletidas ou assistemáticas opções, não se lhe devem ignorar, na medida em que forjam o sistema jurídico ao qual nos submetemos a todos. Cf. MOOR, Pierre. L’opposition entre droit public et droit privé: un état de la question, **Mensch und Staat, L’homme et l’Etat**, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l’Université de Fribourg pour Thomas Fleiner, Fribourg, p. 639-658, 2003.

⁴⁹⁰ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 36.

⁴⁹¹ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 36

Resta saber se, no contexto do direito urbanístico voltado ao estudo das normas que disciplinam o uso do solo e as relações de interesse travadas entre particulares e o poder público, é possível afirmar que existe, para além de uma autonomia didática, uma também autonomia científica.

O Direito como unidade científica em sentido *lato*, engloba várias áreas relacionadas a objetos e relações jurídicas distintas. Cada ramo do Direito que hoje é considerado autônomo traz em seu bojo a construção paulatina de suas regras, princípios e instituições que lhe denotam especificidade e maturidade científicas próprias.

Em se tratando do direito urbanístico, a afirmação de que haveria uma autonomia científica da matéria parece-nos precoce. Entretanto, seu reconhecimento não tardará por se tornar inevitável, em razão, sobretudo, de dois fenômenos:

1º. a ciência do direito administrativo não tem oferecido uma teoria geral apta a ser aplicada a esse novo ramo do Direito⁴⁹²;

2º. o urbanismo, assim como outros novos ramos do Direito ligados ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, amplia-se e se projeta de maneira especialíssima na pressa em atender aos problemas relacionados ao uso do solo.

No Brasil, a aprovação da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) trouxe certa unidade sistemática, necessária para a coordenação das regras sobre a utilização dos solos produzidas nos três níveis de competência legislativa do país, tratando-se, portanto, de norma de caráter geral, que disciplina artigos da Constituição (artigos 282 e ss). Por outro lado, ainda há inegável vinculação do direito urbanístico aos princípios e instrumentos típicos do Direito Administrativo. Bem como semelhança na natureza das relações jurídicas estabelecidas, embora sua dinâmica e particularidades autorizem dizer que já não se trata somente de uma sub-espécie do direito administrativo, embora haja outra doutrina que defenda o contrário⁴⁹³.

Por outro lado, se dantes o urbanismo era ignorado pelo sistema legislativo brasileiro, passou a ser tratado como matéria relevante pela Carta Constitucional de 1988, que inseriu vários dispositivos a respeito das competências em matéria urbanística e introduziu um capítulo especial sobre a política urbana (art. 182 e 183). O direito urbanístico, segundo o texto constitucional, é reconhecido como disciplina individualizável e está expresso no rol das competências legislativas concorrentes da União, Estados e Distrito Federal. (art. 24, I).

Na Europa, doutrina relevante nega a autonomia científica do direito urbanístico. É assim que Carceller Fernandez⁴⁹⁴ conclui que, ainda que tenham sido criadas algumas teorias sobre a natureza do

⁴⁹² O direito urbanístico tem por objeto o estudo das ações governamentais voltadas a obter o cumprimento da função social da propriedade, traduzida na exigência de seu adequado aproveitamento. Saber localizar esse novo ramo no sistema jurídico é desafio bastante para administrativistas e juristas de todas as áreas. Mas, acima de tudo, requer o reconhecimento de que o direito administrativo geral vem perdendo sua importância, no sentido de que suas categorias gerais têm perdido a “vitalidade”, muitas vezes ficando ultrapassadas e insuficientes. Exemplo desse fenômeno está na ainda difícil harmonização do conceito de “poder de polícia” e na dificuldade de se identificar um equilíbrio entre proteção do patrimônio cultural e ambiental e direito de propriedade. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 14-15.

⁴⁹³ “No que respeita à natureza do direito do urbanismo, embora haja quem o considere um ramo autônomo do direito, a tese claramente majoritária perspectiva-o como uma parte ou uma área especial do direito administrativo. A inserção do direito do urbanismo no âmbito do direito administrativo ancora-se numa pluralidade de fatores, designadamente na natureza das relações jurídicas que constituem o seu objecto, no leque de instrumentos jurídicos nele predominantes (regulamentos, atos administrativos, contratos administrativos e responsabilidade administrativa), nas garantias administrativas e contenciosas no mesmo vigentes, na sua génese e evolução históricas (de fato, as primeiras regras jurídicas do urbanismo surgiram por obra dos municípios e se estenderam depois ao Estado, que são os sujeitos principais de direito público) e, bem assim, na finalidade das suas normas (a resolução de uma situação conflitual entre o interesse público, traduzido no ordenamento do espaço, e o interesse individual, representado no direito de propriedade privada do solo)”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 69.

⁴⁹⁴ Já comentava o autor espanhol que “*para nosotros, aunque haya indudables aspectos civiles en la Ley del Suelo, el llamado Derecho urbanístico, terminología que cabe utilizar como una expresión abreviada o como sinónimo de legislación de Urbanismo, es, básicamente, Derecho administrativo*”. Cf. CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Montecorvo, 1977. p. 31 e ss e, do mesmo autor, conferir: CARCELLER FERNÁNDEZ, António. **Introducción al Derecho Urbanístico**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1993. p. 18.

direito urbanístico, a disciplina é, basicamente, de Direito Administrativo, podendo ser destacada como sua parte especial, o que não obsta que o direito urbanístico deva ser compreendido em relação aos institutos do Direito Civil, em particular o direito de propriedade privada.

De forma menos submissa que, todavia, não esclarece totalmente a questão. Jacquot e Priet⁴⁹⁵ consideram o direito urbanístico como um conjunto de normas e de instituições relativas ao ordenamento e desenvolvimento urbanos, que constituem um ramo do direito público e, ao seu interior, se liga em essência ao Direito Administrativo.

Há, entretanto, os que considerem a doutrina que designa o direito urbanístico como parte do Direito Administrativo excessivamente reducionista e alheia às profundas transformações operadas no papel do poder público nessa matéria, como assinala Laubadère⁴⁹⁶. Segundo o autor, inicialmente a intervenção se limitava à polícia das construções com base em normas que geraram o chamado direito administrativo da construção. Posteriormente, seguinte à Primeira Guerra Mundial, com a legislação sobre planos de urbanismo, a intervenção do poder público incide no domínio urbanístico, cujas normas dão origem ao direito administrativo urbanístico, ao lado do direito administrativo da construção. Por muito tempo, contudo, essa intervenção permaneceu dominada por uma concepção que nela descobria uma simples atuação de polícia e de regulamentação, e mesmo os planos urbanísticos não constituíam em si senão regulamentação.

“Essa concepção, conclui Laubadère, foi progressivamente ultrapassada por aquilo que hoje denominamos *urbanismo ativo* ou *operacional*”⁴⁹⁷. Como tal, entende-se que o poder público não se contenta em traçar o quadro e definir as regras segundo as quais o urbanismo é realizado pelos proprietários, promotores e construtores, mas toma a si essa realização, intervindo de maneira ativa.

Ele o faz, não só em relação às suas próprias obras (equipamentos coletivos), que constituem já um poderoso instrumento de ação na matéria e pela ajuda financeira, mas também, e é sobretudo esta a modalidade que é característica, pelo papel que assumem atualmente as pessoas públicas na realização das operações urbanísticas.

Ainda segundo a doutrina francesa, outro elemento que traz à tona o nascimento do direito urbanístico reside na necessidade de uma polícia especial⁴⁹⁸ de urbanismo. No domínio jurídico, a realização de projetos de urbanismo dos entes públicos colide, em verdade, com os direitos dos proprietários dos solos. O exercício destes direitos de propriedade pode muitas vezes tornar-se incompatível com os interesses e objetivos dos planos de ordenamento territorial promovidos pelos entes públicos, a partir do momento em que a destinação do solo prevista não corresponde ao uso desejado de fato pelos proprietários. Para que os interesses públicos e gerais possam ser atendidos, as autoridades públicas devem estar dotadas de poder para regulamentar o exercício dos direitos dos proprietários de imóveis urbanos de forma que aquele atenda aos fins do ordenamento do solo. Em outros termos, é necessário instituir uma polícia especial de urbanismo, a partir do qual se constituiu um verdadeiro direito urbanístico⁴⁹⁹. Essa “polícia urbanística” reflete uma nova “função” administrativa. Uma função coordenadora, gestora, que implica em um dever de fazer algo e não apenas em uma restrição omissiva, característica das funções administrativas em outro tempo⁵⁰⁰.

Além da aprovação de leis de caráter geral e sistematizado no Brasil e em Portugal⁵⁰¹, um numerário impressionante de obras doutrinárias é produzido mundialmente tratando exclusivamente da

⁴⁹⁵ JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. éd. Paris: Dalloz, 2004. p. 8.

⁴⁹⁶ LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 13. ed., Paris : L.G.D.J., v. 1, 1994.

⁴⁹⁷ A aparição do urbanismo operacional denota a transformação do direito urbanístico que procedia essencialmente como uma política de proteção, para um urbanismo de nova dimensão em que o poder público intervém no ordenamento urbano de forma diversa, criando equipamentos públicos. Alguns autores indicam a obrigação de reconstruir as cidades que sofreram algum sinistro e a obrigação de garantir habitação a todos. Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'Urbanisme**. Paris: Dalloz, 1996. p. 7.

⁴⁹⁸ Nesse sentido, acolhemos as críticas de Sundfeld e Mello dirigidas ao termo “poder de polícia” por sua inatualidade. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

⁴⁹⁹ JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 6-7.

⁵⁰⁰ Nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁰¹ Dentre as quais se destacam a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, Lei n.48/98 de 11 de Agosto em Portugal e o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, no Brasil.

relação entre o sujeito, detentor de um solo, proprietário ou não, e o interesse coletivo ligado à organização espacial, representado pelo poder público. Dessa produção legislativa e doutrinária observamos a predisposição à especialização científica do direito urbanístico, mais que apenas sua autonomia didática, esta última já de pacífico reconhecimento.

É de se ressaltar, outrossim, que já existem no Brasil estudos e normas relevantes de direito urbanístico⁵⁰². Atentos à unidade substancial de diversas normas voltadas a disciplina do uso dos solos, esses estudos enfocam o que há de específico no direito urbanístico e o fazem ser uma disciplina independente. Evidentemente, se compararmos o estudo da matéria no Brasil e em outros países da Europa (Portugal, sobretudo), diremos que a disciplina ainda está se consolidando e é ainda mais complexo defender sua autonomia científica por não existir entre nós um Código do Urbanismo, como ocorre na França⁵⁰³. O Estatuto da Cidade⁵⁰⁴ em vigor desde 2001 trouxe uma coesão ao sistema, porém, ainda são numerosas as leis dispersas⁵⁰⁵, tratando matérias diversas, que devem ser coordenadas para que se estabeleçam soluções estáveis para as questões urbanísticas.

No que tange à doutrina brasileira, esta também se divide entre a defesa da existência de uma ciência do direito urbanístico, ramo especial do Direito Público e a posição de que aquele é apenas um ramo especializado do Direito Administrativo. De acordo com a segunda concepção, o direito urbanístico seria um “ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística”⁵⁰⁶. Seu objeto, portanto, consiste em expor, interpretar tais normas e princípios, estabelecendo o conhecimento sistematizado sobre essa realidade jurídica, vinculado, entretanto ao Direito Administrativo.

Conforme conceituou Moreira Neto⁵⁰⁷, em uma das primeiras obras sobre o tema no Brasil, o “direito urbanístico é o conjunto da disciplina jurídica, notadamente de natureza administrativa, incidente sobre os fenômenos do Urbanismo, destinada ao estudo das normas que visem a impor valores convencionais na ocupação e utilização dos espaços habitáveis.” E conclui que não há como lhe reconhecer autonomia científica, por lhe faltar princípios e métodos próprios, o que faz dele um direito informativo, isto é, um destaque, uma reunião de temas centrados sobre um mesmo problema, com finalidade prática, notadamente didática, de facilitar, pelo enfoque especializado, a sistematização e o estudo⁵⁰⁸. As ideias elaboradas em 1977 denotam a posição dominante da doutrina brasileira antes da aprovação do Estatuto da Cidade, lei que consolida a existência de uma ordem urbanística naquele país.

Verificamos, dessa forma, que em obras publicadas após a aprovação do Estatuto da Cidade, grande parte da doutrina já admite a autonomia científica do direito urbanístico. Nesse sentido, o professor Fernandes defende com fervor o reconhecimento da autonomia do direito urbanístico. Uma vez que, desde o então revogado Código Civil brasileiro, aprovado em 1916, até a aprovação do

⁵⁰² O mais completo estudo sobre o direito urbanístico até hoje elaborado no Brasil é o do professor SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo, 2006. Para além da obra referencial de Silva, destacamos: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. São Paulo: Forense, 1977; DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002; FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; GUIMARÃES, Nathália Arruda. **O papel do Município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Ideias, 2004; LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; SAULE JÚNIOR, Nelson Saule (Coord.). **Direito à Cidade – Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

⁵⁰³ Code de l'urbanisme. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

⁵⁰⁴ Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. (Estatuto da Cidade do Brasil). BRASIL. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁵⁰⁵ Assuntos de interesse urbanístico como desapropriação, loteamento urbano e o tombamento estão disciplinados em leis especiais, promulgadas em épocas e circunstâncias diversas, tendo que ser coordenadas com o novo Estatuto da Cidade, através de esforços interpretativos.

⁵⁰⁶ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 32.

⁵⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

⁵⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 58

Estatuto da Cidade em 2001, os conceitos de função social da propriedade e da cidade foram totalmente reformulados:

(...) não há mais como negar a autonomia acadêmica e político – institucional do Direito urbanístico, não só pelas referências explícitas feitas ao ramo do Direito na Constituição Federal de 1988, mas também pelo fato de que foram claramente cumpridos todos os “critérios” tradicionalmente exigidos para o reconhecimento da autonomia de um ramo do Direito: o Direito urbanístico tem objeto, princípios, institutos e leis próprias.⁵⁰⁹

Em Portugal, a tendência ainda é considerar a disciplina como ramo especializado do Direito Administrativo, embora se reconheça que o direito do urbanismo apresente particularidades e novas adaptações de institutos tradicionais que o fazem se destacar como um sistema⁵¹⁰.

Segundo Correia⁵¹¹, a tese majoritária entende que o direito do urbanismo é considerado “parte ou uma área especial do direito administrativo”. A justificativa para tal afirmação fundamentar-se-ia na natureza das relações jurídicas que constituem o objeto do direito do urbanismo, para além dos instrumentos jurídicos predominantes, garantias e contenciosos administrativos, sua origem histórica e a finalidade de suas normas. O referido jurista considera a planificação urbanística um modo típico de atividade administrativa, cuja finalidade é a definição de regras jurídicas respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo.

Vale reafirmar que no Brasil, a Constituição de 1988⁵¹² trata o urbanismo como matéria destacada, com dispositivos a respeito das competências legislativas (art. 24, I) e com um capítulo especial sobre a política urbana (art. 182 e 183). Quanto à sua denominação, o “direito urbanístico” foi expressamente indicado e reconhecido pela primeira vez em uma Constituição brasileira.

À União foi outorgada a competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, IX), bem como instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano (art.21, XX).

O município desempenha o papel central na execução das finalidades urbanísticas. Ao município foi deferida competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Essa competência abrange a capacidade legislativa de editar normas, sobretudo, para tratar de assuntos de interesse local, conforme disciplina o art. 30, inciso I. Paralelamente, o art. 182 estabelece, no âmbito das políticas urbanas, que o município deverá executar a política de desenvolvimento urbano, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Essa política fica sujeita às diretrizes fixadas no Estatuto da Cidade.

O que seguramente pode-se afirmar é que o chamado direito urbanístico constitui uma nova perspectiva de análise e desenvolvimento conceitual e nova forma de regulamentar certas instituições domiciliadas em vários ramos do Direito, a começar pelo essencial e paradigmático instituto da propriedade. A particularidade do direito urbanístico se manifesta em dois sentidos distintos, porém

⁵⁰⁹ FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p. 31-64.

⁵¹⁰ Nesse sentido, conferir Correia, quando discorre sobre os traços particulares e a autonomia didática do direito do urbanismo. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 69 e ss.

⁵¹¹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008 e, do mesmo autor, A execução dos planos Diretores Municipais, Breves Considerações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p.67-86, jun., 1998.

⁵¹² No Brasil, o direito urbanístico é a expressão jurídica dos conflitos existentes no meio ambiente urbano. Seus fundamentos devem estar obrigatoriamente relacionados à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4, IX da CF/88), que é um princípio da República Federativa. Dentre os princípios ambientais internacionais, destacam-se, sobretudo, o do desenvolvimento sustentável integrado ao rol de direitos e garantias assegurados constitucionalmente por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal e incluído como fim da política urbana no Brasil, conforme preconiza o inciso I, do artigo 2º, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade: “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”

complementares: por um lado, o direito do urbanismo parte de institutos civilistas e administrativos repensando-os e os adaptando às novas situações; por outro, faz com que eles se enriqueçam com novas visões impondo a sua modificação e substituição⁵¹³.

O direito urbanístico reforça-se no surgimento das grandes leis gerais e dos códigos de urbanismo, bem como dos organismos públicos especialmente incumbidos de gerir e administrar a atividade urbanística, e caminha para a especialização de seus princípios de tal maneira que a formação de sua autonomia científica estará mais evidente. E se hoje já se verifica que o Direito Administrativo não mais responde integralmente às particularidades trazidas e desenvolvidas no âmbito do direito urbanístico, pode-se perguntar se os sinais de “velhice” do direito administrativo não são mais que sinais de “nascimento” do direito urbanístico⁵¹⁴.

4. Princípios do direito urbanístico brasileiro

Cretella Junior⁵¹⁵ ensina que “os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

Os princípios para o Direito são fontes de legalidade. Sua formação e desenvolvimento são fundamentais para a realização do Direito em sua plenitude. Enquanto frutos da preocupação do pensamento positivista em dar uma resposta ao problema das lacunas sem pôr em causa “a plenitude normativa do sistema jurídico positivado”, os princípios gerais inspiram as normas jurídicas constituindo uma espécie de pilares fundamentais do ordenamento jurídico positivo, utilizados em sucessivas abstrações que socorrerão o juiz, na falta de norma legal ou consuetudinária.

Não é demais lembrar que está superada a antiga distinção que se fazia entre norma e princípio, que denotava a ideia de que os princípios jurídicos não seriam normas. Em tendo a função de reger comportamentos, de determinar condutas, os princípios não podem ser outra coisa senão normas, incluídas no mundo do “dever ser”: permitem, ordenam ou proíbem um determinado comportamento. O que se constata, é que as normas jurídicas apresentam diferentes estruturas. Há, na ordem jurídica, normas com eficácia mais restrita, aplicáveis às situações específicas de que cogitam, e normas com um maior teor de abstração, que desempenham um papel mais destacado dentro do sistema. Por isso, a doutrina moderna converge no sentido de considerar as normas como o gênero ao qual pertencem, como espécies, as *regras* e os *princípios*⁵¹⁶.

A constatação de que há diversos níveis de abstração e generalidade entre as normas que integram a ordem jurídica, em que os princípios são as normas mais gerais, o primeiro passo na consecução de uma regulação permite dizer que a atividade de interpretação do Direito

deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie⁵¹⁷. Assim, compreende-se por princípio, seja ele expresso ou implícito, como a “norma jurídica determinante de outras, ditas

⁵¹³ GOMES, Osvaldo. Direito do urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n.1, ano 1, p. 23-34, jan./fev., 1980.

⁵¹⁴ LOMBA, Pedro. Dilemas Existenciais do Direito do urbanismo (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de março de 1998). **Revista Jurídica**, Lisboa, n. 23, p. 395-402, nov., 1999.

⁵¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 25, n. 97, 1988.

⁵¹⁶ Nesse sentido, ALEXI, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 147; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 224; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086.

⁵¹⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147.

subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando o seu preceito em direções mais particulares⁵¹⁸.

Deve-se sublinhar, ainda, o importante papel desempenhado pelos princípios na ordem jurídica. Eles atuam como uma “conexão aglutinadora de normas”⁵¹⁹, isto é, têm a capacidade de ligar, de cimentar objetivamente todo o sistema jurídico, que assim adquire coerência lógica e unidade interna. Funcionam como um “fio condutor” dos diferentes segmentos da ordem jurídica, compatibilizando normas aparentemente contraditórias entre si. Apresentam também uma particular eficácia interpretativa, orientando especialmente a compreensão das normas que lhes são subordinadas.

Assim, ao contrário das regras, os princípios apenas indicam a direção da consequência jurídica, deixando os pormenores em aberto. Não estando ainda suficientemente concretizado para permitir uma subsunção, o princípio necessita de uma “normativização” ulterior. Naturalmente, este processo de contínua concretização torna fluidas as delimitações entre princípios e regras.

Para o tema que desenvolvemos nesse item, não há distinção prática entre norma geral, princípio ou norma programática. Todas são espécies de normas veiculadas pela lei (no caso do direito urbanístico, por imensa e dispersa legislação), e que produzem efeitos jurídicos análogos.

A planificação urbanística, elemento central do direito urbanístico é uma atividade na qual o órgão competente detém um amplo espaço de discricionariedade^{520s521}. Entretanto, a liberdade de conformação de que goza a Administração, no âmbito da atividade urbanística, manifesta-se ponderada de acordo com os interesses envolvidos, limitada aos princípios jurídicos fundamentais ou estruturais dos planos urbanísticos⁵²².

Considerando essa disciplina em seu contexto teórico publicístico, destacaremos a seguir os princípios que julgamos elementares para a interpretação sistemática desse novo ramo jurídico.

⁵¹⁸ Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 149-176, abr./jun., 2002.

⁵¹⁹ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. . ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 86-87.

⁵²⁰ A lei reconhece ao legislador um acentuado poder discricionário na escolha das soluções que considerar mais adequadas e corretas no contexto do ordenamento do território, visto que a atividade de planificação é uma tarefa de previsão, na qual o conhecimento da realidade local e o juízo de prognose sobre a evolução futura dos processos urbanísticos desempenham um papel fundamental. Sem a liberdade típica do processo de planejamento urbanístico, a administração perderia a maleabilidade e a adaptabilidade essenciais para responder satisfatoriamente às condições de cada caso concreto. Essa liberdade está, entretanto, limitada pelos princípios jurídicos fundamentais dos planos urbanísticos e do direito urbanístico. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 285 e ss. Desenvolvimentos maiores sobre essa temática no Brasil, DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

⁵²¹ Ainda sobre a discricionariedade, Moor comenta que “lorsque les juristes parlent de liberté administrative, ils recourent souvent dans leur jargon au terme *compétence discrétionnaire*, lequel recouvre deux notions juridiques. La première est celle de la liberté d’appréciation que la loi laisse à l’autorité lorsqu’elle lui permet de choisir, em fonction des circonstances concrètes, entre deux ou plusieurs solutions celle qui lui parait la plus adéquate – la plus <opportune> (...) La seconde notion est celle des concepts juridiques indéterminés, à savoir de termes légaux dont le sens réel ne peut se découvrir pleinement qu’au moment de l’application. Dans les circonstances concrètes, l’autorité les met em ouvre qu’ils prennent pleinement leur sens. Les concepts sont dans la LAT (loi fédéral sur l’aménagement du territoire de 22 de juin de 1979) très nombreux. Il est clair qu’en font partie toutes les valeurs et tous les objectifs mentionnés aux articles 1 et 3. Mais il s’en trouve pour ainsi dire dans chaque disposition”. Cf. AEMISEGGER, Heinz; KUTTLER, Alfred; MOOR, Pierre. (Edit.) **Commentaire de la Loi Fédérale sur l’aménagement du Territoire**. Zurich: Schutthess, 1999.

⁵²² CORREIA, Fernando Alves. O contencioso dos planos municipais de ordenamento do território. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 1, p. 23-40, jun., 1994.

4.1. Dos princípios elementares

Os princípios urbanísticos encontram-se dispersos na legislação que compõe a ordem urbanística e atualmente sistematizam-se no Brasil com a aprovação do Estatuto da Cidade⁵²³. É possível extrair desse documento legal os principais fins e as prioridades que deverão estar presentes na legislação urbanística de caráter local, estadual e nacional.

O Estatuto da Cidade é, por assim dizer, uma norma geral da União e por essência⁵²⁴ estabelece os princípios, as diretrizes⁵²⁵, as linhas mestras do direito urbanístico brasileiro, referindo-se a questões fundamentais da execução da política urbana no país⁵²⁶. É uma lei nacional de normas gerais⁵²⁷ com expressivas repercussões sobre o papel atribuído aos Municípios, Estados e Distrito Federal em matéria de direito urbanístico⁵²⁸.

Sem esgotar todas as diretrizes estabelecidas na lei federal, destacaremos aquelas que adensam o que consideramos o núcleo essencial do direito urbanístico, que subordinam todas as outras normas produzidas com fins de organização dos solos e propõem uma escala de valores a serem preservados.

Por outro lado, cumpre dizer que apesar de rico em diretrizes, o Estatuto da Cidade não é a única fonte de princípios do direito urbanístico. Também encontramos na Constituição Federal fontes principiológicas aplicáveis ao direito urbanístico, assim como na doutrina do Direito Administrativo e

⁵²³ Os princípios nesse documento legislativo aparecem em vários pontos, em destaque para aqueles inseridos no artigo 2º, das diretrizes gerais que orientam a execução da política urbana com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Cf. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 in: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁵²⁴ Em virtude da competência constitucionalmente atribuída à União em direito urbanístico e, mais especificamente, em política urbana, a Lei n. 10.257/2001 deve ser interpretada e aplicada com o uma lei nacional, restringindo-se o seu conteúdo material a normas gerais referentes ao tema que disciplina. E isto se dá em decorrência de expressa disposição do art. 182, que limita a competência da União, nesta matéria, às diretrizes gerais da política urbana, além da atribuição de competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal, em tema de Direito urbanístico (art. 24, I, CF/88). Assim, à União limitam-se as normas gerais, cabendo a outras entidades federativas a edição de normas específicas. Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 149-176, abr./jun., 2002.

⁵²⁵ “E a escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a certos resultados.” cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997.

⁵²⁶ Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 149-176, abr./jun., 2002.

⁵²⁷ Já abordamos rapidamente o conceito de normas gerais. Neste momento, trazemos à lembrança os critérios da doutrina de Moreira Neto, que identificou as normas gerais a partir das seguintes características: a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras; b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; c) devem referir-se a questões fundamentais; d) não são normas de aplicação direta. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa** n. 100. Brasília, 1988.

⁵²⁸ Assim como no Brasil, na França os princípios gerais do direito do urbanismo encontram-se nos artigos L. 110 e L. 121-1 do Código do Urbanismo. O campo de aplicação do artigo L. 110 é bastante alargado e seus objetivos, apesar de formulados em termos bastante gerais, não deixam dúvidas de seu conteúdo é referência para os documentos de urbanismo produzidos a partir de sua vigência: “L. 110. Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace.” Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 97.

do Direito Ambiental⁵²⁹. Os princípios são, portanto, de origem múltipla e denotam uma ampliação das finalidades do urbanismo contemporâneo que já mencionamos na introdução desse trabalho.

Tratemos, pois, de expor os principais princípios encontrados na doutrina administrativista⁵³⁰ e no Estatuto da Cidade, deixando para tratar dos princípios com origem na ordem constitucional e no Direito Ambiental⁵³¹, em itens a seguir.

j) *Dos princípios gerais da administração pública especializados em matéria de direito urbanístico*

Elementar, o princípio da *função pública*⁵³² está na base da organização administrativa do urbanismo, na medida em que este passa a ser visto como uma função pública e não apenas uma atividade privada. Trata-se de um princípio fruto da atual concepção do Estado de Direito Social, no qual as decisões básicas sobre o urbanismo deixaram de fazer parte da esfera dos proprietários do solo, para serem cometidas à Administração, a quem cabem funções de planejamento, gestão e controle das atividades com reflexos na ocupação, uso e transformação do solo⁵³³. O direito urbanístico é instrumento normativo pelo qual o Poder Público atua no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse coletivo, sem prejuízo do princípio da legalidade.

Ao assumir a função pública, o Estado de Direito passa a atuar na esteira de outro princípio essencial que se aplica ao planejamento urbano: o da *legalidade*⁵³⁴. O princípio da legalidade constitui

⁵²⁹ Miller dedica-se aos papéis que o meio ambiente desempenha nas cidades e no planejamento territorial, ficando claro que as disciplinas se influenciam mutuamente, de maneira que seus princípios se comunicam. Cf. MILLER, Chris. **Planning and Environmental Protection**. A Review of Law and Policy. Oxford: Portland Oregon, 2002.

⁵³⁰ Como bem distingue Bruno, os princípios regentes da atividade administrativa podem ser agrupados em pelo menos dois grandes grupos: os constitucionais, ou seja, os positivados na constituição federal, e os doutrinários, incluindo-se aqui os positivados pela legislação infraconstitucional. Os princípios constitucionais serão destacados em oportunidade própria e, ainda que todos os princípios gerais de direito administrativo se apliquem ao direito urbanístico, não abordaremos aqui todos esses princípios, tentando destacar apenas os que nos parecem mais pertinentes à planificação urbana. Cf. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 57 e ss. Para maiores desenvolvimentos dos princípios gerais do direito administrativo no Brasil, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 81 e ss.

⁵³¹ Conferir Capítulo I, Parte II do presente trabalho.

⁵³² Como preconizou Garcia de Enterría: “De la idea esencial de que el urbanismo queda convertido en una función pública, y por ende exclusiva de la Administración, se deduce, em efecto: 1º. Se niega al particular la posibilidad de transformar suelo rústico em suelo urbano, que es una posibilidad íntegramente reservada al plan. 2º La ordenación urbanística, aun em el caso extremo de que implique para determinados terrenos una prohibición absoluta de construir, no da derecho a los propietarios de los terrenos afectados a una indemnización, porque no existe privación positiva de expectativas. 3º Lo que el plan efectúa, pues, no sólo no es una privación de expectativas, sino una atribución positiva de las mismas a los terrenos señalados por él como de desarrollo urbano (...).4º Como el valor urbanístico, em cuanto valor potencial y abstracto, es aun sobrepasado por el valor comercial o de mercado de los terrenos em concreto, esta diferencia de valor, también imputable al ejercicio de la función pública urbanística y a su realización concreta por los demás propietarios, no se considera tampoco una utilidad propia del dominio del solar, sino que la Administración lo afecta para estimular la edificación, de tal manera que si el propietario no construye se verá privado de él por cualquiera dispuseto a construir, a quien será ofrecido tal solar em venta forzosa por el precio del valor urbanístico”. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Ley del Suelo y el Futuro del Urbanismo*. **Anuário de Derecho Civil**, Madrid, n.2, t.1, p. 485-510, abr./jun., 1958.

⁵³³ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 140 e ss.

⁵³⁴ O princípio da legalidade explícita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, não está que informa o caráter da relação de administração. É princípio constitucional do regime administrativo. No Brasil, o inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Nesse sentido, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67. No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 86. Ainda discorrendo sobre o princípio da legalidade, SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28 e ss e TÁCITO, Caio. *O princípio de Legalidade: Ponto e Contraponto*. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, v. 206, p. 1-8, out./dez., 1996.

uma limitação do poder administrativo. É a submissão do agir à lei. Se, no Direito Privado, prevalece o princípio da liberdade, que reconhece aos indivíduos a autonomia da vontade, atuando a lei como um limite da ação, no Direito Público, e, por conseguinte, no direito urbanístico, não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando a lei como seu único e próprio fundamento da ação⁵³⁵. O exercício da função administrativa é dominado por esse princípio fundamental e as autoridades administrativas deverão observá-lo nas decisões que tomam e nos atos que praticam⁵³⁶. Como manifestação da atividade administrativa, os planos urbanísticos estão vinculados necessariamente à lei⁵³⁷.

Para além do princípio da legalidade, a ordem urbanística fundamenta-se no princípio da *proporcionalidade*⁵³⁸ dos encargos e justa distribuição dos benefícios, que é corolário de outro princípio, o da *igualdade*⁵³⁹. Uma vez que as leis se devem aplicar igualmente a todos os cidadãos, então, sempre que alguns tiverem de suportar mais do que outros, aos custos de decisões destinadas a promover o bem-estar da comunidade, a lei deve garantir aos sacrificados uma compensação adequada, por forma a que os encargos públicos sejam igualmente repartidos⁵⁴⁰. Ao Estado compete regular as “condições básicas” que garantam a “igualdade” de todos os proprietários do solo no exercício do seu direito de propriedade urbana, a dizer, a igualdade básica no que se refere às valorizações e ao regime urbanístico adotado no território. O princípio da igualdade dá origem ao princípio da *justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização*^{541,542}, como fica implícito nas normas extrafiscais da tributação e na afetação das mais valias ao custo da urbanização.

Outro princípio, bem apresentado na doutrina portuguesa e também aplicável ao direito urbanístico brasileiro é o da *colaboração* das várias entidades públicas envolvidas no planeamento urbano⁵⁴³. No Estado federativo brasileiro, o planeamento se realiza nos três níveis de governo (Nacional, Estadual e Municipal). O planeamento municipal, com aplicação mais efetiva, de carácter mais específico, denota o interesse local devendo estar, entretanto, coordenado com os eventuais planos gerais de urbanismo aprovados em nível estadual e nacional. Além da coordenação dos planos,

⁵³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 81.

⁵³⁶ O exercício da função administrativa é dominado pelo princípio da legalidade. Tal princípio significa que as autoridades administrativas são vinculadas, em suas decisões, à lei ou mais exatamente à legalidade, a saber, um conjunto de regras de direito de ordem e conteúdo diversos, existentes em função de cada caso, do lugar e da competência da autoridade administrativa respectiva. O princípio da legalidade constitui uma limitação do poder administrativo, sendo um princípio de natureza liberal. Naturalmente, tal liberalismo implica dizer que o governante será melhor controlado, de forma que os administrados disponham de medidas de direito mais acessíveis e mais enérgicas para fazer cumprir as regras do novo Estado de Direito. Cf. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**. Tome I. 14. ed. Paris: L.G.D.J., 1996. p. 593 e ss. Nesse mesmo sentido, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 431 e ss.

⁵³⁷ CORREIA, Fernando Alves. O contencioso dos planos municipais de ordenamento do território. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 1, p. 23-40, jun., 1994.

⁵³⁸ Para ver mais sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade e suas consequências práticas, conferir Oliveira e Lopes, no momento em que desenvolvem texto sobre as medidas cautelares. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce. Medidas Cautelares dos Planos. **Revista do CEDOUA**, n. 2, p. 45-68, Ano V, 2002.

⁵³⁹ Nesse sentido, a incontornável tese de CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001.

⁵⁴⁰ CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁵⁴¹ Tal princípio é assumido expressamente pela Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, no Brasil, em seu artigo 2º, que aponta como uma das diretrizes gerais da política urbana: “IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007

⁵⁴² Segundo a doutrina espanhola, trata-se da “equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento”, donde se busca superar as desigualdades derivadas da ordenação, o que dá lugar ao que se tem chamado de “loteria urbanística”. Constitui uma manifestação de um valor superior do ordenamento jurídico (art. 11, Constituição Espanhola), o princípio da igualdade (art.14, da Constituição Espanhola), que impõe um dever positivo aos poderes públicos (art. 9.2, Constituição Espanhola), com um critério de garantia e proporcionalidade com as aporções. Esse tem sido um dos princípios tradicionais do direito urbanístico espanhol, mencionado desde a Ley de Suelo de 1956. Cf. ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.) **Comentarios a la Ley de Suelo**. Ley 8/2007, de 28 de Mayo. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008. p. 148.

⁵⁴³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 145 e ss.

que reflete o sistema de competências adotado no país, é essencial que os três níveis de governo, através dos seus diversos órgãos administrativos, estabeleçam uma rede de cooperação, sobretudo para garantir o estabelecimento de soluções coerentes, levando-se em conta as realidades verificadas no nível local⁵⁴⁴. Trata-se de um sistema de cooperação “do povo, das autoridades, da União, do Estado, do Município, do bairro, da rua, da casa, de cada um de nós”⁵⁴⁵.

k) Dos princípios especiais de direito urbanístico: as diretrizes do Estatuto da Cidade

I – Função Social da Propriedade

Fundamentando os atos de intervenção pública na propriedade, sobressai o princípio da *função social da propriedade*, que se aplica a todas as normas de caráter urbanístico e está na essência da disciplina urbana do solo. Tal princípio traz ao sistema a relativização ou “comprometimento” do direito de propriedade aos interesses sociais, consolidando a ideia de submissão do interesse particular ao interesse público.

A função social da propriedade é o princípio mais genérico que se liga à disciplina dos solos e está no centro do direito urbanístico. Seu conteúdo também fundamenta uma múltipla disciplina da propriedade (com fundamento em interesses ambientais e culturais, por exemplo) e ganha vulto na medida em que encontra especificação e concretização em princípios mais específicos e em regras do ordenamento jurídico.

Sua menção se faz em nível constitucional no artigo 5º, XXIII e sua especificação se verifica, no que tange à política urbana, nos artigos 182 e 183 da mesma Carta Fundamental.

Por sua vez, o mesmo princípio encontra-se regulamentado através do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), e será, finalmente, concretizado através de leis municipais mais específicas (Plano Diretor Urbano), expressamente requeridas nas disposições mencionadas.

Interessante verificar que, enquanto diretriz essencial do Estatuto da Cidade, a função social apresenta-se definida e nela estão embutidos elementos programáticos:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art.2º desta Lei.

Queremos dizer com isso que as normas que estabelecem o princípio da função social da propriedade impõem ao Estado certas finalidades a buscar ou valores a preservar, ainda que no passado as normas programáticas tenham sido consideradas como simples “exortações morais” ou meras proclamações de caráter político ou ético inseridas nos textos legais. Atualmente já não se pode negar, em virtude de sua incorporação ao direito positivo, a natureza verdadeiramente jurídica desses preceitos e não apenas “ilustrativos”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Nesse sentido, o papel do Ministério das Cidades, instaurado em 2003 no governo do presidente Luís Ignácio Lula da Silva, integra a organização política daquele país e tem como área de competência o planejamento urbano nacional. Essa competência inclui a coordenação das políticas nacionais com as dos demais entes de estado, particulares e organismos não-governamentais, a fim de promover a execução de programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano. Cf. Lei 10.683/2003, de 28 de Maio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.683compilado.htm>. Acesso em 15 out. 2007.

⁵⁴⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 512.

⁵⁴⁶ Normas programáticas acham-se mais intensamente presentes em Constituições ditas *compromissórias*, como a nossa. Rica produção doutrinária foi desenvolvida no Brasil e alhures, no âmbito do direito constitucional, tratando dessa questão. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 1968; GRAU, Eros Roberto. **A constituição brasileira e as normas programáticas**, 1985; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**, 1989; CANOTILHO, J.J. Gomes.

Evidentemente, a concretização desses princípios dependerá da atuação dos diversos entes do governo envolvidos com a política urbana, em destaque, os municípios.

II – Sustentabilidade

Em primeiro lugar na sequência de diretrizes elencadas no art. 2º do Estatuto da Cidade encontra-se o princípio do *desenvolvimento sustentável*.

O desenvolvimento sustentável passou a ser um componente fundamental do desenvolvimento urbano e resta incontornável reconhecê-lo como princípio do direito urbanístico que assume, entre outros, a tarefa de ordenar um meio ambiente urbano viável para as presentes e futuras gerações. Significa dizer que o direito urbanístico deverá compatibilizar os dispositivos constitucionais previstos no art. 182 e no art. 225.

O primeiro trata da política urbana e este último assegura o direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Eis o fundamento do Direito à cidade sustentável⁵⁴⁷. Essa sustentabilidade se dará, na medida em que se realizarem os fins que o legislador infraconstitucional atribuiu à política urbana, no inciso I, artigo 2º, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, quais sejam: “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 gerações⁵⁴⁸”.

O desenvolvimento sustentável é um princípio que surge no bojo das políticas ambientais com o fim de conciliar o respeito ao ambiente e o desenvolvimento econômico. Seu conceito mais conhecido foi estabelecido pela Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1987. Nos termos daquela assembleia, “o desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer as suas próprias necessidades”. Trata-se do princípio da solidariedade intergeracional⁵⁴⁹, em que se elabora uma concepção dos recursos naturais entre eles, indubitavelmente, se encontra o solo, como patrimônio fiduciário e coletivo, que não deve ser desperdiçado nem esgotado, uma vez que deve ser transmitido a nossos sucessores⁵⁵⁰.

Nesse sentido, o solo, além de ser um recurso econômico é também um recurso natural, escasso e não renovável. Dessa perspectiva, todo solo rural e urbano tem um valor ambiental digno de ser ponderado e a liberalização do solo não pode fundar-se em uma classificação indiscriminada, mas ao contrário, a classificação deve ser responsável de maneira que o solo declarado como urbanizável atenda às necessidades econômicas e sociais do presente, mas não favoreça práticas especulativas, obstrutivas e retentoras do solo, dando-lhe uso ágil e efetivo. E o solo urbano, a cidade já construída, deve ser a todo custo redescoberto. Seus valores ambiental e cultural devem ser a todo momento ressaltados, visto que a vila é objeto permanente de “recriação”. Ao meio dessa dinâmica, as características culturais relevantes devem ser mantidas e, ao mesmo tempo, deve-se favorecer a reabilitação e fomentar seu uso, com vias de evitar uma expansão desnecessária da cidade.

O urbanismo brasileiro contemporâneo tende a superar uma tendência das décadas passadas à criação de cidades novas e à expansão urbana sem reflexão de seus limites. O crescimento, nesses

Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 1982.

⁵⁴⁷ Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro, ordenamento constitucional da política urbana**. Aplicação e eficácia do plano diretor, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

⁵⁴⁸ Para maiores desenvolvimentos acerca do princípio da sustentabilidade eleita no Estatuto da Cidade, conferir ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. Uma Leitura do Estatuto da Cidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 327-341, jul./set., 2001.

⁵⁴⁹ “Celui-ci se rapporte au développement qui cherche à satisfaire les besoins des générations présentes tout en respectant l’environnement pour les besoins des générations futures.” Cf. KISS, Alexandre. **Introduction au droit international de l’environnement**. Cours 1. Genève: Unitar, 2006. p. 32.

⁵⁵⁰ Cf. ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la ley de suelo**. Ley 8/2007, de 28 de mayo. Navarra: Editorial Arazandi, 2008. p. 69

moldes, inviabiliza a execução de um desenvolvimento sustentável que se obtém, entre outras formas, com a regeneração da cidade existente, que se atinge com a renovação e o planejamento urbanístico comprometidos com o meio natural e cultural⁵⁵¹⁵⁵².

A sustentabilidade deve passar a ser, em outras palavras, o novo foco do planejamento territorial, estabelecendo-se políticas urbanas coordenadas plenamente com as políticas ambientais e assumindo, aquelas, uma vertente nova, atuando como meio primário de tutela do meio ambiente⁵⁵³.

Nosso sistema de planejamento territorial foi reestruturado com o Estatuto da Cidade e não admite mais uma gestão “egoísta” do solo, movida apenas por interesses comerciais ou econômicos. A nova geração de planos deve ser marcada por uma mudança de concepções da cidade e do campo⁵⁵⁴.

III – Gestão democrática

As normas jurídicas que disciplinam a planificação urbanística contêm apenas os princípios fundamentais dos planos, os seus objetivos, as regras respeitantes ao procedimento da sua elaboração e aprovação. Como escreve M. Krautzberger, as normas legislativas programam o plano urbanístico através de princípios fundamentais de planificação, de regras de organização e de regras de procedimento, mas não contêm a programação do conteúdo do plano. A doutrina alemã refere-se que a matéria respeitante ao conteúdo do plano, designadamente a questão de saber quais as utilizações admissíveis do espaço, onde e quando, bem como as que são proibidas, é deixada à liberdade de conformação da planificação (planerische Gestaltungsfreiheit) ou à discricionariedade de planificação (planungsermessen)⁵⁵⁵.

Assim, a lei não programa condicionalmente a planificação urbanística, mas apenas “finalmente”, ou seja, indica apenas os fins ou os objetivos dos planos estabelecendo diretivas, deixando ao critério discricionário da Administração o momento e a forma mais adequados para atingir os fins ou objetivos traçados pela lei.

A atividade de planificar o território é uma atividade administrativa de “natureza criativa”, isto é, como um setor onde é inconcebível a ideia de uma Administração na veste de mera executora das normas jurídicas⁵⁵⁶.

Os procedimentos de planificação urbanística caracterizam-se pela vastidão e pela complexidade do cenário dos interesses neles envolvidos, o que importa no exercício do poder discricionário que atua diante de uma infinita variedade de alternativas que se apresenta ao planificador. Segundo Giannini, a esta extensão de discricionariedade deverá corresponder uma disciplina rigorosa do procedimento administrativo, de certo “quanto mais a rede dos interesses for

⁵⁵¹ Nesse sentido, também os comentários elaborados em Espanha, ao tratar do princípio do desenvolvimento sustentável. Cf. ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la Ley de Suelo**. Ley 8/2007, de 28 de mayo. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008. p. 71.

⁵⁵² O princípio foi assumido expressamente também em França, ao inserir pela Lei de 25 de julho de 1999 a orientação para um ordenamento e um desenvolvimento durável do território. Os documentos locais de urbanismo deverão determinar as condições que permitam assegurar o equilíbrio entre a renovação urbana, um desenvolvimento urbano contido/supervisionado, o desenvolvimento do espaço rural, de uma parte, a preservação dos espaços afetados às atividades agrícolas e florestais e a proteção dos espaços naturais e paisagísticos. Deve-se procurar, para tanto, assegurar um equilíbrio entre a renovação urbana, o desenvolvimento urbano contido e o desenvolvimento do espaço rural. Convém, por consequência, privilegiar a intervenção sobre o existente e favorecer a densificação da cidade a partir da renovação urbana, em vez de estimular a expansão urbana. Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l’urbanisme**. 4. ed. Paris: Dallos, 2008. p. 36-37.

⁵⁵³ Cf. MARAT-MENDES, Teresa. Planning the Sustainable city, lessons from the past. In: **The planned City?** ISUF – International Conference, Bari, v.III, p. 916-922, 2003.

⁵⁵⁴ Nesse sentido, BLOWERS, Andrew. (Ed.) **Planning for a sustainable environment**. London: Earthscan, 1996. p. 27.

⁵⁵⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 445 e ss.

⁵⁵⁶ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 446.

complexa, tanto mais o legislador deverá cuidar em urdir as fases do procedimento, de modo a permitir uma avaliação consciente dos interesses abrangidos”⁵⁵⁷.

A doutrina salienta, ainda, que “quanto mais a Administração tende a subtrair-se ao domínio da lei”, não se apresentando como mera executora da mesma, mas antes dotada de um poder criativo e conformador do direito, tanto mais necessária se torna a participação do cidadão, na dupla perspectiva (subjéctiva e objectiva), com a função de “compensar” um poder discricionário que, em alguns setores, como o da planificação urbanística, atinge uma extensão considerável⁵⁵⁸.

Segundo a doutrina francesa, o direito urbanístico tem por característica essencial a forma especial como o poder discricionário se apresenta no trato da organização territorial.

Analisando o poder discricionário, Jacquignon⁵⁵⁹ divide as normas em nacionais e locais concluindo pela elasticidade das regras de direito urbanístico e a multiplicidade das fontes que o informam. Tentando num esforço interpretativo reportar as questões levantadas no trabalho citado à realidade da legislação brasileira, temos por fim as seguintes conclusões.

De acordo com as normas gerais de urbanismo estabelecidas no âmbito nacional pelo Estatuto da Cidade, o direito urbanístico roga pela execução de uma política urbana que promova a regulação da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade rege-se pelas diretrizes traçadas no artigo 2º da lei e através dela se constrói um arcabouço principiológico a ser observado pelos agentes executivos dessa norma. Cabe ao poder público, sobretudo o local, decidir em todos os domínios onde isso for possível e sobretudo definir, a partir de uma gama infinita de opções, qual configuração urbana atenderá aos fins da política urbana traçados na constituição federal e esmiuçados no Estatuto da Cidade.

A discricionariedade ocorre, porque em direito urbanístico as decisões se fundamentam não somente em disposições legislativas e regulamentares, mas também em considerações estéticas, culturais, históricas muito difíceis de transformar em normas jurídicas, sobretudo quando se trata da atuação do poder público nas questões ambientais e onde está envolvido o património cultural. Como exemplifica Jacquignon,

au nom de quel bon goût interdire aux particuliers de décorer leurs volets ou leurs grilles de certaines couleurs voyantes? Au nom de quelles traditions interdire une pagode em Savoie, surtuou si l'on considère que nos styles réputés extérieures et internes qui, après une période de simples juxtaposition, ont fini par se combiner et s'assimiler?⁵⁶⁰

Em todo caso, a discricionariedade não anula as garantias dos particulares na participação das decisões que interferem na vida coletiva. Ao contrário, essa discricionariedade somente se exercita legalmente, na medida em que se coaduna com a vontade popular, elemento essencial para garantir a validade das normas e atos do administrador local.

É nesse sentido que o Estatuto da Cidade garante a gestão democrática da cidade⁵⁶¹, enumerados os instrumentos a serem utilizados com esse fim, entre eles: debates, audiências e consultas públicas (inciso II, do artigo 43, da Lei n.10.257/2001)⁵⁶². A participação popular está prevista e, através dela, as associações representativas dos vários segmentos da sociedade se envolvem em todas as etapas de construção do Plano Diretor – elaboração, implementação e avaliação – e na formulação, execução e acompanhamento dos demais planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano municipal. Está fixada, ainda, a promoção de audiências públicas. Nelas, o

⁵⁵⁷ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. v. II. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, p. 160.

⁵⁵⁸ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 324 e ss.

⁵⁵⁹ JACQUIGNON, L.; DANAN, Y.M.. **Le Droit de L'urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978. p. 8-9.

⁵⁶⁰ JACQUIGNON, L.; DANAN, Y.M.. **Le Droit de L'urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978. p. 9-10.

⁵⁶¹ Cf. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Participação Popular no Estatuto das Cidades. In: FINK, Daniel Roberto (coord.). **Temas de Direito urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 237-269.

⁵⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

governo local e a população interessada nos processos de implantação de empreendimentos públicos ou privados, ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, podem discutir e encontrar conjuntamente a melhor solução para a questão em debate, tendo em vista o conforto e a segurança de todos os cidadãos⁵⁶³.

A participação democrática compõe o elenco de direitos fundamentais do homem, eleita pela Conferência Habitat – II (Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, cujos temas globais foram a ‘adequada habitação para todos’ e o “desenvolvimento de assentamentos humanos em um mundo em urbanização”), realizada em Istambul, em 1996, que culminou com a elaboração da Agenda Habitat⁵⁶⁴. Sob influência da conferência foi promulgada no Brasil a Emenda Constitucional n. 26/2000, onde se acrescenta o direito à moradia aos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal.

E está prevista enquanto diretriz fundamental da política urbana no artigo 2º, inciso II: “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”.

Conforme bem comenta Barreto⁵⁶⁵, “ao incluir a garantia da participação da população na gestão da cidade, o Estatuto deu conteúdo a preceitos constitucionais como p.ex. O art. 1º, inciso II, que define o Estado brasileiro como Estado democrático de direito”.

IV – Justa distribuição dos benefícios e dos ônus decorrentes da urbanização

Segundo o inciso IX do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, é princípio fundamental da ordem urbanística, “a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”.

Antiga reivindicação dos movimentos populares⁵⁶⁶, a justa distribuição dos benefícios e dos ônus decorrentes do processo de urbanização é outro importante princípio presente no Estatuto da Cidade e que reafirma a obrigatoriedade do poder público de agir em prol do interesse coletivo.

Para além de garantir o justo reconhecimento dos ônus suportados pelos proprietários em razão de determinadas estratégias públicas de ordenamento do território, o princípio atende a uma demanda específica da realidade brasileira, onde se verifica uma clara concentração de recursos públicos em zonas privilegiadas das cidades. A distribuição dos benefícios da urbanização é um desafio e se realiza na medida em que todos os cidadãos tenham acesso aos serviços, aos equipamentos urbanos e a toda e qualquer melhoria realizada pelo poder público. Em geral, as áreas que recebem menor investimento público coincidem com os setores urbanos ocupados pela população pobre, que permanece, muitas vezes, “abandonada” pelo poder público⁵⁶⁷.

Na busca da justa distribuição de benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, o poder público passa a atuar em sintonia com outro importante princípio do Estatuto da Cidade que é a recuperação de parcela da valorização imobiliária gerada pelos investimentos públicos em

⁵⁶³ Cf. Oliveira, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da cidade**; para compreender. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001. p. 12.

⁵⁶⁴ O reconhecimento da moradia como direito fundamental tem antecedentes muito mais antigos, datados pelo menos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, senão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em que a proteção da propriedade fundamenta-se na garantia das condições de existência individual. O direito à “habitação adequada e serviços” foi reafirmado na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976. Um relato bastante abrangente sobre o tema pode ser consultado em: SAULE JUNIOR, Nelson (Coord.). **Direito à Cidade**. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

⁵⁶⁵ Cf. BARRETO, Wanderlei de Paula. O Estatuto Jurídico da Cidade. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, p. 285-307, 2003.

⁵⁶⁶ Cf. Oliveira, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da cidade**; para compreender. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001. p. 13.

⁵⁶⁷ Cf. Oliveira, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da cidade**; para compreender. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001. p. 13.

infraestrutura social e física realizados com a utilização dos impostos recolhidos – pagos por todos – que, até agora, vinham sendo apropriados, privadamente por parcela privilegiada da população.

Aqui, mais uma vez, o Estatuto busca reverter o quadro encontrado com frequência em nossas cidades, onde o comportamento, histórico e habitual dos proprietários de imóveis urbanos ou de empresários imobiliários causa nocivos rebatimentos no tecido urbano e oneram a administração pública.

Com a aquiescência do próprio poder público, esses proprietários retêm áreas, como reserva especulativa, aguardando a crescente valorização da propriedade e se beneficiam diretamente com a implantação de infraestrutura básica e instalação de equipamentos urbanos em seu entorno imediato.

A realização pelo governo municipal de obras infraestruturais, em geral, atende às demandas mais prementes da população ou resultam da implantação de empreendimento de porte e de interesse de determinados grupos empresariais locais em área próxima. Assim, essas propriedades recebem, gratuitamente, toda a infraestrutura e os equipamentos urbanos básicos, alcançando, no mercado imobiliário, valores consideráveis.

A noção abarca, por outro lado, a garantia da *igualdade*⁵⁶⁸. É necessário evitar o tratamento não igualitário que decorre do planejamento urbano e da fixação dos coeficientes de aproveitamento do solo. Essa questão está diretamente ligada à possibilidade de edificar, que repercute diretamente no aspecto econômico dos bens imóveis.

O próprio Estatuto da Cidade relança institutos jurídicos que se renovam em busca da solução desses problemas (solo criado, transferência do direito de construir), mas a sua aplicabilidade ainda deve ser demonstrada⁵⁶⁹.

V – *Separação da faculdade de construir*

Para além daqueles, destaca-se o princípio da *separação da faculdade de construir* do direito de propriedade⁵⁷⁰, que está na base do instituto do solo criado⁵⁷¹ e da transferência do direito de construir. Ainda que exista discussão doutrinária acerca da existência ou não de um *jus aedificandi* inerente ao direito de propriedade (tema desenvolvido no capítulo seguinte), não se poderá negar que a faculdade de construir poderá ser desmembrada para fins urbanísticos, conforme prevê a lei brasileira e, da mesma maneira, legislação estrangeira.

VI – *Tutela do patrimônio cultural*

O Estatuto traz, explicitamente, enquanto diretriz fundamental da ordem urbanística: “XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”.

⁵⁶⁸ Como bem anota Correia, a igualdade jurídica deve ser aquela igualdade efetiva e real dos cidadãos, cujo Estado de Direito Social tem por missão fundamental a realização da justiça social. Em uma democracia econômica, social e cultural, o Estado deverá promover a igualdade real entre os cidadãos e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, tendo como meio uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 408 e ss.

⁵⁶⁹ Cf. DALEFFE, Adriano. Solo criado e a disciplina urbanística da propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 134, p. 301-310, abr./jun., 1997.

⁵⁷⁰ FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho. (Org.) **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

⁵⁷¹ Cf. DALEFFE, Adriano. Solo criado e a disciplina urbanística da propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.º.134, p. 301-310, abr./jun., 1997.

A legislação nacional, que norteia a elaboração das leis estaduais e municipais, assume, expressamente, que o planejamento urbano deve ter em vista a gestão integrada dos bens culturais imóveis que se identificam sobre o território.

Essa tutela deverá ser promovida através de diversos instrumentos jurídicos. O tombamento recebeu destaque também no Estatuto da Cidade (alínea “d”, inciso V, do artigo 4º), porém, a novidade que se identifica na legislação urbanística reside no comprometimento que o planejamento urbano assumirá com vistas a realizar a proteção dos bens culturais na medida em que estabelece limitações ao direito de propriedade, com justificativa no valor cultural do bem.

Os princípios elencados anteriormente possuem fundamentos comuns e visam a realizar objetivos semelhantes. Seus fins são: a) assegurar o respeito e tornar efetivos os direitos humanos; b) promover medidas para proteger o meio ambiente de modo a garantir a função social ambiental⁵⁷² da propriedade na cidade; c) incentivar atividades econômicas que resultem na melhoria da qualidade de vida, mediante um sistema produtivo gerador de trabalho e de distribuição justa da renda e riqueza; d) combater as causas da pobreza, priorizando os investimentos e recursos para as políticas sociais (saúde, educação, habitação); e) democratizar o Estado, de modo a assegurar o direito à informação e à participação popular no processo de tomada de decisões.

VII – Direito à cidade

O direito à cidade fica definitivamente consagrado com o Estatuto da Cidade. A todos os cidadãos, sem discriminação de sexo, idade, origem, credo, situação social, econômica ou política, deficiência física ou mental, deve-se garantir o direito:

- à habitação satisfatória, bem situada, com ventilação e luminosidade adequadas, conforme as normas de segurança e ambientais, com dimensões e serviços suficientes, a um preço razoável e com acesso igualitário;
- a uma cidade administrada no sentido de prevenir as doenças físicas e mentais de seus habitantes causadas por má distribuição ou falibilidade no acesso de espaços verdes, por usos impróprios da luz, pela excessiva emissão de ruídos e sons de alta frequência, pela omissa regulamentação da construção gerando discrepâncias estéticas; pela impropriedade visual de instrumentos urbanos essenciais (fios elétricos, rede de esgoto, circulação de transportes etc);
- à conciliação das diversas funções da cidade;
- à cultura, no sentido de salvaguardar e garantir o acesso do patrimônio cultural imóvel e o móvel que lhe compõe, aos esportes e tempos de lazer, ao convívio social, à livre circulação e ao equilíbrio harmonioso entre todos os utentes das ruas (transportes públicos, veículos privados, pedestres, ciclistas, cadeirantes etc)
- à criação de equipamentos públicos, organização de medidas para contenção da expansão das cidades ilegais ou das favelas; assim como para a regularização das propriedades adquiridas em contextos sociais especiais onde se verifica a existência de famílias economicamente desfavorecidas;
- à segurança, ao emprego, ao bem-estar, perspectivas de educação e de formação, cultura e história.

⁵⁷² Especificamente sobre a função social ambiental da propriedade, cf.: GOMES, Luís Roberto. O Princípio da Função Social, da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n.17, p.160-178, janeiro-março, 2000.

5. Relações do direito urbanístico com outras disciplinas

O direito urbanístico possui ligações estreitas com outras disciplinas do Direito que regem domínios vizinhos aos seus. Para ampliação dos conceitos desenvolvidos no trabalho, destacaremos a relação daquela disciplina com o Direito da Construção, o Direito Ambiental, o Direito do Ordenamento do Território e o Direito do Patrimônio Cultural, abordando previamente, ainda que rapidamente, a sua relação com o Direito Administrativo.

5.1. Direito urbanístico e o Direito Administrativo

Para compreendermos melhor o direito urbanístico, consideramos importante analisar, ainda que rapidamente, alguns pontos do Direito Administrativo e sua construção sistemática própria, já de notório reconhecimento, bem como as relações estabelecidas entre essas duas disciplinas jurídicas.

Disciplina recente do ponto de vista histórico, o Direito Administrativo⁵⁷³ formou-se de maneira sistemática a partir da segunda metade do século XIX⁵⁷⁴, período no qual se evoluiu do absolutismo liberal para o relativismo social. É assim que os Estados de Direito inspiram-se nos princípios de liberdade individual e nos ideais de solidariedade humana (Constituição Federal do Brasil, art. 170) e o Direito Administrativo busque o equilíbrio entre a fruição dos direitos individuais e as exigências do bem comum⁵⁷⁵.

O Direito Administrativo se aplica, em hipótese, às relações sociais desequilibradas. Ele se esforça por precisar os termos e lhe dar uma forma jurídica mais clara e exigente possível. Mas, a princípio, ele deve ter em conta o desequilíbrio fundamental que existe de fato entre uma e outra parte da relação jurídica, conforme ensina Laubadère⁵⁷⁶:

De um lado, uma pessoa privada, e de outro, a administração, considerável, impessoal, que não desaparece nem pode falir. De outro lado, os fins individuais, de um interesse particular, e de outro, a satisfação do interesse geral, aquele que considera toda coletividade como um todo. Ainda que tal noção de interesse geral seja de difícil definição e caracterização, não compromete a convicção quase intuitiva de sua especificidade.

⁵⁷³ A distinção entre o Direito Administrativo e o Direito Privado pode ser ilustrada por uma breve comparação das concepções francesa e inglesa de Direito Administrativo. Os sistemas de tipo anglo-saxão aplicam também à administração certas regras de direito originais (privado) e, ao inverso, na França, o direito aplicado à administração é apenas parcialmente o mesmo aplicado às pessoas privadas. A diferença entre eles não é uma simples diferença de nível de autonomia, mas uma diferença de princípios. Não se aplicam indistintamente os princípios de direito privado nas relações onde figuram o Estado ou agentes deste. Se os anglo-saxões pretendem ou pretendiam não ter um Direito Administrativo, tal não significa que não há entre eles as instituições e os regimes jurídicos particulares à atividade do Estado (expropriação, requisição etc). Nesse caso, não há um país onde não existe um Direito Administrativo. Somente tais regras e instituições são consideradas num país “sem Direito Administrativo”, como “derrogações de um direito comum” aplicável em princípio ao Estado como aos particulares, é nesse caso que há uma unidade do direito como há unidade de jurisdição. Cf. LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 14. ed., Tomo I, Paris: L.G.D.J, 1996. p. 34.

⁵⁷⁴ É possível, por outro lado, identificar desde a Antiguidade normas que disciplinam atividades e o funcionamento da Administração do Estado, bem como normas que regulam algumas relações entre esta e os cidadãos. Tais dispositivos estão na origem da formação do Direito Administrativo, mas são demasiadamente esparsos e rudimentares para caracterizarem uma sistematização do que se compreende atualmente por aquele ramo jurídico.

⁵⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99.

⁵⁷⁶ LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 14. ed., Tomo I, Paris: L.G.D.J, 1996. p. 14.

A concepção francesa baseia-se na autonomia do Direito Administrativo considerando que suas regras especiais não são derogáveis a um direito comum. Assim, o juiz administrativo⁵⁷⁷, notadamente é levado a destrinchar a regra aplicável à matéria apresentada e, na ausência de soluções especiais enunciadas pelo legislador, ele se valerá do direito privado aplicando-o, na medida em que a norma possa estar de acordo com as necessidades próprias da vida administrativa. Tal concepção foi construída na doutrina francesa não sem dificuldades. Foi feito grande esforço para libertar o Direito Administrativo da sujeição ao Direito Civil e de fazer com que este tomasse consciência de sua independência. Através da jurisprudência administrativa, auxiliada pelas sistematizações dos grandes autores, Laferrière, notadamente, progressivamente tem afirmado a independência do Direito Administrativo⁵⁷⁸.

Não obstante a recente formação histórica, o Direito Administrativo desenvolveu-se amplamente e assumiu relevante importância jurídica num contexto em que o Estado assume diversas atividades e torna-se Estado Social (*welfare state*)⁵⁷⁹⁵⁸⁰. Além disso, a regulamentação e a subordinação das atividades estatais à legalidade desenvolveram a disciplina em decorrência direta de cada vez maior aplicação das garantias individuais e das liberdades públicas em face ao Estado⁵⁸¹.

O que é, então, o Direito Administrativo? Como bem delinea Amaral⁵⁸², o Direito Administrativo é o “ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como, as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da atividade administrativa de gestão pública”.

No Brasil, a organização dos conceitos e princípios gerais dessa disciplina se fez lentamente. Deu-se a partir da formulação de regras diferenciadas e distanciou-se do Direito Privado, organizado em tempo muito anterior ao Direito Público. Com o desenvolvimento deste último, as normas de Direito Administrativo passaram a ser editadas, derogando as de direito comum. Nos países europeus, sobretudo naqueles que sofreram maior influência do Direito Público Francês, a organização do

⁵⁷⁷ A concepção francesa da justiça administrativa, a saber, o mecanismo jurisdicional dos litígios envolvendo a administração como parte (contencioso administrativo), repousa sobre a instituição de uma jurisdição administrativa separada da jurisdição judiciária. Note-se que Portugal, seguindo o exemplo francês, instaurou o Tribunal Administrativo especial para o tratamento das matérias envolvendo o Estado como parte em litígios. No Brasil, ao contrário, é adotada uma terceira fórmula em que o contencioso administrativo consiste em atribuir à própria administração o julgamento de tais conflitos. Trata-se do sistema “a administração – juiz”, em que a administração julga a si mesma. Tal sistema foi adotado em um estágio inicial na França, precedendo a aparição de uma jurisdição administrativa autônoma. Cf. LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 14. ed., Tomo I, Paris: L.G.D.J, 1996. p. 301.

⁵⁷⁸ LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 14. ed., Tomo I, Paris: L.G.D.J, 1996. p. 35.

⁵⁷⁹ É assim que, para propiciar um bem-estar social, o Poder Público pode interferir na propriedade privada e nas atividades econômicas nos limites que determina a Constituição. O Estado de Direito aprimorou-se no estado de bem-estar social em busca da melhoria das condições de vida da comunidade. “Não é o estado o Estado liberal, que se omite ante a conduta individual, nem o Estado socialista que suprime a iniciativa particular. É o estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social”. E o bem-estar social é o escopo da justiça social a que se refere nossa constituição no artigo 170 e só pode ser alcançado através do desenvolvimento nacional. É o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 599.

⁵⁸⁰ É de se comentar, ainda, que não se ignora a crise do Estado Democrático Social de Direito e a tendência da atual ordem constitucional que “não mais se limita a resguardar a tutela individual dos cidadãos, preocupando-se, de forma redobrada, com a concretização do *welfare state* e a criação de uma rede de proteção para os mais desfavorecidos, desequilibrando ainda mais a simetria entre o Poder Legislativo e o exercício da jurisdição constitucional, haja vista que em um Estado de bem-estar social as normas programáticas desempenham relevante função, intervindo em vários setores da sociedade para garantir direitos mínimos aos hipossuficientes”. Cf. AGRA, Walber de Moura. Pós-Modernidade, Crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac. (Org.) **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 229-254.

⁵⁸¹ Como afirma Gordillo: “a nuestro juicio, la noción de Estado de Bienestar há venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola, pero em modo alguno suprimíendola o substituyéndola”. Cf. GORDILLO, Agustín. **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1966. p. 54.

⁵⁸² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 130.

Direito Administrativo chegou ao ponto de promover a criação de tribunais especializados onde são julgados os litígios envolvendo a Administração Pública e o particular⁵⁸³.

Apesar da autonomia reconhecida ao Direito Administrativo, esse ramo se encontra ainda em construção no país. Seu corpo legislativo é fragmentado (não existe um código administrativo no Brasil, como em França), não há tribunais especializados (apesar de haver distribuição especializada nos tribunais comuns) e o desenvolvimento teórico por vezes é deficiente, faltando uma maior atenção à formulação dos conceitos fundamentais. De toda sorte, os institutos e princípios elementares do Direito Administrativo no Brasil formam um conjunto de regras diferenciadas dos demais ramos do Direito, ainda que sem romper completamente com essa estrutura precedente, observada a aplicação subsidiária das regras de Direito Privado⁵⁸⁴.

O Direito Administrativo, sob o aspecto do campo de aplicação, engloba as atividades do Estado que abrangem para além dos serviços clássicos de segurança interna, defesa e serviços públicos fundamentais, a matéria atinente à intervenção administrativa no domínio econômico e social⁵⁸⁵. Nesse contexto, verifica-se que o regime geral instituído por lei a fim de submeter o interesse privado ao interesse público passa, necessariamente, por uma abordagem relacionada ao Direito Administrativo e seus critérios, fontes e princípios jurídicos.

As ligações da disciplina com o direito urbanístico são evidentes. De fato, a natureza das relações jurídicas que constituem objeto do direito urbanístico são: a) relações entre sujeitos de direito público (entes territoriais ou entes institucionais); b) relações onde em um dos pólos se apresenta um ente público e no outro, um particular⁵⁸⁶. Ademais, os instrumentos jurídicos predominantes⁵⁸⁷ no direito urbanístico são de natureza administrativa (regulamentos, atos administrativos, contratos administrativos e responsabilidade administrativa). Além disso, as garantias administrativas e contenciosas apontam para a sua inserção no âmbito do Direito Administrativo⁵⁸⁸.

Da mesma forma, se considerarmos a evolução histórica do direito urbanístico notaremos que suas regras jurídicas nasceram, em um primeiro momento, no âmbito do Direito Administrativo, primeiro nos municípios, depois nos outros níveis de legislação Estatal. E regras gerais e simples identificáveis como de direito urbanístico já existiam no velho direito luso-brasileiro. As Ordenações do Reino fixavam princípios básicos e genéricos sobre a ordenação das povoações, como aquela que determinava que: “aos vereadores pertencem ter encargo de todo o regimento da terra e das obras do

⁵⁸³ Em Portugal verificamos a existência dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que deixaram de ser somente tribunais de anulação de atos administrativos, passando a ser tribunais de plena jurisdição, significando com isso que os litígios surgidos na jurisdição administrativa têm inteira composição nos respectivos tribunais, numa tutela efetiva e completa. As leis do contencioso administrativo vieram cumprir o preceito da Constituição portuguesa no n. 1 do artigo 20º, que estabelece que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas. Cf. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei n. 13/2002 de 19 de fevereiro, alterada pela Lei n. 4-A/2003 de 19 de fevereiro e pela Lei n. 107-D/2003 de 31 de dezembro) e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n. 15/2002 de 22 de fevereiro alterada pela Lei 4-A/2003 de 19 de fevereiro). RATO, António Esteves Fermiano. **Contencioso Administrativo**. Novo Regime Explicado e Anotado. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais; Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Coimbra: Almedina, 2004; ALMEIDA, Mário Aroso; CADILHA, Carlos Alberto. **Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2005.

⁵⁸⁴ A autonomia do Direito Administrativo não significa que este se encontra externo ao sistema jurídico. Aplicam-se-lhe os princípios gerais do Direito e, da mesma forma, verifica-se a aplicação subsidiária do Direito Privado toda vez que se verifica a inexistência de norma administrativa específica como fonte principal. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 45.

⁵⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 45.

⁵⁸⁶ CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 54.

⁵⁸⁷ Alguns dos instrumentos do direito urbanístico são trazidos do Direito Administrativo e adaptados as suas finalidades especiais. Dentre eles citamos, no caso do Brasil, a desapropriação, a servidão, a organização de entidades executoras do urbanismo. Por outro lado, o poder de polícia, relevante instituição do Direito Administrativo, ainda é um meio fundamental para a atuação urbanística, embora passe ele por um processo de reestudo. Certo é que, no Direito Administrativo se encontram normas utilizadas no campo urbanístico, de forma que é possível sustentar que sua ligação estreita e interligada sob o ponto de vista científico. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 41.

⁵⁸⁸ CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 54.

Conselho, e de tudo que puderem saber, e entender, porque a terra e os moradores dela possam bem viver, e nisso hão de trabalhar”. Estava implícito que as imposições urbanas eram de competência das autoridades locais e normas genéricas sobre estética das cidades podem ser encontradas nas Ordenações Filipinas e outras sobre as relações de vizinhança e direito de construir⁵⁸⁹.

Ainda hoje, é o município o ente com maior papel no campo do direito urbanístico. Por último, a finalidade do Direito urbanístico sempre foi a resolução de situações de conflito entre particulares e o Estado, traduzindo este último o interesse público, a ser atingido através da aplicação do ordenamento do espaço. O confronto entre os dois interesses é o que caracteriza mais fortemente a ligação do Direito Administrativo com o direito urbanístico.

Por essas características, a maior parte da doutrina estrangeira entende que o direito urbanístico é ramo especializado do Direito Administrativo, posição que também adotamos, embora sem menosprezar a tendência contrária (que consolidará uma autonomia científica) que se verifica da produção legislativa. Os institutos de direito urbanístico, ainda que de origem administrativa, possuem uma “substantividade própria”⁵⁹⁰, que se expressa no fato de adaptar os princípios e categorias gerais do Direito Administrativo. São exemplos: os planos urbanísticos, as instituições clássicas como expropriação por utilidade pública, a indenização, o tombamento, e as limitações crescentes ao direito de propriedade.

O traço particular de suas fontes e suas normas denotam que o direito urbanístico tende a estabelecer uma configuração especial dentro dos ramos do Direito Público. Sua construção jurídica ainda se desenvolve e debates sobre a necessidade de uma “codificação” da matéria reforçam a questão da sua interdisciplinaridade e complexidade⁵⁹¹.

5.2. Direito urbanístico e direito da construção

O direito urbanístico e o direito da construção são disciplinas jovens que adquiriram sua autonomia tardiamente, após a Segunda Guerra Mundial. Antes, repousavam por longo período no seio do Direito Administrativo e do Direito Civil. Passaram por processos decisivos no século XX, após diversas manifestações precursoras de suas identidades progressivamente independentes⁵⁹².

O domínio das duas disciplinas é particularmente próximo, porém distinto em relação aos objetivos e origens. O direito da construção pode ser considerado como o “conjunto de regras e instituições relativas à edificação dos imóveis construídos”⁵⁹³. E, se de um lado as construções tomam, necessariamente um lugar ao solo, a forma e o uso das atividades construtivas são regulamentadas pelo direito do urbanismo. Para além de definir as coordenadas às quais as construções deverão seguir na medida em que se vão sendo instauradas no solo, o direito urbanístico dita as condições de implantação e mesmo os aspectos exteriores dos prédios.

Ademais, a construção de imóveis suscita problemas de diversa ordem e daí que se venha construindo um direito imobiliário ou direito da construção. Trata-se de disciplinas distintas não só pelo seu objeto, como também por sua natureza. Com efeito, segundo Gomes⁵⁹⁴,

⁵⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 44.

⁵⁹⁰ CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 55.

⁵⁹¹ CORREIA, Fernando Alves Correia. (Coord.) **Um Código de Urbanismo para Portugal?** Coimbra: Almedina, 2003.

⁵⁹² AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Droit de l’urbanisme et de la construction**. 7. edition. Paris: Montchrestien, 2004. p. 2

⁵⁹³ Na França, o direito da construção e o direito do urbanismo encontram-se regulamentados em legislações distintas, a saber, o Código do Urbanismo e o Código das Construções e habitações. Essa evolução se justifica em razão da origem dos dois ramos, sendo que o primeiro provém do direito público e o segundo se liga ao direito privado com todas as consequências que isso implica (processuais em caso de litígio, especificamente). É importante observar que os dois ramos são autônomos apesar de se aplicarem simultaneamente. Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’Urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

⁵⁹⁴ GOMES, Osvaldo. Direito do urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n. 1, ano 1, p. 23-34, jan./fev., 1980.

enquanto o direito de urbanismo analisa o fenômeno urbano, o direito da construção respeita ao imóvel considerado isoladamente. Por outro lado, a maior parte das normas que integram o direito da construção tem natureza privada, v.g. as disposições relativas a contratos e empreitadas, responsabilidade dos construtores, engenheiros e arquitetos, bem como os contratos relativos a fogos.

Segundo Correia⁵⁹⁵, seguindo a doutrina alemã, o direito da construção se divide em duas facções: o direito administrativo da construção, que abrange as regras técnicas e jurídicas a que deve obedecer à construção de edifícios, e o direito privado da construção, que abrange o conjunto de regras jurídicas privadas que disciplinam as relações jurídicas entre os participantes no planejamento e na execução de uma edificação. Esse direito privado da construção regularia as relações jurídicas entre o dono da obra e o arquiteto, o dono da obra e o empreiteiro, o dono da obra e os encarregados da execução desta, o dono da obra e outras pessoas de profissão especializada, as relações jurídicas entre o dono da obra e terceiro não participante na construção, por exemplo, proprietários vizinhos e outras pessoas eventualmente afetadas por ocorrências relacionadas com a construção.

Em relação ao direito urbanístico, faria parte deste o direito administrativo da construção, considerado, como exposto acima, não somente um conjunto de normas respeitantes à segurança, salubridade e estética das edificações, mas também normas que visam a garantir, de acordo com os princípios do Estado de Direito Social, que as habitações sejam saudáveis e apresentem os requisitos de espaço, luminosidade, conforto etc, necessários para que se tornem verdadeiramente dignas do homem.

Na França, as distinções podem ser feitas de forma ainda mais evidente ao considerarmos as condições para a solução de um evento contencioso. No caso das questões acerca da utilização dos solos, ou seja, nas lides cujo objeto repousa na aplicação de uma norma de natureza urbanística, resta competente, salvo exceção, a jurisdição administrativa, enquanto os conflitos emanantes do direito da construção, portanto, de origem no direito civil, são solucionados pelo julgo do judiciário⁵⁹⁶.

É de se observar, ainda, que depois da criação de um Código do Urbanismo e de um Código da Construção e da Habitação⁵⁹⁷ distintos as matérias se desenvolveram de forma progressiva, restando indúvidos os elementos que os distinguem.

No Brasil, os dois ramos também não se confundem, embora mantenham conexões e seus preceitos muitas vezes se interpenetrem. O direito de construir ao lado do direito de vizinhança é de ordem privada e disciplina a construção e seus efeitos nas relações com terceiros, especialmente com os confinantes. Já o direito urbanístico

ordena o espaço urbano e as áreas rurais que nele interferem, através de imposições de ordem pública, expressas em normas de uso e ocupação do solo urbano ou urbanizável, ou de proteção ambiental, ou enuncia regras estruturais e funcionais da edificação urbana coletivamente considerada⁵⁹⁸.

As limitações urbanísticas, por sua natureza de ordem pública, destinam-se, pois, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social. É o ramo que prescreve e impõe normas de salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética para a cidade e suas adjacências, ordenando desde o traçado urbano, as obras públicas, até as edificações particulares que vão compor o agregado humano.

Tais limitações atingem principalmente a habitação, e é natural que isso ocorra, porque “a casa é a semente da povoação. Quem constrói a casa está construindo a cidade. Mas a cidade não é do

⁵⁹⁵ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 69.

⁵⁹⁶ AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Droit de l'urbanisme et de la construction**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2004. p. 1.

⁵⁹⁷ O Código de Urbanismo francês foi publicado em anexo a dois decretos de 8 de novembro de 1973, e o Código da construção e da habitação anexado a dois decretos de 31 de maio de 1978. Cf. AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Droit de l'urbanisme et de la construction**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2004. p. 1-2.

⁵⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. 8. ed. **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.105.

proprietário da casa; é de todos. E, sendo de todos, há de predominar, na sua ordenação, o interesse da coletividade sobre o particular”⁵⁹⁹.

As normas urbanísticas provêm de entidade estatal e podem abranger qualquer área da cidade ou do campo onde as realizações humanas ou a preservação da natureza sejam necessárias ao bem-estar social. Nos centros urbanos, a exigência de uma intervenção pública resta mais evidente devido aos mais numerosos e maiores empreendimentos urbanísticos, destacando-se sobremaneira o papel do poder municipal. Por serem imposições de ordem pública, as disposições urbanísticas são imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis por acordo entre as partes, diversamente das restrições civis (direito de construção e vizinhança), que são prescritíveis, renunciáveis e transacionáveis por acordo entre as partes ou mesmo pela aceitação tácita de certas situações de fato.

As duas matérias, embora sua natureza jurídica seja distinta, não são entidades totalmente independentes. Elas regem, na verdade, um setor de atividade comum, qual seja, segundo expressão consagrada, a da habitação. Tal domínio em comum possui implicações múltiplas. De partida, são os mesmos interessados ou titulares que se utilizam dos dois direitos (proprietários que querem construir, arquitetos, notários ou advogados etc). Ademais, frequentemente uma intervenção provocada em uma das matérias terá repercussões na outra, de forma que toda política global do setor deva, portanto, se interessar necessariamente por ambas.

5.3. Direito urbanístico e Direito Ambiental

Com a Segunda Guerra Mundial, tem lugar uma mudança estrutural do sistema de produção capitalista. Pela primeira vez na história da humanidade, percebeu-se o conhecimento científico e os resultados apresentados pela ciência como forças produtivas do capitalismo que poderiam exterminar a raça humana. Hiroshima e Nagasáqui, com suas consequências emblemáticas, simbolizaram o uso ilimitado e utilitário do poder, mais propriamente do uso ilimitado e utilitário do conhecimento como poder, e da utilização aética da ciência. Hobsbawn⁶⁰⁰ afirma que nunca na história “tantos homens haviam sido mortos ou abandonados à morte por decisões humanas”. O mundo capitalista encontra na guerra a saída para suas crises de desenvolvimento, eis que há uma mobilização da indústria e da ciência para a confecção de armas convencionais, bem como o desenvolvimento da tecnologia necessária às não convencionais.

Após a guerra, o crescimento econômico tomou proporções até então não alcançadas. Nunca a humanidade havia atingido semelhantes níveis de conforto e qualidade de vida proporcionados pelo crescente consumo de mercado e desenvolvimento da indústria doméstica, assegurada, por sua vez, pela indústria da guerra (bélica)⁶⁰¹. Em meio a uma política mundial dividida entre duas potências do primeiro e do segundo mundos. O terceiro mundo teve o seu desenvolvimento determinado pela geopolítica das duas potências polarizadas, relevante nesse sentido a transformação do papel do Estado como agente econômico que chamou a si as tarefas estratégicas para a implantação de estruturas industriais condicionadas pela exploração dos recursos minerais do subsolo. A intervenção do Estado adquire um sentido preciso, isto é, impor a toda a sociedade civil o peso da valorização exclusiva do setor econômico mais desenvolvido.

Contribuindo de forma direta para o fortalecimento das economias de mercado, a exploração dos recursos naturais alcançou índices recordes. A nova divisão internacional do trabalho possibilitava o início de uma era de acumulação econômica do capital que teve nas empresas multinacionais o canal de fluxo dos capitais em forma de investimentos e de transferência de tecnologia. O período que vai de 1945 até fins da década de 1960 foi marcado por um grande impulso econômico com base no capital das grandes multinacionais, e com a ampliação do uso intensivo das fontes de energia e dos recursos

⁵⁹⁹ GRECA, Alcides. **El Régimen Legal de la Construcción**. Buenos Aires, Zavalía: 1956. p. 126. Apud: MEIRELLES, Hely Lopes. 8. ed. **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 105.

⁶⁰⁰ HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

⁶⁰¹ Primeira Conferência Mundial sobre Meio Ambiente em Estocolmo em 1971. Para a ONU, não há apenas um limite mínimo de recursos para proporcionar bem-estar ao indivíduo, há também um máximo.

naturais de todas as regiões do mundo. Tal modelo de crescimento econômico é definitivamente responsável pelo quadro de destruição ambiental, afetando principalmente os países cujo desenvolvimento foi dependente e associado ao capitalismo central e, paradoxalmente, os detentores de grandes reservas de riqueza mineral, vegetal e animal⁶⁰².

No início da década de 1960 o paradigma⁶⁰³ ecológico começava a mudar. A ideia de que os recursos naturais eram ilimitados estava ultrapassada. Dava-se início ao confronto entre um sistema econômico e jurídico sustentado na ideia de que a exploração dos recursos naturais não simbolizava perdas coletivas e um diagnóstico ecossistêmico de necessidade da limitação desses recursos naturais, cuja consequência foi gerar um custo global pela exploração. A realidade nascida no pós-guerra inseriu no contexto das necessidades humanas o pensamento da importância da paz, do direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado⁶⁰⁴, refletindo as necessidades de um novo tempo.

O surgimento, assim, do direito ambiental tendo por objeto o direito à preservação da qualidade de vida e das espécies é recente. Sua sistematização dependeu do desenvolvimento da teoria dos direitos difusos. Seu caráter horizontal, transdisciplinar e transindividual extrapolam as fronteiras do público e do privado, ficando além das simples relações de direito entre os indivíduos. A tutela ambiental adquire um caráter plástico, adaptando-se a todos os ramos do Direito, perpassando os interesses, fazendo surgir uma nova abordagem dos fatos e direitos antigos⁶⁰⁵.

O tratamento dos solos urbano e rural não poderia ser indiferente à nova era da proteção ambiental⁶⁰⁶. É por isso que se verifica constantemente a relação entre o direito urbanístico e o direito do ambiente. Essa tendência se justifica em nossos dias a partir do momento em que o ambiente se torna cada vez mais urbano⁶⁰⁷, fazendo coincidir o objeto de regulamentação dos dois ramos jurídicos. Ambas as disciplinas jurídicas têm por objetivo a proteção do meio de vida e a organização espacial de forma a garantir a sustentabilidade dos recursos naturais⁶⁰⁸.

Na França, antes mesmo da criação de um Ministério do Ambiente, em 1971, a preocupação com a proteção da natureza, dos sítios e paisagens já fazia parte do direito do urbanismo que, da mesma forma, previa a proteção do patrimônio cultural. Assim, por muito tempo, o essencial do Direito Ambiental se encontrava codificado no Código do Urbanismo Francês⁶⁰⁹.

Na Grã-Bretanha, o escopo ou a proposta do planejamento territorial tradicional fundamenta-se na “necessidade de proteger a saúde pública, prevenir o desenvolvimento não planejado, proteger a natureza como um refúgio da vida moderna, promover o interesse público, gerir o ambiente e encontrar um equilíbrio justo entre demandas concorrentes”⁶¹⁰. As fronteiras ou limites entre o

⁶⁰² Cf. DORNELLES, João Ricardo. **O que são direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 35 e 36.

⁶⁰³ O sentido clássico de paradigma surge com Tomas Kuhn, que determina ser aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, “inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. No presente trabalho, o signo paradigma é utilizado para designar um modelo apenas ou um modelo que condiciona algo. Cf. KUHN, Tomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

⁶⁰⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos - elaborada a partir da Carta das Nações Unidas que criou a Comissão de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948. A Assembleia Geral da ONU reunida em Paris aprovou por 48 votos a favor e 8 abstenções a Declaração Universal. Cf. CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

⁶⁰⁵ Cf. SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 25 e ss.

⁶⁰⁶ Lembremos, ainda, que precisamos aceitar o inelutável de que “as cidades são construídas, necessariamente, sobre o aniquilamento da natureza, nem sempre suscetível de ser recomposta em termos satisfatórios. O que se exige é a ponderação de valores, com vistas a harmonizar o meio ambiente natural com o meio ambiente construído;”, nas palavras de PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo: Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 7, p. 37-51, ago./set., 2006.

⁶⁰⁷ Ver sobre a definição de “ambiente urbano” em PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2004.

⁶⁰⁸ Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’Urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 11

⁶⁰⁹ SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l’urbanisme**. Paris: Dalloz, 1996. p. 12

⁶¹⁰ “The traditional land use concerns of planning can be described as generally including ‘the need to protect public health, to prevent unplanned (physical) development, to protect nature as a refuge from modern life, to provide for the public interest, to manage the environment, and to find a fair balance between competing demands’”. Cf. STALLWORTHY, Mark. **Sustainability, Land Use and Environment**. A legal Analysis. London: Cavendish, 2002. p. 100

planejamento e a proteção ambiental são, às vezes, difíceis de distinguir. Inevitavelmente é assim, pois o plano territorial será implicitamente ambiental na medida em que sua razão de ser é a regulamentação de nossos espaços circundantes, o que necessariamente passa por uma análise ambiental.

No Brasil, a legislação, ainda que indiretamente, tratou da matéria ambiental desde o surgimento do Código das Águas, Decreto n. 24.643, de 10 de junho de 1934.

Após a Conferência de Estocolmo, em 1972, passou-se a desenvolver um verdadeiro discurso “ambientalista”. Na esteira das ideias difundidas nesse evento, o Brasil aprovou a Lei n. 6.803, de 2 de julho de 1980, do zoneamento industrial, que estabelecia regras típicas de direito urbanístico com fins ambientais, marcando a união desses dois ramos do direito.

Em seguida, a aprovação da Lei n.6.938/81, que institui a Política Nacional para o Meio Ambiente, atesta o “nascimento” de um direito ambiental no Brasil.

O desenvolvimento do direito ambiental leva a afirmar a existência de um novo ramo jurídico e, assim como o direito urbanístico, constrói-se sob as bases de um Estado de Direito Social e Democrático. As relações entre ambas, vão, entretanto, muito mais além.

A disciplina ambiental assume um caráter horizontal, que se compõe de direitos de terceira geração, ou seja, daqueles direitos que possuem como titulares não somente um indivíduo isoladamente ou uma coletividade, mas todo o gênero humano. Resta dizer que, sua presença permeia todas as gerações de direitos e se aplica às normativas de natureza urbanística, sem, entretanto, se confundir com estas.

A abordagem ambiental é de tal forma relevante que a doutrina tem construído o conceito de “ambiente urbano”⁶¹¹. A noção encerra em si uma série de posições doutrinárias. Segundo definição de Frier⁶¹², o ambiente urbano comporta três abordagens: *a poluição urbana, o ambiente construído e a natureza*. A poluição urbana dá origem a graves problemas de saúde humana e seus efeitos são sentidos para além das fronteiras das cidades. Ela contribui para a poluição atmosférica e é produzida principalmente pelas atividades industriais e pelos transportes das cidades. A esta poluição atmosférica acrescenta-se a poluição sonora, essencialmente urbana que afeta comumente os desmunidos e eleva os níveis de estresse e de insônia dos habitantes das cidades. Da mesma forma, a poluição das águas está ligada à incapacidades de tratamento das águas usadas e às regras de saneamento. O lixo ou dejetos vem a ser uma prioridade, sobretudo quando se verifica sua diversidade e volume, de tal modo que é necessária a criação de novos espaços para tratamento e transformação, bem como uma adaptação dos bens de consumo. Por fim, a poluição dos solos, causada por contaminações tóxicas ou de antigas instalações industriais, que exige uma política nova de descontaminação e de controle ecológico na ocasião do controle de transações imobiliárias.

No que tange ao *ambiente construído*, nele se enquadram as questões concernentes à paisagem urbana. O aspecto qualitativo das construções e da preservação dos centros históricos formam a personalidade de uma cidade, a diferenciando das outras cidades. Segundo Frier, tratar-se-ia de um elemento natural, ou do ambiente natural construído, conceito também adotado em grande parte da doutrina brasileira, conforme veremos a seguir⁶¹³.

⁶¹¹ Conferir o excelente artigo de Correia, em que se delinea os contornos do conceito de meio ambiente urbano. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

⁶¹² Cf. FRIER, Michel. Urbanisme et Environnement. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Número Spécial, p. 80-88, mai., 1993.

⁶¹³ Essa é uma noção desenvolvida pela doutrina adepta ao conceito amplo, segundo o qual o ambiente é o “conjunto de condições e influências externas que cercam a vida e o desenvolvimento de um organismo ou de uma comunidade de organismos, interagindo com os mesmos. Isso abrange condições físicas e biológicas, a exemplo de solo, clima e suprimento de alimentos, quanto, no que diz respeito aos seres humanos, a considerações de ordem social, cultural, econômica e política.” Cf. FARIAS, Talden. **Direito Ambiental**. Tópicos especiais. João Pessoa: Editora UFPB, 2007. p. 26-27; SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 25 e ss; SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19; SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 55 e ss; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 506 e ss.

No que se refere ao *aspecto natural* na cidade, este concerne aos espaços naturais conservados ou mantidos graças aos parques, jardins, espaços verdes, avenidas arborizadas, zonas para pedestres, florestas periurbanas. E concerne também à flora e a fauna das cidades.

Como se verifica dessas descrições, é evidente que no contexto das cidades vários elementos ambientais serão abordados e disciplinados. O que se quer destacar aqui é, outrossim, qual a relação entre esse ramo (Direito Ambiental) e o direito urbanístico. Nesse sentido, a distinção entre ambas as disciplinas dependerá, *a priori*, do conceito de ambiente que se assume e, por conseguinte, da amplitude do objeto do Direito do Ambiente (ou Direito Ambiental).

Para Canotilho⁶¹⁴, encontram-se disponíveis duas grandes alternativas: a) o conceito amplo de ambiente, que inclui não só os componentes ambientais naturais, mas também os componentes ambientais humanos (isto é, não apenas o ambiente natural, mas também o construído); b) o conceito estrito de ambiente, que se centre nos primeiros componentes referidos.

A legislação brasileira conceitua o ambiente como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Inciso I, do artigo 3º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981).

Para a maioria da doutrina brasileira, o referido texto legal que conceitua o ambiente define o objeto do Direito Ambiental englobando elementos ou bens naturais, artificiais e culturais na medida em que propiciam “(...) o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas (...)”⁶¹⁵. Trata-se de uma concepção unitária, inspirada pela doutrina de Giannini⁶¹⁶, que emprega a palavra “ambiente” com correspondência a três noções:

- I – a de ambiente enquanto paisagem, incluindo tanto as belezas naturais como os centros históricos, parques e florestas;
- II – a de ambiente como objeto de movimento normativo ou de ideias sobre defesa do solo, do ar e da água;
- III – a de ambiente como objeto da disciplina urbanística.

Na medida em que o ambiente é a expressão das interações e das relações dos seres vivos (o homem), entre eles e seu meio, não é surpreendente que o direito do ambiente seja um direito de característica horizontal, recobrando os diferentes ramos clássicos do direito (privado, público e internacional) e um direito de interações que tende a penetrar em todos os setores do Direito por introduzir uma ideia ambiental conforme estabelecido no tratado de Maastricht, de 7 fevereiro de 1992, segundo o qual a proteção do ambiente deve ser integrada às outras políticas da comunidade (art. 174 e art.6 do Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997)⁶¹⁷.

Entretanto, entendemos que a sua horizontalidade não denota, para fins do discurso jurídico, uma sobreposição imperialista de todos os ramos de Direito. Importa, dessa forma, reconhecer que o núcleo central do Direito Ambiental constitui-se pelo direito da natureza, o direito da poluição e dos riscos, o direito dos monumentos naturais, sítios e paisagens. Os demais ramos do Direito, como são o direito urbanístico e o direito do patrimônio cultural, são considerados pelo Direito Ambiental de forma privilegiada na medida em que os objetos dos quais esses se ocupam são ou devem ser por em essência (mas não em sua totalidade) inspirados pelo ambiente⁶¹⁸.

É assim que hoje se fala em “ambiente urbano”⁶¹⁹, sem, com isso, querer se afirmar que a disciplina urbanística se confunde com a disciplina ambiental. É necessário, entretanto, ter em mente

⁶¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Coord.) **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 21.

⁶¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 20.

⁶¹⁶ GIANNINI, Massimo Severo. Apud: SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 20.

⁶¹⁷ PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 6.

⁶¹⁸ Cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 7 e FRIER, Michel. Urbanisme et Environnement. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Número Spécial, p. 80-88, mai., 1993.

⁶¹⁹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

que “é indispensável que numa sociedade tão urbanizada como a nossa, a política do ambiente penetre no meio urbano e o impregne”⁶²⁰.

No ordenamento jurídico português, os conceitos de “ambiente urbano” e de “desenvolvimento sustentável” foram incluídos na Carta Fundamental daquele país, quando da revisão constitucional em 1997. Assim, a Constituição portuguesa consagra um vínculo indissociável entre o direito urbanístico e o Direito Ambiental⁶²¹.

No Brasil, a ligação ocorre de maneira similar, uma vez que, para além da Carta Fundamental que estabelece um capítulo dedicado ao meio ambiente com as fontes basilares dessa disciplina, o Estatuto da Cidade recepciona o conceito de desenvolvimento sustentável e reforça o comprometimento do direito urbanístico com o meio ambiente urbano equilibrado⁶²².

O Estatuto da Cidade, lei de bases do direito urbanístico brasileiro, traz, em seu artigo 2º, a vinculação da política urbana e do pleno desenvolvimento das cidades com a noção de meio ecologicamente equilibrado:

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

I – garantia do direito a *cidades sustentáveis*, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações⁶²³.

Por outro lado, instrumentos de natureza ambiental são assumidos também como instrumentos da política urbana, como é o caso do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), referido expressamente no art. 4º, VI, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade no Brasil, e, da mesma forma, no contexto português incorpora-se através do Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro, nos procedimentos de elaboração, acompanhamento, participação e aprovação dos instrumentos de gestão territorial a avaliação dos seus efeitos ambientais através de estudos de impacto ambiental (*avaliação ambiental*)⁶²⁴.

Da mesma maneira, a legislação que trata do meio ambiente toca diretamente as questões vividas nas cidades e no chamado meio ambiente urbano. É o caso da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), que contém uma seção dispendo sobre crimes contra o ordenamento urbano e o

⁶²⁰ PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 707.

⁶²¹ Alínea e) do n.º 2, do artigo 66 da Constituição portuguesa. Segundo o qual incumbe ao Estado “promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

⁶²² “Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Constituição Federal de 1988). Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁶²³ MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁶²⁴ “O procedimento de AIA (Avaliação de Impacto Ambiental) inicia-se com a apresentação pelo proponente – ou seja, pela pessoa individual ou colectiva, pública ou privada, que formula um pedido de autorização ou de licenciamento de um projecto – de um Estudo de Impacte Ambiental (EIA) à entidade licenciadora ou competente para a autorização. O EIA é acompanhado do respectivo estudo prévio ou anteprojecto ou, se a estes não houver lugar, do projecto sujeito a licenciamento. O EIA e toda documentação relevante para a AIA são remetidos pela entidade licenciadora à autoridade de AIA. Esta é o Instituto do Ambiente [actualmente, substituído pela Agência Portuguesa do Ambiente, na sequência dos artigos 4º, nº 1, alínea d) e 13º do Decreto-Lei nº 207/2006, de 27 de Outubro, que aprovou a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, e do Decreto Regulamentar nº 53/2007, de 27 de Abril, que aprovou a orgânica da Agência Portuguesa do Ambiente], nos casos expressamente referidos no artigo 7º, nº1, alínea a), do Decreto-Lei nº 69/2000, e, nos restantes casos, as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional.” Nesse sentido, os desenvolvimentos apresentados por CORREIA, Fernando Alves. A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no direito do urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, Ano 137º, n. 3946, p. 4-35, set./out., 2007.

patrimônio cultural, conferindo aos municípios um papel simultâneo na gestão dos interesses urbanísticos, ambientais e patrimoniais da cidade⁶²⁵.

Fala-se em um equilíbrio urbano, em que a cidade e o campo apresentam sua face humana, artística, estética; em que os espaços verdes e os jardins são considerados essenciais, fazendo parte da organização racional do espaço. Busca-se esse equilíbrio entre os elementos construídos e não construídos, pois os espaços vazios têm a mesma importância que os silêncios na música: eles são indispensáveis à harmonia e à respiração. A proteção do ambiente é, enfim, um direito que toca a cidade e sua influência sobre o direito urbanístico se manifesta por vezes na planificação do solo, na realização de grandes operações urbanísticas e no direito de construir⁶²⁶.

É de se reconhecer, todavia, a transdisciplinariedade da matéria urbanística, suscitando, no campo jurídico, a associação direta entre o direito urbanístico e o Direito Ambiental, sem prejuízo de outras relações daquele com outros ramos. Essa transdisciplinariedade não deflagra, entretanto, uma submissão de uma disciplina em relação à outra, mas se sustenta exatamente em suas intersecções⁶²⁷. Entre ambos os ramos existe uma relação conexa, mas devem ser rejeitadas as posições extremistas que perspectivam o direito do ambiente como uma parte integrante do direito do urbanismo ou este último como um capítulo daquele. Antes disso, enquanto disciplinas complementares – e não concorrentes –, ambas se preocupam com a proteção do ambiente. Essa relação de complementaridade vem sendo construída com base numa progressiva comunhão de princípios gerais e de fins e objetivos, na adoção de idênticos instrumentos jurídicos e na articulação de procedimentos⁶²⁸. Dessa forma, entendemos que as disciplinas se encontram correlacionadas, em que pese sua autonomia e distinção científicas.

5.4. Direito urbanístico e o direito do ordenamento do território

Segundo a definição clássica de Claudius Petit, “o ordenamento do território é a busca em um quadro geográfico da França, de uma melhor repartição dos homens em função dos recursos naturais e das atividades”⁶²⁹.

A doutrina atribuiu ao ordenamento do território objetivos específicos como: a) estabelecer uma repartição geográfica mais racional das atividades econômicas; b) restabelecer equilíbrios desfeitos entre a capital e a província, entre o litoral e o interior, entre regiões desenvolvidas e regiões subdesenvolvidas ou em vias de desenvolvimento; c) descentralização geográfica da localização dos serviços públicos e das indústrias, entre outras⁶³⁰.

Dessa forma, o ordenamento do território abrangeria a ação da administração pública que propõe a melhor distribuição dos recursos humanos e econômicos em função dos recursos naturais e

⁶²⁵ Nesse sentido, verificar o papel do Município no trato das questões ambientais, especificamente, no licenciamento ambiental e urbanístico em PRESTES, Vanêsa Buzelato. A Necessidade de Compatibilização das Licenças Ambiental e Urbanística no Processo de Municipalização do Licenciamento Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 34, p. 84-96, abr./jun., 2004. Compatibilização das licenças ambiental e urbanística no Processo de Municipalização do Licenciamento Ambiental.

⁶²⁶ Cf. As leis e regulamentos impõem ao direito urbanístico que se prevejam disposições protetivas ao meio ambiente. Essa exigência se traduz em instrumentos de zoneamento (vide Lei de Zoneamento industrial, Lei n. 6.803/80) e o estabelecimento de servidões e restrições ao direito de construir no bojo das planificações urbanas. Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Le droit de l'environnement**. Paris: Presses Universitaires, 1987. p. 82-89.

⁶²⁷ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Direito urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 151, p. 207-229, jul./set., 2001.

⁶²⁸ Nesse sentido, CORREIA, Fernando Alves. A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no direito do urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, ano 137º, n. 3946, p. 4-35, set./out., 2007.

⁶²⁹ “l'aménagement du territoire, c'est la recherche dans le cadre géographique de la France d'une meilleure répartition des hommes en fonction des ressources naturelles et des activités” Comunicação feita em fevereiro de 1950 por M. Claudius Petit, então Ministro da Reconstrução e do Urbanismo em França, sobre o ordenamento do território. Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'Urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 12.

⁶³⁰ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, jun., 1994.

dos potenciais de um amplo território (nacional ou regional), a fim de promover o desenvolvimento harmônico entre as diferentes regiões que o compõem.

O ordenamento do território foi desenvolvido em um contexto da política pública adaptada às nações industriais modernas, após a grande crise econômica de 1929⁶³¹. Keynes demonstra que os Estados Modernos podem pesar na conjuntura econômica através de uma adaptação de sua política fiscal e financeira. A motivação de Keynes desencadeia uma verdadeira mobilização intelectual nos Estados Unidos para aumentar a produção industrial e otimizar grandes operações estratégicas. Tais contribuições serviram em particular, para a elaboração de grandes projetos de desenvolvimento nas regiões sub-industrializadas. É elaborada uma nova concepção do exercício das responsabilidades públicas que podemos chamar de tecnocracia⁶³². Ao mesmo tempo, assistiu-se à passagem simultânea de um urbanismo confiado aos arquitetos para produzir formas urbanas, para uma planificação estratégica das cidades.

Nota-se, a partir das características que distinguem o ordenamento do território, que seu discurso possui um caráter amplo e de natureza múltipla que incidirá sobre a organização e utilização do solo e, para além disso, implicará em intervenções de natureza econômica e social.

A ideia de ordenar o território significa atribuir aos espaços físicos funções econômicas, sociais e culturais determinadas, de acordo com certa concepção global sobre o ambiente (habitat) humano. É acima de tudo uma concepção funcional, no sentido de que somente aceita o espaço afeto a uma finalidade determinada⁶³³.

Na França, as primeiras reflexões são conduzidas pelo ministério encarregado da Reconstrução e do Urbanismo, entretanto, em 1963, foi criado um organismo específico – a Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR). Seus esforços se focavam na descentralização econômica do país, buscando a organização dos poderes públicos locais. A ação do DATAR organiza-se então em torno de quatro eixos. Primeiro, a ação dos ministérios técnicos, constantemente acantonada num domínio estritamente delimitado, é sistematicamente substituída num contexto global e espacial que permite medir melhor a sua influência na repartição dos homens e das atividades e ter mais em conta a dimensão territorial na preparação das decisões do Estado⁶³⁴.

De forma semelhante, entende-se por tarefa do ordenamento do território na Alemanha influenciar a distribuição territorial das funções existenciais do homem⁶³⁵. Trata-se do exercício de funções públicas de planejamento com o fim de localizar as atividades produtivas e utilizar instrumentos de correção dos desequilíbrios regionais, buscando muitas vezes a resolução compartilhada dos problemas resultantes do crescimento das cidades e da expansão demográfica.

Na América Latina, países como a Argentina e o Brasil herdaram uma estrutura urbana muito desequilibrada e concentrada na franja litoral⁶³⁶. A construção de Brasília nos anos 50 teve um valor simbólico e estabeleceu a distribuição dos interesses no espaço territorial, facilitando o acesso de todos os cantos do país à capital administrativa do Estado Federativo Brasileiro. Pode-se dizer que se tratou de uma atividade típica de ordenamento territorial, envolvendo o planejamento no âmbito local, com técnicas e direito urbanístico, dentro de uma perspectiva nacional de interesse político e econômico.

De acordo com Correia⁶³⁷, as relações do direito do urbanismo com o direito do ordenamento do território são estreitas, “em termos de ser muito difícil traçar uma linha rigorosa de fronteira entre eles”. A dificuldade decorre, principalmente, da noção de direito do urbanismo que o autor assume

⁶³¹ LACAZE, Jean-Paul. **O Ordenamento do Território**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 23.

⁶³² Cf. LACAZE, Jean-Paul. **O Ordenamento do Território**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 25.

⁶³³ CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁶³⁴ LACAZE, Jean-Paul. **O Ordenamento do Território**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 28.

⁶³⁵ HOPPE, W.; MENKE, R. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 73.

⁶³⁶ LACAZE, Jean-Paul. **O Ordenamento do Território**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 20.

⁶³⁷ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 72. Do mesmo autor e no mesmo sentido, **Le Juge et l'Urbanisme au Portugal**. Texto apresentado na ocasião do Colloque de Rome.

(em relação a qual também nos afiliamos), de tratar o direito urbanístico (ou do urbanismo) como disciplina aplicável ao território globalmente entendido, e não apenas o espaço da cidade ou da urbe (o espaço que se contraporía ao meio rural) ⁶³⁸.

Amaral⁶³⁹ não se depara com a mesma perplexidade e define o ordenamento do território

como a ação desenvolvida pela Administração Pública no sentido de assegurar, no quadro geográfico de certo país, a melhor estrutura das implantações humanas em função dos recursos naturais e das exigências econômicas, com vista ao desenvolvimento harmônico das diferentes regiões que o compõem.

Como defensor da teoria restrita do campo de aplicação do direito urbanístico⁶⁴⁰, a diferença entre as disciplinas está clara, e repousa nessa limitação.

A técnica do ordenamento do território é hoje utilizada, em larga escala, nos diversos países da Europa e mesmo em nível da União Europeia. A Carta Europeia⁶⁴¹ do Ordenamento do Território aprovada pelo Conselho da Europa em 20 de maio de 1983⁶⁴², define o ordenamento do território como “uma disciplina científica, uma técnica administrativa e uma política, concebidas como uma abordagem interdisciplinar e global que visam desenvolver de modo equilibrado as regiões e organizar fisicamente o espaço, segundo uma concepção orientadora”.

O ordenamento do território seria, em sentido *lato*, a aplicação ao solo de todas as políticas públicas, designadamente econômico-sociais, urbanísticas e ambientais, visando à localização, organização e gestão correta das atividades humanas, de forma que se consiga um desenvolvimento regional harmonioso e equilibrado. Essa noção é ampla e denota uma percepção do ordenamento do território, cujo conteúdo integra uma abordagem de caráter geral e integral de todos os fatores que incidem sobre o território ou que implicam a sua utilização, incorporando a planificação socioeconômica e física, a defesa do ambiente e o último escalão do planejamento realizador do ordenamento do território⁶⁴³.

No Brasil, o desenvolvimento legal da disciplina do ordenamento do território expressa na lei fundamental da ordem Urbanística, verifica-se na utilização de planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social⁶⁴⁴.

Por ser um Estado Federativo, a divisão de competências para tratar da matéria no Brasil se restringe aos Estados e à União, ficando aos Municípios a tarefa singular da disciplina urbanística. Nesse caso, a tendência é reservar aí o ordenamento do território de forma que todas as atividades com influência no território, em especial de planejamento, tenham caráter supralocal (supramunicipal), com conteúdo coordenador e conjunto da pluralidade da planificação⁶⁴⁵. Para essa perspectiva, o critério delimitador entre o ordenamento do território e o urbanismo é o *critério do âmbito territorial de aplicação*. Assim, o urbanismo abrangeria o conjunto das regras jurídicas disciplinadoras do uso e transformação dos solos do espaço municipal, ou quando muito intermunicipal, enquanto o direito do

⁶³⁸ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63.

⁶³⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objeto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, jun., 1994.

⁶⁴⁰ De acordo com esse autor, o ordenamento do território só tem verdadeira utilidade, à escala nacional e regional, enquanto o “urbanismo” se situa no âmbito da urbe, isto é, da cidade, do aglomerado urbano. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objeto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 11-40, jun., 1994.

⁶⁴¹ OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Direito do Ordenamento do Território**. Cadernos CEDOUA, Coimbra: Almedina, 2001. p. 10.

⁶⁴² Na mesma Carta, ficam ainda estabelecidos os princípios fundamentais do ordenamento do território.

⁶⁴³ OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Direito do Ordenamento do Território**. Cadernos CEDOUA, Coimbra: Almedina, 2001. p. 11.

⁶⁴⁴ Inciso I, Artigo 4º, Lei n. 10.257/2001. Cf. BRASIL. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶⁴⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Direito do Ordenamento do Território**. Cadernos CEDOUA, Coimbra: Almedina, 2001. p. 17.

ordenamento do território teria uma aplicação mais vasta, abrangendo as regras jurídicas aplicáveis à ocupação do território no âmbito nacional e regional⁶⁴⁶.

A tendência é colocar o ordenamento do território ligado aos poderes regionais e nacionais e o urbanismo aos poderes locais. Entretanto, essa concepção não explica o fenômeno nos Estados Unitários, como Portugal, e tampouco abrange o conceito amplo de direito do urbanismo, conforme adotamos. De certo, se o direito urbanístico é entendido como um

conjunto de normas e institutos que disciplinam não apenas a expansão e renovação dos aglomerados populacionais, mas também, o complexo das intervenções no solo e das formas de utilização do mesmo que dizem respeito às edificações, à valorização e proteção das belezas paisagísticas e dos parques naturais, à recuperação de centros históricos, etc.⁶⁴⁷

não se poderá deixar de ter em conta que a eficácia do plano local dependerá de sua conformidade com os planos regionais e nacionais. Segundo essa perspectiva, ordenamentos municipal, regional e nacional são como três pontas de um mesmo triângulo, que não podem ser compreendidos isoladamente. Para Correia, o direito do urbanismo e o direito do ordenamento do território estão hoje de tal forma próximos nos fins, nos instrumentos utilizados e no âmbito de aplicação que o segundo pode considerar-se um prolongamento do primeiro⁶⁴⁸.

Outro critério de distinção desenvolvido na doutrina portuguesa é o *critério da eficácia jurídica das respectivas normas*. Esse critério distingue o direito do ordenamento do território por ser este constituído por normas previstas normalmente em planos, que assumem, via de regra, o caráter de meras diretivas e apresentam um conteúdo simplesmente orientador, estratégico e coordenador das ações a desenvolver no quadro geográfico nacional, regional e local pelas entidades públicas. As normas de ordenamento do território não devem ser, em regra, diretamente vinculativas para os particulares, mas apenas para as entidades públicas; em relação aos particulares, as normas de ordenamento do território terão uma eficácia apenas indireta ou mediata.

Pelo contrário, o direito do urbanismo é formado por normas que vinculam diretamente tanto a Administração quanto os particulares. As suas regras têm força vinculativa direta por estabelecerem de modo concreto o destino e o regime do uso e transformação do solo⁶⁴⁹.

Uma terceira tese propõe a distinção entre o direito do urbanismo e o direito do ordenamento do território considerando os *instrumentos jurídicos* utilizados por um e pelo outro. Enquanto o direito urbanístico recorre predominantemente às medidas imperativas (atos administrativos e lei), o ordenamento do território privilegia as medidas de apoio e fomento, incentivando atividades dos particulares e formas de contratos de cooperação com a iniciativa privada⁶⁵⁰.

Além desses, é possível ainda localizar na doutrina o *critério da contraposição direito-política*, uma vez que, segundo alguns autores, não se deve falar em direito do ordenamento do território, mas em política de ordenamento do território. Por seu objeto vasto e impreciso, a realização dos objetivos do ordenamento do território acabaria por representar um problema mais político do que jurídico. A tese é normalmente rejeitada ao considerarmos o atual estágio de desenvolvimento do conceito de Estado de direito que não admite a ocorrência de atos da Administração Pública estranhos ao domínio jurídico. Trata-se, pois, de visão que privilegia excessivamente o caráter da ação e da

⁶⁴⁶ CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 67-68 e, do mesmo autor, **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 66 e ss.

⁶⁴⁷ CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 51.

⁶⁴⁸ Em que pese a tendência a afirmarmos o contrário, é preciso ter em vista que o direito do ordenamento do território surge depois do direito urbanístico e é fruto da relevância atingida por este e das reflexões promovidas em razão do urbanismo. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 73.

⁶⁴⁹ Nesse sentido, CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001 e, do mesmo autor, **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 72 e ss; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Direito do Ordenamento do Território**. Cadernos CEDOUA, Coimbra: Almedina, 2001. p. 24.

⁶⁵⁰ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 83.

eficácia do ordenamento do território, sem observar que no quadro jurídico atual, a questão política não se pode afastar da legalidade.

Não se pode negar, entretanto, o forte componente político do ordenamento do território, mas entendendo essa questão como uma vertente de opções as quais o dirigente deverá assumir, fazendo harmonizar o interesse essencial da matéria, ou seja, a de garantir certa “igualdade entre as pessoas, procurando por termo à situação chocante de um homem que vive numa região não dispor de condições de vida e de trabalho semelhantes e não ter as mesmas ‘chances’ de progredir que um homem que vive noutra região”⁶⁵¹.

Segundo, ainda, o critério da eficácia jurídica das normas, a linha divisória entre o direito do ordenamento do território e o direito urbanístico estaria na *eficácia jurídica das respectivas normas*. De acordo com essa tese, as normas de ordenamento do território assumem, via de regra, o caráter de meras diretivas das ações a desenvolver no quadro geográfico nacional ou regional. Daí que suas regras se limitariam a definir opções e critérios de organização e uso do espaço, sem vincular diretamente os particulares, mas somente as entidades públicas. O direito urbanístico, por sua vez, traz em seu bojo normas que vinculam diretamente os particulares, assim como os sujeitos de direito público. Tais normas estabelecem de um modo mais concreto e preciso o destino e o regime do uso, ocupação e transformação do solo⁶⁵².

A posição encontra ainda, algumas arestas. Ainda que os planos locais de urbanismo vinculem direta e imediatamente os particulares, eles também contêm normas, cuja natureza lhes enquadra mais no âmbito do direito do ordenamento do território. Nesse sentido, existem normas que têm por finalidade a programação do desenvolvimento econômico do município, apresentando-se, por isso, como documentos de natureza híbrida, com características simultaneamente estratégicas, no que concerne às opções de desenvolvimento local e regulamentar, no que trata das especificações qualitativas e quantitativas dos parâmetros de referência de utilização dos solos⁶⁵³.

5.4.1. Posição adotada e situação brasileira

As questões levantadas pela doutrina portuguesa por certo enriquecem a avaliação da ordem urbanística brasileira. Como Nação de dimensões continentais que é, o desenvolvimento autônomo de um direito e de uma política de ordenamento do território seria muitíssimo bem-vindo e atenderia a muitos anseios vividos naquele país. Ocorre que, ao contrário da história vivida em Portugal e, sobretudo em França, onde a disciplina surge⁶⁵⁴ em um primeiro momento e se estabelece de maneira relativamente clara⁶⁵⁵, a política de desenvolvimento urbano nacional no Brasil encontra-se tradicionalmente inserida em contextos de planejamentos gerais com vista ao desenvolvimento

⁶⁵¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 82.

⁶⁵² CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 89.

⁶⁵³ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 91 e CORREIA, Fernando Alves. LOPES, Dulce. Le Contenu des instruments de Gestion Territoriale au Portugal. In: **Le Contenu des Plans d’Urbanisme et d’Aménagement dans les Pays d’Europe de l’Ouest**. Colloque International de Genève-Lausanne, Les Cahiers du GRIDAUH, n. 15, p. 321, 2006.

⁶⁵⁴ O direito do urbanismo, sob o ponto de vista histórico é anterior ao direito do ordenamento do território. Aquele se desenvolveu lentamente ao longo dos séculos e este é uma realidade do pós-Segunda Guerra Mundial. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 92.

⁶⁵⁵ Observemos que, mesmo na França, as duas disciplinas parecem ter alcançado uma proximidade notável. Segundo Lebreton, se em sua origem as matérias se separavam radicalmente, com o tempo as diferenças foram ficando menos evidentes e as finalidades de ambas as disciplinas se tocam, ainda que se mantenha uma divisão clara das instituições administrativas que lhes suportam. Cf. LEBRETON, Jean-Pierre. La Hiérarchie des Normes Françaises D’Urbanisme vues des Grands Lacs. **Revista FDUP, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, ano II, p. 173-185, 2005 e MADIOT, Yves. Urbanisme et Aménagement du Territoire. **L’Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, p. 108-114, mai., 1993.

nacional⁶⁵⁶. Tais planejamentos deram origem a instituições públicas com finalidades ligadas ao urbanismo e, sobretudo, à habitação.

Em 1964, a Lei n. 4.380, de 21 de agosto criou o Banco Nacional de Habitação (BNH)⁶⁵⁷. A Sociedade de Crédito Imobiliário e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU) determinava no artigo 1º que o Governo Federal, através do Ministério do Planejamento, formulasse a política nacional de habitação e de planejamento territorial, conferindo à SERFHAU competência para promover o desenvolvimento urbano. Essa norma trouxe regras gerais de ordenamento do território, inclusive competência para o BNH para “promover e estimular o planejamento local integrado e as obras de infraestruturas urbanas”.

Em seguida, o II Plano Nacional de Desenvolvimento, elaborado em 1975 no governo Ernesto Geisel, reservou o capítulo IX para fixar as diretrizes e objetivos do desenvolvimento urbano nacional, o controle da poluição e a preservação do meio ambiente, estimulando a legislação federal, estadual e municipal sobre essas questões⁶⁵⁸.

No que se refere à atual conjuntura normativa, verificamos que a Constituição de 1988 traz uma diversidade de denominações e não anuncia um direito do ordenamento do território, como ocorre no caso do direito urbanístico (art. 24, I).

Estabeleceu-se, entretanto, expressamente, a competência da União para elaborar o plano nacional de ordenação do território (artigo 21, IX, da Constituição Federal)⁶⁵⁹. O conteúdo desse plano não está fixado *a priori* na Constituição Federal e ainda não foi desenvolvido sob a forma de um projeto autônomo no Brasil.

Por outro lado, a Constituição anuncia no §1º do artigo 174⁶⁶⁰, o papel do Estado enquanto regulador da atividade econômica, cabendo a este estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Conforme se vê do texto constitucional, é da tradição brasileira a elaboração de planos nacionais de desenvolvimento no bojo dos quais se estabelecem os objetivos típicos do direito do ordenamento do território, sobretudo de caráter político e econômico, como verificamos anteriormente.

É preciso dizer, dessa forma, que entre nós, apesar de não haver distinção normativa clara entre o direito urbanístico e o direito do ordenamento do território, as propostas típicas do direito do ordenamento do território inserem-se no contexto das normas e planos de desenvolvimento⁶⁶¹, planos

⁶⁵⁶ Enquanto nos países de alto grau de desenvolvimento o crescimento econômico espontâneo propiciou o aparecimento de condições que determinaram a necessidade de orientar o processo econômico por meio de intervenção planejada, nos países em desenvolvimento, ao contrário, a intervenção planejada se determina como indispensável para iniciar e levar à frente a grande tarefa desenvolvimentista. Eis porque, a título de exemplo, no Brasil adotou-se uma constituição essencialmente voltada para o planejamento. Cf. ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia dos Municípios no Direito brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1981. p. 27.

⁶⁵⁷ O BNH foi extinto, pelo Decreto-Lei n. 2.291, de 21 de novembro de 1986. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 57.

⁶⁵⁸ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 56-57.

⁶⁵⁹ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112 e ss.

⁶⁶⁰ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.”

⁶⁶¹ Nesse sentido, foram desenvolvidos os planos nacionais de desenvolvimento, que traziam em seu bojo capítulos especiais que tratavam da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano. Tais planos tiveram origem na década de 1970, numa fase em que predominava uma visão mecanicista e funcionalista sobre a sociedade e o espaço. Havia uma tendência à visão segmentada do urbano, entendida como somatória da habitação, do transporte, do saneamento básico, da gestão administrativa e das finanças. Seus preceitos tiveram inspiração na política francesa de ordenamento do território, mas seus contornos propunham uma política urbana setorialista, que não levou em conta uma perspectiva global de desenvolvimento, em um sentido total do território nacional. No contexto desse planejamento nacional, ficou clara a omissão política no que tange a tendência à metropolização no Brasil, especialmente no sul e sudeste do país. Uma análise mais detalhada desses planos nacionais e da política de desenvolvimento urbano em nível nacional pode ser consultada em SOUZA, Maria Adélia A. de. O II PND e a política urbana brasileira: uma contradição evidente. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.) **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1992. p. 113-143.

estes que, na medida em que inspiram leis e normas nacionais, vincularão as regras de direito urbanístico no Brasil e que se aplicam em todo o território nacional, conforme a competência legislativa de cada ente federativo.

A questão é abordada no campo da competência constitucional estabelecida para elaboração de regras gerais, regionais e locais. É assim que para nós se trata de observar os conceitos de normas gerais⁶⁶², emitidas pela União ou Estados, e confrontá-los com as normas de caráter local, especiais, produzidas pelos municípios, em matéria de direito urbanístico.

Apesar de haver algumas controvérsias doutrinárias acerca do tema, podemos dizer, acompanhando a tese majoritária no Brasil⁶⁶³, que as normas gerais são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados e dos Municípios. Não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa da União, Estados e Municípios.

Após a aprovação da Constituição de 1988, a competência urbanística resulta mais precisa e é possível identificar o papel de cada ente federativo na edição das normas urbanísticas. Caberá à União editar *normas gerais* de urbanismo e estabelecer três tipos de planos urbanísticos: a) o plano urbanístico nacional; b) os planos urbanísticos macro-regionais e c) os planos urbanísticos setoriais (arts. 21, XX e XXI, e 24, I, §1º da CF/88).

Cabe aos Estados dispor sobre normas urbanísticas regionais, suplementares das normas gerais estabelecidas pela União (art. 24, I, e §2º e art. 174) e elaborar planos urbanísticos regionais, que podem ter natureza de planos de coordenação urbanística na área. Aos municípios cabe estabelecer a política de desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir a execução da política urbana local (art. 182); promover o adequado ordenamento do seu território, mediante o planejamento e o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, elaborando e executando o plano diretor (art. 30, VIII). A competência municipal não é meramente complementar de normas federais ou estaduais, trata-se de competência própria conferida pelo texto constitucional⁶⁶⁴.

Conforme verificamos, a Constituição Federal brasileira emprega as expressões “planos nacionais e regionais de ordenação do território”, para a União (art. 21, IX); “plano diretor”, para os Municípios (art. 182), mas não menciona planos urbanísticos para os Estados, embora reconheça a eles a competência concorrente em matéria de direito urbanístico (art. 24, I). Em contrapartida, o Estatuto da Cidade prevê, de forma mais completa, os instrumentos planejadores para a execução da política urbana e estabelece entre eles os a) “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, b) planos estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, c) planos metropolitanos e d) planos diretores (arts. 4º, I-III, e 39 – 42, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade). Apesar disso, o Estatuto nada mais estabelece

⁶⁶² Outros conceitos de normas gerais podem ser encontrados em Ferreira Filho, ao afirmar que aquelas “são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um sistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando. Mais fácil é determinar o que sejam normas gerais pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é “geral”; é, conseqüentemente, específica, particularizante, complementar”. Com a precisão que lhe é inerente, Passos elucida que “diversa é a significação de “normas gerais” no âmbito da distribuição constitucional das competências legislativas. A União edita a norma geral, fixando princípios e regras genericamente aplicáveis. Quando há especificidades ou peculiaridades, dado que houve situação fática autorizadora da incidência da competência legislativa dos Estados e dos Municípios, ficam estas entidades autorizadas a exercitá-la.(...) Destarte, pode-se concluir que a incidência da norma geral federal é impositiva quando ausente qualquer peculiaridade em nível estadual ou municipal, entendendo-se como tal a falta de exercício pelo Estado ou Município das competências que lhes foram deferidas. Reivindicar-se a predominância da lei federal só é aceitável quando, inexistente alguma peculiaridade autorizadora do exercício da competência dessas entidades da Federação, deixe ela de ser aplicada”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 195-196; PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo: Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 7, p. 37-51, ago./set., 2006.

⁶⁶³ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶⁶⁴ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.64-65.

sobre os planos nacionais, regionais ou metropolitanos. Trata detidamente, apenas, do plano diretor municipal.

Nesse contexto, podemos dizer que os planos locais e regionais de urbanismo no Brasil, a princípio, estão submetidos aos planos nacionais de desenvolvimento (de caráter político e econômico, ou seja, de ordenamento do território), na medida em que estes se concretizem em normas gerais e no que for pertinente a essa matéria.

5.5. Direito urbanístico e o direito do patrimônio cultural

Da mesma forma que o meio ambiente, aqui considerado segundo o conceito estrito⁶⁶⁵, o patrimônio cultural é elemento relevante na disciplina do solo urbano e, portanto, estabelece relações estreitas com o direito urbanístico.

Sem desenvolvermos profundamente as bases teóricas do direito do patrimônio cultural (deixando o tema para, a seguir, em capítulo próprio deste trabalho), podemos verificar o patrimônio cultural enquanto conjunto de bens de interesse coletivo cuja tutela, proteção, conservação e valorização importam em restrições de sua utilização.

Os bens que carregam em si valores culturais passam a ter relevância jurídica e sua proteção se dá de diversas formas, assim como são diversos os objetos que compõem o patrimônio cultural.

Dentre os diversos bens que compõem o patrimônio, destacam-se os bens imóveis, os bens arqueológicos e paisagísticos, sensivelmente atingidos pela utilização do solo. Nesse contexto, o interesse em preservá-lo importa, necessariamente, em uma medida restritiva da utilização do território que é, em si mesmo, objeto da disciplina urbanística.

No Brasil, a legislação urbanística geral⁶⁶⁶ (Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da cidade) expressamente aponta como um dos objetivos da política urbana a proteção do patrimônio cultural, o que vincula as duas disciplinas. Em Portugal, o mesmo ocorre quando a Lei de Bases da⁶⁶⁷, seguida de rica e extensa legislação (Decreto-Lei n. 380/99; Decreto-Lei n. 307/2009; Decreto-Lei n. 309/2009 e outros), define como objetivos específicos do ordenamento do território e do urbanismo a reabilitação e revitalização dos centros históricos e dos elementos de patrimônio cultural classificados, a recuperação ou reconversão de áreas degradadas e, sobretudo, a melhoria das condições de vida e de trabalho das populações, no respeito pelos valores culturais, ambientais e paisagísticos.

As disciplinas são autônomas, porém se interceptam no que tange à proteção do patrimônio imóvel (arquitetônico, arqueológico, paisagístico etc). Quando se trata de preservar prédios ou elementos inseridos no solo, esbarramos em um objeto de direito urbanístico e, com isso, de um elemento em comum das duas disciplinas. As relações entre elas são, portanto, evidentes.

Em Portugal, o direito do urbanismo, no que se refere à disciplina dos planos de ordenamento territorial, contempla, entre outros, os planos municipais de ordenamento do território (planos diretores municipais, planos de urbanização e os planos de pormenor), que tocam diretamente o patrimônio cultural.

Nesse sentido, a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n. 48/98, de 11 de agosto)⁶⁶⁸ estabelece diversas referências ao patrimônio cultural português. É o caso

⁶⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Coord.) **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 21.

⁶⁶⁶ O inciso XII do Artigo 2. da Lei n. 10.257/2001, dispõe como uma das diretrizes gerais da política urbana: “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”. Cf. MEDAUAR, Odete. (Org.). **Coletânea de legislação administrativa** Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁶⁷ Artigo 6. da Lei n. 48/98 de 11 de agosto. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. O Decreto-Lei n. 307/2009 e o 309/2009, ambos de 23 de outubro, vêm regulamentar a questão da planificação de bens culturais, ao lado da Lei n. 107/2001 e do Decreto-Lei n. 380/99.

⁶⁶⁸ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

da alínea *d* do art. 3º, que estatui como fim da política de ordenamento do território e do urbanismo “assegurar a defesa e valorização do património cultural e natural”. Da mesma forma, na alínea *h*, do art. 6º, a lei assume, dentre os objetivos do ordenamento do território e do urbanismo “a reabilitação e revitalização dos centros históricos e dos elementos do património cultural classificados”. Por fim, na alínea *a* do nº 1, do art. 9º define sobre o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT), cujas diretrizes e orientações fundamentais traduzem um modelo de organização espacial: “terá em conta o sistema urbano, as redes, as infra-estruturas e os equipamentos de interesse nacional, bem como as áreas de interesse nacional em termos agrícolas, ambientais e *patrimoniais*.”

Também o mesmo se verifica do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, que trata do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial. Ali é possível identificar a vocação dos instrumentos urbanísticos à identificação e salvaguarda do património imóvel português (art. 10º, al. e trata expressamente do bem arquitetónico e arqueológico), bem como o comprometimento dos planos regionais, intermunicipais, setoriais e municipais com aquele património, na medida em que acautelam o seu uso e disciplinam os correspondentes espaços envolventes (art. 15º, nº2, art. 28º, nº 1, al. a).

A Lei de Bases da política e do regime da proteção e valorização do património cultural (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro), por sua vez, estabelece também essa relação expressamente nos artigos 40, 42, 43, 45 a 54, 75, n. 7 e 79. Destacando-se, dentre eles, as obrigações de planeamento urbanístico decorrentes da classificação de um bem como monumento, conjunto ou sítio, estabelecidas no art. 53º. Nos termos do item 1 daquele artigo

o acto que decreta a classificação de monumentos, conjuntos ou sítios nos termos do artigo 15º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, obriga o município, em parceria com os serviços da administração central ou regional autónoma responsáveis pelo património cultural, ao estabelecimento de um plano de pormenor de salvaguarda para a área a proteger.⁶⁶⁹

O plano de pormenor de salvaguarda será elaborado conforme disposições do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, norma típica de direito urbanístico, atendendo a especificidades contidas na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro e no novo Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, normativa que se dedica a estabelecer o procedimento de classificação de bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime jurídico das zonas de proteção e do plano de pormenor de salvaguarda propriamente dito.

A relação entre o direito urbanístico e o direito do património cultural é evidente, estreita e tende a ser ampliada. Em Portugal verifica-se um maior e mais detalhado desenvolvimento dessa interseção, atendendo a uma tendência contemporânea e internacional que se impõe. A interseção não denota, entretanto, a absorção de uma disciplina pela outra.

5.6. Direito urbanístico e o direito econômico

Todos os fenômenos e relações sociais possuem diversos aspectos. Tais aspectos ou facetas dão origem às abordagens distintas ou correlacionadas de diversas ciências, cada qual com metodologias próprias. Quando se fala em direito econômico, destacam-se os aspectos econômicos e jurídicos de um fenômeno e também se correlacionam duas ciências dotadas de relativa autonomia entre si (*direito e economia*), porém conexas e interdependentes.

A produção de normas de Direito e a sua aplicação, bem como a resolução de litígios por meio de processos e decisões judiciais, aspectos predominantemente tidos por jurídicos, contêm inequívocas

⁶⁶⁹ Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p.55 e ss e NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Património Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 247.

dimensões econômicas. Não raro, as diversas teorias econômicas têm procurado, a partir das suas diferentes premissas, contribuir para o aprofundamento do problema⁶⁷⁰.

As relações entre o direito urbanístico e o direito econômico são íntimas. Assentam-se, ambos, no mesmo fundamento constitucional, qual seja, a autorização para a intervenção do Poder Público no domínio privado⁶⁷¹.

Para alguns autores, as implicações na economia da Nação provocadas pelo urbanismo levam a crer que o direito urbanístico se conecta de maneira mais precisa ao direito público econômico⁶⁷², de forma que os diferentes aspectos da economia e a atual formulação dos planos territoriais provocam a colaboração e uma interpenetração daquilo que é público e do que é privado, do que é jurídico e do que é econômico. E nessa perspectiva, é possível definir o direito econômico como o estudo geral dessa influência da economia sobre o Direito.

No caso particular do direito urbanístico, essa interpenetração afeta as relações da propriedade imobiliária (urbana ou rural) com as necessidades coletivas de organização do espaço da cidade e, por extensão, de todo território. Os interesses particulares dos construtores, proprietários e usuários se veem submetidos aos imperativos da coletividade, em nome do interesse geral.

No título que trata da ordem econômica e financeira, a Constituição Federal do Brasil determina como princípios a propriedade privada e a função social da propriedade⁶⁷³. Em sede de direitos e deveres econômicos, a Constituição da República Portuguesa reconhece, como direito análogo aos direitos fundamentais (art. 17º) o direito de propriedade privada (art. 62º).

Como direito econômico, o direito de propriedade abrange os meios de produção, ainda que a Constituição a estabeleça, como sabemos, nos limites definidos pelo princípio da função social. Isso leva a crer que o direito de propriedade é circunscrito e atenderá tais interesses sociais, podendo, inclusive, sofrer restrições (servidão ou desapropriação, por exemplo)⁶⁷⁴.

A ligação entre o direito econômico e o direito urbanístico é relevante, mas, evidentemente, ambos os ramos não se confundem. As abordagens são diversas. O direito econômico retoma questões já tratadas no âmbito de outros ramos tradicionais do Direito (assim como o direito urbanístico) e o faz numa perspectiva diferente, por exemplo, considerando mais os seus efeitos macroeconômicos e seu enquadramento institucional do que disciplinando a organização das relações intersubjetivas, ou articulando os institutos, públicos e privados, numa visão econômica do Direito. O direito urbanístico, por sua vez, visa ao estudo e à instrumentalização dos objetivos traçados pela política urbana do país, de modo a executar plenamente as funções das cidades prezando sobremaneira pela aplicação do princípio da função social da propriedade, configurando esse direito.

Não obstante sua independência, o direito econômico se liga, sobretudo, ao direito do ordenamento do território⁶⁷⁵, na medida do desenvolvimento deste ou, no caso brasileiro, quando se trata do planejamento urbano regional e nacional.

⁶⁷⁰ Uma das tentativas hoje mais em voga provém de estudos desenvolvidos ou da “análise econômica do direito”, que procura, a partir de uma ótica neoclássica, explicar e modificar os sistemas jurídicos da atualidade e, sobretudo, a regulamentação jurídica da economia, com base em critérios e objetivos de eficiência econômica. Cf. POSNER, R.A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1973. COASE, R. **The firm, the market and law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

⁶⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 48.

⁶⁷² JACQUIGNON, L.; DANAN, Y.M.. **Le Droit de L’urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978. p. 7.

⁶⁷³ “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: (...) II - propriedade privada, III – função social da propriedade”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁶⁷⁴ SANTOS, António Carlos ; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 43.

⁶⁷⁵ Segundo se depreende da doutrina francesa, o direito do ordenamento do território se distingue claramente do direito do urbanismo. Este visa a organizar a ocupação física dos solos, enquanto aquele tem por escopo assegurar uma repartição equilibrada das atividades sobre o território nacional. As motivações do ordenamento do território são, sobretudo, econômicas. Cf. MARCOU, Gérard. JACQUOT, Henri. Présentation. In: **Les droit de l’aménagement du territoire et de l’urbanisme em Allemagne**. Loi sur l’aménagement du territoire et Code de l’urbanisme. Paris: Les Cahiers du GRIDAUH, n. 8, 2003.

6. Direito Constitucional Urbanístico

A Constituição de 1988 do Brasil é fruto de uma reforma de valores e desponta em um momento marcante para a consolidação da democracia brasileira. A Carta Fundamental do Brasil apresenta notáveis avanços e, como a maioria das constituições escritas do mundo ocidental, mantém certa fidelidade aos axiomas da ideologia liberal, garantindo, para além da organização dos três poderes do Estado, a limitação e a forma de controle do poder, fundamentalmente por meio da definição de um rol de direitos fundamentais dos cidadãos, invioláveis pelo Estado, de onde se destacam os direitos fundamentais de liberdade e propriedade⁶⁷⁶.

De certo que, para além de garantir a liberdade individual, as atuais constituições têm preocupações bem mais amplas. Estas se traduzem “no alargamento e no aprofundamento dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão, na enunciação dos fins essenciais (nos domínios econômico, social e cultural) do Estado”⁶⁷⁷ e na consagração dos vários ramos do Direito e de princípios que os informam.

Graças ao alargamento dos horizontes da Constituição, ela é altamente entendida, conforme ensina o professor Canotilho⁶⁷⁸, como

uma ordem fundamental (uma ordem aberta e uma ordem quadro), seja por que se apresenta como lei fundamental do Estado e como uma lei fundamental da sociedade (já que a Constituição não apenas fixa uma estadualidade juridicamente conformada, como também estabelece princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada), seja por que a mesma constitui a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento (aspirando, por isso, à natureza de norma das normas, já que é erigida como parâmetro de validade das restantes normas do ordenamento jurídico).

Os diferentes ramos do Direito não são mais imunes à influência das Constituições, ao contrário, são totalmente influenciados pelos princípios constitucionais, a ponto de assistirmos na doutrina ao reconhecimento de uma verdadeira “constitucionalização⁶⁷⁹ do Direito”⁶⁸⁰. De fato, a nova visão sistêmica do Direito repercute na forma de analisar e garantir os interesses a serem protegidos, passando a construir autonomia principiológica de novos ramos do Direito.

Como consequência do fenômeno da constitucionalização, as Cartas Fundamentais trazem em si os princípios de todos os ramos do direito, construindo um verdadeiro sistema de regras que na atualidade confere às disciplinas jurídicas unidade e coesão. Nesse sentido, é possível identificar na Constituição os princípios de direito civil, de direito comercial, de direito do trabalho, de direito

⁶⁷⁶ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 115

⁶⁷⁷ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 116.

⁶⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1332 e 1337.

⁶⁷⁹ Os efeitos do fenômeno da constitucionalização são muito relevantes para a teoria do direito. São eles, resumidamente, conforme enuncia Correia: 1) *transformação* dos vários ramos do direito, na medida em que a Constituição passou a condensar suas regras e princípios. O conteúdo daqueles teve de se adaptar aos ditames constitucionais, sofrendo, desse modo, profunda transformação; 2) *modernização* do direito ordinário. A transformação dos ramos do direito como consequência da constitucionalização traduziu-se em um aperfeiçoamento dos princípios e institutos fundamentais dos vários setores do direito infra-constitucional; 3) *unidade e simplificação* do ordenamento jurídico. Devido à constitucionalização do direito, as regras e princípios constitucionais se tornaram progressivamente no fundamento dos diversos ramos do direito, aspecto este que favorece a ideia de unidade da ordem jurídica e contribui para a simplificação do Direito; 4) por último, a constitucionalização do direito produziu uma *mutação na teoria das fontes do direito*, fazendo deslocar o centro de gravidade da lei, considerada como eixo existencial da ordem jurídica no século XIX e boa parte do século XX, para a Constituição. Fenômeno que corresponde à passagem do Estado-Legislação (Gesetzgebungsstaat) para um Estado-de-Constituição (Verfassungsstaat). Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 119 e ss.

⁶⁸⁰ Cf. LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional. Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002.

tributário, de direito urbanístico e de todos os demais ramos consagrados pelo constituinte. É dessa forma que a cada ramo jurídico corresponde a uma “constituição”, onde se identificam seus fundamentos. Como ensina Correia, podemos dizer que constituição urbanística é “o conjunto das regras e princípios constitucionais respeitantes ao urbanismo”⁶⁸¹.

A expressão “constituição do urbanismo” ou “constituição urbanística” deve ser entendida no sentido de que atualmente, esse ramo é um direito constitucional concretizado, de tal forma que não poderá deixar de se tomar em consideração os princípios e suas respectivas bases constitucionais⁶⁸².

No Brasil, após a aprovação da Constituição de 1988, podemos identificar dentre suas relevantes inovações um conjunto autônomo (em que pese a sua conexão com o direito ambiental e do patrimônio cultural), global e coerente, e não apenas normas pontuais e assistemáticas de direito urbanístico.

Passaremos, assim, a desenvolver os fundamentos constitucionais do direito urbanístico, fazendo previamente uma referência às Constituições anteriores, que, ao contrário da Carta de 1988, ainda se apresentavam insensíveis às questões urbanísticas.

- *Constituição de 1824 (Constituição do Império)*

A Constituição de 25 de março de 1824 foi a primeira Carta Fundamental do Brasil aprovada após a independência de Portugal. Com governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, enunciava as primeiras vozes da autonomia política e da soberania nacional do país.

Seu texto não emanou de uma Assembleia Constituinte. D. Pedro I, que anteriormente havia convocado uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, dissolveu autoritariamente esse órgão em 12 de novembro de 1823, confiando a um Conselho de Estado composto de dez membros com a incumbência de preparar o Projeto da Constituição⁶⁸³.

Instituiu a religião católica como a religião oficial do Império, podendo todas as outras religiões ter seu culto doméstico ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do templo. (art.5º)

Fundamentada nas teorias de Benjamin Constant sobre a separação entre os poderes, estabeleceu quatro funções do Poder Político: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial (art. 10). Em termos de urbanismo foi completamente nula. Tratou da propriedade nos moldes liberais, contudo prevê a possibilidade de expropriação mediante indenização. Não menciona qualquer condicionamento urbanístico da propriedade⁶⁸⁴. Não há menção de garantias sociais ligadas à habitação, apesar de já estabelecer como dever do Estado a prestação de primeiros socorros e o ensino primário gratuitos.

⁶⁸¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Amedina, 2008. p. 120.

⁶⁸² CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Amedina, 2008. p. 120.

⁶⁸³ A Constituição de 1824 se distinguiu por três características principais, na sua concepção da dupla dimensão da matéria constitucional. A primeira consistiu na incorporação constitucional do Poder Moderador, “chave de toda organização política”, delegado privativamente ao imperador, chefe supremo da nação e seu primeiro representante (art. 98). A segunda característica residiu na flexibilização constitucional. Tratava-se de uma Constituição semirrígida, querendo com isso dizer que a regra era a de que tudo o que não fosse relativo à matéria constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades da reforma constitucional, pelas legislaturas ordinárias (art. 178). A terceira característica é a liberal declaração de direitos e garantias individuais, amplamente desenvolvida no artigo 179 e seus 35 incisos. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 53.

⁶⁸⁴ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.” Cf. CUNHA, Alexandre Sanches. **Constituições do Brasil**. 1824-1988. São Paulo: Lexisistemas, 2006.

- *Constituição de 1891 (Constituição da República)*

A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, rompendo com a forma monárquica de governo, instaurando a República, o Federalismo e o Presidencialismo que persiste até os dias de hoje. Trata-se dos Estados Unidos do Brasil⁶⁸⁵.

É uma Constituição fundamentalmente de organização dos poderes, ficando estabelecida pela primeira vez a divisão tríplice dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 15). Os autores do projeto se inspiram no modelo norte-americano e de lá importaram, como já havia feito a Argentina em 1853, a República, o Federalismo, o Presidencialismo e as técnicas inerentes a esse modelo, como a intervenção federal, o primado do Superior Tribunal Federal, o controle da constitucionalidade das leis, o bicameralismo federal, convertendo o Senado na Câmara eletiva dos Estados, a repartição de competências através dos poderes enumerados à União e dos poderes reservados aos Estados autônomos, o *habeas corpus*, para defender o indivíduo contra a violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 72, §22) e a concepção da autonomia municipal em função de seu peculiar interesse⁶⁸⁶.

O governo se declara laico e estabelece o rol de garantias individuais sob o título de “Declaração de Direitos”, no artigo 72.

O § 17 do referido artigo 72 consagra o direito ilimitado e inviolável da propriedade salvo expropriação mediante indenização. Ainda não se verifica qualquer autorização para limitações de caráter urbanístico. Existe apenas menção da exploração limitada das minas por ventura encontradas em propriedades privadas (§17, Artigo 72).

Não há avanços no que tange ao direito urbanístico.

- *Constituição de 1934*

Com a tomada do poder realizada por Getúlio Vargas, que tinha como ideologia política as questões socioeconômicas, em confronto com a política liberal, promulga-se uma Constituição com diretrizes sociais.

A Constituição de 1934 reafirma a República Federativa e estabelece pela primeira vez algumas limitações à propriedade privada, acenando para a futura consagração do princípio da função social da propriedade.

Há um capítulo de direitos e garantias individuais onde se estabelecem contornos mais claros e elaborados das esferas de liberdade e propriedade dos cidadãos. Fica determinado no item 17, do artigo 113:

17) É garantido o direito de propriedade, **que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo**, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior (destacamos).

Para além da primeira abordagem social da propriedade, a Constituição renova com o artigo 125, no qual estabelece o usucapião⁶⁸⁷ como forma de aquisição de propriedade. O usucapião torna

⁶⁸⁵ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira**, 1891: comentada. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

⁶⁸⁶ Cf. . HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 54.

⁶⁸⁷ “Art 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho

relativo o direito de propriedade, que se poderá perder no caso de abandono e subaproveitamento, em favor daquele que (não proprietário de outro imóvel urbano ou rural) por dez anos consecutivos implementar esforços e trabalho.

Ainda não há, entretanto, qualquer menção acerca da matéria de direito urbanístico, seus planos e competências. Foi a nossa mais breve Constituição, perdurando por três anos, três meses e 26 dias, sucumbindo ao Golpe de Estado que se seguiu em 10 de novembro de 1937⁶⁸⁸.

- *Constituição de 1937*

Em 10 de novembro de 1937, com um golpe liderado pelo presidente Getúlio Vargas, inicia-se o Estado Novo, que iria durar até 1945. Nesse período conturbado, foi outorgada a Constituição de 1937, denominada de Constituição Polaca, pois foi inspirada na Carta Ditatorial Polonesa de 1935.

A Constituição de 1937 estabeleceu um capítulo de direitos e garantias individuais reduzido, consequência inevitável do golpe de Estado que se estabelecera. A redação do artigo 122, item 14, é diversa da Carta anterior ao enunciar o direito de propriedade indicando, pela primeira vez, que seu conteúdo e limites serão definidos em lei específica (já existia o Código Civil de 1916). Outro ponto de distinção reside no fato de que a nova ordem fundamental do país não menciona o interesse social ou coletivo anteriormente consagrado na Constituição de 1934: “14. o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

A Carta condiciona, ainda, a utilização dos recursos naturais e minerais das propriedades particulares no artigo 143:

Art 143 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

Mantém-se a disposição que trata do usucapião⁶⁸⁹ de terras, por todo brasileiro que, não sendo proprietário de outro imóvel rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento do domínio alheio, um trecho de terra de até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada. A aquisição da propriedade se dava mediante sentença declaratória. O usucapião urbano ainda não encontrava luz nas disposições constitucionais, provavelmente porque nesse período as características do Brasil eram predominantemente rurais. Não há ainda, qualquer menção acerca do direito urbanístico.

- *Constituição de 1946*

O governo do Brasil apoia os aliados na Segunda Guerra Mundial e com isso sofre uma crise de legitimidade. Ao lutar contra o regime ditatorial nazi-fascista, estabelece-se um conflito ideológico

e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita”. Cf. CUNHA, Alexandre Sanches. *Constituições do Brasil. 1824-1988*. São Paulo: Lexisistemas, 2006.

⁶⁸⁸ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 56.

⁶⁸⁹ “Art 148 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita”. Cf. CUNHA, Alexandre Sanches. *Constituições do Brasil. 1824-1988*. São Paulo: Lexisistemas, 2006.

que coloca em risco a própria conservação da ditadura no país. Assim, em decorrência dessa perda de legitimidade, o Estado Novo entra em crise e tem o seu fim em outubro de 1945.

Após a queda de Getúlio Vargas e o fim do Estado Novo, incide um período de redemocratização que vai culminar na promulgação da Constituição de 1946, que se caracterizava pela redução das atribuições do Poder Executivo que na Constituição precedente foi tornado verdadeiro ditador (conferia poderes para interferir nos outros poderes). Retoma-se, por fim, o equilíbrio entre os três poderes.

Pela primeira vez, a propriedade é expressamente condicionada à sua função social (art.147), possibilitando a desapropriação por interesse social (art. 141, § 16º).

A Constituição de 1946 é relevante para o direito urbanístico porque instaura a era do princípio da função social e lança as bases do conteúdo atual da propriedade urbana. Segundo a redação da Carta de 46, o direito de propriedade compõe o rol dos direitos e garantias individuais, porém deve ser condicionado à função social, conforme determina o artigo 147:

Art. 141. (...) § 16 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

(...)

Art 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, **promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.**

Destacamos a expressiva e louvável orientação expressa no art. 147, que, ao condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social, confere conteúdo ao seu conceito, fazendo entender que a propriedade deverá ser distribuída de forma igualitária, garantindo o acesso desse bem por todos. Tal assertiva constitucional revela um caráter bastante social da Constituição de 1946.

Antes de ser expressamente anunciada na Constituição de 1967, o princípio da função social da propriedade já servira de inspiração para a inclusão de nova modalidade de desapropriação, por interesse social, na Constituição de 1946:

Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim, o exigir o bem público; ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

Foi assim que, o senador Ferreira de Souza, autor da emenda que resultou na inovação trazida na Constituição de 1946, reconhece como lógico que o homem possua

como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à manutenção e à de sua família, mesmo os que constituem economias para o futuro. Mas além desse mínimo, a propriedade tem uma função social de modo que ou o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica. A emenda não chega ao extremo de negar a propriedade, mas, superpondo o bem-comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens”.

Em outra oportunidade, completa: “devemos estabelecer também a possibilidade de uma desapropriação que não seja nem por necessidade do Estado, em si, como órgão diretor da sociedade em geral, nem por utilidade pública, para qualquer serviço do Estado. Mas devemos também possibilitar a desapropriação sempre que necessária à ordem social, à vida social”. E cita dois exemplos: “na sociedade puramente individualista, que compreende a propriedade como direito absoluto, admite-se a propriedade dos bens que não produzem e recebem valorização do próprio Estado e do trabalho coletivo. Evidentemente, essa propriedade improdutiva, que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral, criando riqueza para a coletividade, é um peso para a sociedade. O proprietário tem em seu favor toda a proteção da lei e da autoridade, recebe as consequências do enriquecimento resultante do trabalho geral e da própria ação do Estado e nada lhe dá em virtude desse mesmo direito. Deve ser possível ao Estado, em casos especiais, desapropriá-la a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social, seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva⁶⁹⁰”.

Apesar de ser apontada como marco relevante na história do condicionamento social da propriedade, no que tange ao direito urbanístico não avançou significativamente e não trouxe qualquer menção à ordem urbanística, não se podendo falar, ainda, em uma Constituição Urbanística.

- *Constituição de 1967*

A Constituição Republicana de 1967 foi formalmente discutida, votada, aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional que, convocado pelo Marechal Castelo Branco, no exercício da Presidência da República, se reuniu extraordinariamente para esse fim. Contudo, o Congresso Nacional que deliberou sobre o referido projeto, de autoria do ministro da Justiça, não mais se apresentava como órgão revestido de legitimidade política em razão das ofensas e arbitrariedade perpetradas pelo regime revolucionário militar. Ainda, é necessário estabelecer que ao Congresso Nacional não foi reconhecida a faculdade de substituir o projeto constitucional encaminhado pelo Executivo, por outro, de autoria dos próprios parlamentares. Desse modo, verdadeiramente, a promulgação desse texto constitucional pelo Congresso Nacional escondeu um verdadeiro ato de outorga constitucional⁶⁹¹.

A Carta de 67 concentrou poderes na União e privilegiou o Poder Executivo em detrimento dos outros poderes e baseou toda a estrutura de Poder na Segurança Nacional. Reduziu a autonomia dos Municípios estabelecendo a nomeação dos prefeitos de alguns municípios pelo governador (art. 16 § 1º – Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação: a) da Assembleia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual; b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo).

Houve a criação de uma ação de suspensão de direitos políticos e individuais (art. 151 – aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 – liberdade de pensamento, profissão e associação – do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa).

No que se refere às disposições acerca da propriedade, mantém redação semelhante no artigo 150, capítulo IV, dedicado aos direitos e garantias individuais:

⁶⁹⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 121-122.

⁶⁹¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

No título III, da Ordem Econômica e Social, enuncia, pela primeira vez, expressamente, o princípio da função social da propriedade (inciso III, artigo 157) e estabelece a reforma agrária, iniciando um processo de política de desapropriação de terras subutilizadas.

Não houve qualquer menção ao direito urbanístico ou aos planos urbanísticos na Carta de 67, apesar de haver referências sobre planos de desenvolvimento regionais de desenvolvimento, planos nacionais de viação (ambos de competência da União, conforme artigo 8º, incisos X e XIII) e planos de reforma agrária, segundo artigo 157, §5º.

Embora não mencione explicitamente a disciplina urbanística, a Constituição de 1967 traz a primeira manifestação legislativa de proteção autônoma do meio ambiente. O artigo 8º da Constituição conferiu à União competência para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde. No esteio dessa nova competência, a União aprovou o Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de agosto de 1975, que dispunha sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais, instituindo, assim, uma política de natureza preventiva, onde as indústrias instaladas ou que viessem a se instalar no território nacional tinham obrigação de prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente (art. 1º). O Decreto-Lei instituiu a adoção de novo zoneamento urbano, como alternativa de outra localização, nos casos mais graves, e estabelecia prazos razoáveis para a instalação de equipamentos de controle da poluição (art.4º). O Decreto-Lei n. 1.413 de 1975, refletia a posição do governo brasileiro em face da declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente, que resultou da reunião promovida pela Organização das Nações Unidas, em junho de 1972, naquela Capital, com o objetivo de fixar uma política universal de proteção do meio ambiente⁶⁹².

Em 17 de outubro de 1969 a Constituição brasileira sofreu profundas alterações em decorrência da emenda constitucional n. 1, outorgada pela junta militar que assumiu o poder no período em que o presidente Costa e Silva encontrava-se doente. Para considerável parte da doutrina, a EC n. 1 de 1969 trata-se na verdade de nova Constituição, como expende o professor José Afonso da Silva:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.⁶⁹³

Comentando a EC n.1 de 69, Moreira Neto⁶⁹⁴ demonstra sua perplexidade diante da omissão do legislador brasileiro, que se permitiu descer a minúcias quase irrelevantes, como prever competência para ratificações de protestos formados a bordo de navio ou aeronave (artigo 125, § 4º), mas

não se preocupou com um dos mais significativos e aflitivos problemas desta segunda metade do século XX, que é o Urbanismo e o seu Direito. A competência para a atuação estatal está destorcida e assistemática: à falta de norma inequívoca não resta que descobri-la em dispositivos esparsos, notadamente no princípio áureo do art. 160, III, que estabelece a função social da propriedade.

⁶⁹² HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 269.

⁶⁹³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

⁶⁹⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

O princípio da função social foi mantido na Emenda Constitucional n.1/69, com redação semelhante a da Carta de 67, que também o enunciava entre o rol dos princípios da ordem econômica e social (artigo 157).

- *Constituição de 1988*

Uma Constituição somente se perfaz como legítima quando coaduna com as aspirações populares. Oportuno lembrar Lassalle⁶⁹⁵, que entendia como boa e duradoura a Constituição escrita que correspondesse à Constituição real e tivesse suas raízes nos fatores do poder que regiam o país, e completava: "onde a Constituição escrita não corresponder à real, surge inevitavelmente um conflito que não é possível evitar e, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, forçosamente perante a Constituição real, a das autênticas forças vitais do país".

Foi assim que em 27 de novembro de 1985, através da Emenda Constitucional n. 26, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, com a finalidade de elaborar um novo texto constitucional que expressasse a nova realidade social, a saber, o processo de redemocratização e término do regime ditatorial. Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, na qual se estabelecem objetivos típicos de um Estado Social.

Após um período ditatorial, a constituinte de 1988 tratou de assegurar princípios e objetivos fundamentais que têm a finalidade de possibilitar o integral desenvolvimento do ser humano, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁹⁶ (CF, art. 1º a 4º).

Criou do Superior Tribunal de Justiça em substituição ao Tribunal Federal de Recursos; o mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI); o mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX); o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII) e estabeleceu a faculdade do exercício do direito de voto ao analfabeto⁶⁹⁷.

A Constituição de 88 revelou-se como grande norma inspiradora dos desejos e anseios de um povo castigado por sucessivos regimes ditatoriais. Em matéria de direitos fundamentais e, sobretudo, dos direitos humanos, a Constituição elevou-se dentre as normas das normas e encerrou um período de escassa liberdade política e de pensamento.

Para além dos ideais democráticos, a Constituição restabeleceu os contornos de diversos ramos do Direito e consagrou o direito urbanístico, dando-lhe conteúdo principiológico. É possível dizer, dessa forma, ainda que tenha havido alguma manifestação indireta nas Leis Fundamentais anteriores, que somente a partir da Carta em vigor se pode identificar uma Constituição do Urbanismo no Brasil.

É nela que se apresenta, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, o termo "direito urbanístico", denominação já utilizada amplamente pela doutrina, mas que ainda não havia sido recepcionada pela Carta Fundamental. Além disso, a Constituição Federal traz no rol das competências legislativas da União, o dever de legislar sobre o direito urbanístico, e ressalta a importância do planejamento urbano ao estabelecer um capítulo especial sobre "política urbana", dentro do título VII, que trata da ordem econômica e financeira.

⁶⁹⁵ Cf. LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1976.

⁶⁹⁶ Sobre os direitos humanos, conferir os notáveis livros dos professores COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005 e FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶⁹⁷ Vasta doutrina pode ser citada quando nos referimos à Constituição Federal de 1988 do Brasil. Entre tantos, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005; DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986; MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

A existência de um capítulo especial sobre políticas urbanas pode ser assinalado como uma inovadora e mesmo bastante autêntica atitude do constituinte brasileiro. Sensível ao processo acelerado de urbanização que se estabeleceu no país, não seria possível ao constituinte deixar de se posicionar diante do Brasil urbano da década de 1980. A opção pela elaboração de um capítulo específico de política urbana denota a especialização do trato da matéria urbanística e eleva o planejamento urbano a um nível de importância não verificado em outros países com tradição constitucional semelhante.

Segundo se pode observar no continente americano, Argentina, Chile, Peru⁶⁹⁸ e Venezuela não dedicam um capítulo especial em suas constituições. Assim como os Estados Unidos da América não o fazem, nem tampouco o Canadá⁶⁹⁹, ainda que a maior parte dos países americanos dedique em suas constituições espaço razoável para a garantia do direito de propriedade e anuncie limitações voltadas ao atendimento de interesses coletivos e sociais⁷⁰⁰.

Na Europa, Bélgica⁷⁰¹, França⁷⁰², Alemanha⁷⁰³, Itália⁷⁰⁴, Espanha e Portugal estabelecem os princípios elementares para a utilização do solo urbano, mas não dedicam um capítulo especial à política urbana.

A Constituição da Suíça⁷⁰⁵, por outro lado, estabelece uma seção especial para o direito urbanístico e ambiental, estabelecendo os princípios do desenvolvimento sustentável, da preservação do ambiente, do direito urbanístico, das águas, das florestas, da proteção do patrimônio e paisagens, da pesca, da caça e proteção dos animais, sem, contudo, esmiuçar-se acerca do conteúdo da função social da propriedade urbana e sua conexão indissociável a uma política urbana direcionada.

Em Portugal, o artigo 66, *b*, da Carta Constitucional estabelece como dever do Estado Português “ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e a valorização da paisagem”⁷⁰⁶.

⁶⁹⁸ A Constituição peruana estabelece um capítulo especial sobre propriedade privada, mas não estabelece o mesmo espaço para a política urbana. Cf. Art. 70, Constitución Política del Perú, 1993. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/fconstudies.html>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁶⁹⁹ Cf. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰⁰ Cf. Base de Datos Políticos de las Américas. (2006) Derecho a la propiedad privada, expropiación y prohibición de las confiscaciones. Estudio Constitucional Comparativo. [Internet]. Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/propiedad.html>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰¹ Cf. Site oficial: <http://www.senate.be/doc/const_fr.html>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰² Cf. Site oficial: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/const.htm#Preamble>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰³ Cf. Site oficial: <<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰⁴ Cf. Site oficial: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰⁵ “Section 4: Environnement et aménagement du territoire. (...) Art.75 Aménagement du territoire. La Confédération fixe les principes applicables à l’aménagement du territoire. Celui-ci incombe aux cantons et sert une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire”. Cf. Site oficial: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>>. Acesso em: 23 out. 2009.

⁷⁰⁶ Diversas normas constitucionais ligadas ao direito do urbanismo em Portugal foram acrescentadas após as revisões de 1997 e 2004. Em resumo, Correia assinala que a Revisão Constitucional de 1997 trouxe cinco importantes novidades. Uma primeira, que se traduziu na recepção do termo “urbanismo”, que aparece em vários preceitos ao lado da expressão “ordenamento do território”. Uma segunda novidade foi a clarificação de que o urbanismo e o ordenamento do território constituem matérias onde estão envolvidos interesses gerais, estaduais ou nacionais, interesses específicos das regiões autônomas e interesses locais, em particular dos municípios, sendo, por isso, duas áreas onde se verifica uma concorrência de atribuições e competências entre a Administração Estadual, Regional e Municipal (art. 65º, n. 4º). Em terceiro lugar a indicação na al. *e* do n. 2, do art. 66º da CRP, da incumbência do Estado, para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos, de “promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da protecção das zonas históricas”, o que traduz uma recepção pelo texto constitucional do conceito de ambiente urbano ou ecologia urbana, o qual traduz, de modo impressivo, a estreita conexão entre o direito do urbanismo e o direito do ambiente. Em quarto lugar a consagração constitucional no n. 5 do art. 65º, da garantia da participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território. Em quinto lugar a inclusão das “bases do ordenamento do território e do urbanismo” no catálogo das matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República” (art. 165º, n. 1, al. *z*, da CRP). No que se refere a reforma de 2004, esta alargou substancialmente a competência legislativa das regiões autônomas, com reflexos importantes nos domínios do ordenamento do território e do urbanismo (art. 165º, n. 1, al. *z*, CRP). Cf. CORREIA, Fernando

Conforme dispõe o artigo 182 da Carta Fundamental do Brasil, “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

Nesse capítulo, o constituinte estabelece a obrigatoriedade de elaborar um plano diretor dirigida aos municípios com mais de 20 mil habitantes, bem como define o conteúdo do princípio da função social da propriedade que se expressa nos planos municipais de urbanismo⁷⁰⁷.

Estabelece a desapropriação urbanística, que se promoverá mediante justa indenização⁷⁰⁸ e instrumentos jurídicos sancionatórios para coibir o uso inadequado da propriedade⁷⁰⁹. O artigo 183 instaura o usucapião urbano, reduzindo o prazo para aquisição originário da propriedade. O instituto visa a atender aos fins de regularização fundiária urbana⁷¹⁰, em resposta ao grande número de posses clandestinas nas cidades⁷¹¹.

Nesse contexto, a propriedade imobiliária urbana apresenta-se como grande foco de institutos jurídicos urbanísticos, considerada em conjunto ou isoladamente. A conformação social da propriedade é direito fundamental a ser garantido pelo Estado brasileiro. E a função social da propriedade se expressa em conteúdo principiológico constitucional e necessariamente concretiza-se no plano diretor municipal, instrumento central da política urbana (art. 182, §2º). A constituição urbanística brasileira se configura nesses elementos e se destaca pela inédita enunciação de um capítulo especial da política urbana, para além de manter um capítulo sobre a política agrária no país.

Alves. O direito do urbanismo em Portugal (síntese). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, ano 135º, n. 3937, p. 196-235, mar./abr., 2006.

⁷⁰⁷ “Artigo 182. (...) § 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”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁷⁰⁸ “Artigo 182. (...) § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁷⁰⁹ “Artigo 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, 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.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁷¹⁰ A Lei Federal n. 11.977/2009, de 7 de julho, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas altera o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências, traz um conceito de regularização fundiária que vale trazer à colação: “Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

⁷¹¹ “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. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

6.1. Dos princípios constitucionais do direito urbanístico

Assumiremos nesta parte do trabalho o risco de não aludirmos a todos os princípios fundamentais⁷¹²⁷¹³ enunciados na Constituição Federal brasileira que por ventura se refiram, ainda que indiretamente, ao tratamento urbanístico do solo e, por conseguinte, ao direito urbanístico.

Trataremos de levantar e desenvolver apenas aqueles princípios que em um primeiro momento compõem a estrutura do direito urbanístico, que ditam seus pressupostos e finalidades e, sobretudo, as prioridades do planejamento urbano no Brasil.

Alguns princípios encontrados em legislação infraconstitucional, sobretudo, no Estatuto da Cidade, já tiveram algum desenvolvimento em oportunidade própria, não sendo, portanto, abordados neste item. Trataremos, em verdade, apenas dos princípios que consideramos elementares de todo o sistema jurídico brasileiro, a partir dos quais a ordem urbanística deverá se direcionar.

Na Constituição brasileira de 1988, encontramos diversos princípios gerais que denotam o perfil do Estado social adotado. Entre aqueles que fundamentam o Estado Brasileiro (artigo 1º), o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁷¹⁴.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana⁷¹⁵.

A dignidade humana vincula-se, assim, a todas as atividades estatais, sobretudo às atividades urbanísticas, que pressupõem a realização de direitos elementares à existência digna, esta última que não se realizará sem a ocorrência de uma moradia digna⁷¹⁶ e do acesso à cidade.

⁷¹² Trataremos aqui apenas dos princípios fundamentais que visam essencialmente a definir e caracterizar a coletividade política e o Estado que enumeram as principais opções político-constitucionais, na medida em que se revelam como síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas. Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 66.

⁷¹³ Segundo essa concepção, assinala Silva que da análise dos princípios fundamentais da Constituição brasileira se poderá discriminar os seguintes: “a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º); b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação dos poderes (arts. 1º e 2º); c) princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio da convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I); d) princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único); e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art.3º, III), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV); f) princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não – intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina (art.4º).” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94-95.

⁷¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

⁷¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 58 e ss.

⁷¹⁶ Imensa bibliografia se dedica à construção do direito à moradia, tema de relevância inquestionável em qualquer análise que se venha a desenvolver sobre o direito do urbanismo no Brasil. A sua importância é assumida também em nível constitucional na medida em que a Carta Fundamental brasileira prestigia o acesso à habitação pela população de baixa renda (art. 183), num intuito de garantir a concretização de uma função social da propriedade e estabelece um direito social da moradia, adicionado expressamente àquela Constituição por intermédio da EC n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. O direito de desfrutar uma moradia digna e adequada deverá estar ao centro da política urbana do país (art. 6º, da Constituição Federal) e

Diretamente relacionado com a garantia da dignidade da pessoa humana está a questão da pobreza, infelizmente ainda abundante no Brasil⁷¹⁷. Dois dos maiores desafios vislumbrados pelo legislador constituinte, movido pela realidade social do país⁷¹⁸, elevados a objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, são *a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais* (artigo 2º, inciso III). O constituinte foi feliz e realista ao declarar a redução das desigualdades como um dos objetivos fundamentais do Estado, uma vez que vivemos em um país onde a distribuição de renda⁷¹⁹ é uma das piores do mundo⁷²⁰.

com base nele leis infraconstitucionais tem sido aprovadas, como é o caso do acesso a esse direito via “concessão de *uso especial para fins de moradia*” em vigor em razão da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, e a Lei n. 11.888/2008 de 24 de dezembro, que assegura às famílias de baixa renda a *assistência técnica pública e gratuita para projetos e construções de habitação de interesse social*. A lei tem por objetivo assegurar o direito à moradia e otimizar e qualificar o uso racional do espaço edificado e de seu entorno, bem como dos recursos humanos, técnicos e econômicos empregados nas construções e nos projetos. O apoio técnico poderá ser oferecido diretamente às famílias ou a cooperativas, associações de moradores ou outros grupos organizados que as representem. O financiamento deve partir do poder público, seja por meio de recursos de fundos federais direcionados à habitação de interesse social, por recursos públicos orçamentários ou por recursos privados. Cf. GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 115-126, jul./set., 2002 e ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. Uma Leitura do Estatuto da Cidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 327-341, jul./set., 2001.

⁷¹⁷ O debate contemporâneo relativo às relações entre desenvolvimento e redução da pobreza gerou uma vasta literatura. Esse debate considera que tanto o desenvolvimento como a pobreza são fenômenos multifacetados e decorrentes de um conjunto de determinantes. Vários indicadores desses fenômenos são utilizados, com diferentes graus de sofisticação, entre eles o mais famoso é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Também entre os indicadores de pobreza existe um grande debate sobre as vantagens e desvantagens das abordagens que privilegiam o conceito de pobreza como insuficiência de renda monetária e os indicadores decorrentes baseados em linhas de pobreza e aquelas abordagens que consideram pobreza como deficiência no atendimento de necessidades básicas utilizando indicadores sintéticos como o Índice de Pobreza Humana (IPH). Entre as instituições multilaterais o Banco Mundial tende a utilizar a primeira com as suas famosas linhas de pobreza de um a dois dólares ao dia e as Nações Unidas tendem a utilizar a segunda com os seus indicadores sintéticos como o IDH e o IPH. O caso do Banco Mundial é curioso. Embora considere a pobreza um fenômeno multifacetado, ele utiliza como principal indicador as linhas de pobreza. (World Bank, 1990 e 2000). No Brasil, existem vários trabalhos levando em conta as duas abordagens. Os trabalhos mais conhecidos determinando linhas de pobreza podem ser vistos em Rocha. Entre os que construíram índices sintéticos os mais famosos são o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) – PNUD et alli, 2003 – e o Índice de Exclusão Social – Amorim & Pochman. Existem também alguns trabalhos que procuram construir índices sintéticos mais específicos, como é o caso do Índice de Desenvolvimento da Família (Barros, Carvalho e Franco, 2003) e do Indicador de Pobreza Multidimensional (Lopes, Macedo e Machado, 2005). O índice de pobreza humana (IPH) mede as carências quanto ao desenvolvimento humano básico nas mesmas dimensões que o IDH. As variáveis utilizadas para indicar essas dimensões são: o percentual de pessoas com esperança de vida inferior a 40 anos, o percentual de adultos analfabetos e o estabelecimento de condições econômicas essenciais para um padrão de vida adequado, medidas pelo percentual de pessoas sem acesso a serviços de saúde e água potável e pelo percentual de crianças menores de cinco anos com insuficiência de peso. Nos primeiros anos do governo Lula, a proporção de pobres caiu, em média, 2,2% no país. Chegou em 2004 a 25,08% da população, o menor nível desde 1992. Em 2004, a pobreza teve uma redução mais acentuada, de 8%, graças principalmente à melhora da distribuição de renda no país, propiciada pelo aumento do emprego, do salário mínimo e de programas assistenciais como o Bolsa Família. As conclusões são da pesquisa “Miséria em queda”, realizada pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pelos dados do levantamento, cuja fonte de informações foi a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2004 do IBGE, os pobres eram 35,87% da população em 1992. Esse percentual baixou para 27,26% em 2003. Naquele ano, o primeiro de Lula, a pobreza cresceu 3,9% em relação a 2002. Cf. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fundação João Pinheiro (FJP). **Atlas do desenvolvimento humano no Brasil** - Índice de desenvolvimento humano municipal. Brasília: PNUD/IPEA/FJP; 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 27 mar. 2006; AMORIM, R & POCHMANN M. (Org.). **Atlas da Exclusão Social no Brasil** V. 1 e 2. São Paulo: Ed. Cortez, 2003; ROCHA, S. **Pobreza no Brasil**: afinal de que se trata?. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2003; LOPES, H.M., MACEDO, P.B.R., MACHADO, A.F. Análise da Pobreza com Indicadores Multidimensionais: uma aplicação para o Brasil e Minas Gerais. Rio de Janeiro: **Revista de economia contemporânea**, n. 9(1), p. 125-152, jan./abr., 2005.

⁷¹⁸ A norma constitucional somente logra êxito ao atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt Alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Cf. ABBELLÁN GARCIA, Joaquín. **El Pensamiento Político de Guillermo Von Humboldt**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

⁷¹⁹ Já em 1908, dizia Schumpeter: "ninguém dá importância ao pão pela quantidade de pão que existe num país ou no mundo, mas todos medem sua utilidade de acordo com a quantidade disponível para si, e isso, por sua vez, depende da

É a primeira vez que uma constituição brasileira assinala os principais objetivos (não todos) do Estado⁷²¹.

Para já, temos como base elementar do urbanismo no Brasil, esses três fundamentos elementares da constituição do Estado. Significa dizer que o ente público com competência para legislar e executar o planejamento urbanístico (no caso do Brasil isso ocorrerá em todos os três níveis de governo) deverá partir desses pressupostos, efetuando escolhas que promovam a realização daqueles fins.

Para além dos princípios fundantes da Carta Magna, o artigo 5º do texto fundamental abre um leque de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. O rol de direitos elementares traz as garantias oponíveis em face do próprio Estado, que se constituiu sob as bases do individualismo e do equilíbrio entre liberdade individual e interesse coletivo.

Nesse artigo encontramos importantes fundamentos do direito urbanístico. São eles: a garantia do direito de propriedade e a função social da propriedade (incisos XXII e XXIII, respectivamente). Trataremos desses dois institutos no capítulo seguinte, de forma que por agora devemos apenas assinalar que se tratam dos principais princípios constitucionais de direito urbanístico: *o direito de propriedade*, reconhecido pela Constituição em seus termos e medidas, e *a função social* que representa a conformação da propriedade aos interesses coletivos.

Destacamos, ainda, *o princípio do estado de direito democrático*, que gera a garantia da *administração autônoma local* e da *participação popular* nos processos derivados da atividade urbanística.

A garantia da administração municipal autônoma é um elemento constitutivo do estado de direito e está estreitamente relacionada com o princípio democrático. A democracia descentralizada, ou seja, assente em um poder local autônomo, assegura a separação territorial de poderes e contribui para uma maior participação democrática no exercício do poder. Sua relação com o princípio do estado de direito não é tão explícita, como ensina Canotilho⁷²², mas a ideia de estado de direito esteve indiscutivelmente associada à ideia de descentralização administrativa como limite ao poder unicitário e conformador do estado e como forma de separação entre o estado e a sociedade civil.

A Constituição portuguesa aponta para essa conexão nos artigos 6º e 235º/1. No Brasil, a autonomia local é garantida pela essencial gama de competências conferida ao Município. Em capítulo especial, inserido no título III, artigo 18º, que trata da Organização do Estado, o Município adquire papel destacado e suas novas competências representam verdadeiro marco na descentralização política do país, dantes imerso em longo período de centralização ditatorial. A partir do artigo 29 da Carta Constitucional e em diversos outros dispositivos do diploma, identificamos a autonomia local e em

quantidade total”. Cf. SCHUMPETER, Joseph E. On the concept of social value. Cambridge: **The Quarterly Journal of Economics**, v. 23-9, p. 213-232, 1908.

⁷²⁰ Um país pode ser muito rico e seus habitantes muito pobres; ou pode não ser tão rico e seus habitantes desfrutarem um padrão de vida superior ao de um país que tenha uma renda *per capita* maior. O que determina essa diferença é o perfil da distribuição de renda, ou seja, como a riqueza total que é produzida no país se distribui entre os habitantes. Para analisar essas questões de distribuição de renda na economia foram criados diversos índices estatísticos. Dentre os mais conhecidos encontra-se o *P90/P10* ou *10% mais ricos a 10% mais pobres*, que mede quanto o grupo formado pelos 10% mais ricos da população recebe em comparação ao grupo dos 10% mais pobres. Outro índice muito conhecido é o Coeficiente de Gini. Alguns índices têm sua origem na sociologia e ajudam a compreender como os habitantes de um país se beneficiam (ou não) com a riqueza ali produzida. O principal deles é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Muitos querem relacionar os problemas de distribuição de renda a questões ideológicas. Na realidade, trata-se de uma questão fundamental de macroeconomia e com ela se preocupam as maiores entidades mundiais, adeptas das mais variadas ideologias, da extrema direita à extrema esquerda. No Brasil, a concentração de renda permaneceu praticamente inalterada - seus índices oscilando dentre as dez últimas posições do mundo - durante as últimas quatro décadas. A distribuição de renda no Brasil somente dá os primeiros sinais de melhora a partir de 2001. As estatísticas comprovam que em 2004 ocorreu o primeiro avanço significativo para a melhora de desigualdade econômica no país: a taxa de crescimento da renda per capita para os mais pobres foi de 14,1%, enquanto a renda per capita média cresceu 3,6% no mesmo período. Cf. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fundação João Pinheiro (FJP). **Atlas do desenvolvimento humano no Brasil** - Índice de desenvolvimento humano municipal. Brasília: PNUD/IPEA/FJP; 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 27 mar. 2006.

⁷²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

⁷²² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 253.

destaque, um princípio ligado a esta, o da *preponderância de interesses*, que delimita as competências na medida do interesse mais próximo, seja municipal, estadual ou nacional. Esses princípios são de enorme relevância para a matéria urbanística, uma vez que seus principais instrumentos serão aplicados no âmbito local, razão pela qual o destacamos.

Da mesma forma, o princípio do Estado democrático leva a construção de outro princípio, aquele que confere ao povo o direito de participar, de decidir, através de representantes ou diretamente, em face das diversas opções políticas apresentadas. Trata-se do princípio da *participação popular*, extremamente relevante em matéria de direito urbanístico e que será desenvolvido em pormenores adiante.

Os princípios apontados anteriormente compõem a ordem urbanística brasileira.

Título I – Da localização temática

Capítulo III – Da disciplina urbanística dos solos

“É a propriedade que faz o cidadão, mas a cidadania não é a simples fruição privada de bens pessoais; ela funda também um conjunto de deveres sociais.” (Robert Castel)

"Visto que o fundamento da propriedade é a utilidade, onde não houver utilidade possível não pode existir propriedade." (Jean-Jacques Rousseau)

1. Introdução

O conceito de propriedade passou por uma evolução doutrinária e legislativa significativa. Desde a sua origem no Direito Romano⁷²³ e sua consagração no Código Napoleônico, profundas foram as mudanças⁷²⁴ nos paradigmas utilizados para definir esse instituto. E por se tratar de um instituto histórico, que sofreu transformações em sua estrutura interna, o direito de propriedade surge como objeto de grande relevo na doutrina jurídica, sobre o qual recaem questões e dúvidas.

Esse terreno aparentemente insólito que circunda a propriedade é consequência natural das infinitas modificações que atingiram as estruturas estatais e sociais de nosso tempo. Cada momento corresponde a um contorno ou limite, que confere sentido e atualidade aos direitos subjetivos que compõem os sistemas jurídicos. E é sobre esse conteúdo atual do direito de propriedade que discorreremos a seguir.

O conteúdo dos direitos, entre eles o de propriedade, está intimamente condicionado ao que entendemos ser um direito subjetivo. Importa referir, desde já, que a principal característica do direito subjetivo é a sua limitação inerente, ou, em melhores palavras, sua condicionada existência⁷²⁵. Assim o é porque os direitos dos particulares são produto de um ordenamento, não o precedem nem existem fora dele. Por isso, é normal que os atos estatais estabeleçam seu conteúdo, ditando as condições de seu exercício regular⁷²⁶. E tais condicionantes se dão em maior escala na medida em que a ordem

⁷²³ O desenvolvimento da agricultura tende a ser considerado pelos historiadores do direito a causa próxima do surgimento do direito de propriedade. Cf. VENTURA, Raúl. **História do Direito Romano**. Parte II. Lisboa: FDL. 1968. p. 170.

⁷²⁴ Não pretendemos desenvolver a controversa questão das origens da propriedade romana interessando reter apenas que esta não conhecia restrições ao direito de edificar do proprietário, ao menos na chamada propriedade *quiritária*, que era o “poder mais absoluto que uma pessoa podia ter sobre uma coisa: o direito de utilizar como quiser, de a desfrutar e de receber os seus frutos, de dispor dela livremente”. Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Editor Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 638.

⁷²⁵ É assim que o direito subjetivo é a faculdade ou o poder, reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa, de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento. Segundo o Código Civil brasileiro, no artigo 1.228, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. O poder de exigir virá conforme definido nessa mesma ordem jurídica, na medida da extensão que esta lhe confere, sendo, portanto, limitado. Cf. JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 37 e VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 5, Direitos Reais, 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 159.

⁷²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53 e ss.

pública, amplamente desenvolvida nos nossos dias, assume que a vida em sociedade exige a regulamentação dos interesses individuais, a fim de que estes se coadunem com os interesses coletivos.

Dentro desse contexto, no que se refere à propriedade imobiliária, questionamos: existe um direito de propriedade sagrado e intocável? Arriscamo-nos a dizer que nunca houve. O direito de propriedade como conhecemos hoje, fundado em um sistema de normas, sempre foi dependente de um reconhecimento jurídico. Embora já tenha conhecido períodos com maior amplitude, sobretudo no auge da teoria do Estado Liberal, o atual desenvolvimento da Teoria Publicista e todas as conhecidas consequências da “publicização” dos direitos privados não deixa mais espaço a interpretações de sentido absoluto do direito de propriedade⁷²⁷.

Existe, por outro lado, nos dias atuais, uma propriedade imobiliária que atenda a fins sociais? O que significa propriedade com fim social? Para além de exigir um exercício condicionado a interesses sociais, o Estado de Direito Social deverá proporcionar a todos o acesso à propriedade, ampliando consideravelmente o sentido que aqueles interesses assumem. Entretanto, as tentativas de socialização ainda encontram entraves no sistema, principalmente quando se verificam situações irregulares e clandestinas que não atendem aos rigorosos preceitos civis e cartorários. As tentativas de socialização do solo ainda se encontram em estágio inicial, forjam-se a partir de uma desigual e histórica distribuição de riquezas e enfrentam numerosas garantias reconhecidas aos proprietários⁷²⁸. Estes que, embora tenham seu direito vinculado a uma função social, não sofrem de ausência de proteção jurídica na falta do cumprimento desse princípio⁷²⁹.

Deve-se reconhecer, ainda, que o significado do termo “social” poderá tomar contornos diversos, conforme forem as considerações sociais do momento⁷³⁰.

E a propriedade vigente em determinado período histórico e em determinado país reflete melhor que qualquer outro direito o sistema de relações inter-humanas que nele impera. Ela (a propriedade) adere ao regime de produção estabelecido e irradia efeitos sobre a concepção de Estado e suas funções, as relações de produção, a existência de classes sociais e a condição do ser humano como integrante da sociedade civil. Como bem anota Messineo⁷³¹, dificilmente se poderia encontrar

⁷²⁷ Nesse sentido já tratava Pereira, ao se referir à publicização do direito privado enquanto evento que denota a ruptura da dicotomia entre direito público e direito privado, em suas palavras: “a influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, geram a tendência à publicização da norma jurídica. (...) O direito de propriedade sofre este impacto nas restrições que o proprietário encontra à utilização e à disponibilidade do bem”. Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p.14. Ainda sobre o tema, SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. A função social no Código Civil – Aspectos da publicização do direito privado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 375. p. 103-39, set./out., 2004.

⁷²⁸ Sem pretendermos desenvolver o conteúdo ideológico da função social da propriedade, podemos acrescentar que diversas são as correntes que compreendem estar o princípio inspirado na noção socialista de propriedade. Entretanto, ao contrário, destacados juristas, como Orlando Gomes, que não reconhecem tal “inspiração socialista”. Segundo Gomes, “se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito jurídico, revela profunda hipocrisia, pois ‘mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística’. É que legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral”. Cf. GOMES, Orlando. “A função social da propriedade”. In: **Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. Salvador, 1986. p. 61.

⁷²⁹ Ao acolher o princípio da função social da propriedade, a Constituição Brasileira atribuiu ao proprietário o dever de perseguir certas finalidades de interesse coletivo, mas isso não significa que, no nosso direito, a propriedade seja em si uma função social, do que decorreria a ausência de proteção jurídica àquelas que descumprissem tal função, como proposto por Duguit. A propriedade continua sendo direito, nessa qualidade, protegido mesmo quando irregularmente exercido, daí o descumprimento da função social não autorizar o confisco do bem, mas apenas sua desapropriação, com pagamento da indenização em títulos da dívida pública. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

⁷³⁰ A teoria solidarista desenvolvida por DUGUIT que comentaremos a seguir surge em um momento de crise do sistema liberal e em meios a um colapso econômico de 1873-1895. A crise social e ambiental que enfrentamos hoje é, de forma similar, o contexto que circunda as análises sociais da propriedade. Cf. ATTARD, Jérôme. Le Fondement Solidariste du concept “environnement – patrimoine commun”. **Revue Juridique de L’environnement**, Strasbourg, n. 2, 2003.

⁷³¹ MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. v. 2, Buenos Aires: Ejea, 1954. p. 247 e ss.

uma categoria jurídica de maior ressonância social e mais definidora da forma que assume a organização institucional de um país do que a propriedade. Isso se justifica, nas palavras de Marx⁷³², por conta da relação essencial entre o homem e a terra, sendo essa a “extensão de seu ser, sua natureza inorgânica”.

Constantemente a propriedade tem sido tema nuclear de debates políticos, judiciais e institucionais, objeto de reivindicações sociais e motivo para a declaração de guerras e conflitos armados. Há quem defenda mesmo que o nosso ordenamento jurídico ocidental está todo fundamentado no que se definiu como “princípio proprietário”⁷³³, marcado pela transformação da propriedade em “mercadoria”, objeto de consumo e bem de valor de troca. Nesse contexto, a propriedade está diretamente relacionada à questão da sua economia. O exercício do direito de propriedade há de ser *útil* ao proprietário, ainda que seus limites e contornos se encontrem nas leis públicas que adéquam o exercício útil à função social.

Diante dessas constatações, propomos a seguinte reflexão: qual o perfil atual do direito de propriedade imóvel? Quais são os elementos que devemos levantar para expor esse instituto? A propriedade e seu conteúdo alteraram-se no tempo? O Estado e seus fins refletidos nas Constituições definem o que é propriedade? As novas perspectivas do direito público, vitalizado pela importância do Estado Social onde se prega uma igualdade de acesso à propriedade e às vantagens de uma vida urbana, contribui para a mudança de conceitos? A partir desse momento, o Estado ou o Direito Público produzido a fim de atender ao interesse geral poderá estabelecer o conteúdo do direito de propriedade? O que é o direito de propriedade no Brasil?

A análise do conteúdo do direito de propriedade levanta diversas questões, evidentemente nem todas esgotadas acima. Acreditamos, entretanto que não se poderá desenvolver uma exposição do instituto sem antes compreendermos que o direito público e o direito privado se apresentam de forma indissociável. O direito de propriedade é de tal modo complexo que se poderá mesmo tomá-lo como exemplo típico da perspectiva do direito enquanto sistema⁷³⁴. Essa noção sistêmica do direito se evidenciou, sobretudo, após a constitucionalização do direito, com a consagração das cartas nacionais⁷³⁵. Assistimos ao despertar para uma nova interpretação multidisciplinar de institutos tradicionais, sobretudo do direito civil, de agora em diante totalmente permeada pelos princípios constitucionais⁷³⁶.

E se, por um lado, não se poderá ignorar a Constituição e os interesses públicos soberanos ali reconhecidos, da mesma forma, os aspectos de direito civil não se tornaram inócuos, devendo ser enfrentados. Nesse sentido, duas abordagens serão feitas no decorrer da exposição do presente capítulo: a abordagem predominantemente de direito civil e a abordagem predominantemente de direito constitucional, administrativo e urbanístico. Dizemos “predominantemente” com o intuito de

⁷³² MARX, Karl. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Rio de Janeiro: Paz e Guerra, 1985. p. 67.

⁷³³ Nesse sentido, vale conferir Cortiano Júnior, que desenvolve tese de doutoramento a respeito do princípio proprietário, com base no pensamento de Pietro Barcellona. Cf. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. No mesmo sentido, Grossi afirma a interconexão entre mercado e propriedade e sua intensificação na era da mercancia absoluta. Na visão de Grossi, assim como a afirmação de uma liberdade e de uma igualdade presentes no plano formal teriam sido os instrumentos mais idôneos para garantir ao *homo economicus* a desigualdade no plano fático das fortunas, a “propriedade espiritualizada” restou concretada, por obra e graça de suas ilimitadas possibilidades de transformação em pedra filosofal da civilização capitalista: a mais pobre, a menos palpável das construções jurídicas revelou-se um meio assaz eficaz para transformar tudo em ouro, diligente instrumento para todo e qualquer tipo de mercancia. GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades: un análisis histórico**. Madrid: civitas, 1992. p. 131. Também conferir BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

⁷³⁴ Cf. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1989.

⁷³⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmatica juridical**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁷³⁶ O Direito Civil, ramo que confere os primeiros contornos ao direito de propriedade, é destinado “a reger relações familiares e obrigacionais que se formam entre indivíduos encarados como tais, ou seja, enquanto membros da sociedade”. Porém, suas disposições atuais não são indiferentes às questões públicas ligadas ao interesse que favorece a maioria da coletividade. Trata-se da publicização do direito privado, processo que consiste em ingerências cada vez mais amplas do estado sobre as relações privadas, a começar no direito contratual, através do dirigismo contratual, e no direito de propriedade, este último que se fundamenta na função social da propriedade. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 3.

preservar o entendimento de que os diferentes ramos jurídicos se interpenetram⁷³⁷ e no sentido de reforçar a ideia de que todos se completam, formam os contornos da propriedade e estão ligados sob o signo da unidade do Direito⁷³⁸.

No Brasil, assistimos à promulgação relativamente recente de nossa Constituição (1988) e mais recente ainda à entrada em vigor de um novo Código Civil (em vigor desde 11 de janeiro de 2003). A anterioridade da Constituição, nesse momento em que substituímos um Código Civil em vigor desde 1916, favoreceu a construção de uma nova visão da disciplina civilista da propriedade. Podemos dizer que o Código Civil brasileiro reproduz e, com isso, acolhe os preceitos reconhecidos pelo constituinte de 1988, sobretudo no que se refere à propriedade imóvel e sua função social.

De uma primeira análise do atual Código Civil Brasileiro, podemos dizer que o exercício do direito de propriedade está condicionado a fins sociais, ambientais e culturais⁷³⁹ (o Código Civil anterior referia-se à faculdade de construir limitada às restrições administrativas no artigo 572, sem ser, entretanto, tão expressivo quanto os dispositivos atuais). Tal condicionamento⁷⁴⁰ caracteriza uma moldura da propriedade (não necessariamente nova), que não deixa clara a existência de uma inerente faculdade de construir ou qual o significado do conteúdo econômico da propriedade⁷⁴¹, núcleo capitalista existencial desse direito. Tais elementos ficam, ao contrário, *a cargo das leis federais em primeiro momento (Código Civil, em primeiro plano), estaduais e municipais, do desenvolvimento teórico da doutrina e das decisões práticas e reiteradas que formam a jurisprudência.*

Tirando os olhos do texto civil, o que podemos dizer, então, sobre o desenvolvimento do direito administrativo e do direito urbanístico e seus efeitos sobre o conteúdo do direito de propriedade?

Bielsa⁷⁴², ao estudar as interpenetrações do Direito Privado e do Direito Público, concluiu que *“el contenido legal del derecho de propiedad no puede determinarse solo con referencia a las limitaciones que el Código Civil establece, sino también mirando a las limitaciones que impone el Derecho Administrativo”*.

O direito de propriedade é um instituto de origem privada, civil, com origem na velha ordem romana, mas sua disciplina vai além ou se projeta simultaneamente fora do universo civilista. No Brasil e em Portugal, seu reconhecimento e contornos encontram guarida e relevância constitucionais

⁷³⁷ Lembremos Magalhães ao tratar da autonomia das disciplinas jurídicas. Ele afirma que aquele termo (autonomia), se encarado no seu sentido etimológico, induz a constatar que “não existe nenhum ramo do Direito que seja efetivamente autônomo – todos os ramos se entrelaçam”, isso porque o Direito é um sistema que se retroalimenta. Cf. MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Oliveiras Mendes, 1998. p. 4.

⁷³⁸ Diferentes regras e princípios dos ramos do Direito ganham, no momento da aplicação ao mesmo objeto, a chamada “coesão dinâmica”, no sentido da convergência finalística. Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 189-217, jul./dez., 2001.

⁷³⁹ Nesse sentido, expressa o §1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2003: “§1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Cf. CAHALI, Yussef Said (organizador). **Código Civil. Código de Processo Civil. Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁷⁴⁰ Trata-se de condicionamento administrativo do direito de propriedade, imposto por lei e controlada pela Administração, onde se define o campo de atuação legítimo do particular, traduzido em obrigações de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições). Os condicionamentos são disseminados em todo o ordenamento e configuram o que se compreende por direito de propriedade no Estado Social de Direito contemporâneo. Essas ideias são desenvolvidas entre nós por SUNDFELD, Carlos Ari. Administração Ordenadora. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira (Coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1991. p. 59-102 e também na obra específica do mesmo autor: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁴¹ A norma constitucional não definiu os elementos constitutivos do direito de propriedade; deu-nos apenas dois parâmetros: assegurou sua existência enquanto apropriação individual e exigiu-lhe a função social. Foi a lei civil que definiu os chamados “elementos” do direito de propriedade – portanto, lei federal. Consequentemente, apenas outra lei federal poderia eliminar qualquer dos chamados elementos do direito de propriedade, desde que não afete a chamada apropriação econômica da coisa; isso porque as limitações federais só encontram limites na própria Constituição, que garante ao proprietário o direito, sem contudo especificar seu conteúdo. Cf. CASTRO, Sônia Rabelo de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 5.

⁷⁴² BIELSA. Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1923, p. 71. Apud. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 90.

e resta assegurado a todos o direito de sua titularidade e exercício. Uma vez titular do direito de propriedade, tem-se o direito dos direitos, conferido em caráter universal, com garantias de sua perenidade (através da sucessão). Seu exercício e gozo, porém, deverão atender a fins sociais e estão submetidos aos preceitos constitucionais, infraconstitucionais e, sobretudo, urbanísticos vigentes.

Expostos esses elementos, resta verificarmos o que representa nas ordens jurídicas sob análise ser proprietário. O primeiro impulso sempre será optar pela definição exposta no Código Civil, sobretudo porque a Constituição, como é natural de sua técnica, limita-se a estabelecer certos princípios e valores desenvolvidos em detalhes em legislação infra que lhe complementa. Compreendemos, dessa forma, que só nos resta abordar o conceito sob ambas as perspectivas, tentando enfrentar as dúvidas que advêm dessa estratégia.

Como já tratamos anteriormente, presumimos que o direito, enquanto ciência, é um sistema e suas normas compõem um conjunto que se autoafirma e se completa, mas é visível que há na doutrina uma tendência (por certo com fins didáticos) à distinção entre a posição civilista e publicista do direito de propriedade. A primeira tende a valorizar a regra civil e enaltece as faculdades inerentes ao direito de propriedade. Por ser a origem do instituto, o ramo civil moldaria esse direito, ainda que admita o império da norma pública, sobretudo da constituição⁷⁴³.

Nesse sentido, o Código Civil brasileiro, assim como o português, garante ao proprietário faculdades. Essas faculdades compõem o direito subjetivo⁷⁴⁴. Seu exercício é o próprio exercício do direito. E, portanto, uma vez reconhecido o direito, se reconhece as faculdades a ele inerentes.

O direito de propriedade no Brasil compõe-se, segundo a norma civil, das faculdades de usar, fruir e dispor da coisa⁷⁴⁵, desde que observadas as restrições de vizinhança e suas finalidades sociais que se configuram através de dispositivos de ordem pública.

Desde já se deve notar que mesmo a norma civil, que dantes refletia sua origem liberal conferindo extrema amplitude ao direito de propriedade⁷⁴⁶, esta que pertencia exclusivamente ao

⁷⁴³ Devemos notar, ainda que rapidamente, que mesmo o Código Civil, ao estabelecer o conteúdo do direito de propriedade, regulamenta esse direito e, portanto, limita à “liberdade” ainda que se tenha gerado a crença de que aquela lei apenas “defina” tal direito. De certo que com a implantação do Estado de Direito, a liberdade e a propriedade se tornaram direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à atuação governamental. A consagração dos direitos individuais nas constituições modernas resultou em marcante restrição à intervenção estatal. No entanto, liberdade e propriedade haveriam de ser regulamentados pela lei, ao menos para compatibilizar o exercício de todos os direitos. Dessa forma, o Código Civil estabeleceu os “contornos” da propriedade no bojo das relações entre o titular desse direito e outros particulares, enquanto as normas de direito público, como é o caso do direito urbanístico, estabelecem a ordenação de convivência entre o particular titular desse direito e o Estado, ou seja, em face dos fins coletivos que este representa. Nesse sentido, ambas as regulamentações definem a extensão do mesmo direito. A expressão “limitação administrativa” ainda encontra espaço na doutrina e é adotada no presente trabalho por uma razão histórica, visto que o direito de propriedade ter sido primeiro delimitado pela lei civil e, com isso, qualquer outra norma ulterior acaba por soar como “limitação”, no sentido de “redução” de sua extensão, ainda que se passe de forma diversa, conforme desenvolveremos. Nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 9-10.

⁷⁴⁴ O direito subjetivo é a faculdade ou o poder, reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa, de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (facere) ou negativo (non facere) ou de, por ato da sua livre vontade, só de per si ou integrado por um ato da autoridade pública (decisão judicial), produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (adversário ou contraparte). JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 37.

⁷⁴⁵ O direito de propriedade congrega em torno de si todas as demais categorias de direitos reais limitados ou direitos reais sobre a coisa alheia, os quais giram em seu redor, atento representar o centro do sistema jurídico a que cada um deles pertence. A propriedade, por conseguinte, surge como uma relação fundamental do Direito das Coisas. Entretanto, em relação ao seu conceito e conteúdo, a tonalidade varia em conformidade com o ponto de vista de quem se propõe a defini-la. O código civil brasileiro de 1916, seguindo o código civil germânico e suíço, optou por estabelecer definições meramente descritivas do conteúdo existente no direito de propriedade (no artigo 524, a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua). O novo Código Civil em vigor desde 2002, por sua vez, adota praticamente a mesma definição do Código de Beviláqua. Se, por um lado, mantém o caráter descritivo do direito de propriedade, amplia ao estabelecer nos incisos que complementam o artigo 1.228, suas limitações de caráter social, sintonizando o *jus civile* à consciência e à linguagem de nosso tempo (art. 1.228 – “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”). Cf. SERPA LOPES, M.M. **Curso de Direito Civil**. v. VI. Direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1962. p. 225 e ss; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 111.

indivíduo, hoje indica que o uso, a fruição e a disposição da coisa não se darão de forma ilimitada ou em atendimento exclusivo de interesses singulares do proprietário. Mas, para além disso, deverá responder aos anseios coletivos no contexto em que está inserida, ou seja, para além das circunstâncias sociais ou coletivas e civis ou individuais que lhe circundam.

Em todo caso, e aqui reside o cerne de algumas das discussões a serem levantadas neste capítulo, seguindo uma linha de raciocínio tendenciosamente civilista, as limitações são circunstanciais, aparecem nesse sentido como elementos externos ao próprio direito, visto que as faculdades lhe são inerentes e não poderão ser anuladas por aquelas. É assim que a afirmação de que existem limitações públicas ao direito de propriedade⁷⁴⁷ não significaria dizer que tais limitações ou molduras representam um desmembramento do direito de propriedade, com a supressão da faculdade de usar e gozar da coisa, ou de um dos aspectos dessas faculdades, qual seja, construir.

A discussão torna-se acirrada e, sobretudo, incontornável quando tratamos da propriedade imóvel urbana. A propriedade imóvel é elemento central na execução da política urbana. A cidade e o campo que lhe circundam, nada mais são que um conjunto de propriedades públicas e particulares sobre as quais incidem normas de caráter urbanístico. Gerir a cidade é gerir as propriedades.

O exercício do direito de propriedade urbana fatalmente despontará um problema: A colisão inevitável entre os interesses e direitos individuais e coletivos. Assiste-se, nesse contexto, ao nascimento de uma nova propriedade, a propriedade urbanística⁷⁴⁸, que se caracteriza pela moldura social imposta pela ordem jurídica.

Nesse contexto, o instituto se revela em uma primeira ordem de relevância no estudo que se pretende desenvolver, uma vez que o direito de propriedade é como assinala a doutrina italiana, uma *utile chiave di lettura della materia urbanistica*, representando o seu desenvolvimento, a síntese da incidência, sobre o regime do solo, do interesse público⁷⁴⁹.

Diversas são as problemáticas relevantes nessa matéria, entretanto, neste capítulo abordaremos aquelas que se mostram mais conectadas ao ponto central da tese: a limitação urbanística à propriedade com fins de proteção, gestão, restauração ou renovação do patrimônio cultural arquitetônico. Para além de buscar classificar essas limitações, discutiremos sobre algumas questões preliminares, como é o caso do conteúdo do direito de propriedade, entre eles, no que tange à faculdade utilitária de construir e reformar.

Abordaremos superficialmente o regime de edificações e as principais limitações urbanísticas ao direito de propriedade, inserindo-os no contexto da preservação cultural já mencionada.

Passemos, dessa forma, à análise detida dos principais elementos que compõem a problemática exposta anteriormente.

⁷⁴⁶ Nesse sentido, conferir: DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. (reimpressão). Paris: Alcan, 1920. p. 158.

⁷⁴⁷ Trataremos com maiores detalhes o tema das limitações ao direito de propriedade a seguir. Nesse momento, podemos lembrar a doutrina de García de Enterría e Fernandez, ao estabelecerem as classes de limitações administrativas. Para cada limitação corresponderá uma normativa explícita que autoriza a administração a atuar e “a clasificación más importante de las limitaciones administrativas de derechos es la que se remite a la naturaleza misma de los derechos limitados. Así, hay limitaciones que afectan a libertades públicas (...), otras que afectan a la propiedad (que constituyen una de las especies más fecundas y extensas) o que afectan a la empresa como actividad (...); otras, en fin, que afectan a derechos de obligación (...)”. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p.113

⁷⁴⁸ O reconhecimento de uma “propriedade urbanística” já era apontado por Sustaeta Elustiza, quando da elaboração de sua tese de doutoramento. Cf. SUSTAETA ELUSTIZA, Angel. **Propiedad y Urbanismo**. Lo urbanismo como límite del derecho de propiedad. Madrid: Montecorvo, 1978.

⁷⁴⁹ Cf. ASSINI, Nicola. **Trattato di Diritto Amministrativo**. Pianificazione Urbanistica e Governo del Territorio. v. XXX, Padova: CEDAM, 2000. p. 4

2. Da propriedade em geral no Brasil

2.1. Conceito e natureza do direito de propriedade – bases constitucionais

A propriedade e a liberdade nos ordenamentos jurídicos modernos (séculos XVIII e XIX) passam a ser reconhecidas como elementos inerentes à natureza humana. É da essência do homem ser livre e ser proprietário de bens e coisas⁷⁵⁰. E para cada Estado de Direito, que se assume gestor das liberdades e propriedades, corresponde um direito de liberdade e de propriedade.

Como já mencionamos rapidamente, o direito de propriedade, assim como todos os direitos subjetivos, é fruto de um reconhecimento e se mantém através de garantias do Estado. A titularidade desse direito está, assim, condicionada a esse reconhecimento e vem a ser mantida através de instrumentos que esse mesmo sistema (Estado) disponibiliza⁷⁵¹.

Tal direito é, *ab initio*, o fruto de uma escolha política, de uma forma de assegurar o exercício de interesses inerentes à condição humana, de forma que estes não só venham a beneficiar um só indivíduo, mas que toda a coletividade também os possa aceder⁷⁵² e exercer simultaneamente.

O Estado brasileiro, por força da sua Constituição, atribui ao direito de propriedade um contorno e um conteúdo limitado. Essa limitação não significa “diminuição” de um direito anteriormente conferido. Ela importa em, apenas, estabelecer as molduras que esse direito possui no atual sistema jurídico em vigor naquele país⁷⁵³.

⁷⁵⁰ Sérias controvérsias são levantadas acerca do fundamento jurídico da propriedade. Em todos os tempos, muito se discutiu sobre a origem e a legitimidade desse direito. Resumidamente nos reportamos a quatro delas, ainda que sem desenvolver nessa oportunidade: a *teoria da ocupação*, segundo a qual as coisas a propriedade se fundamenta no fato de ocupar a coisa; a *teoria da lei*, apoiada por Hobbes, Bossuet, Mirabeau, Benjamin Constant e Bentham, segundo a qual a propriedade é um instituto de direito civil, concessão de um direito positivado, existente em razão de uma lei que a cria e garante (quase todos os escritores do século XVIII e primeira metade do século XIX adotaram essa ideia); a *teoria da especificação*, também conhecida como teoria do trabalho, segundo a qual não é a simples apropriação que justifica o domínio do homem sobre a coisa, mas sua transformação por meio do trabalho humano, e a *teoria da natureza humana*, segundo a qual a propriedade é inerente à própria natureza humana, representando condição de existência e liberdade. No dizer de Laurent, constitui expressão e garantia da individualidade humana, pressuposto e instrumento do nosso desenvolvimento intelectual e moral. Essa é a doutrina da Igreja Católica, exposta por seus doutores e pelos pontífices e assim expressa: “a propriedade, ou melhor, o direito de propriedade privada foi concedido ao homem pela natureza, isto é, pelo próprio Criador, para que possa prover às suas necessidades e às de sua família”. Pio XI, na Encíclica Quadragésimo Ano afirma que “o direito de possuir bens individualmente não provém da lei dos homens, mas da natureza; a autoridade pública não pode aboli-lo, porém, somente regular o seu uso e acomodá-lo ao bem do homem”. Da mesma forma, João XXIII declara na famosa *Mater et Magistra*, que a propriedade privada constitui proteção e incremento da família. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 82-85.

⁷⁵¹ Sem pretender esgotar os instrumentos que garantem a propriedade imóvel, conferir as ações possessórias (de manutenção e reintegração de posse e interdito proibitório), tratadas de maneira geral nos artigos 920 a 925, do Código de Processo Civil. O Código Civil Brasileiro em vigor, que estabelece a materialidade dessas garantias no artigo 1210, dispõe: “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”. Verificar, ainda, o Código Penal Brasileiro, que dedica todo o título II de sua parte especial à tutela da propriedade e a Lei de Registros Públicos, n. 6.015/73, que disponibiliza garantias registrárias com o fim de assegurar o direito de propriedade. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 117 e ss.

⁷⁵² Para além de garantir a propriedade, o Estado social tem buscado garantir o acesso à propriedade, que se projeta em um patamar distinto, como consequência do reconhecimento da igualdade dos indivíduos, o que leva a concluir pela igualdade de oportunidades. Nesse sentido, FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. À luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷⁵³ Convém reforçar, dessa maneira, que não se deverá confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estas são expressões daquelas, porém tal como admitidas em um determinado sistema normativo. Por isso, conforme elucida Alessi, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. “São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.” A ideia expressa no pensamento de Alessi nos auxilia a dissecar o que compreenderia atualmente o direito de propriedade tendo em vista a unidade sistêmica do direito. O direito de propriedade é aquilo que se delinea no sistema jurídico, que deve ser analisado em primeiro momento na Constituição Federal, norma que por excelência disciplina as liberdades e as propriedades individuais e por consequência destas, a medida de seu exercício.

Tratando do instituto do direito de propriedade, verificamos que muitas das dificuldades em identificar seus contornos se dão pela evolução histórica de sua definição e conteúdo. Desde os primeiros tempos em que se reconhecia um direito de propriedade (no direito romano) até os dias de hoje, em que vivemos sob a vigência de um Estado de direito democrático-constitucional, os parâmetros se alteraram e a visão desse direito se deslocou de uma perspectiva individualista (consagrada pela legislação civil antecessora das Cartas Constitucionais e por vezes mais estáveis que estas) para uma perspectiva publicista ou, em outras palavras, uma perspectiva coletiva.

Nesse caso, até os dias de hoje, em que vivemos sob a vigência de um Estado de direito democrático-constitucional⁷⁵⁴, os parâmetros se alteraram e a visão desse direito se deslocou de uma perspectiva individualista (consagrada pela legislação civil antecessora das Cartas Constitucionais e por vezes mais estáveis do que estas) para uma perspectiva publicista ou, em outras palavras, uma perspectiva coletiva⁷⁵⁵.

Esse deslocamento traz, como é óbvio, consequências para a doutrina e para a legislação, que assumem nos dias atuais a tarefa de implementar e gerir uma política com fins humanistas e sociais. As consequências mais evidentes se fazem sentir no campo do *direito administrativo*, ramo que trata da execução daquelas “intenções” estatais, gloriosamente estabelecidas em texto constitucional e no campo do *direito civil*, que se vê talvez em crise com a ampliação das funções e fins que o Estado tem assumido.

Em primeiro momento, trata-se de “digerir” que os direitos definidos e, desde já, limitados pelos Códigos Civis, não são exclusivos desse ramo e não se constroem apenas para assegurar uma convivência entre os indivíduos, ou seja, não basta a disciplina civilista das questões que envolvem a propriedade. É necessário ir além. O “além” refere-se à abordagem metaindividual, em que se busca coordenar os direitos individuais para que se vençam questões coletivas⁷⁵⁶ (como superar deficiências atuais e promover melhorias futuras que garantam o bem-estar sustentável de todos).

Diante disso, podemos destacar duas abordagens do direito de propriedade. Aquela que retrata a evolução desse conceito até os dias atuais e aquela que se ocupa de seu atual perfil, em uma perspectiva teórica administrativista desse instituto.

l) a construção de um conceito

Definir o direito de propriedade e seu conteúdo pressupõe uma reflexão histórica, uma análise da inter-relação entre Direito e sociedade e do princípio de dinamismo que impinge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Implica recordar que a história do Direito é, em grande parte, a história da garantia da propriedade e que esta integra uma tríplice ancoragem, que estabeleceu os pilares da ordem jurídica (família, propriedade e contrato)⁷⁵⁷.

Cf. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milan: Giuffrè: 1960. p. 533 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 714.

⁷⁵⁴ Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97-98.

⁷⁵⁵ O direito privado e, nele, a propriedade, foram construídos em torno de uma noção de liberdade altamente individualista, descomprometida com uma preocupação coletiva e social, que seria exclusiva do Estado. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Função Social da Propriedade*. p. 1-22. In: DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico – 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

⁷⁵⁶ Tais problemas metaindividuais são aqui referidos em seu sentido mais abrangente possível. Queremos com isso dizer que a propriedade estará sujeita a condicionamentos diversos, desde aqueles compreendidos pelos direitos de vizinhança e para além desses, pelos que se configuram nos direitos e interesses coletivos e difusos, como são os direitos de natureza ambiental, a proteção do patrimônio cultural etc. Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *A função sócio-ambiental da propriedade privada*. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 7 jul. 2007.

⁷⁵⁷ Nesse sentido, Carbonnier: “famille, propriété, contrat sont, de tradition, les trois piliers de l’ordre juridique. Comme dans une économie libérale et capitaliste, l’ordre juridique est forcément capitaliste et libéral, l’idée a surgi, chez ceux qui voulaient en finir avec cette économie, que son abolition passerait par le renversement préalable des trois piliers. Tel un Samson, assurément aveugle, jetant à bas le temple à seule fin d’en chasser les oiseaux – vautours ou pigeons, ah, peu

Tal centralidade deriva da estreita associação que se reconhecia entre propriedade e natureza humana (segundo a escola de direito natural) e entre a propriedade e a cidadania⁷⁵⁸. É essencial para o homem ter a certeza de que a terra que possui, sobre a qual implementa seu trabalho e deposita suas expectativas será reconhecida e garantida pelo sistema jurídico⁷⁵⁹. O direito de propriedade está estreitamente ligado, assim, com o desenvolvimento do Estado Liberal.

É nesse sentido que a disciplina jurídica da propriedade surge, enquanto direito codificado, no artigo 554, do Código Civil de Napoleão⁷⁶⁰, e assume, nessa versão, o perfil que refletia os valores e os anseios daquele tempo, em um momento no qual se consolidava a ideia de Estado Liberal. Seu perfil extremamente individualista reflete o fim de uma época que culminou na Revolução Francesa⁷⁶¹, em que a ideia de liberdade se opunha à concepção de Estado Absolutista, no qual triunfa o Estado Liberal, que se restringia a garantir o melhor e mais amplo exercício dos direitos individuais, limitado a tais fins, tendo em vista o rompimento com o passado ainda recente dos regimes monárquicos centralistas. Esse novo Estado Liberal desenvolveu-se, num primeiro momento, para atender aos interesses de uma também emergente classe social, fruto da Revolução Francesa: a burguesia. Essa nova classe, detentora dos meios de produção e que passava a deter o poder, contribuiu para a formação de um Estado comprometido com o “*laissez-faire, laissez-passer*”, que implicava em uma mínima intervenção no domínio econômico⁷⁶².

Adam Smith, um dos maiores representantes da doutrina liberal, em seu livro *A Riqueza das Nações*, prega que o Estado soberano deveria ter apenas três deveres a desempenhar: a proteção da sociedade (Nação) e de outras sociedades independentes, o dever de estabelecer uma administração da

importe – qui y ont fait leurs nids. Les trois piliers valent mieux que cela, et ils pourront durer davantage: ils sont capables d’abriter à leur ombre les systèmes économiques, les systèmes politiques les plus différents”. Cf. CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 9. ed. Paris: LGDJ, 1998. p. 243.

⁷⁵⁸ Há quem associe a estreita relação entre propriedade e cidadania, na medida em que a cidadania só pode ser exercida consciente e autonomamente quando o cidadão se encontra em uma situação de independência econômica em relação ao poder público. Ideia que encontrou em Madison seu mais convincente discípulo, mas que somente se prestou a demonstrar que a existência da propriedade individual, enquanto necessariamente fonte de independência por alguns e não para todos, constituía um obstáculo à plena participação política de todos, isto é, à cidadania universal. Cf. GAMBARDOS, Antonio. **Il Diritto di Proprietà nel XXI Secolo: Un concetto Fondamentale, o un concetto troppo frammentato**. Congresso de Direitos Reais, Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Coimbra, 28 e 29 de novembro de 2003.

⁷⁵⁹ No *Segundo Tratado* de Locke, a ideia de humanidade ganha um sentido normativo: não é a fonte da lei, mas é em seu nome que a lei se aplica. Na discussão sobre a propriedade, a transformação da natureza pelo trabalho é valorizada como cumprimento de uma ordem do Senhor. Deus deu o mundo aos homens, em comum, mas não para permanecer inexplorado: Deus-o “para o uso dos industriosos e racionais (e o trabalho deveria ser seu título para isso), não para a fantasia ou cobiça dos encrenqueiros e criadores de caso”. É a ética puritana, caso se quiser, convertendo a prosperidade em signo de virtude. Cf. KUNTZ, Rolf. **Locke, Liberdade, Igualdade e Propriedade**. Texto da conferência realizada por Rolf Kuntz no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 11 de abril de 1997. 28 p. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/artigos/kuntzlocke.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

⁷⁶⁰ “O código civil francês consagrou uma propriedade individualista, mas a concepção nele contida, definindo-a como o direito de usar e gozar a coisa da maneira mais absoluta, já não satisfaz. Inspirado muito de perto pelos princípios revolucionários de então, o Código Napoleão informou a ideia de propriedade sobre um aspecto profundamente individual e não admitiu a sua indivisão senão sob o aspecto de condomínio. Temia-se uma ressurreição da concepção feudalista.” Cf. SERPA LOPES, M.M. **Curso de Direito Civil**. v. VI. Direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1962. p. 241

⁷⁶¹ A declaração de princípios da Revolução Francesa marca o início da liberdade como princípio político e como critério inspirador das instituições jurídicas. Frente à situação de dependência pessoal existente no antigo regime, o homem é proclamado livre. A liberdade é compreendida ideologicamente frente às pessoas e coisas. Nem aquelas nem estas podiam constituir formas de submissão do indivíduo. As coisas se reputavam como parte do mundo externo sobre as quais o homem podia exercer sua soberania. Essa profunda mudança de entendimento das pessoas e das coisas materializou-se perfeitamente na definição jurídica do direito de propriedade. Por um lado, a propriedade veio a ser uma extensão da vontade do homem livre. Seu regime foi inspirado no princípio de coordenação entre as relações das pessoas entre si, que impunha a Declaração de 1789 (princípio 4º). Havia referência expressa ao direito de propriedade, como os demais direitos sagrados e invioláveis, que não estariam limitados, mas que na medida em que estariam assegurados aos demais indivíduos o exercício de seus respectivos direitos. Com esse fundamento surge uma série de limitações expressamente reconhecidas pelo Código Civil, que tinham por fim a articulação de uma convivência jurídica de direitos. Cf. ESCRIBANO COLLADO, Pedro. **La propiedad Privada Urbana: Ecuadramiento y Régimen**. Madrid: Montecorvo, 1979. p. 68-69.

⁷⁶² Segundo Droz, o liberalismo é “(...) em última análise, a expressão dos interesses econômicos da burguesia”. Cf. DROZ, Jacques. **Histoire des doctrines politiques en France**. Paris: PUF, 1966. p. 69.

justiça dentro da sociedade e a criação e manutenção de instituições públicas que nunca atraíam o interesse privado de qualquer indivíduo na sua criação e manutenção⁷⁶³.

Nesse sentido, extrai-se que no Estado Liberal, a participação deste ente (governo) deve se dar por abstenção (omissão), como um dever negativo, qual seja, não podendo interferir na liberdade individual (direitos individuais). Em outros termos, podemos dizer que caberia ao Estado, como ente soberano, evitar que as liberdades individuais fossem cerceadas.

É assim que, num primeiro momento, a propriedade é um direito regido exclusivamente por um código civil que o definia como um direito unitário, absoluto, perpétuo, exclusivo e ilimitado.

Unitário, porque só há um tipo de propriedade ou domínio, embora passível de conteúdos diversos. **Absoluto**, porque deixa ao arbítrio do seu titular a decisão sobre a conveniência e o modo de seu aproveitamento. **Perpétuo**, porque não se extingue pelo não uso, é a duração física da coisa que determina a duração do direito. **Exclusivo**, porque *erga omnes*, tendo o proprietário direito de impedir qualquer invasão na esfera do seu poder. **Ilimitado**, no sentido da indeterminação do exercício das faculdades que lhe compõem, e por isso mesmo elástica, porque suscetível de contração e distensão, conforme privada ou não, de qualquer das suas faculdades. Desse modo, a propriedade era considerada como projeção da personalidade individual e, conseqüentemente, protegida como um de seus atributos.

⁷⁶⁴

Essa concepção individualista de liberdade deu origem a um direito privado e a um direito de propriedade descomprometidos com as questões e interesses sociais, que seriam exclusivamente tratados pelo Estado⁷⁶⁵.

m) a mudança de paradigmas

O conceito privatístico de direito de propriedade não foi o único a se desenvolver. Em momento posterior à consolidação do Estado Liberal e das legislações civilistas, desenvolveu-se a noção de Estado e seus fins sociais, surgindo, nesse ínterim, as primeiras Constituições Nacionais de caráter social. As cartas fundamentais passaram a disciplinar os limites da propriedade de forma a garantir uma harmonia entre interesses particulares e coletivos. Nessa medida, rompe-se com uma perspectiva extremamente reduzida de exercício de direitos particulares e se passa a vislumbrar novas dimensões de interesses coletivos que, por sua expressividade e pelo valor que passam a lhes atribuir, predominam, em regra, em relação aos interesses individuais.

A evolução do sentido do Estado Social não anulou os sentidos de liberdade e propriedade que ditam ainda o perfil dos Estados modernos. É a partir desses valores que as constituições elaboradas no início do século XX⁷⁶⁶ consolidam direitos e condicionam o seu exercício ao bem-estar social e aos interesses gerais da sociedade⁷⁶⁷. Embora tais pensamentos (liberais) se perpetuem em essência nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, os contornos dos direitos privados se relativizaram, passando a deixar de ser, como outrora, um reflexo do individualismo. Esta é a resposta ao desenvolvimento da noção de Estado social: a propriedade se relativiza. A conquista da disciplina social da propriedade é,

⁷⁶³ Cf. DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1995. p. 14

⁷⁶⁴ Nesse sentido, encontra-se a maioria da doutrina brasileira. Cf. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 142; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 109; GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 109.

⁷⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. p. 1-22. In: DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de Direito Urbanístico – 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

⁷⁶⁶ A Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição Alemã de 1919 (constituição de Weimar) repercutem imediatamente no mundo ocidental. Cf. MARINHO, Josaphat. **Constituição Econômica**. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 156, p. 1-14, abr./jun., 1984.

⁷⁶⁷ MELLO, Ceslo Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 714.

desta feita, histórica e ganhou força constitucional a partir da construção da noção de Estado Social e da promulgação das constituições mexicana e Weimariana do início do século XX⁷⁶⁸.

Expandem-se as funções exercidas pelo poder público. Abandonam-se, assim, o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal que provocaram imensas injustiças, para se assumir a responsabilidade social, condicionando a realização do direito à garantia da justiça igualmente distribuída.

Desponta um Estado Social de Direito⁷⁶⁹ caracterizado pelo propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*⁷⁷⁰.

E a propriedade passa a traduzir uma relação sobre a qual recai uma proteção jurídica. Direito de propriedade é, assim, o direito à proteção da relação de um sujeito sobre um objeto. E os contornos dessa relação deverão se apresentar conforme disciplina o Direito para que mereça proteção. Essa proteção pelo direito de uma relação individual entre sujeito e objeto justifica-se pelo seu efeito na sociedade. Nesse sentido, e em uma das mais relevantes críticas ao direito de propriedade, afirma Duguit, construindo uma noção atual de propriedade: “Se a ligação de uma coisa à utilidade individual é protegida, é antes de tudo por causa da utilidade social que resulta desta relação”⁷⁷¹. Ainda na mesma obra, Duguit, reunindo uma série de conferências realizadas na Argentina em 1911, dedicou um dos capítulos ao tema “*La propriété-fonction sociale*”, criticando a noção individualista e metafísica da propriedade e propugnando por uma propriedade-função social. Segundo ele, os códigos baseados no princípio individualista e civilista fundavam sua ideia de propriedade em duas preocupações: a de legitimar a apropriação, sem qualquer consideração sobre seu fundamento, e a de proteger a afetação da riqueza a uma finalidade meramente individual. Daí porque o direito de propriedade tornou-se a expressão por excelência da autonomia da vontade humana, da soberania do indivíduo⁷⁷².

Para substituir a concepção de propriedade como o poder exclusivo da vontade do titular sobre a coisa em coerência com uma nova visão de liberdade, Duguit, em sua precitada obra, propôs a propriedade função social, justificando-a:

Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de deter a riqueza, pode cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação de necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em consequência, socialmente obrigado a cumprir esta missão e só será socialmente protegido se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza⁷⁷³.

⁷⁶⁸ A ideia de que o direito de propriedade privada desempenha uma função social é, entretanto, muito antiga. Remonta do pensamento cristão medieval, com destaque para a *Summa Theologica* de S. Tomás de Aquino. Posteriormente foi desenvolvida na doutrina social da Igreja, desde a Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII até as mais recentes encíclicas papais. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 810 e ss.

⁷⁶⁹ Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 116.

⁷⁷⁰ O modelo ideal de Estado Social de Direito usualmente se refere a um modo de organização em que o Estado assume a responsabilidade de promover de forma universal o bem-estar de seus cidadãos. Para promover esse bem-estar, o Estado Social atua em conformidade com o regime de direito, necessitando de leis que lhe autorizem atuar na execução e preservação de tais garantias sociais, de forma que fique disciplinada não só a atuação do próprio Estado, como também de todos os indivíduos que lhe compõem. “O Estado de direito é aquele que aceita que as condições de exercício de seu poder possam ser aferidas pelos membros da comunidade política, à luz de critérios e valores que o transcendem”. Cf. CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁷⁷¹ DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. (reimpression). Paris: Alcan, 1920. p. 158-159.

⁷⁷² DUGUIT, Léon. **Las transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. (reimpression). Paris: Alcan, 1920. p. 151 e 153.

⁷⁷³ Rechaçando a teoria da origem “natural” do direito de propriedade, Duguit destaca o exercício dos direitos enquanto direito ao cumprimento de funções que impõe a solidariedade social. O conceito de propriedade é necessariamente de “direito-função”. “Todo hombre tiene una función social que llenar, y por consecuencia tiene el deber social de

Se o “direito de propriedade” era antes considerado **absoluto**, porque deixava ao arbítrio do seu titular a decisão sobre a conveniência e o modo de seu aproveitamento, hoje é tratado como um direito condicionado ao atendimento à sua **função social**. Tal função social contemplará a preservação de interesses coletivos, assumidamente mais relevantes do que os interesses individuais do proprietário, enquanto individualmente considerado. Seu conteúdo é lapidado pela Constituição que garante à propriedade como fundamento econômico do Estado, condicionando-a ao cumprimento de sua função social devendo ser, em última análise, submetida ao interesse coletivo⁷⁷⁴.

O abandono da concepção absolutista do direito de propriedade fez surgir, ao mesmo tempo, o interesse urbanístico do território. O fenômeno é descrito como a “relativização da propriedade”, que significa, em síntese, o esvaziamento do conceito absoluto da propriedade e a emergência da necessidade urbanística⁷⁷⁵. A propriedade imóvel urbana surge, nessas circunstâncias, por ser meio e fim de diversos elementos inerentes à condição humana e ao bem-estar do ser humano⁷⁷⁶. É a partir dela que se obterá o direito à moradia, o direito ao trabalho, à circulação, à preservação do ambiente histórico, paisagístico, ambiental, à saúde e, contextualizando todos esses direitos, o direito à dignidade da pessoa humana. E se, por um lado, a propriedade faz o cidadão, a cidadania não é a simples fruição privada de bens pessoais, ela funda também um conjunto de deveres sociais⁷⁷⁷.

A utilização da propriedade, conforme preceitos de uma política urbana, compreende um dos condicionantes que conformarão o exercício desse direito que se quer socialmente comprometido. Com essas finalidades (sociais, culturais, ambientais etc), o direito de propriedade surge na Constituição Federal brasileira e também na maior parte das constituições ocidentais de caráter social. Política urbana, proteção do patrimônio cultural⁷⁷⁸, política rural, preservação do meio ambiente

desempeñarla; tiene el deber de desenvolver, tan completamente como le sea posible, su individualidad física, intelectual y moral, para cumplir esa función de la mejor manera y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento. Pero el hombre no tiene el poder de permanecer inactivo, de entorpecer el libre desenvolvimiento de su individualidad; no tiene derecho a la inactividad, a la pereza.” Cf. DUGUIT, Léon. **Las transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. (reimpressão). Paris: Alcan, 1920. p. 158.

⁷⁷⁴ Conforme os artigos 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social” e, ainda segundo o §2º, do artigo 182: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

⁷⁷⁵ Nesse sentido, ASSINI, Nicola. **Trattato di Diritto Amministrativo**. Pianificazione Urbanistica e Governo del Territorio. v. XXX, Padova: CEDAM, 2000. p. 4.

⁷⁷⁶ Nesse sentido, NADER: “No conjunto das instituições sociais, a propriedade se projeta como um dos fatos mais relevantes, pois permite a satisfação de necessidades primárias e complementares do ser humano, favorece o desenvolvimento da cultura e do progresso, além de apresentar profundas implicações com a chamada questão social. Se a propriedade privada funciona, de um lado, como instrumento de satisfação pessoal, estímulo ao trabalho e à criatividade, favorece, de outro, a concentração das riquezas em detrimento da distribuição dos bens”. Cf. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 9.

⁷⁷⁷ Nas palavras de: CASTEL, Robert. **Les metamorphoses de la question sociale**. Paris: Fayard, 1995. p. 307.

⁷⁷⁸ Nesse sentido, já se pronunciou jurisprudência brasileira ao tratar da proteção do entorno do bem tombado e a função social da propriedade que resta inerente a essa tutela: “Direito constitucional. Administrativo. Ambiental. Bem tombado. Construção irregular no entorno. CF, artigo 5º, inciso XXII e XXIII. Decreto-Lei nº 25/37, artigo 18 e lei 3.924/61, artigo 1º e artigo 2º. A construção irregular, em área próxima de bem tombado em razão de suas características históricas e arquitetônicas, justifica a decisão judicial de destruição, pois o interesse individual do proprietário deve ceder diante do interesse social do poder público na preservação do bem cultural. 1. É possível, em exame provisório, ao fim de medida liminar, impor aos proprietários, com base no princípio da função social da propriedade (CF, art. 5º, XIII), a obrigação de, ao menos, conservar imóvel de valor histórico e cultural, fazendo desde logo, as obras de isolamento necessárias à proteção contra invasores e vândalos, bem assim as necessárias para evitar a ruína e para apagar os sinais de deterioração decorrentes do estado de abandono. Se a edificação, construída por volta de 1850, e documentada em litografia de 1865, constitui-se testemunho de cultura e de história da imigração alemã, integra, por declaração constitucional, o “patrimônio cultural brasileiro” (CF, art. 216, IV). Portanto, esta passa a ser a sua função social: servir de testemunho. Se por um lado, ela não impõe ao dono o dever de substituir o poder público na proteção ao patrimônio histórico e cultural (CF, artigos 23, III e IV, 24, VII, 30, IX e 216, V, “d”, e 223 e par. Único), por outro também não lhe dá o direito de depredá-lo e tampouco de deixá-lo exposto a invasores e vândalos, bem assim à acelerada deterioração do tempo decorrente do estado de abandono, como artifício para provocar a ruína. 2. Agravo de instrumento desprovido, por maioria. Rio Grande do Sul”. Tribunal Regional Federal da 4. Região. Apelação Cível nº 9104018710. Relator Des. Vladimir Passos de Freitas. Acórdão de 12 nov. 1992. Disponível em: <www.cjf.gov.br>.

natural, entre outros são exemplos de condicionantes da propriedade⁷⁷⁹ (artigo 170, inciso VI, artigo 182 e SS, que estabelece a política urbana no país; artigo 184 e SS, que define a política rural; artigo 216, e §§, que estabelecem o direito à cultura, e artigo 225, que estabelece a tutela do meio ambiente, todos da CF/88)⁷⁸⁰.

No mesmo sentido, seguiu a Constituição portuguesa ao se afastar das ideias liberais quanto ao direito de propriedade, incluindo-o entre os direitos econômicos e não entre os direitos, liberdades e garantias (artigo 62º), querendo dizer com tal enquadramento temático que “não existe uma ligação direta entre garantia da propriedade e tutela da autonomia privada e da liberdade e dignidade pessoais”^{781,782}.

Cresce, juntamente com as funções exercidas pelo poder público, a função legislativa e a executiva. O Estado deve administrar as atividades recentemente conquistadas utilizando-se de instrumentos jurídicos. Nesse sentido, a propriedade deixa de ser o centro do sistema vindo a ser considerada, além de um direito a ser resguardado, também um meio para a realização de finalidades sociais que interessam a toda coletividade. Desenvolve-se, nesse contexto, o direito urbanístico, disciplina bem mais recente que a disciplina de direito civil da propriedade, cujo objetivo precípuo é o condicionamento do exercício daquele direito ao interesse coletivo, com base no princípio da função social⁷⁸³.

n) função social, em que termos teóricos-jurídicos?

Com vistas a essa coordenação de interesses, o Estado é autorizado a fazer incidir duas espécies de atos estatais sobre os direitos, cuja distinção é de suma importância: atos que *condicionam o direito de propriedade* e atos que *sacrificam o direito de propriedade*⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ Como assinala Ferreira, alguns exemplos de “ingerências e intromissões públicas na propriedade individual: art. 5º, XXV; 22, II; e 139, VII (uso da propriedade particular; requisições civis e militares); arts. 5º, XLVI; e 37, §4º (perda e indisponibilidade de bens como sanção penal ou administrativa); arts. 23, VI; 24, VI e VIII; e 225, e §§ (proteção do meio ambiente e dos recursos naturais). Cf. FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Tombamento e o Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 1-34, abr./jun., 1997.

⁷⁸⁰ No que se refere ao meio ambiente natural, Gomes assinala que “partindo da premissa de que as normas constitucionais assumiram a inviolabilidade do direito à vida como ponto de partida de todos os demais direitos fundamentais do homem (art. 5º, caput), e de que a qualidade da vida humana mantém dependência lógica da proteção ambiental, afirma-se que os princípios constitucionais de proteção ambiental inflamam a função social da propriedade, estruturando-a, reacendendo-a, conferindo-lhe novo fundamento de validade e novo colorido, de sorte que somente possa ser compreendida e cumprida quando, respeitado o interesse coletivo, estiver em consonância com a preservação do meio ambiente, em prol das presentes e futuras gerações”. Cf. GOMES, Luís Roberto. **O ministério público e o controle da omissão administrativa**. São Paulo: Forense universitária, 2003. p. 203.

⁷⁸¹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 331.

⁷⁸² Da mesma maneira, o direito de propriedade foi condicionado em outras constituições ocidentais que podem ser citadas. A *Costituzione della repubblica italiana* estabelece em seu art. 42: “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la **funzione sociale** e di renderla accessibile a tutti [44, 472]”. Da mesma forma, a Constituição da República Federal da Alemanha estabelece no art. 14. “[Propriété, droit de succession et expropriation] (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois. (2) Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité”.

⁷⁸³ O ordenamento do território e o direito urbanístico são bem mais recentes que as práticas originais de apropriação, aquelas ainda vivas no imaginário popular que veio, desde os primeiros tempos, diferenciar o direito de uso do solo da propriedade deste. Frequente no período feudal, as práticas de apropriação diferem da instituição da propriedade privada que emerge com o novo regime consagrado das liberdades individuais, fontes de reivindicações do século das luzes. Tal imaginário sedimenta um sentimento em relação à gama de faculdades inerentes a esse direito. Cf. RUEGG, Jean. *Simplifier les Procédures en Aménagement du Territoire: Quelques remarques sur l’aménagement négocié*. In: MORAND, Charles-Albert. **Aménagement du territoire et protection de l’environnement: la simplification des procédures**. Genève: Helbing & Lichtenhahn, 1995. p. 95-114.

⁷⁸⁴ Nesse sentido, muito bem desenvolvido por SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53 e ss.

Essas duas espécies de atos estatais se consagram no pensamento de Alessi, já mencionado anteriormente, defensor da ideia de que a expressão “limitação administrativa ao direito de propriedade” deve ser reavaliada. Em nosso entendimento, tal expressão deve ser mesmo substituída por “condicionantes administrativos”⁷⁸⁵, no sentido de evidenciar-lhe que se tratam das fronteiras legítimas do direito de propriedade, na medida em que compreendemos que a Administração⁷⁸⁶ não restringe nem limita o âmbito de tais direitos, unicamente, acedendo, como deve ser, “à vontade legal, procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhecem, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões”.⁷⁸⁷

Os atos que sacrificam o direito são aqueles que atingem algum dos elementos do direito subjetivo reconhecido a alguém. É normal que o ordenamento jurídico admita situações em que o Estado, no desempenho de suas funções, sacrifique total ou parcialmente um direito. Esse sacrifício é realizado em nome de interesses coletivos e pressupõe a contrapartida dessa manobra, que é a compensação dos prejuízos sofridos pelo titular do direito sacrificado, materializada nas indenizações.

O mesmo não se espera dos atos que condicionam o direito. Tais atos são normalmente estudados pela doutrina do direito administrativo sob o título de “poder de polícia” ou “polícia administrativa”⁷⁸⁸⁷⁸⁹, denominação criticada e desatualizada que merece ser abandonada, ainda que,

⁷⁸⁵ Expressão utilizada por SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53 e ss.

⁷⁸⁶ Com efeito, a intervenção da Administração em todo e qualquer setor, quer no exercício de competência vinculada, quer em comportamento discricionário, nada mais pode almejar senão o fiel implemento do comando legal. Lima condensou a ideia essencial de Administração na seguinte frase: “Administração é a atividade do que não é senhor absoluto”. Cf. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1984. p. 21.

⁷⁸⁷ Concluí, ainda, Mello, que de todo modo descabe falar em limitação a direitos, visto que estas são, em verdade, a configuração de sua área de manifestação, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema. É precisamente essa a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade não são, a princípio, indenizáveis. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 715. Nesse mesmo sentido, Garcia de Enterría e Fernandez, ao comentar que “La delimitación de un derecho es, en efecto, fijar su ‘contenido normal’, señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada; por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre ese contenido normal, para restringir sus posibilidades de ejercicio”. Cf. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 156.

⁷⁸⁸ Ainda que criticável, o termo “poder de polícia” deve ser entendido como o poder deferido ao ente administrativo para estabelecer limitações ao exercício das faculdades do direito de propriedade, no sentido de salvaguardar interesses públicos e sociais. Essas limitações não são indenizáveis e são efetuadas mediante lei abstrata, genérica que garantirá a isonomia e evitarão o abuso do direito. Verificar, ainda, o conceito trazido pelo Código Tributário Nacional, no artigo 78, com redação da Lei Complementar n. 31/66: “Art. 78 – Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único: considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”. Cf. FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Tombamento e o Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 1-34, abr./jun., 1997.

⁷⁸⁹ Interessante comentário de Pinto deve ser anotado nessa ocasião. Ao se referir ao termo “poder de polícia” e sua relação com as limitações urbanísticas, o autor prefere desvincular os conceitos por entender que “o fundamento das regras de ordenamento territorial não é o poder de polícia, mas o princípio da função social da propriedade”. E completa mais adiante, que “o que distingue (o plano diretor) do poder de polícia não é a natureza da regra a ser cumprida pelo particular (obrigação ou proibição), mas sua finalidade. Enquanto o poder de polícia visa a limitar uma liberdade anterior, para impedir que ela seja exercida contra o interesse público, o princípio da função social da propriedade visa a orientar a atividade do proprietário no sentido do atendimento ao interesse público. Seu campo de incidência é muito maior. (...) Não há portanto restrição a um direito fundamental preexistente mas a própria conformação deste direito”. Por outro lado, nossos desenvolvimentos não se adaptam aos comentários de Pinto por não considerarmos o poder de polícia uma restrição, mas sim a conformação do direito. Em todo caso, entendemos que a função social seja o fundamento da conformação daquele direito, invariavelmente. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 212 e ss

por questões didáticas, a mantenhemos em nosso trabalho, no desenvolvimento de alguns elementos⁷⁹⁰.

Os condicionantes administrativos são

as situações subjetivas passivas, impostas pela lei e controladas pela Administração (ou impostas pela Administração Pública, com base em lei, e por ela controladas), aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições)⁷⁹¹.

Tais condicionantes definem as condições de exercício regular dos direitos, não diminuem sua extensão, apenas a delimitam. Diferem-se, assim, da noção de sacrifício de direito, uma vez que as medidas tomadas naquele sentido não inviabilizam a utilização funcional do bem e, em regra, atingem genericamente os titulares de direitos em situação semelhante⁷⁹².

Sem desenvolver o campo dos deveres de não fazer ou de suportar inerentes ao direito de propriedade, passemos à noção de obrigação de fazer, para em seguida analisarmos as situações em que a administração poderá exigir o efetivo exercício dos direitos, segundo sua função social⁷⁹³.

Assim como em relação aos deveres de não fazer (limites administrativos do direito) e de sujeição (dever de suportar a interferência de outrem)⁷⁹⁴, o direito de propriedade poderá estar vinculado a um dever de fazer⁷⁹⁵. Esse dever de fazer é designado na doutrina como “encargo” vinculado ao exercício do direito e cumpre apresentá-lo por estar diretamente relacionado ao que compreendemos por função social da propriedade⁷⁹⁶⁷⁹⁷.

⁷⁹⁰ Já mencionamos as críticas à denominação “poder de polícia” na doutrina brasileira, elaboradas com consideráveis argumentos por Mello, Sundfeld e outros. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003 e GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. La defensa del usuario y del administrado. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1998.

⁷⁹¹ Os condicionamentos de direitos são administrativos quando a lei atribui à Administração o poder para atuar, porém, aqueles existem em todo o ordenamento jurídico, visto que a ausência de limites é incompatível com a ideia de direito subjetivo. Daí que nem todos os condicionantes de direitos sejam administrativos. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 54-55.

⁷⁹² Ainda que os condicionamentos sejam impostos por medidas específicas e concretas, que não alcançam todos os sujeitos classificados da mesma situação, desde que o constrangimento causado possa ser considerado normal, não há que se falar em sacrifício de direito. Ex: requisição de imóvel pela justiça eleitoral para instalação de junta de recepção de votos em dia de pleito ou o tombamento de obra de arte. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

⁷⁹³ Esclareça-se que nem toda relação de propriedade está sujeita à imposição do preenchimento de finalidades sociais. A relação de propriedade capaz de atender ao preceito jurídico “função social da propriedade” é aquela em que o objeto apropriado é apto a satisfazer a coletividade. Existem objetos que, apropriados, respondem à utilidade individual, sendo aptos apenas a suprir necessidades de um sujeito proprietário. Outros quando apropriados provocam uma repercussão social. Quando tratamos aqui de objetos com repercussão social, falamos em bens que, ao estarem sob o poder privado, são indispensáveis para a manutenção da vida social. São os bens que, sob o domínio privado, são aptos a atender necessidades e interesses individuais e, ao mesmo tempo, necessidades e interesses da coletividade. A CF/88 estabelece quais são os bens que portam essa característica: os destinados à produção econômica, à propriedade urbana, à propriedade agrária, aos bens culturais e aos bens ambientais. Cf. DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set., 2002.

⁷⁹⁴ Rapidamente, dizemos que os contornos de um direito subjetivo implica em três espécies de comportamento exigido do titular daquele direito: o *não agir*, limite clássico que significa uma abstenção no agir; o de *sujeição*, que implica na interferência alheia no exercício do direito, e no *dever de agir*, que importa na imposição de comportamentos positivos. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 101 e ss.

⁷⁹⁵ Nesse sentido, também o entendimento de DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da «Função Social». **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set., 2002.

⁷⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59 e ss.

⁷⁹⁷ Nesse sentido, podemos relembrar a lição do professor Ascensão, ao estabelecer na teoria finalista da propriedade que a função desta se divide em pessoal e social. Ambas poderiam ser incluídas num entendimento amplo da função social e os direitos reais são outorgados para a realização pessoal e dessa atribuição deve resultar um benefício social. Por sua vez, dentro da noção de função social podemos distinguir intervenções limitadoras e impulsionadoras. Como se deduz das expressões, no primeiro caso, a lei pretenderia apenas manter cada titular dentro de limites que atendessem aos interesses

Tal encargo obriga somente o titular do direito correspondente, e não a qualquer indivíduo, e se assemelha ao que a doutrina tem denominado de ônus. Esse último, na definição de Grau⁷⁹⁸ é tido

como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender arcar com consequências que lhe serão prejudiciais. Ou como o comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito.

Os encargos administrativos ligados aos direitos subjetivos também são comportamentos cuja adoção não é, em princípio, obrigatória para ninguém, mas surgem como condição da fruição de certa vantagem (a possibilidade de exercício ou conservação de um direito). No entanto, a expressão ônus refere-se apenas aos comportamentos que o titular de direitos deva realizar antes de aceder a uma vantagem e cuja inobservância não gera sanção, mas apenas impede o acesso a algum benefício (ex: a necessidade de requerer expedição de licença e de apresentar o correspondente projeto para o proprietário adquirir o direito de edificar em seu terreno). Os encargos se caracterizam por representarem comportamentos positivos, cuja observância se torna necessária no curso do exercício de um direito, a fim de torná-lo lícito. Ao iniciar o exercício do direito, o titular deverá (por obrigação legal) cumprir os encargos, sob pena de agir ilícitamente e, por conseguinte, ter de suportar as sanções previstas.

Os encargos diferem dos limites administrativos do direito por serem obrigações positivas, de fazer e de agir. Os limites são proibições, os encargos são atos positivos exigidos como condição de regularidade na produção dos atos permitidos. Assim, “não basta ao indivíduo, para exercer de forma regular seu direito, circunscreve-se aos atos permitidos (isto é, aos não proibidos): necessário que produza outros atos, impostos pela lei ou pela Administração”⁷⁹⁹.

Pelo exposto, podemos dizer que os encargos administrativos de direitos (e, sobretudo, de direitos de propriedade), são condicionamentos de ordem pública consistentes em deveres positivos (obrigação de fazer).

Tais condicionamentos podem ser de duas espécies: a) dever de produzir ação complementar como condição da regularidade do exercício do direito ou b) dever de exercício do próprio direito. Este último é que nos interessa desenvolver.

Em relação aos primeiros, dizemos que se tratam das hipóteses em que os direitos ficam condicionados a uma ação positiva que complementa a atuação do titular, como é o caso da necessidade de solicitar o “Habite-se” para que se prossiga a ocupação dos imóveis construídos sob a fiscalização da Prefeitura Municipal.

Esses encargos são, em essência, deveres acessórios diretamente ligados ao exercício de direitos, se apresentando como normal contrapartida.

Em outras ocasiões, e são estas que nos interessa destacar, a Administração está autorizada a exigir do particular o **efetivo exercício de seus direitos**. Em regra, o titular do direito subjetivo de propriedade o exerce em favor e proveito próprios. Entretanto, a partir do momento em que se assumiu que o direito de propriedade vincula-se a uma função social, tem-se que o seu exercício muitas vezes não poderá ser uma mera *faculdade*. O ordenamento jurídico atual confere poderes à Administração para impor o exercício obrigatório do direito de propriedade.

Esse exercício obrigatório da propriedade está na essência do que se compreende por funcionalização dos direitos, pois denota um dinamismo exigido do proprietário que deverá se adequar a um novo dinamismo Estatal. O governo não é um pacífico regulador de atividades e direitos, mas

coletivos, enquanto, na segunda, a lei impulsiona, fomenta, de maneira que a situação de direito real derivasse um resultado socialmente mais valioso. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Reais. 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 190 e ss.

⁷⁹⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceito e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 118-119.

⁷⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

gestor de interesses⁸⁰⁰. A função social da propriedade é, nesses termos, um elemento inerente ao direito de propriedade, visto que integra o rol de suas condicionantes administrativas.

A função dentro do princípio da “função social” da propriedade revela-se, nesse sentido, como “conteúdo social da relação de propriedade”. Ao se dizer que a propriedade deve responder a uma função social, está-se impondo uma nova configuração pelo modo como o sujeito vai se apropriar do objeto e transformá-lo. Não caberá, no desenvolvimento da relação jurídica estabelecida no direito de propriedade, o emprego pelo sujeito de meios de apropriação que possam vir a prejudicar a sociedade, nem a realização de atividades cujo procedimento contraria valores e interesses sociais. A efetividade da norma que prescreve que a propriedade deverá atender a sua função social se verificará não somente na medida em que esta atinge o fim concreto, mas também na medida em que durante todo o seu desenvolvimento (conformação dos meios empregados, na forma da apropriação, na transferência de sua titularidade etc) ela atende aquele princípio.

Daí equiparar o princípio da função social da propriedade a um ônus do proprietário consistente em um conjunto de deveres e responsabilidades que permeia toda a relação jurídica, e não apenas “limita” o seu exercício. O ônus recai sobre a escolha do que realizar, dos meios empregados, da intensidade e do tipo de atividade a qual o objeto poderá se destinar, do futuro das vantagens obtidas, da maneira como o objeto desse direito deve ser preservado e da forma da transferência de sua titularidade⁸⁰¹.

2.2. A função social da propriedade e seus objetos na legislação brasileira

Apesar de entendermos o sistema jurídico como um conjunto de normas com relevâncias equiparadas, não há como analisar pormenorizadamente o direito de propriedade sem partirmos do ponto de vista constitucional, visto que é a Carta Magna quem ditará os valores assumidos por esse sistema e, em consequência, os valores que todas as normas infraconstitucionais necessariamente assumirão. Nesse sentido, dizemos que a propriedade está disciplinada, em primeiro lugar, na Constituição Federal e, em sequência, nas unidades legislativas infraconstitucionais. Os contornos sociais ditados pela Constituição podem ser visualizados no Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), nas leis do parcelamento do solo⁸⁰² (Lei Federal nº 6.766/79, de 19 de dezembro, e Decreto n. 59.428/66, de 27 de outubro), nas leis que tratam da desapropriação (Decreto- Lei n.3.365/1941, na modalidade geral) e em diversos outros diplomas de caráter predominantemente público⁸⁰³.

O novo Código Civil brasileiro também trata desses limites de ordem constitucional, porém se caracteriza predominantemente por ser uma regra de ordem privada que define as relações do proprietário com outros indivíduos, em detalhes que interessam à ordem privada.

Seguindo o exemplo de outras cartas constitucionais (Constituição alemã, no artigo 14º, n. 1 e 2; Lei Fundamental espanhola em seu artigo 33, n. 2 e Constituição italiana, no artigo 42)⁸⁰⁴, a

⁸⁰⁰ Trata-se do papel de gestão, amplamente desenvolvido nos dias atuais, sobre o qual nos reportaremos em maiores detalhes em oportunidade própria. Nesse sentido, entre outros, comentário de SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'Urbanisme**. Paris: Dalloz, 1996, p.7.

⁸⁰¹ Nesse sentido, DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n.27, p. 58-69, jul./set., 2002.

⁸⁰² Sobre o parcelamento para fins urbanos de imóveis rurais localizados em zona urbana ou de expansão urbana: Instrução n. 17-B do Incri, de 22/12/1980. Ainda sobre o parcelamento do solo, PIRES, Luis Manuel Fonseca; MENCIO, Mariana (Coord.). **Estudos de Direito Urbanístico – I**. Licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da Lei de parcelamento do solo. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

⁸⁰³ Destacamos a recente Lei n. 11.481/07, que visa à regularização fundiária de assentamentos de baixa renda em áreas públicas pertencentes à esfera federal, obedecendo ao desígnio constitucional de garantir o direito à moradia para os cidadãos brasileiros e, sobretudo, atende ao princípio da função social da propriedade, uma vez que identifica o interesse público prioritário no contexto brasileiro. Cf. Legislação Nacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 nov. 2007.

⁸⁰⁴ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 807 e ss.

Constituição brasileira determina expressamente que ao legislador cabe definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade privada. Esse conteúdo deverá ser fixado de forma que a propriedade individual contribua, ao mesmo tempo, com a realização dos interesses sociais da coletividade.

Tratemos, pois, dos bens sobre os quais recai o princípio da função social da propriedade.

Inicialmente é importante refletir acerca do sentido da expressão “propriedade”. Na doutrina, assim como na Constituição, o termo pode ser apreendido com dois significados. Ora é empregado para designar uma relação jurídica, ora é designado para determinar o objeto de uma relação jurídica. Trataremos de desenvolver o sentido institucional de propriedade, aquele que pode ser sinteticamente traduzido como “poder garantido pelo direito de um sujeito sobre determinado objeto”. Esse “poder” tem o sentido de reconhecimento de um direito subjetivo, e tal direito, como mencionamos, é constituído por faculdades e ônus⁸⁰⁵.

A propriedade traduz uma relação sobre a qual recai uma proteção jurídica. A propriedade em si não é um direito, mas a proteção e o reconhecimento do exercício das faculdades e ônus que esse direito abrange são o que configuram um direito.

Ocorre que nem toda relação de propriedade está sujeita à imposição do preenchimento de finalidades sociais. A relação de propriedade sobre a qual recai o princípio da função social é aquela que tem por objeto um bem de interesse social, apto a atender a interesses da coletividade. É de se reconhecer, portanto, que existem objetos que, ao serem apropriados, não respondem a outros que não os próprios interesses individuais, atendendo a necessidades ou desejos do indivíduo proprietário⁸⁰⁶. Entretanto, outros objetos possuem um caráter diferenciado, na medida em que sua apropriação implica repercussões sociais.

Esses bens, com repercussão social, se destacam por serem aptos a atender, simultaneamente, interesses individuais e necessidades e interesses da coletividade. E é na Constituição Federal que vamos encontrar quais são os bens que portam essa característica. São eles: *os bens destinados à produção econômica, à propriedade agrária, à propriedade urbana; os bens ambientais, e os bens culturais*⁸⁰⁷.

Os bens de produção, ou seja, aqueles que se destinam ao desempenho de uma atividade econômica (art. 170, III, da Constituição Federal Brasileira), devem ser objetos de relações de propriedade comprometidas com a função social de produção de riqueza social, para além da função individual de produção econômica. Essa relação de propriedade apresenta nitidamente efeitos diversos na sociedade, tendo em vista a natureza dos bens de produção que, apropriados, envolvem toda a sociedade e, dessa relação, são extraídos produtos para a manutenção da existência e para a geração de riquezas.

Diz-se dessa relação que ela responde a uma função produtiva, pois tem como resultado outros bens, novas formas de propriedade e mercadorias, que serão socializados no momento de sua oferta no mercado. A mercadoria é uma extensão da propriedade individual na sociedade. Como resultado desse processo, a propriedade privada de bens de produção transmitirá seus efeitos por toda a sociedade, a partir do trabalho e do resultado que dela se extrai⁸⁰⁸.

A propriedade agrária, espécie de bem de produção com características sociais e ambientais específicas, também é contemplada pela Carta Constitucional. É em razão de suas características

⁸⁰⁵ Como já desenvolvido anteriormente, “o princípio da função social da propriedade não é uma garantia jurídica de estabilização de relações sociais preexistentes. É uma norma impositiva sobre uma relação jurídica garantida. Em outras palavras, dada a existência de sujeitos proprietários, juridicamente garantidos, o direito intervém nessa relação, impondo novos deveres e responsabilidades. A norma que dispõe sobre a função social da propriedade cria o ônus do proprietário privado perante a sociedade”. Cf. DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set., 2002.

⁸⁰⁶ Tratamos aqui de objetos de fruição individualizada, aqueles relacionados com a fruição imediata do sujeito. Aqueles objetos que servem para suprir necessidades e atender a desejos individuais.

⁸⁰⁷ Nesse sentido, também, DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set., 2002.

⁸⁰⁸ Tendo em vista a relevância desse objeto da relação de propriedade, Comparato e Grau dedicam especial atenção as suas repercussões e tratam da função social da empresa, unidade produtiva, em que múltiplas relações de propriedade se estabelecem com a finalidade de produzir mercadorias. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995. GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

(repercussão social da sua utilização) que o texto fundamental prescreve o ônus do proprietário do bem agrário, a fim de que essa propriedade atinja e realize plenamente uma função social. O constituinte desce em detalhes e especifica deveres e responsabilidades pertinentes a essa relação, querendo com isso garantir que a toda terra rural se garantirá uma exploração que implique em aproveitamento racional e adequado de suas potencialidades, observadas as necessárias medidas de proteção dos recursos ambientais e as relações de trabalho (art. 186, incisos I, II, III e IV)⁸⁰⁹.

Os *bens ambientais* que compõem uma relação de propriedade também sofrem, visivelmente, um ônus decorrente do princípio da função social assumida na Constituição Federal Brasileira (de modo geral, no artigo 5º, inciso XXIII). O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso do povo (art. 225, da CF/88) e, portanto, sua apropriação individualizada implica comprometimento do sujeito desse direito na escolha de seus objetivos, dos meios empregados, bem como no cuidado com a manutenção daquele equilíbrio ecológico, que muitas vezes implica uma omissão de uso⁸¹⁰.

Os *bens culturais*, em essência, sofrem do ônus decorrente do princípio da função social da propriedade. Na medida de sua apropriação, devem responder aos interesses sociais de conservação, proteção e valorização do bem cultural. A fruição desses bens deverá se realizar na medida e no limite da sua preservação, tendo em vista que os bens culturais são indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade e a formação de sua identidade. É o que preconiza o art. 216 da CF/88⁸¹¹.

A *propriedade urbana* não constitui exatamente um bem de produção⁸¹², mas, sem dúvida alguma, sua utilização refletirá objetivamente na qualidade de vida dos habitantes de determinado município. A Constituição Federal lhe dedica diversos dispositivos, condicionando sua utilização ao atendimento de uma função social⁸¹³, que atenderá aos fins de uma política urbana⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ Nesse sentido, também a legislação infraconstitucional, em destaque para o Estatuto da Terra, Decreto Federal n. 95.715/88, que regulamenta as desapropriações para reforma agrária, relaciona o respeito da propriedade rural aos princípios da ordem econômica e social, na exploração da propriedade rural, cujo art. 2º, §1º, prevê que “a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007 e GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Função Social da Propriedade*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 29, p. 115-126, jan./mar., 2003.

⁸¹⁰ Nesse sentido, também a legislação infraconstitucional através da Lei Federal n. 6.803/80, que estabelece diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição e a Lei Federal n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Cf. GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Função Social da Propriedade*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 29, p. 115-126, jan./mar., 2003.

⁸¹¹ Nesse sentido, se aplica o Decreto-Lei n. 25/37, em que ficam estabelecidos os meios primários de proteção aos bens culturais brasileiros, considerados os “bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”, bem como “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”. Cf. GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Função Social da Propriedade*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 29, p. 115-126, jan./mar., 2003. Também PIRES, Maria Coeli Simões. *Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 189-217, jul./dez., 2001.

⁸¹² A propriedade constitui, por outro lado, objeto de troca, recurso capitalista e está ao centro de um mercado imobiliário que valoriza e desvaloriza, especula e exclui. Cf. LEFÉBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Editora DP&A: Rio de Janeiro, 1999.

⁸¹³ Cf. ARRUDA, Kátia Magalhães. *A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 132, p. 313-319, out./dez., 1996.

⁸¹⁴ Atendendo aos preceitos constitucionais foi aprovado o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, que regulamenta os artigos 182 e 183 da CF/88, trazendo um significativo avanço na interferência do Poder Público sobre a propriedade urbana, com vistas a garantir a utilização comprometida da propriedade. Em destaque para as diretrizes elencadas no art. 2º, dentre elas, uma das finalidades da política urbana que merece destaque é a que busca evitar “a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não – utilização” (inc. VI, e). Para tanto, por meio de lei municipal, é possível “determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado” (art. 5º). São dispositivos que determinam nova leitura do art. 1.228 do Código Civil Braso, pois impõe ao proprietário o ônus de dar, necessariamente, alguma destinação ao seu imóvel, do qual não poderá dispor com a mesma liberdade, sob pena de cobrança de IPTU progressivo e desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública (arts. 7º

Determina o artigo 182, §2º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Dessa determinação extraímos o sentido de que a função social do direito de propriedade urbana incidirá na forma de disposição, na finalidade, na transformação e, sobretudo, no modo de utilização desse bem, que deverá contribuir para o desenvolvimento de uma vida social urbana sustentável.

Nesse sentido o direito de propriedade no Brasil se consagra como um bem estratégico e persegue a realização de uma sociedade justa, fundada em liberdades e propriedades compatíveis e comprometidas com o bem comum.

A Constituição Federal em vigor no Brasil expressa esse valor, na medida em que estabelece o caráter definitivamente social da propriedade no inciso XXIII do art. 5º⁸¹⁵. A propriedade é reconhecida como direito fundamental (inciso XXII, do art. 5º) e como princípio-base da ordem econômica, entretanto, é condicionada à função social, atributo que lhe integra, que atende ao interesse coletivo e suplanta o mero interesse individual⁸¹⁶.

A função social da propriedade é, pois, o princípio conformador do direito de propriedade e lhe penetra a estrutura, sendo elemento “do regime jurídico do direito de propriedade, incidindo sobre o seu conteúdo e o seu conceito”⁸¹⁷. E os “princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica.”⁸¹⁸

A função social da propriedade pressupõe a consagração da propriedade privada pelo direito. Sem a propriedade como poder juridicamente garantido, não há que se falar na prescrição da função social da propriedade. A função social é uma disposição dirigida a sujeitos proprietários privados que exercem seu domínio garantido sobre a coisa, responsabilizando-se, para que essa relação privada construa a vida social melhorada. Ademais, o princípio da função social nos recorda que toda propriedade privada é oriunda de um pacto social, que deve honrar, desenvolvendo-se na satisfação da coletividade⁸¹⁹.

Como princípio constitucional ordenador da propriedade privada, vincula imediatamente o legislador, na medida em que fixa seu conteúdo e limites, de forma que este é obrigado a estabelecer um regime socialmente justo do direito de propriedade, isto é, um regime em que “a pertinência dos bens realize o objetivo de contribuir de qualquer modo para o bem-estar material e (ou) espiritual da sociedade”⁸²⁰. Evidentemente a vinculação não se limita ao legislador, mas também fundamenta obrigações diretas para o proprietário. Ela poderá surgir em uma limitação de uso, de utilização e de decisão para o proprietário e ainda poderá ser concretizada através de uma sentença ou ato administrativo⁸²¹.

e 8º). Cf. GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função Social da Propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 29, p. 115-126, jan./mar., 2003.

⁸¹⁵ “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁸¹⁶ Cf. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 249.

⁸¹⁷ Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 239 e 240. Nesse mesmo sentido, Garcia de Enterría e Fernandez, ao tratar que “la LS de 1998 há establecido como su objeto, desde su artículo 1º, el de “definir el contenido básico de propiedad del suelo de acuerdo com su función social”. Ya no se trata, pues, de mera limitaciones administrativas al derecho de propiedad, sino de definir su propio contenido. Esta definición se opera mediante las Leyes, por una parte, y por los planes de urbanismo que em aplicación de la legislación urbanística se aprueben, planos que efectúan una clasificación urbanística de los predios que determinan “límites y deberes” para o ejercicio del derecho de propiedad. Cf. GARCÍA de ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civita, 2002. p. 155.

⁸¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

⁸¹⁹ “(...) dans tous les cas l’intérêt particulier doit être sacrifié à l’ intérêt general. Il est exact d’affirmer que toutes les propriétés sont sous la garde de la loi, mais il ne faut pas oublier qu’elles eminent du pacte social.” Archives Parlementaires. Apud. GAUCHET, Marcel. **La révolution des droits de l’homme**. Paris: Gallimard, 1989. p. 231.

⁸²⁰ SANDULLI, Aldo. Profili costituzionali della Proprietà Privata. Apud: CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 815.

⁸²¹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 815.

No caso dos solos urbanos no Brasil, assim como em Portugal⁸²², os planos urbanísticos são normas que definem o conteúdo da propriedade urbana. É o que elucida o artigo 182 da Constituição brasileira, onde se anuncia que o plano diretor de competência municipal deverá estabelecer o conteúdo social da propriedade⁸²³, fixando-se, assim, os limites do exercício desse direito⁸²⁴.

Da mesma maneira, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.228 estabelece expressamente a proteção à natureza e ao patrimônio cultural da sociedade. Nesse sentido, verifica-se que o direito subjetivo existe e não se questiona que deva ser exercido na gestão de interesses daquele que o detém. Cada direito possui finalidades próprias, que o justificam. Assim, quem não extrapola os limites das “finalidades próprias” atua na esfera da licitude, não praticando abuso de direito. O primeiro dos parágrafos do artigo 1.228 sublinha o dever jurídico de o proprietário preservar, na forma da lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas. Embora esses valores sejam estimados pela sociedade brasileira, são uma conquista da humanidade que, em todos os quadrantes, reivindica a proteção aos valores vitais, seja em congressos ou em atuação das organizações não-governamentais que, prevalecendo do fenômeno social da mundialização e da nobreza da causa, credenciam-se a influenciar diretamente nos pontos críticos do planeta, especialmente acusando a agressão à natureza e cobrando medidas erradicadoras⁸²⁵.

Ser proprietário de propriedade urbana no Brasil é, pois, ter uma obrigação social. É compatibilizar os desejos e interesses pessoais com as necessidades coletivas, com o avanço dos tempos e da qualidade de vida em nosso país. Sua titularidade é garantida, em termos ainda amplos, mas seu exercício se dará conforme os contornos estabelecidos na Constituição Federal, nos termos em que define a legislação urbanística, ambiental⁸²⁶ e do patrimônio cultural⁸²⁷.

3. Da propriedade em geral em Portugal

3.1. O direito de propriedade e sua função social

O art. 62 da Constituição portuguesa determina que o direito de propriedade é garantido “nos termos da Constituição”. O que se conclui é que, do mesmo modo que no sistema brasileiro, “o direito

⁸²² “Os planos urbanísticos, em particular, os planos municipais de ordenamento do território, são considerados como instrumentos que definem o conteúdo e limites do direito de propriedade do solo”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 825-826.

⁸²³ “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. (...) § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁸²⁴ Nesse sentido, jurisprudência brasileira, do Superior Tribunal de Justiça daquele país: ROMS 13252/PR, STJ, 2. Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins: “(...) o uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer (...)”. Julg. em 19/08/2003, pub. em 11/2003, DJ, p. 00285.

⁸²⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 112.

⁸²⁶ Ver, entre outros, o interessante artigo de Gomes, sobre a componente ambiental da função social da propriedade: GOMES, Luís Roberto. O princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência constitucional de proteção ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 17, p. 160-178, jan./mar., 2000.

⁸²⁷ A propriedade protegida pelo Direito é aquela em que se desenvolve uma relação de produção sustentável, social e ambientalmente. (...) O indivíduo quando se apropria de parcela do patrimônio do país (bem ambiental e cultural, por exemplo) assume uma responsabilidade perante toda sociedade brasileira. Cf. DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set., 2002.

de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e nos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição”⁸²⁸.

Ainda que o constituinte não tenha dirigido expressamente ao legislador incumbência para definir o conteúdo e limites do direito de propriedade privada, não se poderá negar que a propriedade em Portugal está condicionada à função social, segundo conhecemos nos sistemas comparados, entre eles no Brasil.

O princípio resta implícito nos diversos artigos da Carta Maior do País que tratam dos interesses sociais e coletivos, prioritários em relação aos interesses particulares. É como podemos observar nos artigos 61, n. 1 e 88º daquela Constituição⁸²⁹. No primeiro, estabelece-se que a iniciativa econômica privada deve ser exercida “tendo em conta o interesse geral”. No segundo, estabelece-se a possibilidade de serem expropriados os meios de produção em abandono, isto é, os bens que não estejam sendo explorados de forma socialmente útil (n. 1).

Outros dispositivos encontrados em leis infraconstitucionais também reforçam a ideia da função social do direito de propriedade. Como é o caso do Código Civil português (artigo 334), que condiciona o exercício dos direitos a uma utilidade, repudiando o uso que “exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”⁸³⁰.

A Constituição portuguesa não se refere expressamente às faculdades de uso e fruição, tradicionalmente incluídas no direito de propriedade. Entretanto, o Código Civil daquele país, no artigo 1.305 dispõe que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”⁸³¹. Trata-se da teoria do abuso de direito⁸³², que traz a noção de funcionalidade e de finalidade do direito, entre eles, do direito de propriedade.

Concluimos, dessa forma, que, apesar de não ter sido expresso no texto da Carta Fundamental, o constituinte português não ignora ou muito menos repudia o princípio da função social da propriedade, restando por evidente que do contexto de seus preceitos pode-se retirar todos os elementos que o configuram. É assim que conclui Correia, ao dizer que seria mesmo desnecessário uma alusão expressa à função social do direito de propriedade uma vez que o

n. 1, do artigo 62 da Lei Fundamental se insere em um contexto mais vasto: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1º); a realização da democracia econômica, social e cultural (artigo 2º); a promoção da igualdade real entre os portugueses (artigo 9º, alínea d); a correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (artigos 81, alínea b), 103, n. 1, e 104), bem como a propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse coletivo (artigo 80, alínea d)⁸³³.

Neste momento, é necessário observar que o n. 1, do artigo 62 da Constituição portuguesa garante o direito de propriedade privada “nos termos da Constituição”, dando cobertura a diversas limitações a esse direito, desde logo a sujeição à requisição e à expropriação por utilidade pública, previstas no número seguinte, mas também: “às medidas integradas na ideia de “controle do parque imobiliário” e às medidas de “salvaguarda e valorização do Patrimônio cultural” (artigo 78, nº 2,

⁸²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 332 e 333.

⁸²⁹ Nesse sentido vários autores portugueses, entre eles: CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 810 e ss.; CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁸³⁰ Cf. LUZIA, Clara (Org). **Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸³¹ Cf. LUZIA, Clara (Org). **Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸³² Conforme elucida Bronze: “os direitos subjetivos, que cada pessoa intitula, têm fundamento material, que remete à respectiva inserção comunitária, e esta sua dimensão constitutiva (por vezes designada “interesse geral”) há de manifestar-se no momento em que são exercidos”. Agir em desconformidade com essa noção utilitária do direito poderá gerar a aplicação de sanções”. Cf. BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 427 e 428.

⁸³³ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 810 e ss.

alínea c)”⁸³⁴. Acrescentamos ainda múltiplas disposições da Parte II da Constituição que contêm limites reais ou potenciais ao direito de propriedade decorrentes de princípios e regras relativas à organização econômica do País (artigos 81º, alíneas “e” e “h”, 83, 89, etc.).

Todos esses exemplos apenas reforçam a ideia de que a propriedade privada é, pois, um direito limitado.

É certo dizer, porém, que embora o direito de propriedade não tenha sido incluído no rol dos direitos, liberdades e garantias não se poderá negar que se beneficiará de regime semelhante, uma vez que tem natureza análoga a estes, conforme preconiza o artigo 17 da carta constitucional portuguesa. Nesse sentido, pode-se afirmar que, assim como no Brasil, as normas que operem restrições aos direitos de propriedade não poderão diminuir a extensão e o alcance do seu conteúdo essencial. As normas legais que visem a limitar as faculdades de uso e fruição ínsitas do direito de propriedade não podem reduzir drasticamente o conteúdo essencial daquele direito, sob pena de ser inconstitucional.

4. A tese do *jus aedificandi*

É corrente na doutrina a discussão acirrada no que se refere ao direito de construir ou, em linguagem romana, o *jus aedificandi*. O que seria o direito de construir e quais as consequências deste para a doutrina urbanística?

A questão gira em torno de saber se o *jus aedificandi* integra ou não o direito de propriedade por si só. Ou seja, se o direito de propriedade, enquanto direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico, abarca instantaneamente o direito de construir sobre o solo sobre o qual se exercitam as faculdades inerentes aquele direito.

O simples direito de propriedade, no que tange a faculdade de usar o bem, garante a seu detentor o direito de construir? Qual a conexão existente, na atualidade, entre o direito de construir e o direito urbanístico?

Identificar o conteúdo do direito de propriedade define questões relacionadas principalmente ao direito de indenização, em casos de desapropriação ou de limitações administrativas que atinjam o *jus aedificandi*⁸³⁵. Parece-nos relevante no que se refere ao sistema jurídico brasileiro, mas diferentemente do que ocorre em Portugal, por exemplo, seu desenvolvimento não sugere, ainda, larga expressão.

Conforme se depreende da doutrina pertinente, o “direito de construir”⁸³⁶ provoca dois tipos de posições⁸³⁷. A primeira, que lhe situa no rol elementar e instantâneo do conteúdo inerente do direito de propriedade e a segunda, que lhe reconhece autonomia e lhe separa do direito de propriedade para lhe dar outra morada, o direito urbanístico.

⁸³⁴ CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁸³⁵ Nesse sentido, GAMBARO, A. **La Proprietà**. Beni, proprietà, comunione. Milano: Giuffrè, 1990. p. 188 e ss.

⁸³⁶ O Código Civil de 1916 destacou o termo “direito de construir” no artigo 572. O mesmo termo foi repetido no Código atual de 2003, no artigo 1.299, onde se estabelece que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Os artigos seguintes regulam limitações à construção em relação aos vizinhos. Cf. CAHALI, Yussef Said (Org.). **Código Civil. Código de Processo Civil. Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁸³⁷ Ainda que tenhamos identificado na doutrina brasileira uma terceira corrente, aquela que considera o *jus aedificandi* sob uma concepção intermediária, não incluiremos tal posição, por ter sido pouco desenvolvida pela doutrina e de pouca adesão. Nesse sentido, desenvolveu Pires, ao tratar em conclusão dos aspectos do direito à propriedade e direito de construir no Brasil que “parece-nos revelar-se mais consentâneo com o modelo de propriedade atual o tratamento normativo do direito de construir segundo uma concepção intermédia, que o tome como inerência ao de propriedade num patamar geral, único, que poderia corresponder, por exemplo, ao plano do terreno, figurando o excesso desse coeficiente como direito do Poder Público, a ser objeto de concessão”. Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 189-217, jul./dez., 2001.

Para os defensores da primeira teoria, o direito de construir é elemento intrínseco do direito de propriedade, pois assim lhe confere o direito civil e as delimitações urbanísticas não lhe retiram tal característica. O proprietário, por ser proprietário, poderá sempre construir, devendo o Estado indenizá-lo no caso de restrições urbanísticas que lhe excluam tal faculdade.

Por outro lado, os defensores da segunda teoria apoiam-se no fato de que atualmente não existe dentro de grande parte dos ordenamentos jurídicos, espaço para a realização do direito de propriedade sem observação de limitações urbanísticas. Isso significaria que a faculdade de construir está totalmente comprometida com os contornos urbanísticos, a ponto de lhe retirar do rol das faculdades inerentes do direito de propriedade e lhe transformar em uma faculdade consentida pelo poder público, e não mais um direito exercido independente deste.

Exemplos, como o parcelamento e construção compulsórios, o direito de superfície e o solo criado, reforçam a ideia de que a faculdade de construir é destacável do direito de propriedade⁸³⁸.

É “permitido” construir na medida e nos limites determinados pelos planos e outros instrumentos urbanísticos, dessa forma, não há conexão instantânea entre o direito de propriedade e a faculdade de construir, que poderá sequer existir, dependendo da situação fática do imóvel, como é o caso de reservas florestais ou imóveis tombados.

Apresentadas as teorias, pergunta-se: é possível defender tais construções teóricas tendo em vista a realidade jurídico-urbanística brasileira?

Sempre que se fala em direito de construir, fala-se em limitações administrativas⁸³⁹. É possível verificar que em países como Portugal, França e Alemanha todo o território praticamente se encontra vinculado a planos territoriais, seja de urbanismo ou de ordenamento do território. A mesma realidade não se verifica, entretanto, no Brasil.

Segundo determina a Constituição Federal do Brasil, apenas os municípios com mais de 20 mil habitantes são obrigados a elaborar um plano diretor de desenvolvimento urbano. Por essa razão, podem ocorrer situações em que o direito de propriedade se exercerá sem limitações de caráter urbanístico⁸⁴⁰, ou seja, a faculdade de construir não dependerá da conformação ou condicionamento a um plano diretor. Entretanto, sempre haverá alguma norma de ordem pública que regula o ato de construir. É o caso dos códigos de obras ou mesmo das restrições de caráter rural, notadamente aplicadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária do Brasil (Incra), na medida em que se reconhecem as vocações rurais de um determinado território. Trata-se, a nosso ver, da aplicação do princípio da “vinculação situacional”⁸⁴¹, utilizado pela doutrina alemã para determinar o regime jurídico das áreas que não estejam sujeitas a nenhum plano de ordenamento territorial ou limitação setorial. Admite-se que seu regime normal é o que corresponde à manutenção da situação existente.

⁸³⁸ O direito de superfície e o solo criado são institutos trazidos ao sistema jurídico brasileiro recentemente. O direito de superfície, de origem romana, é um direito real de construir ou plantar em solo alheio. Está regulamentado no Estatuto da Cidade nos artigos 21 a 24. Da mesma forma o solo criado, instituto gerido a partir das discussões realizadas em 1971 em Roma, quando um grupo de especialistas da Comissão Econômica para a Europa, da ONU, concluiu pela necessidade em dissociar o direito de edificar do direito de propriedade, dada a suposição de que estes últimos devem pertencer à coletividade, não podendo ser admitido senão por concessão ou autorização do Poder Público, foi adotado por nosso sistema e introduzido pelo Estatuto da Cidade, na seção IX, do Capítulo II, artigos 28-31. Ccf. GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo: RT, 1983. p. 60; DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸³⁹ Lembremos o caráter não indenizatório das limitações urbanísticas, conforme já desenvolvemos anteriormente. Em verdade, “una nota común a todas las limitaciones es su no *indemnizabilidad*”. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 113

⁸⁴⁰ Tais fatos podem ser justificados pela enormidade territorial do Brasil e suas radicais e antagônicas realidades. De modo que o direito urbanístico se passa de uma maneira em aglomerações urbanas como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife e de outra nos pequenos municípios do interior, muitas vezes totalmente omissos em relação aos fins urbanísticos prescritos na Constituição Federal.

⁸⁴¹ Conforme ensina Correia, o significado da vinculação situacional da propriedade do solo foi elaborado pelo BGH alemão como subespécie da vinculação social. Seu sentido é o de que todo terreno é caracterizado pela situação e pela sua qualidade, bem como pela sua inserção na natureza e na paisagem. Noutros termos, há determinadas restrições às possibilidades de utilização de um terreno que são imanentes à sua especial situação factual, as quais constituem como que um ônus que incide sobre o terreno. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 323.

Fica vedada a urbanização de áreas rurais, por não haver a delimitação de zonas de expansão urbana. Os terrenos não edificadas, mas dotados de infraestrutura, podem receber edificações semelhantes às existentes em seu entorno. A propriedade rural pode ser utilizada para atividades agropecuárias ou extrativistas, segundo o estabelecido pelas regras de direito agrário e ambiental. Admite-se apenas uma edificabilidade limitada, em harmonia com a utilização atualmente praticada, tal como uma sede de fazenda ou armazém em área agrícola. A edificabilidade só se torna a utilização principal do terreno após uma urbanização prévia, operação que só pode ser feita em áreas previamente programadas pelos planos urbanísticos.

Na Itália o artigo 9, D.P.R 6, de junho de 2001, n. 380 regulamenta a atividade edilícia na ausência de planificação urbanística. A lei estabelece que o legislador regional, na ausência de um plano diretor, não poderá atenuar os limites estabelecidos na normativa. É seu dever aplicá-la em seus termos ou, em segunda hipótese, impor limites ainda mais rigorosos do que ali estão definidos, o que a torna, em regra, mais restritiva que um plano local regular.

Segundo a norma, fora do centro habitado, a edificação com fins residenciais não pode superar o índice de metros cúbicos de 0,03 por metro quadrado de área edificável, enquanto no centro habitado são permitidas apenas obras de manutenção ordinárias e extraordinárias de restauro ou de recuperação⁸⁴².

Em se tratando do direito de propriedade em Portugal, este se encontra no rol dos direitos fundamentais do título II, da parte II da Constituição⁸⁴³.

Para além de ser um direito fundamental, o tratamento da propriedade pela Lei de Bases da Política Urbana no País impõe restrições de caráter urbanístico, confirmadas através de licenças de obras e loteamentos que correspondem a uma verificação da respectiva compatibilidade com as regras de uso, ocupação e transformação do território.

Considerando que os titulares de licenças de obras e loteamentos devem ter comprovado a sua qualidade de proprietários ou de titulares de outros direitos reais⁸⁴⁴ (ou de representantes uns dos outros), resulta evidente que o regime em análise impõe limites àqueles proprietários que querem construir e que, em um primeiro momento, tinham esse *jus aedificandi*.

Até que ponto é afetado, nesse sentido, o direito de propriedade privada, consagrado no artigo 62 da Constituição portuguesa?

A resposta à questão depende, sobretudo, da posição adotada em relação à natureza jurídico-constitucional do *jus aedificandi*. E sobre tal dividem-se as opiniões doutrinárias em duas correntes. Por um lado há os que sustentam que o direito de construir integra o conteúdo do direito de propriedade e, por outro, os que defendem que a faculdade de construir consiste em uma concessão jurídico-pública decorrente, regra geral, dos planos urbanísticos.

As duas posições encontram fundamentos no sistema jurídico e apontam para soluções diferenciadas acerca da natureza da propriedade segundo a noção jurídico-privada do direito de construir ou, do contrário, sua natureza jurídico-pública. Da mesma forma, as teses desenvolvidas denotam uma tentativa de relacionar o direito de construir com a liberdade individual ou princípios de liberdade⁸⁴⁵, muitas vezes relativos conforme a experiência de cada Estado de Direito.

⁸⁴² Cf. CENTOFANTI, Nicola. **Diritto a Construire. Pianificazione Urbanística. Espropriazione**. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 19

⁸⁴³ “A todos é garantido o direito da propriedade e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.” Art. 62, n.1. da Constituição Portuguesa. O direito de propriedade privada é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 17 da Constituição, o qual dispõe que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga, apesar de estar enquadrado no capítulo I (direitos e deveres económicos) do título III (direitos e deveres económicos, sociais e culturais) da Constituição. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 810 e ss.

⁸⁴⁴ Trataremos rapidamente sobre o regime de edificação em Portugal mais adiante. Sobre o tema, conferir o excelente texto de OLIVEIRA, Fernanda Paula. O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. A visão de um jurista. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/4, p. 35-64, 2001.

⁸⁴⁵ Correia nota que a garantia constitucional da propriedade privada, na sua dimensão individual ou subjetiva tem por finalidade tornar efetiva a garantia fundamental da liberdade pessoal. Seguindo a doutrina alemã, entende que na estrutura global dos direitos fundamentais, a garantia da propriedade privada tem a função de assegurar ao titular do direito um espaço

Exporemos sucintamente as duas posições encontradas na doutrina mais respeitável de Portugal.

- *Teses afirmativas*

Nesse item desenvolveremos as principais ideias dos autores que entendem que o *jus aedificandi* é parte integrante do direito de propriedade do solo.

Ressalte-se que a grande parte sustenta suas posições fundamentando-se no direito civil, em seus institutos, o que pode vir a ser uma tendência refratária em relação à constitucionalização do direito civil e às tendências publicistas do sistema jurídico⁸⁴⁶.

Assim, Amaral⁸⁴⁷ considera que a prova mais evidente de que o *jus aedificandi* integra o rol das faculdades inerentes ao direito civil está nos artigos 1524 e seguintes do Código Civil que tratam do direito de superfície. O direito de construir, segundo o autor, consistiria na faculdade de construir ou manter obra ou plantação em terreno alheio, de forma que se o proprietário do solo pode ceder a outrem o direito de construir sobre o seu próprio terreno, é porque, como proprietário, dispõe desse direito.

Para além disso, outro argumento de Amaral é o de que o proprietário poderá construir mesmo no caso de não haver um plano urbanístico aprovado para o município, o que demonstraria que o direito de construir não é atribuído por um plano, mas, antes disso, constitui uma faculdade inerente ao direito de propriedade e mesmo anterior ao plano.

A tese é rebatida, em primeiro lugar, porque dizer que o direito de construir integra o direito de propriedade com base no Código Civil é esquecer que o que está em causa é o conteúdo do direito de propriedade à luz da Constituição Federal. Não é o direito de propriedade privada previsto no art. 62 da Constituição que integra a faculdade de construir, porque o regime do direito de superfície contido no Código Civil o permite, mas o contrário, o direito de superfície contido no Código Civil é que integra a cedência da faculdade de construir na medida em que a Constituição lhe permite.

O argumento de que o proprietário possui ou goza do *jus aedificandi* na ausência de plano urbanístico também não prospera. Nesse caso, sempre se poderia argumentar que o momento constitutivo do direito de construir se situa no ato de aprovação dos projetos de obras pela câmara municipal ou na licença de construção, conforme bem desenvolve Correia⁸⁴⁸.

É que na ausência de um plano urbanístico que cubra o território onde se estabeleçam prescrições que vinculam diretamente os administrados, o momento constitutivo do *jus aedificandi* se situa no ato de aprovação dos projetos de obras pela Câmara Municipal e na licença de construção. Nesse sentido, as licenças para construir são tidas como autorizações constitutivas de direitos e, como tais, atributivas do direito de construção.

As modificações importantes operadas nas necessidades de urbanização, que se traduzem na adequação da construção privada a valores gerais e unitários, parece que legitimam a deslocação da chamada licença de construção de um domínio em que apenas importa assegurar o não contraste entre o direito privado com modestos valores públicos de salubridade e de estética para outro em que a presença de interesses públicos muito mais complexos (planificação, construção de vias de

de liberdade no âmbito jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de direitos de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe, desse modo, uma conformação da sua vida, estribada numa responsabilidade pessoal. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 799 e ss.

⁸⁴⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, p. 161-239, jun., 1995.

⁸⁴⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia. (O Plano Urbanístico e o princípio da igualdade). **Revista da Faculdade de “Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XXXII, p. 91-105, 1991.

⁸⁴⁸ CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 376 e ss

acesso, estabelecimento de redes de distribuição de água ou energia, constituição de serviços de transportes, etc.) aponta para uma negação do direito originário à construção. Tal direito só decorre de uma autorização constitutiva⁸⁴⁹.

Outro autor de relevo em Portugal é Ascensão, que também sustenta que o direito de construir integra o conteúdo do direito de propriedade, apoiado em dois argumentos: primeiramente, considera que o direito de construir é atributo natural da propriedade imóvel. Dessa feita, o conteúdo do direito de propriedade se explicaria a partir das categorias enunciadas pelo direito romano e, portanto, o direito de construir continuaria a integrar em abstrato o direito de propriedade, já que é essa a concepção romanista.

A questão então seria saber se as sucessivas restrições impostas ao direito de construir permitem dizer que o mesmo integra, ainda hoje, o conteúdo da propriedade.

Um argumento trazido por Ascensão está nas diversas declarações de inconstitucionalidade do artigo 30, n. 1, do Código das Expropriações aprovado pelo Decreto-Lei n. 845/76, de 11 de dezembro. Se o Tribunal Constitucional considera que abstrair, na indenização por expropriação, da real capacidade construtiva urbana dos terrenos situados fora dos aglomerados urbanos fere o conceito constitucional da justa indenização, então é porque está a reconhecer, implícito em cada direito de propriedade, um direito de construção, embora não se tenha certeza se no futuro venha ou não ser autorizada a feitura de uma obra⁸⁵⁰.

No Brasil, Meirelles⁸⁵¹ desenvolve a teoria do direito de construir fundamentado no direito de propriedade e a ele inerente, segundo dispositivos do Código Civil (art. 1.228). Segundo o jurista brasileiro,

desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor de seus bens, reconhecido está que o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico.

E conclui que,

tratando-se de propriedade imóvel, mais premente é a necessidade das construções para que possa o dono auferir todas as vantagens e colher todos os frutos que o terreno lhe proporciona. (...) A liberdade de construir é a regra. As restrições e limitações ao direito de construir formam as exceções.

- *Teses negativas*

Opondo-se às teses elencadas anteriormente, articulam-se aquelas que defendem a natureza jurídico-pública do direito de construir. Assim, para Soares, as

modificações importantes operadas nas necessidades de urbanização, que se traduzem na adequação da construção privada a valores gerais e unitários, parece que legitimam a deslocação da chamada licença de construção de um domínio em

⁸⁴⁹ SOARES, Ehrhardt. Direito Administrativo. Lições ao Curso Complementar de Coimbra. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 378

⁸⁵⁰ “De todo modo, enfraquecido ou não, na nossa ordem jurídica, o proprietário tem um direito de construir, integrado no direito de propriedade. Não se deu a ablação do direito de construir em relação à propriedade.” Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. O Urbanismo e o Direito de Propriedade. p. 319-344. In. AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Oeiras: INA, 1989.

⁸⁵¹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30 e ss.

que apenas importa assegurar o não contraste entre o direito privado com modestos valores públicos de salubridade, para outro em que a presença de interesses públicos muito mais completos (planificação, construção de vias de acesso, estabelecimento de redes de distribuição de água ou energia, constituição de serviços de transporte, etc.) aponta para uma negação do direito originário à construção⁸⁵².

Da mesma maneira, Correia considera que o problema das relações entre o direito de propriedade e o solo e o *jus aedificandi* deve ser resolvido numa perspectiva jus-publicista, tomando-se como ponto de partida o conceito constitucional de direito de propriedade e não o conceito do direito civil. No entendimento do ilustre professor, do conceito de direito de propriedade privada constante do artigo 62º da Constituição Portuguesa não faz parte o *jus aedificandi* como faculdade do proprietário do solo, nem aquele é tutelado pela garantia constitucional da propriedade⁸⁵³.

Desenvolvendo mais a questão, Correia rebate as argumentações da tese contrária e defende que a concepção segundo a qual o *jus aedificandi* não é uma faculdade que decorre diretamente do direito de propriedade do solo, antes é um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário, nos termos e nas condições definidos pelas normas jurídico-urbanísticas, em particular pelos planos dotados de eficácia plurisubjetiva. Assim, demonstram decisões jurisprudenciais que reforçam o entendimento de que “no direito de propriedade constitucionalmente consagrado contém-se o poder e gozo do bem objeto do direito, sendo certo que não se tutela ali expressamente um *jus aedificandi*, um direito à edificação como elemento necessário e natural do direito fundiário”⁸⁵⁴.

As razões alicerçadoras desse entendimento podem ser resumidas em alguns itens. Segundo Correia, a tese que sustenta o *jus aedificandi* como elemento inerente ao direito de propriedade é acima de tudo uma construção ideológica e não reflete a realidade jurídica. Podem existir propriedades onde nem sequer é admitida a possibilidade de construir⁸⁵⁵.

Uma segunda razão reside na planificação integral do território português, decorrente da obrigação imposta a todos os municípios de elaborarem e aprovarem planos diretores municipais⁸⁵⁶. Para além da obrigatoriedade, é possível afirmar que a partir de 2003, com a ratificação parcial do plano diretor do município de Góis, todos os municípios do continente passaram a estar dotados de plano diretor municipal aprovado e ratificado⁸⁵⁷.

Em terceiro lugar, encontra-se o princípio da reserva do plano, segundo o qual só se pode construir quando o plano (já existente em praticamente todo país) lhe atribuir vocação edificativa ou o classificar e qualificar como solo urbano, nos termos dos artigos 72 e 73 do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, e, além disso, o projeto de edificação não contrariar as disposições daquele.

Em quarto lugar, está o princípio da igualdade nos planos urbanísticos e os mecanismos para garantia dessa igualdade. Quando se trata da tese em que o *jus aedificandi* é uma possibilidade atribuída ou conferida pelo ordenamento jurídico-urbanístico, ressalte-se, pelos planos, o sistema jurídico sensibiliza-se, em geral, pela correção das desigualdades provocadas pela distribuição desse benefício. De maneira que, se o *jus aedificandi* não é um direito originário do proprietário do solo, vislumbra-se mais viável a adoção de mecanismos de perequação dos benefícios e encargos entre os

⁸⁵² SOARES, Rogério Ehrardt. **Direito Administrativo**. (Lições ao Curso Complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano letivo de 1977/1878), p.116-117. Apud. OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, p. 161-239, jun., 1995.

⁸⁵³ CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 376.

⁸⁵⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional Português n. 341/86. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 802.

⁸⁵⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 830 e ss.

⁸⁵⁶ Artigo 84, n. 4, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, e 6º-A do Decreto-Lei n. 281/93, de 17 de agosto, aditado pelo Decreto-Lei n. 402/99, de 14 de outubro e alterado pelo Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro, determinam a obrigatoriedade de elaboração de plano diretor a todo município português. Nesse sentido, diferindo do Brasil, onde a obrigatoriedade está restrita aos municípios com mais de 20 mil habitantes, conforme indica o §1º, do art. 182 da Carta Constitucional. Apud. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 822 e ss.

⁸⁵⁷ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 830.

proprietários dos terrenos abrangidos por um mesmo plano, através de uma pluralidade de instrumentos, entre os quais os da recuperação pela comunidade das mais valias oriundas do plano.

Também para Gomes⁸⁵⁸, o *jus aedificandi* deixou de ser faculdade ínsita no conteúdo prévio e substancial do direito de propriedade, para passar a constituir o conteúdo de decisões públicas plasmadas nos planos de urbanização. Para o autor, a determinação *in concreto* do conteúdo do direito de propriedade não deixa lugar ao ressarcimento de danos pela impossibilidade de construir, uma vez que se considera não existirem na esfera jurídica dos particulares poderes limitados ou restringidos *a posteriori*, mas considera-a ultrapassável, dado que as intervenções urbanísticas da Administração devem assegurar a justa e equitativa distribuição dos benefícios e encargos entre todos os proprietários.

No mesmo sentido, Castro⁸⁵⁹ anota que, o direito de propriedade, ainda que diretamente ligado ao aspecto utilitário em benefício do proprietário, não encontrará no Código Civil a intensidade dessa utilidade. Seus limites e contornos se encontram nas leis públicas que adéquam o exercício útil aos interesses sociais, a bem dizer, à função social da propriedade e às leis civis, que lhes restringem em razão de interesses dos vizinhos. Nesse contexto, mormente no que se refere à propriedade urbana, uma das utilidades da propriedade é a de construir. Entretanto, “inexiste no feixe de faculdades em que consiste o direito de propriedade, a necessária existência do “direito” à construção, o qual pode ser inserido ou retirado pelo legislador ordinário, tendo em vista a melhor satisfação dos interesses da coletividade”. São elementos do direito de propriedade o uso, o gozo e o poder de dispor. O que acontece (mais corriqueiramente nos núcleos urbanizados) é que, para exercer o direito de uso ou gozo útil haja a necessidade de construir. Entretanto, se houver hipótese de uso ou gozo útil sem construção, entendemos que a propriedade não estará desfalcada de qualquer de seus elementos essenciais. Nesse caso, se os regulamentos administrativos impedirem a construção, restará ao proprietário ter a garantia da economicidade de sua propriedade por qualquer outro uso e gozo que lhe seja útil.

No mesmo sentido, Pinto⁸⁶⁰ compreende a questão do ponto de vista da teoria da função social da propriedade. Segundo o jurista,

embora não tenha sido feita na Constituição brasileira uma separação explícita entre o direito de propriedade e o direito de construir, esta pode ser considerada uma decorrência natural do princípio da função social da propriedade. (...) A edição do Estatuto da cidade, consagrando institutos que já vinham sendo utilizados por diversos Municípios, como a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas, confirma tal entendimento.

Com vistas a garantir esse exercício útil da propriedade, o administrador urbanístico tem se socorrido dos instrumentos anunciados no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), como são a outorga onerosa do direito de construir (art. 28) e a transferência do direito de construir (art. 35).

Por fim, os autores que defendem que o *jus aedificandi* é inerente ao direito de propriedade abordam a questão sob um ponto de vista jurídico-privado, de forma que o direito de propriedade (e, por conseguinte, o direito de construir) surge como um direito pré-estatal, natural e mesmo pré-constitucional, razões pelas quais seus argumentos tendem a ser superados. Os autores da tese contrária atribuem ao direito de construir uma natureza pós-constitucional, o que significa dizer que a relação entre o *jus aedificandi* e o direito de propriedade não é por eles equacionada no plano da Constituição, mas em um nível posterior, quando das intervenções urbanísticas (diga-se, quando da aprovação dos planos diretores e, portanto, da constituição do direito de construir)⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Cf. GOMES, José Osvaldo. **Plano Diretor Municipal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 197-198.

⁸⁵⁹ Cf. CASTRO, Sônia Rabelo de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 31.

⁸⁶⁰ PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 278-279

⁸⁶¹ OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, p. 161-239, jun., 1995.

4.1. Conclusões parciais

Vistas as teorias, resta nos posicionar e desenvolver os fundamentos que nos levam a assumir uma ou outra tese. Como bem elucida Oliveira⁸⁶², os dois tipos de critérios: *público* e *privado*, de um lado, e a relação entre *propriedade* e *liberdade*, de outro, utilizados para resolver o problema do conteúdo do direito de propriedade face ao *jus aedificandi* não respondem integralmente às dúvidas suscitadas pela temática.

A primeira tese (*jus aedificandi* inerente ao direito de propriedade) apoia-se excessivamente no plano do direito civil e do direito administrativo e a segunda tese apoia-se excessivamente nas considerações genéricas e não tão precisas da questão filosófica da relação entre propriedade e liberdade⁸⁶³, acabando por hesitar quanto à integração do direito de construir ao direito de propriedade.

A problemática acerca do conteúdo do direito de propriedade deverá ser, contudo, enfrentado em sua sede própria, a Constituição, e o contexto da disciplina jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

Nesse caso, consideramos que entre nós e também no contexto português, a resposta será no mesmo sentido. O direito de propriedade no Brasil está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (inciso XXII, artigo 5º) e sob o mesmo título se insere o dever do exercício social da propriedade (inciso XXIII, artigo 5º). Desde já se verifica que, para garantir o exercício social da propriedade, seu conteúdo restará sempre comprometido e vinculado, na medida em que determinar a Constituição. Isso significa que as possibilidades de usufruir a propriedade deverão coincidir com os interesses determinados pela carta política fundamental e, mais que isso, deverão contribuir para o estabelecimento de uma sociedade mais justa. Só por essas razões já seria possível defender que o direito de construir não integra em essência o direito de propriedade, ficando completamente submetido à ordem pública. Para além disso, o que é determinante “é que vivemos num Estado, num país, de *planejamento e ordenamento territorial* constitucionalmente assumido”⁸⁶⁴.

Em Portugal, a Constituição decreta expressamente o planejamento e ordenamento do solo como instrumentos para a garantia e promoção de direitos sociais fundamentais da habitação e do meio ambiente (artigos 65, n. 2, alínea *a* e n. 4 e artigo 66, n. 2, alínea *b, c e d*).

No mesmo sentido, o constituinte brasileiro determinou que 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. A execução dessa política pública se dará através do planejamento urbanístico, em especial pelo plano diretor municipal, concomitantemente aos planos estaduais e nacionais urbanos (artigo 182).

Assim, nos parece que, se vivemos sob os ditames de uma Constituição que assume um regime onde a política urbana é um meio para a realização de direitos sociais, assim como é assumidamente uma tarefa do Estado, é de se concluir que “a realidade constitucional do direito de propriedade em matéria urbanística (de direito de construção) é jus-publicamente condicionável e regulável”⁸⁶⁵.

⁸⁶² OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, p. 161-239, jun., 1995.

⁸⁶³ A liberdade, em todos os seus aspectos e o abstencionismo estatal não tardaram a mostrar sua insuficiência na resolução de problemas surgidos com o progresso tecnológico e a concentração de capitais e sua incapacidade na solução de problemas centrais das cidades expôs-se de forma incontornável. A verdade, sentença entre nós Souza, é que “a liberdade de ser proprietário se converte, em mãos do mais forte, em uma liberdade para dispor de coisas e em uma liberdade para dispor de homens, pois quem manda sobre os meios de produção tem em suas mãos a sorte dos trabalhadores”. SOUZA, Neomésio J. **Intervencionismo e Direito**. Uma abordagem das Repercussões. Rio de Janeiro: AIDE, 1984. p. 33.

⁸⁶⁴ OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, p. 161-239, jun., 1995.

⁸⁶⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, p. 161-239, jun., 1995.

O que não quer dizer que o inverso não seja verdadeiro, ou seja, como aponta Correia, quando afirma que o plano urbanístico, na sua missão de “moldar” o conteúdo da propriedade do solo está sujeito a restrições originadas do direito de propriedade constitucionalmente garantido. Por outras palavras, “o direito de propriedade constitui também um limite à discricionariedade de conteúdo do plano”⁸⁶⁶. De fato, na medida em que o direito de propriedade é assegurado constitucionalmente, não se poderá ignorar que o seu legítimo proprietário merece ter reconhecidas certas faculdades sobre o objeto do seu direito. O direito de propriedade terá, necessariamente, um conteúdo econômico, isto é, “somente faz sentido quando possibilite uma certa forma de aproveitamento da coisa sobre que incide (referimo-nos, naturalmente, ao proprietário pleno, e não a qualquer situação de decomposição do direito por via da criação de direitos reais menores)”⁸⁶⁷.

É assim que alguns limites devem ser observados pela lei na imposição de medidas urbanísticas ou qualquer outra que proponha condicionar a propriedade a uma função social. O direito de propriedade deve ser um direito que cumpre função social, mas não é a função social em si própria atribuída a certos indivíduos. Queremos dizer com isso que o proprietário não pode ser obrigado a desempenhar função no exclusivo interesse da sociedade. Ao mesmo tempo em que deve utilizar a coisa para a satisfação de necessidades coletivas, não pode ser privado da possibilidade de fazê-lo na conta de necessidades individuais. E como bem assinala Sindfeld⁸⁶⁸,

não se admite que o Estado, por exemplo, exija do proprietário a instalação de praça de esportes em seu terreno, para o lazer de seus vizinhos, se tal uso nenhum interesse lhe suscita. Essa exigência esbarraria basicamente em dois obstáculos. Em primeiro lugar, no princípio da isonomia, por força do qual não se pode lançar exclusivamente sobre um indivíduo os ônus decorrentes do atendimento das necessidades coletivas. Em segundo, a função social não é título para o Poder Público desonerar-se de deveres seus, transferindo-os aos particulares.

Em todo caso, face aos dispositivos constitucionais em vigor, as hesitações quanto à questão da proteção constitucional condicionada da faculdade de construir, enquanto manifestação ou reflexo do direito de propriedade, não deveriam persistir. O direito de propriedade é para ser gozado na medida em que “atenderá a sua função social”, como expressamente condiciona o inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição brasileira. Da mesma forma em Portugal, a propriedade deverá ser gozada “nos termos da Constituição”, segundo expressamente determina o artigo 62º, daquela Carta portuguesa⁸⁶⁹.

Quanto à propriedade dos solos urbanos, não restam dúvidas de que é assim, da mesma maneira, como se pode verificar nas já citadas passagens do artigo 182 da Constituição brasileira e do artigo 65, da Constituição portuguesa. Reconhecemos, dessa feita, que o direito de construir se destaca do direito de propriedade, sendo elemento condicionado aos interesses coletivos e sociais e, portanto, constituído na medida em que a ordem pública lhe reconhece, mediante planejamento urbano ou, na ausência deste, do licenciamento de obras⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 343.

⁸⁶⁷ CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁸⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 64-65.

⁸⁶⁹ Como ensinam Canotilho e Vital Moreira, “interessa ter em conta, não apenas os limites explícitos (sobretudo em matéria de propriedade dos meios de produção), mas também os limites imanentes, decorrentes implicitamente de outras normas e princípios constitucionais, que vão desde os princípios gerais da constituição econômica e financeira (entre os quais as obrigações fiscais: art. 106º) até aos direitos sociais (defesa do ambiente, do património cultural, etc.)”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 331.

⁸⁷⁰ Nesse sentido, conferir decisão do STF: Autonomia Municipal e limitações ao direito de construir: STF - “Prosseguindo no julgamento de recurso extraordinário interposto contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu pedido de licença para construção de prédio residencial em zona transformada por lei municipal em “corredor comercial”, a Turma, por maioria, manteve o acórdão recorrido por entender não estar configurada a ofensa do direito de propriedade e ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXII, XXIII e XXXVI), dado que o direito de propriedade não é absoluto e deve atender à sua função social. Ademais, à época em que a autorização para a construção foi solicitada a lei proibitiva já estava em vigência.

Outro não tem sido o sentido de decisões do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, dentre a quais destacamos o Acórdão de 6 de março de 2007, emitido pelo Pleno da Seção do Contencioso Administrativo no âmbito do Processo n. 0873/03⁸⁷¹. Segundo o item 6, do título III daquela decisão,

a constatação de que o *jus aedificandi* não integra o conteúdo essencial do direito de propriedade, constatação repetidamente afirmada pela jurisprudência deste Tribunal e do Tribunal Constitucional, tem-se como inquestionável. Com efeito, se assim não fosse, isto é, se esse direito integrasse o núcleo do direito de propriedade, qualquer cidadão poderia edificar o que quisesse, como quisesse, quando quisesse bastando que o fizesse em parcela sua, o que não seria aceitável nos padrões civilizacionais actuais. O que a consagração constitucional do direito de propriedade visa é, por contraposição aos sistemas políticos em que essa propriedade inexistia, afirmar que é garantido aos cidadãos, a todos os cidadãos, o acesso à apropriação privada de quaisquer bens móveis e imóveis (nem todos, pois alguns há que são insusceptíveis de apropriação privada). Todavia, como é sabido, qualquer direito com protecção constitucional pode ser comprimido (observe-se que a primeira restrição consta do próprio n. 1, pois a protecção é concedida *nos termos da Constituição*, e também no n. 2 que logo prevê a *requisição* e a *expropriação*) e essa compressão impõe-se pelo facto de vivermos em comunidade e de termos de fazer a compatibilização dos direitos individuais de todos os sujeitos que a integram. A utilização irrestrita dos direitos individuais inviabilizaria a vida em sociedade como hoje a conhecemos .

5. Do regime jurídico da edificação no Brasil e em Portugal

A *priori* é importante estabelecer, no estudo que propomos, que a atividade edilícia⁸⁷² é orientada por duas categorias de normas: as *normas civis*, dispostas no Código Civil⁸⁷³ sobre as relações de vizinhança, e as *normas públicas*, que buscam assegurar uma melhor coexistência e utilização das propriedades privadas no interesse dos proprietários confinantes com finalidade mais ampla em relação às primeiras, na medida em que visa ao interesse geral⁸⁷⁴, isto é, à promoção das necessidades higiénicas, da tutela da estética edilícia entre outros⁸⁷⁵. Essa última categoria de normas é que nos interessa desenvolver mais detidamente. Ela se caracteriza por ser uma intervenção do Estado

Salientou-se, ainda, que ao Município é facultado legislar sobre assuntos de interesse local, e, fundado em conveniências administrativas, limitar o direito de construir (CF, art. 182, §§ 1º e 2º e CC, art. 572). Vencido o Min. Marco Aurélio que conhecia e dava provimento ao recurso, por entender caracterizada a violação ao direito de propriedade e que a função de planeamento exercida pelo Estado, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público e, simplesmente, indicativa para o setor privado”. (STF – 2a t. – Rextr. N° 178.836/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 8-6-1999. Cf. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1884.

⁸⁷¹ Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Loteamentos Urbanos e Dinâmica das Normas de Planeamento**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 48-49.

⁸⁷² A expressão regulamentação edilícia originou-se da atividade dos *edis romanos* incumbidos da administração da cidade e que, através de *edictus*, dispunham sobre a urbe e suas construções. Recordemos a constituição de Júlio César, “*de urbe augenda*”, que estabelecia normas para o desenvolvimento de Roma, e os *edictus* “*de aquis urbis Romae*”, que dispunham sobre a construção de aquedutos para abastecimento da cidade, e o “*de aedificiis*”, que regulamentava as construções em geral. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 117.

⁸⁷³ São as normas que estão indicadas a partir do artigo 1.299 do Código Civil brasileiro, chamado direito de vizinhança, destinado a regular as relações privadas na composição de conflitos de vizinhança. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 434 e ss.

⁸⁷⁴ Os ditos regulamentos administrativos, normas de direito público que disciplinam o “direito de construir” e as limitações urbanísticas a esse direito. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 434 e ss.

⁸⁷⁵ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 435.

na propriedade particular imóvel em nome de um interesse coletivo e é formada por normas de direito público⁸⁷⁶.

Feita essa divisão, é preciso admitir que é da essência do regime edilício a regulamentação do *ius aedificandi*, existente entre nós autores que lhe denominam “direito edilício”, “postura das construções” ou “direito de construir”⁸⁷⁷. Para além do desenvolvimento significativo na doutrina e jurisprudência do direito edilício e de sua relevância em matéria de direito urbanístico, sua abordagem contribui para concluirmos acerca de alguns aspectos relevantes da problemática apresentada do *ius aedificandi*.

Verificamos que tanto nos regimes brasileiro, quanto no português esse “direito de construir” ou “liberdade de construir” não vive de “*vita própria*”, já que pelo menos o seu exercício depende de um ato administrativo⁸⁷⁸. Por outro lado, há que se colocar a questão da natureza vinculada ou discricionária do controle exercido pela Administração Municipal, que, por sua vez, depende do tipo de instrumento de planejamento em vigor na área sobre a qual se pretende realizar a edificação.

Nesse caso, diretamente ligado à questão do *ius aedificandi* encontra-se, evidentemente, o regime das edificações e, com este, a análise elementar dos atos administrativos de licença e autorização, razão pela qual consideramos esse item um elemento complementar ao estudo do tema desenvolvido no tópico anterior.

Em Portugal, o regime edilício foi reformulado a partir da vigência do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho, que instituiu o novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, revogando os regimes vigentes estabelecidos até então pelos Decretos-Leis n. 445/91, de 20 de novembro e 448/91, de 29 de novembro⁸⁷⁹.

A aprovação do decreto-lei em vigor foi motivada pela ineficiência administrativa da legislação anterior. Esta, embora recente, apresentava-se excessivamente complexa, ao ponto de gerar longos e irrazoáveis períodos de tempo para a obtenção de licenças de loteamento ou construção⁸⁸⁰. A reforma dos dispositivos apoiou-se, assim, sobretudo na tentativa de uma simplificação do sistema, tentando-se evitar ao mesmo tempo, o comprometimento dos interesses urbanísticos e ambientais.

Uma das alternativas encontradas pelo legislador português está no aumento da responsabilidade do particular, que passa a ser dispensado de alguns controles prévios na execução de determinadas atividades edilícias. Esse aumento de responsabilidade gera preocupações evidentes ao particular, mas não significa que a administração tenha com isso reduzido sua própria esfera de atuação. A reforma conservou os poderes necessários da Administração para fiscalizar a atividade dos particulares e garantir o cumprimento das determinações legais aplicáveis.

A adoção de um regime único de urbanização e edificação em Portugal traz maior clareza e coerência ao sistema jurídico e evita dispersão e duplicação desnecessárias de normas legais. Considerando, ainda, que a totalidade do território português já se encontra coberto por planos municipais⁸⁸¹, a tendência é o alargamento das perspectivas urbanísticas no País, de maneira que as operações de loteamento urbano, as obras de urbanização e as obras particulares passam a concretizar e materializar as opções contidas nos instrumentos de gestão territorial.

⁸⁷⁶ Sobre o tema do direito edilício brasileiro, conferir o clássico: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005 e PINTO, Victor Carvalho. O Estatuto da Cidade e a Patrimonialização do Direito de Construir. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 109-140.

⁸⁷⁷ Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁷⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula. O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. A visão de um jurista. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/4, p. 35-64, 2001.

⁸⁷⁹ SANTOS, J.A. **Regime Jurídico da Urbanização e Edificação**. Anotado e Comentado. 5. ed. Lisboa: Dislivro, 2005.

⁸⁸⁰ Nesse sentido, nas disposições preliminares do Decreto-Lei. Cf. SANTOS, J.A. **Regime Jurídico da Urbanização e Edificação**. Anotado e Comentado. 5. ed. Lisboa: Dislivro, 2005. p. 13.

⁸⁸¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 25.

O sistema português se caracteriza por distinguir as diferentes formas de procedimentos não somente conforme a densidade de planeamento vigente na área de realização da operação urbanística, mas também no tipo de operação a realizar. Na base desses dois critérios está a consideração de que a intensidade do controle preventivo, a ser realizado pela administração municipal, deverá variar em função do grau de concretização da posição subjetiva do particular perante determinada pretensão.

Dessa forma, quando os parâmetros urbanísticos de uma pretensão já se encontram definidos em plano ou em ato anterior da administração, ou sua relevância urbanística seja ínfima, o tradicional procedimento de licenciamento é substituído por um procedimento simplificado de autorização ou por mera comunicação prévia.

A lei inicia por estabelecer o objeto das suas disposições (art. 1º) e em seguida (art.2º) estabelece as definições mais relevantes para a aplicação do regime de urbanização e edificação. Dentre elas destacamos o conceito de “obras de alteração”, “obras de conservação” e “obras de urbanização”:

- e) obras de alteração: as obras de que resulte a modificação das características físicas de uma edificação existente ou sua fração, ou divisões interiores, ou a natureza e cor dos materiais de revestimento exterior, sem aumento da área de pavimento ou de implantação ou da cêrcea;
- f) obras de conservação: as obras destinadas a manter uma edificação nas condições existentes à data da sua construção, reconstrução, ampliação ou alteração, designadamente as obras de restauro, reparação ou limpeza;
- (...)
- h) obras de urbanização: as obras de criação e remodelação de infraestruturas destinadas a servir diretamente os espaços urbanos ou as edificações, designadamente arruamentos viários e pedonais, redes de esgotos e de abastecimento de água, eletricidade, gás e telecomunicações, e ainda espaços verdes e outros espaços de utilização coletiva⁸⁸².

As *obras de alteração* são aquelas de que resultem na modificação das características físicas de uma edificação existente ou fração, notadamente a sua estrutura resistente, o número ou disposição das divisões interiores ou natureza e cor dos materiais de revestimento exterior. As alterações não implicam ampliação do edifício, apenas mudanças em seu aspecto. Tais obras estão sujeitas à licença administrativa quando localizadas em áreas não abrangidas por operação de loteamento ou plano de pormenor. Porém, essas alterações estão isentas de licença ou autorização quando visem a modificações no interior de edifícios não classificados ou suas frações que não impliquem modificações da estrutura resistente dos edifícios, das cêrceas, das fachadas e da forma dos telhados.

As obras indicadas ficam isentas das licenças, mas devem se submeter ao regime da comunicação prévia, que deve conter a identificação do interessado e é acompanhada das peças escritas e desenhadas que identifiquem as obras a realizar.

As *obras de conservação* são destinadas a manter a edificação nas condições originais, existentes no momento de sua construção, reconstrução, ampliação ou alteração. São os trabalhos de restauro, reparação ou limpeza. Tais obras estão isentas de licença ou autorização. Nos termos do artigo 89º, as edificações devem ser objeto de obras de conservação pelo menos uma vez a cada oito anos, entretanto, a municipalidade poderá oficiosamente ou atendendo requerimento de qualquer interessado, determinar a execução de obras de conservação necessárias à correção de más condições de segurança ou de salubridade.

As *obras de urbanização* são aquelas que visam à criação e remodelação de infraestruturas destinadas a servir diretamente aos espaços urbanos ou às edificações, designadamente arruamentos viários e pedonais, redes de esgotos e de abastecimento de água, eletricidade, gás e telecomunicações e ainda espaços verdes e outros espaços de utilização coletiva.

⁸⁸² SANTOS, J.A. **Regime Jurídico da Urbanização e Edificação**. Anotado e Comentado. 5. ed. Lisboa: Dislivro, 2005. p. 35

As obras de urbanização podem ser promovidas pelas autarquias locais e suas associações em área não abrangida por plano diretor municipal. Nesse caso, as obras devem ser previamente autorizadas pela assembleia municipal, depois de submetidas a parecer prévio vinculativo da direção regional do ambiente e do ordenamento do território, que deve se pronunciar em 20 dias. Da mesma forma, as obras de urbanização promovidas pelo Estado devem ser previamente autorizadas pelo ministro da Tutela e pelo ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território, depois de ouvida a Câmara Municipal e a Direção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território, que devem se pronunciar em 20 dias a contar da recepção do pedido.

Todas as obras de urbanização praticadas pelo governo deverão se submeter à discussão pública, nos termos estabelecidos na lei.

Nesse diapasão, poderão ser estabelecidos contratos de urbanização envolvendo um ou mais responsáveis, nos quais se estabelecem as obrigações das partes contratantes relativamente à execução das obras de urbanização e às responsabilidades a que ficam sujeitas, bem como o prazo para o cumprimento delas.

São partes no contrato de urbanização, obrigatoriamente, o município, o proprietário e outros titulares de direitos reais sobre o prédio e, facultativamente, as empresas que prestem serviços públicos, bem como outras entidades envolvidas na operação de loteamento.

No Brasil, não encontramos legislação geral semelhante, tendo sido entendida por “atividade edilícia” o ordenamento da cidade em seu conjunto e o controle técnico-funcional da construção individualmente considerada. Embora não tenha tido ainda uma atenção especial do legislador federal, a doutrina majoritária reconhece a aplicação do regime das edificações como momento importante da atividade urbanística do Poder Público, porque visa a examinar todos os projetos concretos de construção, para verificar se estão ou não em conformidade com o plano e regras de ordenamento de uso do solo⁸⁸³.

Ainda que não haja uma legislação de referência nacional, as normas públicas para regulamentação da atividade edilícia são aprovadas no nível municipal, sendo produzidas no âmbito do direito administrativo e urbanístico local, sem exclusão das competências federal e estadual que mantêm, como prerrogativa constitucional, competências para legislar sobre normas de direito urbanístico⁸⁸⁴.

No Brasil, em respeito ao princípio da legalidade, os códigos de obras devem ser aprovados em forma de leis municipais aprovadas a partir de um processo legislativo onde se garanta o acesso à participação popular e sua aplicação se dará nos limites territoriais do município⁸⁸⁵.

A legislação edilícia brasileira, no que se refere à disciplina urbanística, contém dois tipos de normas: a) as normas definidoras de controle técnico-funcional das construções; b) normas definidoras de controle urbanístico da atividade construtiva⁸⁸⁶. As primeiras integram os códigos de edificações, as segundas integram as leis de parcelamento do solo e de zoneamento, mas também, secundariamente, aqueles códigos.

Testa dizia que

a lei urbanística prevê, como algures dissemos, o controle sobre a atividade edilícia da parte da autoridade municipal em duas formas: uma que tem em mira as construções isoladas e se propõem assegurar-lhes a plena correspondência às exigências higiênicas, estéticas e de incolumidade pública e idoneidade à função a que cada qual se destina (controle técnico-estético) e outra se propõe realizar, no desenvolvimento das construções, a plena correspondência dos edifícios aos ditames

⁸⁸³ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 435.

⁸⁸⁴ Conferir o artigo 24, da Constituição Federal Brasileira. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁸⁸⁵ As normas edilícias interferem na esfera de direitos de propriedade, devendo ser, por isso, consubstanciadas em leis, a fim de garantir o respeito pelo princípio da legalidade. Em todo caso, existe a possibilidade de desenvolvimento dessas normas em decretos, apesar críticas lançadas a esse evento no Brasil. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 436.

⁸⁸⁶ Distinção feita por: SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 436.

do plano regulador e determinada ordem nas obras, capaz de fazer com que a zona de assentamento nasça, engrandeça ou se transforme de modo racional e em perfeita harmonia com a evolução dos serviços públicos em cada zona (controle urbanístico)⁸⁸⁷.

A exposição de Testa esclarece a questão, mas a classificação resta mais completa na terminologia de Meirelles, que afirma que o controle da construção desenvolve-se sob duplo aspecto: o estrutural, referente à obra, que tem, pois, em mira as construções isoladas, e o urbanístico, que diz respeito ao conjunto das construções da cidade. Este último consiste no conjunto de medidas que visa a realizar a adequação da atividade construtiva dos particulares ao modelo de assentamento urbano previsto para cada área⁸⁸⁸.

Os instrumentos de controle urbanístico são, entretanto, os mesmos do controle estrutural, a saber, a aprovação de projetos, alvarás etc. Passaremos a cuidar desses instrumentos preventivos a seguir.

5.1. Controle da atividade edilícia

A limitação administrativa é o instrumento básico do regime edilício e materializa o poder de intervenção estatal na medida em que estabelece o contorno do exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade. Dentre as faculdades reconhecidas ao proprietário, encontramos a de edificar, amplamente regulamentada pelo sistema administrativo especializado denominado regime das edificações.

As construções realizadas nas propriedades espelham a liberdade dos proprietários de usar e usufruir o seu bem, e se realizam na medida em que a Administração reconhece sua conformidade urbanística. A construção deverá atender a uma ordem edilícia previamente estabelecida através da legislação administrativa local, a saber, os códigos de obras aprovados pelos municípios.

Podemos indicar três tipos de sistema de controle das construções, ou sistemas de garantia do cumprimento dessa ordem edilícia. O primeiro deles é o sistema de controle *a posteriori*. A ordem edilícia emanada do ente público competente poderá ser cumprida voluntariamente, sujeitando-se a obra apenas a uma fiscalização após a conclusão da construção. No segundo sistema, a construção deverá atender *in abstracto* o regime de edificações em vigor, mediante prévia verificação do projeto de construção ou obra, pelo Poder Público competente. E o terceiro sistema é aquele que se apresenta com características mistas, mesclando ambos os sistemas anteriormente mencionados.

Vale dizer que o poder de polícia edilícia poderá ser implícito ou explícito, de acordo com o modelo adotado. Pode ser considerado outorgado pelo simples fato de permitir-se que qualquer um, independentemente de prévia manifestação, construa em seu terreno, presumindo-se que o faz obedecendo às normas de polícia ou sua expressão formal é previamente exigida, condicionada à apresentação do projeto da construção pretendida, para ser confrontado, em procedimento administrativo, com as normas edilícias.

A responsabilidade varia conforme o sistema adotado. No sistema onde se verifica *a posteriori*, cujo consentimento é presumido, a responsabilidade recai sobre quem constrói. No caso de qualquer infração às normas edilícias, entre outras sanções, o construtor será obrigado a paralisar ou desfazer a construção levantada. No sistema de prévia verificação, por sua vez, se estabelece uma co-responsabilidade da Administração ao manifestar seu consentimento em abstracto, pois se a construção obedecer ao ato outorgado gerará direitos para terceiros de boa-fé, como se dá no caso das incorporações imobiliárias, cujos registros de validade *erga omnes* são concedidos sobre o pressuposto do licenciamento edilício⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ TESTA, Virgílio. **Disciplina Urbanística**. 7. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1974. p. 243.

⁸⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205 e ss.

⁸⁸⁹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 112 e ss.

No sistema misto, se admite um exame prévio em caráter voluntário. Nesse sistema, qualquer um pode, em princípio, erguer a construção sem obrigatoriamente sujeitar o projeto à aprovação, mas existe a possibilidade de fazê-lo, para quem o desejar, a fim de obter maiores garantias. Em grandes edificações, em incorporações relevantes, o projeto poderá ser examinado e aprovado previamente, para a maior tranquilidade dos construtores e garantia de terceiros.

Todos os sistemas têm seus inconvenientes e suas vantagens. Na legislação nada há que impeça que os municípios brasileiros adotem qualquer um deles. É possível que um sistema misto permita maior rapidez, menores ônus para os particulares, reduzindo-se sensivelmente a burocracia edilícia. Com a redução desse trabalho prévio, a municipalidade poderia ampliar esforços na fiscalização concreta dos prédios, desenvolvendo diretamente em contato com a realidade, atividades de controle das construções.

Entretanto, talvez com intuitos preventivos, e quiçá arrecadatários, o sistema plenamente utilizado no Brasil é o do consentimento explícito e prévio, que se manifesta pela licença de construção instrumentalizada por um alvará declaratório de que se processou satisfatoriamente a verificação do atendimento dos condicionamentos legais do exercício da liberdade de construir.

Em certos casos, em lugar da licença prévia, poderá ser emitida mera autorização para erguer construções, sempre que também forem exigidos condicionamentos administrativos como, por exemplo, para as construções precárias, dando existência a alvarás de autorização edilícios.

Nesse ponto cumpre distinguir: o controle prévio da atividade edilícia realiza-se pela *aprovação de projeto de construção* ou de *plano de loteamento*, por *autorizações* para a prática de atividades urbanísticas pelos particulares e pelas *licenças* para o exercício de direitos.

Entretanto o controle prévio não é o único a ser promovido. Controlar a atividade edilícia significa verificar a observância das normas e planos urbanísticos pelos seus destinatários. Esse controle realizado sempre pelo Poder Público ocorrerá: Aantes da atuação do interessado, através do controle *prévio*, como já referimos, com a aprovação de planos e projetos; durante a atuação do interessado ou controle *concomitante*, que se realiza através de inspeções, comunicações ou fiscalizações, e após a atuação do interessado, o que ocorre pelo controle sucessivo ou *a posteriori*, mediante auto de vistoria, de conclusão de obra ou “Habite-se”⁸⁹⁰.

5.2. Licenças e autorizações

O controle prévio ou preventivo da atividade edilícia no Brasil realiza-se pela aprovação de projeto de construção ou de plano de loteamento, por autorizações para a prática de atividades urbanísticas pelos particulares e pelas licenças para o exercício de direitos.

A aprovação de projetos constitui um pressuposto elementar para o seguimento das autorizações e das licenças. Para se obter uma ou outra é imprescindível apresentar à secretaria de obras ou outro órgão administrativo municipal responsável, o plano de parcelamento do solo ou projeto de obra elaborado e assinado por profissional habilitado. Esse plano ou projeto deverá apresentar-se de acordo com as diretrizes e exigências técnicas estabelecidas na legislação edilícia e de parcelamento do solo. Verificado o atendimento aos pressupostos urbanísticos, deverá ser concedida autorização ou licença, dependendo do caso.

Distinguem-se em essência as autorizações das licenças. Ambas, entretanto, são outorgadas mediante alvará, que é apenas um instrumento de materialização daquelas. Meirelles⁸⁹¹ nos ensina que o alvará pode ser de licença ou de autorização para construir ou lotear⁸⁹². Ambos são legítimos, mas se destinam a prover situações distintas e produzem efeitos jurídicos diversos. Assim, quando a Prefeitura aprova um projeto de edifício em um terreno, uma vez tal projeto estando em conformidade

⁸⁹⁰ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 438.

⁸⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 213 e ss.

⁸⁹² Sobre a licença para construir na Suíça, especificamente no cantão do Vaud, conferir: BOVAY, Benoît. **Le permis de construire** en Droit Vaudois. 2. ed. Payot Lausanne: 1988.

com a legislação urbanística do local, a Prefeitura deverá expedir um alvará de licença para construir. Entretanto, se o caso fosse um projeto de uma estrutura para estacionamento de carros ou outra atividade tolerada, mas não assegurada por lei, a Prefeitura emitirá um alvará de autorização, revogável a qualquer tempo.

A licença traz a presunção de definitividade, a autorização pressupõe a precariedade. Nos dois casos a Prefeitura aprova o projeto e emite um alvará, mas cada um produz efeitos jurídicos distintos: o alvará de licença reconhece e consubstancia um direito do requerente e o alvará de autorização legitima uma liberalidade da Administração.

Em Portugal, a sujeição obrigatória das obras de construção civil a um ato de controle preventivo surgiu, naquele País, com o Código Administrativo aprovado pelo Decreto de 18 de março de 1842. Após uma profunda evolução, o regime de controle das obras encontra-se atualmente consagrado no Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro⁸⁹³, alterado pelo Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho.

O diploma português (Decreto-Lei n. 555/99) distingue três tipos de ato de controle preventivo das obras de construção civil: *a autorização administrativa* e a *mera autorização*, que incidem sobre as obras de edificação em áreas abrangidas por alvará de loteamento, plano de pormenor ou áreas urbanas consolidadas identificadas em plano municipal de ordenamento do território para as quais não seja necessária a fixação de novos parâmetros urbanísticos (alínea “c”, do n. 3, do artigo 4º); por outro lado, *a licença administrativa*, que incide sobre as edificações a realizar em áreas não abrangidas por alvará de loteamento, plano de pormenor ou obras relativas a edifícios classificados, em vias de classificação, em zonas de proteção de imóveis classificados ou em vias de classificação ou sujeitas a servidão administrativa ou restrição de utilidade pública (alíneas “c” e “d”, do n. 2, do artigo 4º).

Ou seja,

*a autorização é o ato de controlo preventivo exigido para aquelas situações em que as regras e parâmetros de apreciação dos projetos se encontram já definidos com bastante precisão, podendo dizer-se que, desde que o projeto apresentado não contrarie essas normas, o particular requerente tem direito à autorização*⁸⁹⁴.

A *licença* administrativa, por sua vez, é ato de controle preventivo necessário nas situações em que, por tais regras e critérios não se encontrarem ainda definidos ou não estarem definidos com precisão, a lei deixa claramente uma margem maior de discricionariedade à administração na apreciação dos projetos concretos, portanto não se pode dizer que o particular tenha automaticamente direito à licença, na medida em que a questão de saber se o projeto apresentado está ou não conforme o ordenamento urbanístico necessita da intervenção de um juízo intermediador (entre a lei e a situação concreta) da Administração⁸⁹⁵.

Os procedimentos de licenciamento, autorização e mera comunicação prévia trazidos pela legislação portuguesa denotam uma simplificação dos procedimentos de controle prévio pelo município. A distinção entre as três formas de procedimento assenta na diferente densidade de

⁸⁹³ Sobre o Regime Edifício Português: OLIVEIRA, Fernanda Paula. As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 61, p. 991-1048, 2001; OLIVEIRA, Fernanda Paula. O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. A visão de um jurista. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/4, p. 35-64, 2001; CORREIA, Fernando Alves. Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal em 2001, 2002 e 2003. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, p. 9-22, ano VI, 2003.

⁸⁹⁴ OLIVEIRA, Fernanda Paula. As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n.61, p. 991-1048, 2001.

⁸⁹⁵ Nos termos do preâmbulo do Decreto-Lei n. 555/99, a distinção entre os procedimentos de autorização e de licença assenta, para além de diferente densidade de planeamento vigente na área de realização da operação urbanística, também no tipo de operação a realizar. Tal como aí se afirma, “na base destes dois critérios está a consideração de que a intensidade de controlo que a Administração Municipal realiza preventivamente pode e deve variar em função do grau de concretização da posição subjetiva do particular perante determinada pretensão. Assim, quando os parâmetros urbanísticos de uma pretensão se encontram definidos em plano ou anterior ato da Administração, ou quando a mesma tenha escassa ou nenhuma relevância urbanística, o tradicional procedimento de licenciamento é substituído por um procedimento simplificado de autorização ou por um procedimento de mera comunicação prévia”. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 61, p. 991-1048, 2001.

planejamento vigente na área de realização da operação urbanística, bem como no tipo de operação a realizar. Assim, quando os parâmetros urbanísticos de uma pretensão já se encontram definidos em plano ou anterior ato da Administração, ou quando a mesma tenha escassa ou nenhuma relevância urbanística, o tradicional procedimento de licenciamento é substituído por um procedimento simplificado de autorização ou por um procedimento de mera comunicação prévia⁸⁹⁶.

O Decreto-Lei n. 555/99 trouxe a Portugal, entre outros, a *unificação* da disciplina jurídica de todas as operações urbanísticas, designadamente das licenças e autorizações municipais de loteamento e obras de urbanização e de obras de construção, antes dispersa pelos Decretos-Leis n. 448/91, de 29/11, e 445/91, de 20/11⁸⁹⁷.

Para além disso, o referido instrumento legal trouxe ao sistema um novo conceito de loteamento. Segundo o artigo 2º, alínea “i”, as operações de loteamento são “as ações que tenham por objeto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados imediata ou subsequentemente à edificação urbana, e que resulte da divisão de um ou vários prédios, ou do seu emparcelamento ou reparcelamento”. Nesse sentido, o loteamento deixou de ser resultado apenas da divisão de prédios, mas também abarca a constituição de um ou vários lotes resultantes do emparcelamento ou reparcelamento de prédios autônomos. É possível, assim, o loteamento de um lote só.

Os dois regimes de edificação se fundamentam no controle prévio e se ligam necessariamente ao planejamento urbanístico municipal, que estabelece os parâmetros de urbanização e os limites do conteúdo edificatório das propriedades. No caso português, a legislação se apresenta mais avançada, trazendo maior segurança ao sistema jurídico na medida em que sua aplicação é ampla em todo território.

A legislação urbanística brasileira perdeu oportunidade valiosa de abordar diretamente a matéria das licenças e autorizações ao aprovar o Estatuto da Cidade. A lei toca assuntos de grande relevância nessa matéria, mas não chega a tentar unificar um entendimento acerca desses institutos, deixando a cargo da doutrina administrativa e das leis ainda esparsas tal tarefa.

6. Da propriedade urbana

6.1. Conceito e conteúdo urbanístico da propriedade: limitações e restrições urbanísticas

Não se poderia falar de uma instituição única de propriedade privada, mas antes de formas diferentes de propriedade, cujo conteúdo jurídico varia conforme as funções típicas de cada uma e a relevância social de seus respectivos objetos. Compreendemos dessa maneira, que a propriedade do solo está subordinada a um regime jurídico especial, diferente do regime que incide em outros tipos de bens, móveis e imóveis, tendo em consideração as características particulares daquele bem⁸⁹⁸.

O solo se destaca pela sua *escassez e irreproduzibilidade*, para além de ser um instrumento indispensável à satisfação de necessidades básicas do homem (habitar, recrear-se, circular e trabalhar) e a de ser o *suporte físico* para as realizações do ser humano⁸⁹⁹. Quanto ao seu regime jurídico, o direito de propriedade se distingue conforme as diferentes categorias de bens. É assim que, no conjunto do direito de propriedade do solo, existem diferenciações de regime jurídico, segundo a natureza do solo, se solo rural (e dentro deste existindo diferenciações conforme se esteja perante solo

⁸⁹⁶ CORREIA, Fernando Alves. Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal em 2001, 2002 e 2003. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, p. 9-22, ano VI, 2003.

⁸⁹⁷ Tal unificação é encarada pelo legislador português como passo decisivo para a futura “codificação integral do direito do urbanismo” (vide preâmbulo do RJUE). Cf. CORREIA, Fernando Alves. Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal em 2001, 2002 e 2003. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, p. 9-22, ano VI, 2003.

⁸⁹⁸ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 815.

⁸⁹⁹ A escassez do solo, como a escassez de qualquer recurso natural, justifica a ordenação jurídica do seu uso e consumo. Assim, o planejamento do uso do solo é necessário para conseguir um equilíbrio entre a demanda e a oferta. Cf. GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. II. 10. ed. Madri: Tecnos, 1978. p. 230.

com vocação para atividades agrícolas, pecuárias, florestais ou minerais ou solo que integra espaços de proteção natural ou lazer) e de solo urbano (tendo nesse ponto a problemática do solo urbanizado e aquele cuja urbanização esteja apenas programada)⁹⁰⁰.

Como já verificamos anteriormente, as limitações à propriedade interferem nos aspectos e características do que vem a ser o direito de propriedade. Enquanto direito subjetivo, a propriedade reflete a superação da estanque divisão clássica do direito público e privado, uma vez que é a própria consolidação de uma pluralidade de normas, de naturezas diversas, cuja configuração denotará, sobretudo, a adequação dos interesses particulares aos interesses coletivos.

Nesse sentido, seguindo a corrente de doutrinadores que concebem as limitações à propriedade como todas aquelas provenientes do Estado que definem, delimitem ou condicionem⁹⁰¹ os caracteres desse direito⁹⁰², aquelas se darão sempre com fundamento no direito público. Daí uma primeira classificação na qual as limitações serão sempre de direito público, enquanto as restrições poderão vir a ser provenientes do direito público ou privado, pois tocam no núcleo essencial desse direito, dando margem às indenizações ou compensações. Dentre as primeiras, as limitações públicas poderão ser de direito constitucional, de direito administrativo ou de direito urbanístico⁹⁰⁴.

Conforme Meirelles⁹⁰⁵,

o Estado pode intervir na propriedade particular imóvel por três modos: Pela limitação administrativa, pela servidão administrativa ou pública e pela desapropriação. Todas elas são formas de expressão do domínio eminente que a Nação exerce sobre as pessoas e coisas existentes em seu território. Na limitação administrativa, nada paga ao proprietário; na servidão administrativa ou pública indeniza apenas os danos efetivamente causados ao particular; na desapropriação indeniza totalmente a perda da propriedade e os prejuízos dela decorrentes.

Distinguem-se, portanto, as limitações à propriedade privada que terão sempre um caráter geral das servidões e da desapropriação. Podemos dizer, de forma geral, que o Estado poderá intervir na propriedade particular imóvel, conformando a propriedade urbana, de três modos: pelas *limitações gerais*, pelas *servidões* e pela *desapropriação*.

As limitações restringem o caráter absoluto da propriedade; as servidões, o caráter exclusivo e a desapropriação, o caráter perpétuo⁹⁰⁶. De acordo com a finalidade poderão ser caracterizadas como gerais ou urbanísticas, conforme desenvolveremos a seguir.

⁹⁰⁰ A questão da natureza dos solos e a incidência dos regimes jurídicos correspondentes está melhor desenvolvida no Capítulo II, no trato do campo de aplicação do direito urbanístico. Nesse ponto conferir CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.p.815 e ss.

⁹⁰¹ Nesse sentido a posição de SUNDFELD, que expõe com clareza a diferença entre as duas espécies de atos estatais: De um lado, os atos que condicionam o direito e de outro, os atos que sacrificam o direito. Sendo assim, tratamos nesse momento dos atos estatais que definem o conteúdo do direito de propriedade, ditando as condições de seu regular exercício. “Os condicionantes são a definição do campo legítimo de expressão do direito”. cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.p.53 e ss.

⁹⁰² Nesse sentido adotamos a posição de MEIRELLES, que se contrapõe à concepção de SILVA, uma vez que este compreende como limitações tudo que afete qualquer dos caracteres do direito de propriedade, afastando-se da distinção de ALESSI, já expressa anteriormente. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.p.84 e ss. e SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 399.

⁹⁰³ De acordo com a doutrina alemã, o termo “limitação”, no sentido que queremos apresentar, não representa exatamente uma restrição ocasional da propriedade, não se trata de *Eigenlumsbeschränkungen*, mas de *Eigentumsbegrenzung*, ou seja, não restringe, mas sim “define o conteúdo normal da propriedade”, e desse conteúdo foi eliminado qualquer tipo de expectativa urbanística para atribuí-la exclusivamente ao plano de ordenamento territorial. cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Ley del Suelo y el Futuro del Urbanismo. **Anuário de Derecho Civil**, Madrid, n.2, t.1, p. 485-510, Abril-junio, 1958.

⁹⁰⁴ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 399.

⁹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87 e ss.

⁹⁰⁶ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 399.

6.1.1. Das limitações gerais e urbanísticas da propriedade

As limitações gerais atingem o caráter absoluto do direito de propriedade, mais especificamente, conformam as faculdades ditas de usar e dispor:

I – (*usar*) fruição, pelo qual o proprietário pode tirar da sua propriedade todas as vantagens que ela possa oferecer, incluindo o direito de uso da coisa, de forma que a empregue na destinação que lhe aprouver e o direito de ocupação, profundidade e altura;

II – (*dispor*) modificação, que envolve o poder de modificar (ou transformar), que trata da faculdade de alterar, por qualquer maneira, no todo ou em parte, e até destruir a substância da própria coisa e o poder de alienação, que consiste na possibilidade do proprietário alienar o bem, por qualquer dos meios pelos quais esta poderá ser adquirida⁹⁰⁷.

Tais limitações podem ser caracterizadas como urbanísticas na medida em que são impostas às faculdades de fruição e disposição no interesse do ordenamento do território. Quanto a sua natureza, as limitações urbanísticas são consideradas pela maior parte da doutrina como espécie do gênero de limitação administrativa, “devendo corresponder às justas exigências do interesse coletivo que as motiva, sem produzir total aniquilamento da propriedade, nas suas manifestações essenciais de uso, gozo e disponibilidade da coisa”⁹⁰⁸.

Essas limitações constituem condicionamentos ao exercício dessas faculdades⁹⁰⁹, sendo assim, não atingem a substância mínima ou o núcleo essencial do direito de propriedade. Caracterizam-se pela generalidade, executoriedade, razoabilidade e não confiscatoriedade, de forma que devem ser toleradas, e não geram direito de indenização⁹¹⁰. Em verdade, só se admitem imposições urbanísticas singulares à propriedade ou atividade de um ou mais indivíduos ou empresas, quando em ou atividade, por sua extensão, localização ou natureza, afetar de tal modo o interesse público⁹¹¹ que exija providências especiais. Tais casos não devem se resolver por limitações urbanísticas gratuitas, mas por meio de servidão ou desapropriação, mediante justas indenizações e meios adequados para solucionar situações particulares que conflitam com o interesse público.

Como as demais imposições do Poder Público, as urbanísticas nascem revestidas de *imperium* inerente a toda ordem estatal, tornando-se obrigatórias não só para os particulares como para a própria Administração, visto que a submissão de todos às normas constitui elemento essencial do Estado de

⁹⁰⁷ Cf. Noções elementares de Direitos Reais em: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003 e ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

⁹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

⁹⁰⁹ Esse condicionamento já estava expressamente assumido na primeira “Ley del Suelo” da Espanha, datada de 12 de maio de 1956, nos artigos 61 e 70, que transcrevemos: “art. 61. Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o en virtud de la misma por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios. (...) art. 70. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones no conferirá derecho a los propietarios a exigir la indemnización, por implicar-continúa-meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística”. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Ley del Suelo y el Futuro del Urbanismo. **Anuário de Derecho Civil**, Madrid, n. 2, t. 1, p. 485-510, abr./jun., 1958.

⁹¹⁰ BERÇAITZ, Miguel Angel. **Problemas jurídicos del urbanismo**. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1972. p. 40 e ss.

⁹¹¹ O interesse público aqui evocado pode suscitar inúmeras interpretações, sobretudo filosóficas e teológicas, as quais não nos ateremos. Em todo caso, consideramos o interesse público ligado às questões urbanísticas como aquele que revela um período em que o Estado e suas funções se ampliaram. É, assim, um interesse que corresponde a tarefas diversificadas que interessam ou que se reconhecem como importantes no contexto público e na regulamentação da vida em sociedade. Esse período é fundamentalmente marcado pela planificação e pelas intervenções públicas, sobretudo, nos domínios do território, do ambiente, da economia, da saúde e da política que assegura a utilização dos recursos comuns. Cf. MOOR, Pierre. Définir l'intérêt public : une mission impossible? In : RUEGG, Jean; DECOUTÈRE, Stéphane; METTAN, Nicolas. **Le partenariat public-privé**. Un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement? Lausanne : Presses Polytechniques et Universitaire Romandes, 1994. p. 217-235.

Direito. Tais dispositivos legais poderão conter imposições de três modalidades: positivas (fazer), negativas (não fazer) e permissivas (deixar de fazer).

As limitações urbanísticas, assim como as limitações administrativas em geral, são fundamentadas no princípio da função social da propriedade, estabelecido no artigo 5º, incisos XXII e XXIII e artigo 170, incisos II e III da Constituição Federal brasileira. São, portanto, limitações de uso da propriedade e não da propriedade em sua substância. São limites ao exercício do direito individual, e não aos direitos em si mesmos^{912 913}.

Quanto à finalidade, as limitações urbanísticas, por sua natureza, destinam-se a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social. O urbanismo prescreve e impõe normas sobre salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética para a cidade e suas adjacências, ordenando desde o traçado urbano, as obras públicas até as edificações particulares que vão compor o agregado humano⁹¹⁴.

Para desenvolvermos os principais instrumentos de intervenção urbanística, adotaremos a doutrina de Silva⁹¹⁵, que tendo em vista o bem tutelado, classifica as limitações urbanísticas em: a) limitações de proteção ao domínio público; b) limitações de proteção à salubridade urbana; c) limitações de proteção à funcionalidade urbana; d) limitações de proteção à segurança; e) limitações de proteção estética, paisagística e monumental⁹¹⁶.

Tendo em vista a faculdade dominial atingida, Silva⁹¹⁷ classifica as limitações urbanísticas em: a) limitações à faculdade de fruição do domínio; b) limitações à faculdade de modificação da coisa, ou limitações à modificabilidade da propriedade ou da coisa objeto de domínio; c) limitações à faculdade de alienação da coisa, ou limitações à alienabilidade da propriedade ou da coisa objeto do domínio.

a) Limitações à faculdade de fruição da propriedade

A faculdade de fruição⁹¹⁸ é manifestação do caráter absoluto do direito de propriedade e consiste no poder que o proprietário tem de tirar de sua propriedade todas as vantagens que ela possa lhe proporcionar⁹¹⁹. O proprietário exerce essa faculdade por meio do uso e da ocupação da coisa que lhe pertence, de sorte que as limitações a essa faculdade efetivam-se mediante limitações ao uso e à ocupação.

No que tange *ao uso da propriedade urbana*, verificamos que em diversos momentos o legislador poderá lançar mão dos instrumentos e institutos urbanísticos para lhe conformar. É o que ocorre, por exemplo, no caso do zoneamento, ou *zoning*, na expressão anglo-saxônica. Mediante o zoneamento, o solo fica destinado ou reservado a uma utilização específica, de sorte que todas as propriedades que compõem aquela zona ficam submissas ao uso determinado: residencial, comercial, industrial, institucional etc.

⁹¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 111 -112.

⁹¹³ Nesse sentido também Pinto, quando defende que a teoria da conformação da propriedade urbana pelo plano diretor oferece uma fundamentação muito mais adequada para o caráter não indenizável das limitações urbanísticas. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 215.

⁹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112.

⁹¹⁵ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 401

⁹¹⁶ Utilizaremos aqui a classificação de Silva, adaptada à nossa opção teórica das limitações, como já comentado em nota anterior. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 401 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107 e ss.

⁹¹⁷ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 401

⁹¹⁸ Da mesma forma no Direito Civil Português, dá-se o nome de fruição ao aproveitamento dos frutos e produtos de uma coisa, seja dos frutos materiais, seja dos frutos jurídicos (rendas ou juros ou outros tipos de rendimento). Cf. NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. 15. ed. Lisboa: Ediforum, 2006. p. 1073.

⁹¹⁹ Nesse sentido: SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 401.

Em se tratando da *ocupação da propriedade urbana*, tal limitação refere-se, sob o ponto de vista urbanístico, sobretudo à implantação das edificações no solo. O proprietário, ou quem quer que possua título hábil, não poderá ocupá-lo, significando aqui, construir na totalidade do solo, devendo necessariamente obedecer aos índices urbanísticos previstos para cada espaço. Nesse contexto, incluímos as taxas de ocupação, o coeficiente de aproveitamento, recuos, gabaritos, elementos que compõem a gama de normas que conformam a ocupação da propriedade. Dentro do rol das limitações à ocupação da propriedade também se incluem o alinhamento, o nivelamento, bem como as proibições *non aedificandi*⁹²⁰.

b) Limitações à faculdade de modificação da coisa

As limitações urbanísticas à faculdade de transformar a propriedade podem chegar, muitas vezes, à vedação completa de qualquer alteração do bem.

Ponto de grande interesse na tese apresentada, devemos lembrar que o direito urbanístico se presta a determinados fins (amplos) e deverá atender aos interesses ambientais e culturais. Nesse diapasão, é da essência do planejamento urbano a inclusão de uma perspectiva histórica, cultural e ambiental do solo a ser ordenado. Diante disso, a declaração do tombamento de bens urbanos deve corresponder a um contexto urbanístico sensibilizado em relação às necessidades de preservação cultural das cidades⁹²¹.

A modificabilidade da propriedade dependerá, dessa forma, de estar ou não limitada pelas regras urbanísticas que podem definir, entre outros, limites às alterações em ambientes protegidos em razão de sua riqueza natural ou construída⁹²².

As limitações à faculdade de modificação da coisa poderão estar estabelecidas nos planos diretores municipais, em leis urbanísticas especiais ou planos especiais. No caso do Brasil, é comum encontrarmos em planos especiais de urbanismo (zoneamento) áreas ou conjuntos arquitetônicos declaradamente preservados por suas características culturais e históricas. A natureza multidisciplinar desses planos especiais é uma de suas características essenciais. Como já comentamos anteriormente, o direito urbanístico é chamado a disciplinar o desenvolvimento e o crescimento urbanos e, no bojo desse direito, criam-se normas específicas destinadas a proteger e defender o patrimônio cultural inserido nas cidades, de modo a evitar a sua descaracterização e a perda da identidade urbana. Nesse ponto, o direito do patrimônio cultural coincide com o direito urbanístico: naquilo que respeita ao patrimônio existente nas cidades, ao patrimônio arquitetônico urbano e as suas zonas de proteção⁹²³.

⁹²⁰ Nesse sentido SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 402.

⁹²¹ Evitamos utilizar aqui o termo necessidades culturais das cidades visto que tal denominação implicaria uma diversidade de sentidos. Desenvolveremos em local próprio a questão dos interesses culturais e suas realizações, como é o caso da política cultural das cidades, que engloba desde a promoção do ensino elementar até a realização de obras públicas para a construção de estádios, teatros e outras estruturas que propiciem a realização de atividades culturais. No momento, o que nos cabe apresentar são as questões voltadas à proteção do patrimônio cultural arquitetônico por via do direito urbanístico, uma vez que se busca identificar aí a realização do direito a uma cidade culturalmente preservada. Cf. Bibliografia citada na Parte II da tese.

⁹²² Recordemos, ainda, as restrições à exploração de florestas de proteção permanente, de corte de qualquer árvore declarada imune de corte, de desmatamento de reservas florestais e, outrossim, da declaração de imodificabilidade das coisas tombadas, conforme preconiza o art. 17, do Decreto-Lei n. 25/1937, que proíbe a destruição, demolição ou a mutilação do bem tombado, assim como reparos, pinturas e restaurações sem prévia autorização do órgão competente (IPHAN e semelhantes nos Estados e Municípios). Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 402.

⁹²³ “O patrimônio cultural existente nas cidades tem um conceito mais reduzido que o patrimônio em geral. Trata-se de um patrimônio arquitetônico urbano, constituído por monumentos de reconhecido valor histórico e cultural, ou por conjuntos de monumentos classificados. (...) no âmbito de um curso de Direito do Urbanismo (...) o que se pretende é refletir sobre o patrimônio construído, e mais concretamente no âmbito do patrimônio construído urbano.” MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. p. 55 - In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Oeiras: INA, 1989.

A regulamentação urbanística em matéria de patrimônio cultural se justifica porque não basta classificar e tombam os monumentos individualmente considerados⁹²⁴. Para que a defesa do patrimônio seja completa, é necessário criar zonas de proteção especiais e comprometer toda a cidade em busca de uma harmonia com tais imóveis. De nada serve proteger um palácio ou uma casa da Idade Média, se a sua volta a construção for livre e desregrada. Não basta proteger um edifício, é necessário dedicar uma atenção especial a sua envolvente⁹²⁵.

Quando tratamos de envolvente, não queremos dizer apenas as servidões administrativas resultantes do tombamento. Queremos apontar a necessidade de vislumbrar a concepção de cidade culturalmente preservada para além desse espaço. Nesse sentido, as limitações à propriedade urbana poderão ser justificadas pelos interesses culturais, o que refletirá a atuação efetiva do Estado na proteção desses interesses.

c) *Limitações à alienabilidade da propriedade*

As limitações urbanísticas à faculdade de alienação da propriedade compõem o rol de limites ao exercício desse direito. Tais limitações são conhecidas entre nós através do conceito de “direito de preferência” ou “direito de preempção”⁹²⁶, estabelecido em favor de particulares (como um cláusula contratual) ou das pessoas coletivas de direito público (por lei)^{927,928}.

O “direito de preempção” ou o “direito de preferência” expressa os mesmos fatos e indica uma restrição ao poder de disposição que o proprietário tem sobre a coisa móvel ou imóvel, na medida em que deve, antes da alienação do bem que lhe pertence, oferecê-lo, em igualdade de condições, à certa pessoa, conforme determinado por lei ou cláusula contratual. Por outro lado, é o direito que assiste a uma pessoa de ser colocada, consoante determinado por lei ou contrato, em primeiro lugar na satisfação de seus interesses, quando outras desejam disputar sua primazia. Trata-se de um instituto tradicional do direito civil adotado pela legislação urbanística^{929,930}.

⁹²⁴ Nesse caso, nos referimos aos instrumentos típicos do direito do patrimônio cultural: classificação e tombamento.

⁹²⁵ GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 13, p. 97-113, jun., 2000.

⁹²⁶ Os romanos já conheciam o direito de preferência e o denominavam *pactum prothimiseos*. Na atualidade, é encontrado em quase todos os ordenamentos jurídicos. No Estatuto da Cidade, como veremos a seguir, possui o mesmo perfil jurídico do seu homônimo, instituído e regulado pelo Código Civil Brasileiro, nos artigos 513 e ss. Cf. GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção. p. 191-219. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.25/2001. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

⁹²⁷ Sua instituição poderá se dar por lei em favor da União, Estados ou Município, muitas vezes em razão do tombamento, conforme estabelece o artigo 22 do Decreto-Lei n. 25/1937. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 402.

⁹²⁸ Embora o direito de preferência esteja estabelecido no Código Civil referido como uma das cláusulas especiais da compra e venda, é comum encontrá-lo em outras leis que regulam transações diversas, a exemplo da enfiteuse e da locação. Cf. GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção. p. 191-219. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.25/2001. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

⁹²⁹ Para conhecer os desenvolvimentos do instituto em sede dos Direitos Civil e Urbanístico brasileiros, conferir: GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção. p. 191-219. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.25/2001. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

⁹³⁰ O direito de preempção compõe um rol de instrumentos que dotam o direito urbanístico de operacionalidade. Através do instituto da “preferência” o poder público amplia sua capacidade de gerir o solo, podendo com isso viabilizar projetos e operações futuras de urbanismo. Amplamente utilizado no direito francês, o direito de preempção foi adotado como instrumento de direito urbanístico daquele país, desde 26 de julho de 1962, quando então foi promulgada a lei que criou as zonas de ordenamento diferenciado (zones d’aménagement différencié – ZAD). Dentro dessas zonas o direito de preempção era amplamente exercido pela autoridade local. Em seguida, as leis de 31 de dezembro de 1975 e de 18 de julho de 1985 vieram ampliar o campo de aplicação do direito de preempção que passa a ser exercido sobre o conjunto de zonas urbanas. Atualmente, o direito de preempção é previsto no Código de Urbanismo francês em diversas modalidades, algumas abordadas adiante. Cf. DAVIGNON, Jean-François. **Droit de l’urbanisme**. Paris: Éditions du Juris- Classeur, 2004. p. 116 e ss; SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l’urbanisme**. Paris: Dalloz, 1996. p. 7-8;

O direito de preferência está inserido no Estatuto da Cidade, no rol de instrumentos em geral, como um dos institutos jurídicos e políticos disponibilizados ao legislador municipal para a execução da política urbana.

Nesse sentido, do artigo 25 ao artigo 27, o legislador infraconstitucional fez por bem conferir ao Poder Público Municipal o poder para instituir a preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de *alienação onerosa* entre particulares. A municipalidade assim o fará através de lei que, baseada no plano diretor, delimitará áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial em vigência. Esse prazo fica assegurado independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel.

Alguma problematização pode ser elaborada no que se refere à redação estabelecida no Estatuto da Cidade, onde se enuncia o direito de preferência apenas às alienações de caráter oneroso, excluindo, a princípio, as alienações de caráter gratuito, como são a doação em pagamento, a permuta, a doação, os casos de herança e legado. A omissão do legislador poderá abrir espaço para operações fraudulentas ou, no mínimo, reduzir o espaço de intervenção da administração municipal. Além disso, não fica expresso que a preferência há de ser em igualdade de preço e condições de pagamento ou se pode ser sob outro preço e condições diversas.

Qualquer que seja a interpretação, restrita ou ampla, deve-se ter em conta que, no que o Estatuto da Cidade for omissivo, aplica-se o Código Civil, que disciplina a matéria relativa ao direito de preferência. Quanto à questão do preço e das condições, parece-nos inquestionável que a regra é da igualdade, de forma que se evite o prejuízo ao erário público e ao particular se lhe garanta o justo pagamento pelo imóvel. Na esteira dessas ideias, Gasparini conceitua o direito de preferência urbanístico como

o direito assegurado por lei ao Município, nas mesmas condições de preço e pagamento, de ser preferido quando o proprietário de imóvel urbano situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor e sujeita ao regime da preempção se dispuser, por vontade própria, a aliená-lo onerosamente a particular ou se dispuser a aliená-lo, nessas condições, a terceiro em razão do recebimento formal de proposta de compra e venda⁹³¹.

Enunciados seu conceito e contornos elementares, podemos afirmar, quanto ao fundamento do direito de preferência, que o instituto adotado pela legislação urbanística se justifica em fatores principiológicos, legais gerais e legais especiais. O fundamento principiológico é vasto e abarca aqueles próprios do direito administrativo (função pública, por exemplo) e os próprios do direito urbanístico (entre eles destaca-se o princípio da função social da propriedade). Os fundamentos legais gerais se encontram no Código Civil e os legais específicos, no próprio Estatuto da Cidade, onde verificamos os contornos especiais do instituto, voltados para a realização dos fins urbanísticos.

No que tange à incidência, o instituto só poderá se estabelecer sobre a propriedade imobiliária situada em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor e submetida ao regime de preferência (§1º do art. 25, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

Sobre essa incidência, vale ressaltar a questão da qualificação da propriedade imobiliária. Retornamos à questão de se saber o campo de aplicação espacial dos institutos urbanísticos. O direito de preferência somente se aplica nas áreas declaradas urbanas? No que tange às áreas rurais, em expansão ou em situação intermediária, como se passaria a sua utilização?

A lei não restringe a incidência do instituto às propriedades declaradamente urbanas, o que vale dizer, discordando, nesse ponto de Gasparini⁹³², que o direito de preferência poderá ser estabelecido em toda área do município, independentemente da natureza (rural ou urbana) do seu território. Trata-se de um instrumento essencial para a intervenção do poder público a ser utilizado

⁹³¹ GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção. p. 191-219. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.25/2001. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

⁹³² GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção. p. 191-219. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.25/2001. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

para a realização de fins diversos, como é o caso da proteção dos espaços com valor ambiental e cultural. Afirmar que sua aplicação se restringe às áreas urbanas é limitar onde o legislador não o faz e se afasta do sentido da ampla aplicabilidade do direito urbanístico adotada expressamente pelo Estatuto da Cidade⁹³³.

Quanto a sua finalidade, o Estatuto estabelece as situações em que se justificará o exercício do direito de preempção pelo Poder Público. São elas estabelecidas no artigo 26, alíneas I a IX. As finalidades do direito de preempção reconhecidas no Estatuto da Cidade são eminentemente sociais, como se pode deduzir. Nesse sentido, reza o artigo 26 do Estatuto da Cidade que o direito de preferência será exercido sempre que o Município necessitar de áreas urbanas para:

I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – *proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico*; IX – (VETADO) (destacamos)⁹³⁴.

A lei municipal que delimitar as áreas passíveis de exercício do direito de preferência pelo Município deverá indicar qual a utilização a ser dada à propriedade adquirida. Nesse caso, o Poder Público deverá ter um sistema de planejamento bastante ágil e aparelhado, de forma a permitir o estabelecimento de propostas de desenvolvimento para a área, que permitam o detalhamento dos usos e modos de ocupação do solo que deverão predominar. A delimitação das áreas e a utilização que lhes será dada devem observar os critérios definidos no plano diretor para a aplicação do direito de preempção. Esse dispositivo é relevante no sentido de resguardar o direito dos proprietários e da comunidade quanto ao controle social para garantir que a utilização das áreas respeite o estabelecido na lei municipal.

A utilização da área adquirida em desconformidade com a definição legal importa em responsabilização do prefeito, que incorrerá em improbidade administrativa⁹³⁵, nos termos do artigo 52, inciso III do Estatuto da Cidade. A utilização indevida acarreta lesão à ordem urbanística prevista no artigo 56, podendo ser promovida ação civil pública a fim de obrigar o Poder Público a dar ao imóvel adquirido a destinação prevista na lei municipal que delimitou a área objeto do direito de preempção⁹³⁶.

No direito estrangeiro, essa limitação também é bastante ampla. Em Portugal, o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, estabelece nos artigos 126 e ss o direito de preferência da administração na alienação de terrenos e edifícios.

Nesse sentido, o município tem preferência nas transmissões por título oneroso, entre particulares, de terrenos ou edifícios situados nas áreas do plano com execução programada. O direito de preferência pode ser exercido com a declaração de não aceitação do preço convencionado. Nesse caso, o preço a pagar no âmbito da preferência será fixado nos termos previstos para o processo de expropriação litigiosa, com as necessárias adaptações, se o transmitente não concordar, por sua vez, com o oferecido⁹³⁷.

⁹³³ Lei n. 10.257/2001. “Artigo 40. (...) § 2 O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹³⁴ Lei n. 10.257/2001. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹³⁵ Nesse sentido, também MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 530 e 531.

⁹³⁶ OSORIO, Letícia Marques, SOSO, Patrícia Helena. Do Direito de Preempção. p. 187-192. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁹³⁷ Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, que estabelece o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss

Da mesma forma *le Code de l'urbanisme* francês estabelece no artigo L 210-1 e seguintes, *Le droit de préemption urbain*⁹³⁸, onde estão fixados os fundamentos e requisitos para a utilização desse instituto pelas autoridade local (*les communes*). É assim que toda unidade local dotada de um plano público de ocupação dos solos ou de um plano local de urbanismo aprovado, pode, por deliberação, instituir um direito de preempção urbana sobre todo ou parte das zonas urbanas e das zonas de urbanização futura delimitadas nesse plano.

6.1.2. Das servidões

Tratar do tema das servidões é, sobretudo, complexo. É um instituto clássico e, ao mesmo tempo, atual, de relevante importância teórica e prática, mas de difícil análise. Sua origem se encontra no direito civil, onde foram construídos inicialmente seus elementos e sua maior incidência atual, entretanto, se dá no bojo do direito administrativo, ramo do direito público que o acolheu e, inevitavelmente, o adaptou.

Na sua origem no Direito Romano, a servidão era direito real sobre coisa alheia e se dividia em servidões pessoais e servidões prediais. *Servitus* significa escravidão; portanto, na noção semântica já se verifica a submissão de alguma coisa ou pessoa em relação a outrem ou a algo. Eram consideradas pessoais o usufruto, o uso, a habitação e as *operae servorum et animalium* (o trabalho de escravos e animais)⁹³⁹.

Seguindo a tradição romana, o Código Civil brasileiro de 1916 mantinha a epígrafe “das servidões prediais”, que na verdade tratava das servidões propriamente ditas, uma vez que o usufruto, o uso e a habitação já não se denominavam servidões pessoais, tendo tratamento próprio no rol dos direitos reais. O novo Código Civil de 2002 trouxe somente o título “servidões” e com isso se refere às servidões prediais, ou seja, à relação de serviência entre dois imóveis, independentemente de quem sejam seus titulares⁹⁴⁰.

Apesar da melhor técnica adotada no novo Código Civil brasileiro, o conceito de servidão está mais bem apresentado no Código Civil português, no art. 1.543, onde se estabelece a noção do instituto: “servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela se beneficia”⁹⁴¹.

Da noção apresentada no direito português, podemos extrair suas principais características, comuns ao direito civil brasileiro. A servidão pressupõe necessariamente dois imóveis, entre os quais se estabelece uma relação que beneficia um deles. De tal afirmação, concluímos pela existência da “inseparabilidade” (art. 1.545 do CC português), quer da posição passiva, quer da posição ativa dos prédios sobre os quais se estabelece a servidão. Trata-se, ainda, de uma situação em que se verifica a aderência ou “indivisibilidade” (art. 1.546, do CC português), em razão da qual a servidão não

⁹³⁸ O artigo L. 211-1 do Código de Urbanismo Francês prevê que o direito de preempção poderá ser exercido em vista a realização do “interesse geral” das ações ou operações definidas no artigo L. 300-1, a saber: a implantação de uma política local de habitação, organização, manutenção, da extensão ou do acolhimento de atividades econômicas, com o objetivo, ainda, de favorecer o desenvolvimento do lazer e do turismo, de implementar equipamentos coletivos, de lutar contra a insalubridade, de permitir a reestruturação urbana, de salvaguardar ou valorizar o patrimônio arquitetônico ou móvel. Cf. DAVIGNON, Jean-François. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Éditions du Juris-Classeur, 2004. p. 117. Conferir, ainda, CRISTINI, René. *Code de L'urbanisme commenté*. 18. Édition. Paris: Dalloz, 2009. p. 502 e ss.

⁹³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 399 e ss.

⁹⁴⁰ Desde que se trate de proprietários distintos, uma vez que *nulli res sua servit*, ou seja, a servidão não se institui sobre coisa própria. Conferir artigo 1.378 e na doutrina: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. Editora Atlas: São Paulo, 2001. p. 141.

⁹⁴¹ “Servidão é o direito real com o conteúdo de possibilitar o gozo de certas utilidades de um prédio em benefício de outro prédio. Quer dizer que as utilidades, cujo gozo o direito de servidão propicia, devem ser utilidades susceptíveis de serem gozadas por intermédio de outro prédio, o prédio dominante. Não basta, assim, a mera existência de uma vantagem, de um benefício, ou de uma utilidade para o titular da servidão individualmente determinado. É necessário que haja um proveito objetivamente ligado a outro prédio.” Cf. NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 15. ed. Lisboa: Ediforum, 2006. p. 1241.

desaparece com a divisão dos prédios servientes. E, em decorrência dessas características, resulta que a servidão é uma relação imobiliária, *propter rem*, autonomizada por lei⁹⁴².

A servidão civil no Brasil se estabelece na forma de um direito real, pelas vias estabelecidas no art. 1.378 do Código Civil: “a servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e se constitui mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”⁹⁴³. Da mesma forma, em Portugal a servidão predial civil se constitui nos termos do art. 1.547 do Código Civil português “por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família”⁹⁴⁴. Decorre de ato de vontade e difere das restrições de vizinhança que tem caráter regulatório, decorrente de imposição legal.

Difere dessas duas, por sua vez, a servidão administrativa⁹⁴⁵. O direito público utilizou o princípio básico das servidões clássicas de direito privado para estabelecer ônus real⁹⁴⁶ de uso imposto pela Administração a fim de realizar e assegurar obras, serviços e utilização públicos. Entretanto, ao assimilar o instituto de origem civil, a ordem administrativa não o fez sem lhe conferir perfil próprio, adequando-o às necessidades públicas. É assim que no conceito de servidão administrativa não existe a definição de dois prédios, dominante e serviente, mas a restrição ao exercício amplo da propriedade privada em prol de atividade para fins públicos⁹⁴⁷.

Nesse sentido, dizemos que nas servidões administrativas existem os elementos que caracterizam a servidão tradicional, porém sua principal diferença está na definição da *res dominans*. Ou seja, na servidão administrativa a coisa dominante é o serviço público, a organização de pessoas e bens constituída para executá-los, “é determinado bem, enquanto afetado à realização de um serviço público”⁹⁴⁸.

Quanto a sua natureza, a servidão administrativa se enquadra como uma espécie de limitação à propriedade ou como espécie de restrição ao direito de propriedade, dependendo do entendimento que se atribui a esses conceitos⁹⁴⁹.

Enquanto espécie de limitação à propriedade, a servidão corresponderia a uma “delimitação”, que consiste na fixação do conteúdo normal do direito de propriedade, sua moldura jurídica, não pressupondo qualquer restrição à sua substância, nem atribuindo vantagem ou aproveitamento a um sujeito distinto do seu titular.

⁹⁴² Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

⁹⁴³ Cf. CAHALI, Yussef Said. **Código Civil**. Código Processo Civil. Código Comercial. Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁴⁴ NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. 15. ed. Lisboa: Ediforum, 2006. p. 1243.

⁹⁴⁵ Nesse sentido, nos afastamos dos autores que falam indiscriminadamente em servidão administrativa para abranger toda e qualquer forma de vinculação de coisas particulares derivada de considerações de interesse público. Essa posição não nos parece correta. A servidão exige uma relação objetiva entre coisas, tem de haver o proveito ou serviço de uma coisa, à custa de uma restrição no gozo de coisa alheia. Com esse mesmo entendimento: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 490.

⁹⁴⁶ Alguns autores qualificam as servidões administrativas como direitos reais administrativos (GONZALES PÉREZ, Jesús. **Los derechos reales administrativos**. 2. ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989). Em 2003, foi aprovado em Portugal o Decreto-Lei n. 276, no qual tal entendimento é admitido pelo legislador português na medida em que aceita a qualificação de Gonzales Pérez ao referir que as servidões de linha férrea têm natureza de direitos reais públicos sobre bens alheios. (art. 4º, n. 1). Cf. COSTA, Antonio Pereira da. Servidões Administrativas. In: **Congresso de Direitos Reais**. 28 e 29 de novembro de 2003, Coimbra. p. 8.

⁹⁴⁷ Nesse sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 399 e ss.

⁹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. Editora Atlas: São Paulo, 2001. p. 141.

⁹⁴⁹ Na doutrina administrativista brasileira, os conceitos de restrição e limitação administrativas variam. Ora tratam de restrições como conceito geral, que engloba todo e qualquer tipo de configuração da propriedade, ora diferem restrições de limitações, tratando as primeiras de diminuição do conteúdo da propriedade com caráter indenizatório e as segundas da conformação ou moldura geral da propriedade, sem caráter indenizatório. No primeiro sentido: Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. Editora Atlas: São Paulo, 2001; SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. No segundo sentido, ao qual nos filiamos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Enquanto restrição de utilidade pública, corresponderia, sobretudo, a diminuição de um ou mais elementos do direito de propriedade em nome de um interesse coletivo, cuja implementação gera ônus indenizável ao titular do direito de propriedade.

Conforme temos desenvolvido neste capítulo, compreendemos a servidão de natureza pública como um instituto que incide sobre um direito de propriedade que se compôs anteriormente e que sofrerá uma inevitável redução com sua aplicação. É de se esclarecer, desta feita, que a servidão repercute em diminuição e não em simples delimitação natural do direito de propriedade, daí a indicação individualizada do instituto, ao lado (e não no mesmo tópico) das limitações administrativas à propriedade.

Essa distinção é de especial relevo. Saber se um ato estatal representa uma limitação do direito ou a restrição de um direito faz toda a diferença no momento de estabelecer os direitos a uma possível indenização. O tema é importante, pois expressa a distinção entre, por uma parte, uma atuação administrativa que deve ser suportada passivamente pelo administrado, como uma carga da vida social, sem contraprestação econômica alguma; e, por outra parte, aquela atuação da administração que, ainda que produzindo o efeito de um sacrifício imperativo de direitos patrimoniais que o titular destes deve sofrer, faz nascer, correlativamente, um direito a ser indenizado pela perda material que a medida lhe comporta⁹⁵⁰.

Não se quer dizer com isso, entretanto, que sempre haverá um direito à indenização quando ocorrer a servidão. O caráter indenizatório poderá ou não existir. Em regra, a servidão tole o uso da propriedade e com isso representa uma diminuição do uso que requer compensação, entretanto, a situação poderá dispensar indenização. É o que ocorre, por exemplo, quando da fixação de placas de denominação de ruas⁹⁵¹.

Em Portugal, está consagrada a posição de Caetano⁹⁵², jurista que sustenta que o Código Civil português prescreve um conceito de servidão que não é inteiramente recebida pelo direito administrativo. Caetano a conceitua como “encargo imposto por disposição da lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa”, incluindo nesse conceito **a servidão de uso público**⁹⁵³. Como exemplo desse entendimento, indica o artigo 12, do Decreto-Lei n. 468/71, de 5 de novembro, que no n. 1 determina que

todas as parcelas privadas de leitos ou margens públicos estão sujeitas às servidões estabelecidas por lei e, nomeadamente, a uma servidão de uso público no interesse geral de acesso às águas e da passagem ao longo das águas, da pesca, da navegação ou da flutuação, quando se trate de águas navegáveis ou flutuáveis, e ainda da fiscalização e polícia das águas pelas autoridades competentes.

Das servidões urbanísticas

As servidões constituem limitação ao caráter exclusivo da propriedade, porque com elas se estabelece no imóvel serviente o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, dito dominante, ou de uma pessoa, de sorte que o proprietário não é o único a exercer os direitos dominiais sobre a coisa. Quando em favor de prédio dizemos, servidão real; quando em benefício de alguma pessoa, dizemos servidão pessoal. Trata-se de instituto de direito civil que, com adaptações, é utilizado

⁹⁵⁰ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 113-114..

⁹⁵¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 293.

⁹⁵² CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1051 e ss.

⁹⁵³ Alguns autores qualificam as servidões administrativas como direitos reais administrativos (GONZALES PÉREZ, Jesús. **Los derechos reales administrativos**. 2. ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989). Em 2003, foi aprovado em Portugal o Decreto-Lei n. 276, onde tal entendimento é admitido pelo legislador português na medida em que aceita a qualificação de Gonzales Pérez ao referir que as servidões de linha férrea têm natureza de direitos reais públicos sobre bens alheios. (art. 4º, n. 1). Cf. COSTA, Antonio Pereira da. Servidões Administrativas. In: **Congresso de Direitos Reais**. 28 e 29 de novembro de 2003, Coimbra. p. 8.

no direito público. Quando tratamos da disciplina urbanística, resta nos ater às situações em que a utilização desse instrumento jurídico passa a ser vinculado a objetivos ou a fins do ordenamento do território.

A servidão urbanística⁹⁵⁴ é uma espécie das servidões públicas e se caracteriza por ser um ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, a fim de assegurar a realização e manutenção de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário⁹⁵⁵.

Servidão urbanística consiste na “limitação à exclusividade do domínio sobre um imóvel em benefício de um bem de domínio público, no interesse da ordenação dos espaços habitáveis”⁹⁵⁶.

Em Portugal, o Decreto n. 555/99, de 16 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho, que contém o “regime jurídico da urbanização e da edificação” e a doutrina mais tradicional, reconhece as servidões como “encargos impostos por lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa”, sendo, por isso estabelecidas por causa da utilidade pública de certos bens⁹⁵⁷.

A utilização mais anunciada das servidões no direito urbanístico se dá na modalidade “negativa”⁹⁵⁸, ou seja, sob a forma de servidões *non aedificandi*. Exemplo comumente indicado está no âmbito da proteção dos imóveis classificados como bens culturais, na medida em que se estabelecem zonas especiais de proteção dentro das quais o direito de construir, reformar ou modificar os bens imóveis resta totalmente vinculado (ex. artigo 43, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro – Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e valorização do Patrimônio Cultural Português)⁹⁵⁹.

Entretanto, diversas são as servidões que implicam direta ou indiretamente na disciplina dos solos. É o caso das servidões estabelecidas para a passagem de cabos condutores de energia elétrica e de redes de informática e televisão, fios telegráficos e telefônicos, aquedutos, gasodutos e oleodutos em propriedade particular, mas com finalidade ou interesse público⁹⁶⁰. Todos esses elementos compõem a disposição funcional das cidades, como tais, integram o campo de aplicação material do direito urbanístico e, portanto, acabam por estar inseridos em um contexto maior das finalidades urbanísticas determinadas na planificação.

Ainda que com menor desenvolvimento, é possível verificar na doutrina e jurisprudência brasileiras que existe uma tendência ao reconhecimento da existência da servidão urbanística, no momento em que esta se consagra em instrumentos típicos do direito urbanístico, a saber, dos planos.

⁹⁵⁴ A utilização do termo “servidão urbanística” ou “servidão de urbanismo” é, sobretudo, adotada no direito francês onde se verifica consagrado no artigo L. 160-5 do Code de l’Urbanisme o “princípio da não indenização das servidões do urbanismo”, com exceção expressa dos casos em que resulta dessas servidões um prejuízo aos direitos adquiridos ou uma modificação do estado anterior represente um prejuízo direto, material e certo. Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l’urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 838-844 e CRISTINI, René. **Code de L’urbanisme commenté**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 471 e ss. Entretanto, segundo assinala Correia, o termo não é totalmente feliz, uma vez que nem sempre existe um prédio dominante, isto é, um prédio beneficiário da servidão e, além disso, a justificação da servidão não é apenas o urbanismo, mas também a proteção dos monumentos históricos e da natureza. Seria, por isso, mais correto falar em “sujeição de interesse geral”. Mas, como a maior parte das sujeições são impostas no interesse de uma boa urbanização, pode-se utilizar a expressão “sujeição de urbanismo”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 324 e ss.

⁹⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 174, e **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 619.

⁹⁵⁶ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 404-405.

⁹⁵⁷ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 324 e ss.

⁹⁵⁸ As servidões administrativas podem ser classificadas de acordo com os critérios da sua origem, de constituição, sua duração, conteúdo e finalidade. De acordo com a origem, podem ser legais ou voluntárias, caso decorram diretamente de lei ou estejam previstas em lei, mas dependam de um ato administrativo para se constituírem. Segundo sua duração, poderão ser permanentes ou temporárias, quando estabelecidas com tempo determinado ou não. Quanto ao seu conteúdo, poderão ser positivas e negativas. As primeiras denotam uma obrigação de fazer, por outro lado as negativas denotam uma obrigação de não fazer ou um *non facere*, que proíbe o proprietário do prédio serviente de exercer algumas faculdades do seu direito, como por exemplo, a faculdade de construir nas faixas determinadas em uma zona *non aedificandi*. Cf. Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 297.

⁹⁵⁹ Cf. Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 293.

⁹⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175.

O processo de planificação⁹⁶¹, como verificaremos em capítulo próprio, não resta insensível aos eventos já consagrados no solo, tais como medidas especiais de proteção do patrimônio cultural imóvel (tombamento de monumentos, conjuntos culturais, paisagens etc). A esses eventos a doutrina portuguesa atribui relevância e técnica destacadas. Os planos territoriais ficam condicionados às servidões administrativas e limitações de utilidade pública porventura estabelecidas antes daqueles. É assim que as servidões, nesse caso, constituem uma limitação à liberdade de conformação dos planos urbanísticos, devendo os mesmos respeitá-las e assinalá-las na indicada “planta de condicionantes”⁹⁶².

Por outro lado, as servidões decorrentes de instrumentos primários de tutela do patrimônio cultural poderão ser reguladas com maiores detalhes e mesmo ampliadas em sede de planificação territorial (ver Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro).

Para além de serem recepcionadas pelos planos urbanísticos, as servidões⁹⁶³ poderão ser estabelecidas por aqueles, na medida em que se justifiquem no contexto da gestão e ordenação do solo. É o que se depreende da interpretação do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001, de 10 de julho), que indica a servidão administrativa como instrumento jurídico a ser utilizado na realização dos fins daquela Lei (artigo 4º, inciso V, “b”).

Das indenizações

As servidões administrativas (dentre estas, as urbanísticas) podem ou não gerar indenizações (conforme já assinalamos anteriormente), segundo sua índole ou a natureza dos prejuízos dela emergentes⁹⁶⁴. É o que determina a legislação portuguesa, especificamente o Código de Expropriações Português em vigor (Decreto-Lei n.168/99, de 18 de setembro), que avança, apesar de ainda ser passível de críticas, na discussão acerca dos momentos em que a servidão gera o direito à compensação pecuniária ao proprietário do prédio serviente⁹⁶⁵.

No Brasil, o dever de indenizar em razão de servidões administrativas é, em regra, objeto de avaliação judicial ou composição amigável, como se procede nas desapropriações (Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 40) e a qualificação dos prejuízos se dará em cada caso, tendo-se em vista a modalidade e os ônus da servidão, bem como as peculiaridades do imóvel e as limitações impostas à sua normal utilização.

A indenização das servidões administrativas pode, ainda, ser direta ou indireta, querendo dizer com isso que, no primeiro caso, trata-se do pagamento em dinheiro e em uma só vez, como referido no artigo 67, n. 1, do Código das Expropriações Português. E é possível, de outra forma, que a

⁹⁶¹ O sistema de planificação português se divide em sete espécies de planos de ordenamento: o plano nacional de ordenamento do território; os planos regionais de ordenamento do território; os planos especiais de ordenamento do território; os planos municipais de ordenamento do território, com as suas três subespécies: os planos diretores municipais; os planos de urbanização e os planos de pormenor. Cf. CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁹⁶² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 331.

⁹⁶³ Cf. SURAY, Jacques de. **Servitudes d’urbanisme**. Bruxelles: Bruylant, 1995.

⁹⁶⁴ Nesse sentido também no direito francês. Cf. HOSTIOU, René. La non-indemnisation des Servitudes d’urbanisme. **L’Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, p. 27-32, mai., 1993.

⁹⁶⁵ Correia assinala a inconstitucionalidade do n. 2, do artigo 8º do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, na parte em que não consente a indenização de todas e quaisquer servidões administrativas que produzem danos especiais e anormais (ou graves) na esfera jurídica dos proprietários dos prédios pelas mesmas onerados, uma vez que tal dispositivo afrontaria o princípio do Estado de Direito Democrático, condensado nos artigos 2º e 9º, alínea b, da Constituição portuguesa (a indenização dos prejuízos oriundos daquelas servidões é uma exigência desses princípios, do princípio da igualdade, plasmado no art. 13º, n. 1, da Lei Fundamental, uma vez que o proprietário do prédio afetado pelas referidas servidões administrativas contribuirá em maior medida do que os restantes cidadãos para o interesse público, havendo, assim, uma violação do “princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos” se os danos não forem indenizados) e do princípio da justa indenização por expropriação, entendida aqui, no sentido de expropriação de sacrifício ou substancial, consagrado no artigo n. 62, n. 2, da Constituição portuguesa. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 332 e ss.

indenização seja indireta, sendo paga em prestações ou através da cedência de bens ou direitos⁹⁶⁶. Em todo caso, assim como na indenização por expropriação, também a indenização pela servidão administrativa deve ser justa e, por isso, deve consistir numa compensação integral dos danos infligidos ao proprietário do prédio serviente.

No que se refere, ainda, às restrições promovidas em razão da aplicação de instrumentos de gestão territorial, o artigo 143, “2”, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, diploma que estabelece o regime jurídico daqueles instrumentos em Portugal, esclarece que “são indemnizáveis as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação.” E, completa, que “as restrições determinadas pelos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas geram um dever de indenizar quando a compensação nos termos previstos na secção anterior não seja possível”⁹⁶⁷.

6.1.3. Da desapropriação

Ordenar o espaço é uma atividade muito delicada, sobretudo, quando se trata de um espaço que já não se encontra vazio, mas preenchido por seres humanos que se dedicam a atividades variadas e pelos registros físicos de tais atividades (casas, prédios, praças, ocupações irregulares, comércios, ruas, avenidas, estradas etc)⁹⁶⁸. Quando o espaço a ordenar é totalmente deserto (no caso da criação de uma nova cidade, por exemplo), a questão não se coloca, pois o condicionamento do solo apenas comprometeria uma ocupação futura. Quando se trata de avaliar e solucionar problemas existentes em cidades ou localidades consolidadas, põe-se a questão de saber em que medida é que a nova ordem (que vem a limitar ou interditar) pode se opor às afetações e utilizações de outrora.

Na medida em que se assiste ao aparecimento cotidiano de novas necessidades e situações geradas pela crescente urbanização dos espaços, o urbanismo tende a se tornar sobretudo um instrumento de gestão⁹⁶⁹ das cidades, e nesse diapasão necessita de ferramentas para atingir certos fins de interesse geral.

A desapropriação é um instituto de direito administrativo que se caracteriza por ser o mais invasivo⁹⁷⁰. Sua aplicação implica perda da propriedade e gera o direito ao proprietário de indenização total pelos prejuízos dela decorrentes. É o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de sua propriedade e a adquire, mediante pagamento de

⁹⁶⁶ No caso específico da aplicação dos instrumentos, Portugal possui um sistema de compensação fundado no princípio da perequação compensatória dos benefícios e encargos. Nesse sentido os dispositivos 135 e ss do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 304 a 309.

⁹⁶⁷ Portugal possui um sistema de compensação fundado no princípio da perequação compensatória dos benefícios e encargos decorrentes dos instrumentos de gestão territorial. Cf. Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss

⁹⁶⁸ Cf. CAUPERS, João. Estado de Direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, jun., 1998.

⁹⁶⁹ Cf. FANTÔME, Étienne; LEBRETON, Jean-Pierre. Opération d’aménagement et tissu urbain existant. **L’annuaire français du droit de l’urbanisme et de l’habitat**, Paris, n. 4, p. 129-148, 2000 e GAUDIN, Jean-Pierre. La Cite Reconstituée. Techniques de Planification Urbaine et Légitimités Politiques au Début du 20eme Siècle. **Revue Française de Science Politique**, Paris, n. 1, v. 35, p. 91-115, fev., 1985.

⁹⁷⁰ O nosso ordenamento jurídico, inobstante assegure o direito de propriedade, oferece instrumental no sentido de que não se veja a Administração impedida da realização de suas finalidades, que nem um sentido amplo deve sempre coincidir com o interesse público. O interesse público “é a síntese dos interesses, compreendidos estes como valores jurisdicizados, da coletividade, organizada e submetida a um regramento jurídico, com afetação direta ao Estado-Poder, que genericamente os titulariza”. Cf. BEZNOS, Clóvis. Desapropriação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira (Coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1991. p. 103-117.

indenização, fundado em um interesse público. Trata-se de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado⁹⁷¹.

Nos termos do Direito português, a “expropriação” é o meio através do qual o Estado, movido por imperiosos motivos de interesse público, determina a aquisição imediata de certos bens. Essa determinação caracteriza-se por se realizar sob a égide da autoridade inerente ao Estado. Como ensina Caetano⁹⁷², “nem sempre é possível ou conveniente adotar o acordo de vontades (...)”, de maneira que para esses casos o direito público disponibiliza a via da expropriação.

A expropriação por utilidade pública pode definir-se, ainda segundo Caetano, como

a relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis em um fim específico de utilidade pública, extingue os direitos subjetivos constituídos sobre eles e determina a sua transferência definitiva para o patrimônio da pessoa a cujo cargo esteja a prossecução desse fim, cabendo a esta pagar ao titular dos direitos extingos uma indenização compensatória⁹⁷³.

O instituto da desapropriação por utilidade pública nasceu do conflito entre o princípio do caráter absoluto da propriedade privada (que é uma das bases da ordem jurídica individualista) e a necessidade de realizar fins sociais de interesse coletivo mediante a utilização de bens já apropriados.

Por um lado, a lei civil prescrevia que a propriedade privada, forma assumida pela liberdade individual, fosse intangível no vínculo que liga o proprietário ao objeto. Por outro, a prática administrativa demonstrava que é necessário muitas vezes sacrificar o interesse individual ao interesse geral. Assim se chegou a um compromisso, admitindo-se que o proprietário do bem seja privado de seus imóveis sobre os quais exerce o seu direito, mediante justa indenização e apenas nos casos em que os bens se destinem a uma utilidade pública que supera em interesse à função social que estavam a desempenhar⁹⁷⁴⁹⁷⁵.

O procedimento expropriativo é composto por uma série de atos e formalidades pré-estabelecidas, os quais a entidade expropriante tem de desenvolver antes de adquirir a propriedade do bem objeto de expropriação e de os seus titulares poderem receber o montante da indenização devida pela expropriação. Nos sistemas sob análise, as leis que regem o instituto visam, em regra, que o procedimento decorra o mais célere possível, de modo que tanto os expropriados vejam terminar a situação que para si é penosa, como a expropriante tenha um processo com custos menores⁹⁷⁶. Tenta-se em regra, nesses regimes, fazer com que a expropriação se conclua no âmbito administrativo, embora seja muito mais comum o recurso judicial⁹⁷⁷ por parte do expropriado, sobretudo, em razão do difícil e central elemento dessa via administrativa, a definição do montante da indenização⁹⁷⁸.

⁹⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 758.

⁹⁷² CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1015.

⁹⁷³ CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1020.

⁹⁷⁴ CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1021.

⁹⁷⁵ A função social da propriedade é o fundamento do ato expropriativo e deverá ficar demonstrada na medida em que a desapropriação deverá se impor ao particular conforme os preceitos legais vigentes, sem que se admita o abuso ou desvio de poder da administração pública. A utilidade pública é que impulsionará as ações que visem atingir o direito de propriedade. Esse interesse público ou utilidade pública poderá se configurar em uma situação em que o Estado necessita realizar operações de urbanização, momento em que se configura a “desapropriação por motivos urbanísticos” ou “desapropriação urbanística”. Nesse sentido, a doutrina de Cretella Jr. já se manifestava em 1979, tendo sido reforçada e adensada pela doutrina atual. Cf. CRETELLA JR., José. **Teoria e Prática do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 285 e ss.

⁹⁷⁶ COSTA, Pedro Elias da. **O Código das Expropriações: Enquadramento geral e inovações. “O procedimento expropriativo”**. Segunda sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, p. 29-40, 2003.

⁹⁷⁷ Não desenvolveremos neste momento o processo jurisdicional, embora reconheçamos sua relevância. Sugerimos, nesse sentido, consultar no Brasil: SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência**. São Paulo: RT, 2006 e, em Portugal, CORREIA, Fernando Alves. **A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

⁹⁷⁸ O cálculo do valor da indenização é central no sistema de desapropriação. Segundo Bastos, a indenização, para ser justa, deve possuir as seguintes características: ser *integral*, *objetiva* e *atual*. Nesse sentido a indenização é *integral* quando ressarcir de todos os danos e não só uma parte deles, mesmo que sejam temporários. Equivale a dar ao expropriado em

No Brasil, há dois tipos de desapropriação: aquela em que a indenização é prévia, justa e em dinheiro, conforme a tradição jurídica, prevista no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal como regime ordinário das desapropriações e disciplinada pelo Decreto-Lei n. 3.365/1941 (utilidade pública) e pela Lei n. 4.132/62 (interesse social)⁹⁷⁹. E a segunda modalidade de desapropriações, onde o pagamento é efetuado mediante títulos de dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais sucessivas. A indenização nesse caso também deve ser justa, diferindo da primeira pelo momento do seu pagamento que não é prévio e da espécie monetária, que nesse caso não é dinheiro, mas títulos⁹⁸⁰.

Trataremos rapidamente das desapropriações excepcionais brasileiras para em seguida abordarmos a desapropriação ordinária e sobretudo a com fins urbanísticos⁹⁸¹, que nos interessa ressaltar.

As desapropriações excepcionais são elencadas na Constituição Federal e se restringem a duas hipóteses:

- a desapropriação realizável em nome da reforma agrária, nos termos dos artigos 184, 185 e 186 da Constituição. Tal desapropriação é de competência da União e só incide sobre imóveis que não estejam cumprindo sua função social. A Lei n. 8.629/93 regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. Nela define os requisitos e os conceitos pertinentes a essa modalidade de desapropriação;
- a desapropriação realizável em nome da política urbana de competência municipal, conforme estabelecido no artigo 182 da Constituição e regulamentada no Estatuto da Cidade, artigo 8º e ss, da Lei n. 10.257/2001.

Na desapropriação realizada com fins de reforma agrária aplicam-se os artigos 184, 185 e 186 da Constituição Federal brasileira. Somente a União é competente para efetuá-la e tal medida incidirá sobre imóveis que não estejam atendendo a sua função social. O artigo 186 da Carta Magna traz o rol de elementos que caracterizam a propriedade bem aproveitada ou que se ajusta à função social:

I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores⁹⁸².

dinheiro o mesmo valor do que se lhe priva. Essa indenização comporta uma série de elementos, que se dividem em principal e secundários. O elemento principal é o valor do bem propriamente dito; os secundários são as despesas com transporte de equipamentos ou materiais que estejam no prédio desapropriado (art. 25, §1º do DL n. 3.365/41); fundo de comércio (art. 26 do DL n. 3.365/41); benfeitorias necessárias e úteis; correção monetária (art. 26, §2º, do DL n. 3.365/41); honorários advocatícios (art. 27 do DL n. 3.365/41); juros compensatórios e moratórios. A indenização *objetiva* é aquela se baseia no valor objetivo, que é o que a coisa realmente vale, no lugar do bem expropriado e no tempo da desapropriação. E, por fim, indenização *atual* é aquela cujo valor é atual, que possui o imóvel no momento da desapropriação, como se o expropriado tivesse vendido sua propriedade. Para maiores desenvolvimentos do tema, BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 210.

⁹⁷⁹ Nobre Júnior anota com competência acerca dos princípios que regem a desapropriação no Brasil, aplicáveis a todas as modalidades aqui abordadas. Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Princípios Retores da Desapropriação*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, p. 203-217, jul./set., 1997.

⁹⁸⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 759.

⁹⁸¹ Na maior parte da doutrina brasileira o termo “desapropriação urbanística” se refere aos dois tipos de desapropriação: excepcional/sanção e ordinária. Em que pese em ambas se observar o princípio da justa indenização, o momento e a forma de pagamento na desapropriação sanção lhe confere caráter sancionatório, distinguindo-se com isso, elementarmente, da desapropriação urbanística ordinária. Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Desapropriação Urbanística. Um instrumento jurídico de desenvolvimento urbano*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 153-177, jan./mar., 2000 e KIM, Richard P. Pae. *Desapropriação – Sanção Urbanística no Estatuto da Cidade: Algumas Questões*. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 141-157.

⁹⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 760.

A Constituição reflete uma tentativa de redistribuição das riquezas e visa a atingir os latifúndios improdutivos, fruto da desigual repartição das terras brasileiras⁹⁸³. Em seguida à iniciativa do constituinte de 1988, as casas legislativas brasileiras aprovaram a Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que regulamenta aqueles dispositivos constitucionais e disciplina a reforma agrária. A lei exclui da desapropriação as pequenas e médias propriedades, classificando-as com base no valor estimado em módulos fiscais (art. 4º), e esmiúça a noção de “propriedade produtiva”, noção dependente do grau de aproveitamento da terra, igual ou superior a uma relação percentual de 80% entre área efetivamente utilizável e a área aproveitável total.

A indenização deverá ser justa e prévia. Segundo caracterização feita pelo artigo 12 da Lei n. 8.629, com a redação da Medida Provisória n. 2.183-56/2001, entende-se como justa a

indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos: I – localização do imóvel; II – aptidão agrícola; III – dimensão do imóvel; IV – área ocupada e ancianidade das posses; V – funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias. §1º Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA. §2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel⁹⁸⁴.

A desapropriação realizada em nome da política urbana, por sua vez, é efetuada apenas pelo Município, conforme condições estabelecidas no artigo 182 da Constituição Federal, especificamente o §4º, inciso III⁹⁸⁵.

Trata-se da desapropriação a sanção que incide sobre imóveis situados em área prevista e inclusa no Plano Diretor do Município. Para além de estarem inseridas no plano diretor, as áreas devem ser objeto de lei especial que determine aos proprietários, nos termos do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), que promovam uma determinada utilização em seus imóveis. O proprietário terá uma obrigação definida em lei de agir ou fazer, sob pena de aplicação de medidas sancionatórias que culminam com a desapropriação mediante pagamento de títulos da dívida pública.

A desapropriação sanção é imposta ao proprietário renitente, que mesmo após a imposição do IPTU progressivo pelo prazo de cinco anos consecutivos se omite em tomar as medidas necessárias para a utilização adequada do solo urbano, conforme definida na legislação urbanística local⁹⁸⁶.

A hipótese de desapropriação sanção urbana prevista na Constituição e disciplinada pelo Estatuto da Cidade não é necessariamente uma modalidade de grande execução prática. O IPTU progressivo que a antecede pode chegar a uma alíquota de 15%, o que deixa o proprietário com poucas condições de resistir ao cumprimento do dever de adequar o seu imóvel à função social determinada.

Por outro lado, a espécie de desapropriação prevista na lei somente se viabiliza mediante existência de um plano diretor municipal que defina a determinante desse tipo expropriatório. Mesmo

⁹⁸³ Ver o capítulo I da primeira parte da tese.

⁹⁸⁴ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 761-762.

⁹⁸⁵ “§ 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”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁸⁶ Conferir BEZOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. p. 117-136. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

com relação às cidades com menos de 20 mil habitantes, em que não é obrigatória a aprovação de plano diretor, a aplicação do instrumento ficará condicionada a existência prévia da planificação⁹⁸⁷.

Outro aspecto a ressaltar é que para viabilizar a desapropriação cumpre exaurir todas as medidas definidas no §4º do artigo 182 da Constituição como precedentes obrigatórias: a) parcelamento ou edificação compulsórios⁹⁸⁸; b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo. Além disso, é imprescindível a aprovação de lei municipal prévia e especial que considere a área incluída no plano diretor, determine, conforme o caso, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano, fixando prazos e condições para a realização dessa obrigação. Em seguida, o proprietário deverá ser notificado pessoalmente para o cumprimento dessa obrigação, devendo ser a notificação averbada no registro imobiliário.

Quanto a sua finalidade, pode-se dizer que a desapropriação nesses termos constitui um instrumento para o atendimento de uma das diretrizes fixadas no artigo 2º do Estatuto da Cidade, qual seja, a alínea “e”, VI:

Artigo 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: (...) VI – ordenação e controle do solo urbano, de forma a evitar: (...) e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização⁹⁸⁹.

Em regra, a desapropriação é última medida aplicada pelo administrador municipal que em primeiro momento determinou o parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo, conforme definido no artigo 5º do Estatuto da Cidade. O art. 5º repete a previsão constitucional de imposição compulsória do parcelamento, da edificação ou da utilização ao imóvel urbano situado em área incluída no plano diretor descumpridor de sua função social⁹⁹⁰. Note-se, porém, que “embora a Constituição refira-se, tão somente, ao parcelamento e à edificação compulsórios, o Estatuto da Cidade agregou também a ‘utilização compulsória’”⁹⁹¹. Tal acréscimo foi elogiável, pois se não houvesse a possibilidade de imposição da utilização, como determinar que um imóvel já edificado para os fins previstos no plano diretor, mas que estivesse abandonado pelo proprietário, pudesse ser parcelado ou edificado? Logicamente, o mais adequado é impor sua efetiva utilização.

Cabe, ainda, uma crítica ao valor da indenização prevista pelo Estatuto da Cidade. Conforme o §2º do artigo 8º, “o valor real da indenização” será o mesmo da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área do imóvel, após a notificação para que o proprietário promova o parcelamento, edificação ou utilização conforme a hipótese prevista no Plano Diretor.

Ocorre que a base do cálculo do IPTU é o valor venal definido no artigo 33 do código tributário brasileiro (Lei n. 5.172, de 25/10/1966). E o valor venal nem sempre reflete o valor real do imóvel, sobretudo porque é fixado em planta geral de valores baixadas pelas prefeituras municipais,

⁹⁸⁷ Conforme preconiza o §1º do artigo 182 da Constituição Federal Brasileira, por uma interpretação inversa, as cidades com menos de 20 mil habitantes não estão obrigadas a elaborar e aprovar plano diretor. Exceções a esse princípio encontram-se no Estatuto da Cidade, no artigo 41, onde essa regra não se aplica aos casos em que as cidades integrem regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, componham áreas de especial interesse turístico, inserem-se na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional e, sobretudo, nos casos em que o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no §4º, do art. 182 da Constituição Federal, dentre eles, a desapropriação sanção que por hora abordamos. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁸⁸ Sobre o tema, conferir recente obra de LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios de Imóveis Públicos Urbanos**. São Paulo: Editora Forum, 2010.

⁹⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁹⁰ Segundo a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da cidade), considera-se subutilizado o imóvel: I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁹¹ COSTA, Regina Helena. O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 24, n. 51, p. 81, jul./dez., 2001.

muitas vezes defasadas no tempo. A opção do Estatuto da Cidade, nesses termos, merece críticas⁹⁹². A lei dessa forma se afastou do critério da justa indenização como pressuposto para a efetivação da desapropriação do solo urbano quando o proprietário deste não cumpre a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização.

Apesar do caráter sancionatório do instituto, não nos parece razoável nos afastarmos sobremaneira dos princípios que regem as desapropriações em geral, sobretudo o da justa indenização. O desapropriado já é suficientemente penalizado pelo fato de não receber a indenização prévia e em dinheiro, mas em parcelas anuais em até dez anos, de títulos que não se prestam sequer como meio de pagamentos de tributos, conforme §3º, do artigo 8º do Estatuto da Cidade.

Outro elemento relevante no que tange ao instituto da desapropriação sanção diz respeito à obrigatoriedade a que fica sujeito o ente público de promover a utilização conforme os fins sociais ou utilizar diretamente o bem expropriado. É assim que o §4º do artigo 8º da lei ordena que “o Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 5 anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público”⁹⁹³. O aproveitamento poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. Nesse caso, o terceiro adquirente fica submetido às mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas⁹⁹⁴.

No direito estrangeiro, observamos a existência de regimes de desapropriação sanção e um grande desenvolvimento da matéria.

Na Espanha a “Ley de Expropiación Forzosa” de 16 de dezembro de 1954 prevê no artigo 71 e seguintes a desapropriação sanção por descumprimento da função social da propriedade⁹⁹⁵. A sua aplicação se fundamenta no “restabelecimento da legalidade urbanística, quando esta tiver sido vulnerada, ou para evitar o descumprimento das normas que contêm obrigações dos proprietários”⁹⁹⁶. De forma semelhante à legislação brasileira, seu pressuposto está na inação do proprietário e requer prévia determinação sobre a utilização do bem imóvel.

Desde a lei de 1956, a legislação dos solos espanhola tem estabelecido ininterruptamente um regime de valorações especial que desloca a aplicação dos critérios gerais da Lei de Desapropriação Forzosa, de 1954. Da mesma maneira, o Estatuto da Cidade brasileiro destaca o instituto do contexto

⁹⁹² Durante certo tempo, havia doutrinadores que supunham estar afastada a exigência de indenização em valor justo por ter o constituinte, bem como o legislador de 2001, utilizado a expressão “valor real”. Entretanto, também essa discussão resta esvaziada de fundamentos. Em verdade, na atualidade, a maior parte dos autores perfilha-se no sentido inverso. Daí decorre, portanto, que, na ponderação das vertentes exegéticas a disputar a primazia do significado do que se deva depreender por ‘valor real’, o primado tocará àquela que se incline pela justeza da indenização, até porque, em caso de suposta lacuna no texto do art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal, a franquia da justa reparação ao expropriado há de ser inferida como direito fundamental implícito (art. 5º, § 2º, CF), resultante do regime e dos princípios inerentes ao estado democrático de direito. Cf. NOBRE JR., Edilson Pereira. Desapropriação para fins de reforma urbana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 156, p. 83, out./dez., 2002.

⁹⁹³ Segundo artigo 4º da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da cidade), o instituto da desapropriação inclui-se no rol dos instrumentos da política urbana. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁹⁴ Sobre a desapropriação sanção urbanística conferir extensa bibliografia brasileira, da qual destacamos: DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriação para fins urbanísticos**. São Paulo: Forense, 1981; MEDAUAR, Odete. **Destinação dos Bens Expropriados**. São Paulo: Max Limonad, 1986; SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000; FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

⁹⁹⁵ “Artículo 71. Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva.” Cf. SOSA WAGNER, Francico et tal. **Expropiación Forzosa y Expropiaciones Urbanísticas**. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 522.

⁹⁹⁶ Em se tratando de desapropriação sanção, a jurisprudência espanhola tem entendido que não cabe o direito de reversão em favor do proprietário expropriado. “El derecho de reversión no está reconocido, cuando de expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad se trata, em dos supuestos, tal como se infiere de los principios inspiradores de dicha modalidad expropiatoria.(...)” (STS 12 diciembre 1994 [RJ 1994, 687]. Cf. SOSA WAGNER, Francico et tal. **Expropiación Forzosa y Expropiaciones Urbanísticas**. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 524.

da Lei de Desapropriação e lhe confere finalidade especial, constituindo-se em instrumento de execução da política urbana⁹⁹⁷.

A desapropriação com fins urbanísticos

O fundamento da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis e seu fundamento normativo constitucional encontra-se nos artigos 5º, XXIV, 182, §4º, III, e 184 e parágrafos da Carta Magna brasileira.

Tal como em outros ordenamentos jurídicos, entre eles, o português, também no nosso País os planos municipais de ordenamento do território são considerados como instrumentos que definem o “conteúdo e limites do direito de propriedade do solo”, pelo que as proibições, limitações e condicionamentos às possibilidades de utilização do solo que deles decorrem não têm, a princípio, caráter expropriativo, não gerando, assim, qualquer direito à indenização⁹⁹⁸. Fala-se, por isso, no princípio do caráter não indenizatório dos planos territoriais em geral, e dos planos municipais, em particular⁹⁹⁹.

Os casos de indenização por aplicação dos planos e da legislação urbanística municipal são, assim, exceções a essa regra. Decorrem do princípio da igualdade, constitucionalmente assumido no Brasil e em Portugal¹⁰⁰⁰. A desapropriação que tem fundamento num plano urbanístico implica indenização que garanta ao expropriado a compensação pelo sacrifício que lhe foi imposto e que tem como consequência um benefício para a comunidade. Trata-se, nos termos de Correia¹⁰⁰¹, do atendimento ao “princípio da igualdade perante os encargos públicos”, segundo o qual um indivíduo que suporta um ônus especial e desigual em benefício da comunidade deve ser indenizado por essa mesma comunidade.

Tal princípio foi acolhido em Portugal pela legislação infraconstitucional e sobretudo pela Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n. 48/98, de 11 de agosto). A legislação urbanística daquele País tem em vista, por força desses dispositivos, a “justa repartição dos encargos e benefícios decorrentes da aplicação dos instrumentos de gestão territorial” (art. 5º, Lei n. 48/98, de 11 de agosto)¹⁰⁰². Nesse sentido, “os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares devem prever mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a

⁹⁹⁷ Artigo 4º, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, onde se encontra o rol de instrumentos jurídicos da política urbana. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁹⁹⁸ Da mesma forma, na doutrina espanhola, lembremos o caráter não indenizatório das limitações urbanísticas. Em verdade, “una nota común a todas las limitaciones es su no *indemnizabilidad*”. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 113

⁹⁹⁹ CORREIA, Fernando Alves. Planos Municipais de Ordenamento do Território, Perequação de Benefícios e Encargos e Indenização, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 61, p. 53-96, 2001 e CORREIA, Fernando Alves. A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre expropriações por utilidade pública e o Código das Expropriações de 1999. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, p. 5-188, 2000.

¹⁰⁰⁰ Princípio consagrado no artigo 13 da Constituição portuguesa e no caput do artigo 5º da Constituição brasileira. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 200 e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰⁰¹ Segundo, ainda, Correia, são três as dimensões de relevância do princípio da igualdade nos planos que estabelecem regras do uso, ocupação e transformação dos solos. A primeira dimensão constitui-se pelo “princípio da igualdade imanente ao plano ou princípio da proibição do arbítrio”. As disposições do plano, segundo tal princípio, não podem ser arbitrárias, devendo apresentar um conteúdo lógico e razoável que garanta o tratamento equânime dos proprietários. A segunda dimensão corresponde ao “princípio da igualdade perante os encargos públicos”, já explicitado, e a terceira dimensão, do “princípio da igualdade de chances ou de oportunidades urbanística”, que se reporta às medidas que definem formas e intensidades diferentes de utilização para as várias parcelas de terrenos que não são consideradas expropriações, e, consequentemente não estão acompanhadas do dever de indenizar, nos termos do art. 62 da Constituição portuguesa. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Almedina, 2008. p.729 e ss.

¹⁰⁰² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes, nos termos a estabelecer na lei” (art. 18, n. 1, Lei n. 48/98, de 11 de agosto). E, assim,

existe o dever de indenizar sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo pré-existentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados nos termos do número anterior (art. 18, n. 2, Lei n. 48/98, de 11 de agosto).

Nesses termos, a legislação portuguesa consagra a subsidiariedade do dever de indenização das disposições porventura expropriativas dos planos que vinculam direta ou indiretamente os particulares aos mecanismos de perequação. Em outras palavras, o proprietário somente poderá exigir uma indenização na medida em que o ônus urbanístico imposto não possa ser reparado através de mecanismos de compensação, ou, quando estes existirem, não sejam suficientes para arcar com o prejuízo¹⁰⁰³.

No Brasil, o regime original da desapropriação encontra-se regulado pelo Decreto-Lei n. 3.365/1941. Ainda que tal norma tenha seu inegável valor, e, quiçá atenda bem às desapropriações gerais, no que se refere às desapropriações urbanísticas requer disciplinamento mais compatível com suas funções, seus objetivos e finalidades, baseando-se em uma *utilidade urbanística*, que é uma modalidade entre a utilidade pública e o interesse social¹⁰⁰⁴.

O Estatuto da Cidade, regra elementar da ordem urbanística brasileira, limitou-se a incluir a desapropriação no rol dos instrumentos da política urbana (alínea “a”, do inciso V, do artigo 4º), sem no entanto aproveitar a oportunidade para disciplinar o instituto de forma a ajustá-lo melhor à realidade urbana. A disciplina geral deixada a cargo do Decreto-Lei n. 3.365/1941 reflete que entre nós a desapropriação urbanística ainda não se encontra detalhadamente configurada e resta à doutrina construir sua teoria.

O conceito de desapropriação em geral vem evoluindo em face dos novos fins que o instituto tem adquirido. Em todo caso, em essência, a desapropriação é concebida como um instrumento disponibilizado ao Poder Público para que este determine forçosamente a transferência da propriedade particular (ou mesmo pública em determinados casos) para o seu patrimônio ou de seus delegados, fundada em uma utilidade ou necessidade pública ou ainda em um interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro¹⁰⁰⁵¹⁰⁰⁶.

A desapropriação urbanística distancia-se desse conceito geral na medida em que se caracteriza como um instrumento para a realização da política do solo urbano e se aplica em função da execução do planejamento urbanístico. “O planejamento urbano, ao estabelecer as bases da ordenação da realidade urbana, importa conformar e configurar a propriedade imóvel e o direito de construir, atuando, no plano prático, o princípio constitucional da função social da propriedade”¹⁰⁰⁷. A desapropriação surge na medida em que nem sempre os proprietários dos imóveis urbanos estão dispostos a aceitar os condicionamentos sociais estabelecidos pelos planos (desapropriação sanção) ou nas ocasiões em que o condicionamento da propriedade atinge o núcleo econômico essencial desse

¹⁰⁰³ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. edição. Coimbra: Amedina, 2008. p. 761.

¹⁰⁰⁴ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 414.

¹⁰⁰⁵ Já verificamos as exceções ao pagamento prévio em dinheiro nas desapropriações. O estatuto da cidade regulamentou o §4º do artigo 182 da Constituição Federal e inseriu o instrumento da desapropriação forçosa, instituto especial que visa coibir o mal aproveitamento da propriedade (artigo 8º, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade). Trata-se de uma desapropriação sanção, que difere pela finalidade da desapropriação com fins sociais ou mesmo com fins urbanísticos, como vimos. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 415.

¹⁰⁰⁶ A indenização é um ponto central no tema das desapropriações. Vasta doutrina comenta como se deve proceder a fim de evitar distorções que impliquem prejuízo para o particular e para a Administração Pública. Deve-se buscar um meio entre a indenização insuficiente e a superindenização. Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, v. 204, p. 33-52, abr./jun., 1996.

¹⁰⁰⁷ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 415.

direito, de forma que não resta ao Poder Público outra alternativa a não ser expropriar o proprietário, para então executar os fins da política urbana (desapropriação urbanística)¹⁰⁰⁸.

É de se dizer que

a desapropriação urbanística não consiste propriamente num instrumento de transferência de imóveis de um proprietário privado a outro, público ou não, mas num instrumento destinado a obter determinada utilização positiva desses bens, na forma prefixada pelas normas do plano urbanístico¹⁰⁰⁹.

Em última análise, cuida-se de instituto que objetiva dar pleno cumprimento aos comandos constitucionais no sentido de implementar políticas públicas que permitam o atendimento da função social da propriedade imobiliária dos centros urbanos. Não sendo possível obrigar o proprietário a realizar ou a suportar nos seus imóveis um uso eleito em normas que determinam sua utilização vinculada, dá-se um conflito entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço urbano e os interesses do proprietário¹⁰¹⁰.

A desapropriação tradicional é de caráter casuístico e individualizado, atinge bens isolados para transferi-los definitivamente para o Poder Público, ao passo que a desapropriação urbanística é compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos, retirando os imóveis do domínio privado, para afetá-los ao patrimônio público para depois serem novamente privatizados (urbanificados ou reurbanificados). O Poder Público deverá ampliar o ciclo “aquisição-urbanização-alienação”, superando-o mediante novas edificações ou novas instalações urbanísticas e, não raro, novos usos.

Na desapropriação tradicional, os destinatários dos bens expropriados são, *a priori*, o Poder Público e seus delegados. Mas há casos em que os bens podem ser repassados a particulares, por ter sido esta a finalidade expropriatória: desapropriação por zona, desapropriação por interesse social, em que se visa à distribuição da propriedade com o adequado condicionamento para melhor desempenho de sua função social.

Quanto ao fundamento, no Brasil, a legislação que suporta a desapropriação urbanística lhe emprega o requisito da utilidade pública, e não do interesse social. É o que se depreende do inciso “i”, do artigo 5º, do Decreto-Lei n. 3.365/41¹⁰¹¹.

Para a desapropriação urbanística faz-se necessária a previsão de uma causa exclusiva, direta e imediata, em qualquer documento de execução urbanística, não sendo possível quando não haja planos ou estes não estejam devidamente aprovados ou não sejam, ainda, executáveis¹⁰¹².

A desapropriação por interesse social – apontamentos

Outra modalidade de desapropriação a ser citada é a desapropriação por interesse social. Essa modalidade está prevista na Lei n. 4.132/62 e visa a promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, obedecendo ao que está disposto no art. 147 da Constituição Federal. A hipótese mais comum dessa modalidade é a promovida para fins de Reforma

¹⁰⁰⁸ Quando não o faça, incorre no que a jurisprudência brasileira consolidou chamar desapropriação indireta, que gera direitos de indenização ao proprietário. Cf. Resp. 43806 / MG (decisão confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça do Brasil, no sentido de garantir a indenização por desapropriação indireta provocada por plano diretor superveniente que gerou restrições ao direito adquirido de construir, reconhecido mediante licença e parcialmente executado pelo proprietário).

¹⁰⁰⁹ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 374-375.

¹⁰¹⁰ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 374-375.

¹⁰¹¹ “(...) i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais.” Cf. Decreto-Lei n. 3.365/41, inciso alterado pela Lei n. 9.785/99. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁰¹² Nesse sentido SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 374-375.

Agrária, entretanto, ao conferir as situações previstas no artigo 2º da referida lei, (entre as quais destacamos: a construção de casas populares; o aproveitamento de bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa surtir por seu destino econômico; a proteção do solo e a preservação de cursos de água e reservas florestais e a utilização de áreas apropriadas ao desenvolvimento de atividades turísticas) verificamos a possibilidade de desapropriação no bojo da gestão urbanística, com base na referida lei, desde que se configurem os requisitos ali previstos¹⁰¹³.

No direito espanhol, a disciplina da desapropriação urbanística está disposta de maneira especial na *Ley del Suelo*¹⁰¹⁴ e tem por base a *Lei geral de Expropiación Forzosa*¹⁰¹⁵, de 1954 (artigo 85¹⁰¹⁶), *Decreto de 26 de abril de 1957*, que regula a *Lei de Expropiación Forzosa*; *Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril*, que aprova o texto revisado da *Lei sobre o Regime del Suelo y Ordenación Urbana*; *Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto*, que aprova o *Reglamento de Gestión Urbanística*; *Real Decreto Legislativo n. 1/1992, de 26 de junio*, onde se aprova o texto revisto da *Lei sobre o Regime del Suelo y Ordenación Urbana*¹⁰¹⁷.

Da mesma forma que a legislação brasileira, ainda que em sede diversa, a legislação espanhola adota a expropriação sanção (artículo 71 e ss, da Lei de Expropriação Forzosa). Trata-se de procedimento especial de expropriação por incumprimento da função social da propriedade. A Constituição espanhola não decreta expressamente a expropriação sanção, mas a jurisprudência superior daquele País admitiu que esta modalidade encontra cobertura constitucional na medida em que a Carta Fundamental prevê a função social da propriedade¹⁰¹⁸. Na atualidade, a “*expropiación-sancción*” se regula nos artigos 71 e ss da lei geral e somente se pode efetuar quando se cumpram os pressupostos ali estabelecidos. Entre eles, destacamos o artigo 71 e 74.

O artigo 71 determina como requisito essencial que uma declaração pública (lei ou decreto) estabeleça que o bem ou bens sejam utilizados de uma forma específica. Isso significa dizer que fica estabelecida a função social como a propriedade deverá ser exercida.

No direito português, a aquisição de bens por via de autoridade está definida de forma geral no Código das Expropriações, aprovado pela Lei n. 168/99 de 18 de setembro. Esse dispositivo revogou o Decreto-Lei n. 438/91, de 9 de novembro¹⁰¹⁹ e transpôs para a ordem jurídica interna portuguesa, a Diretiva n. 97/52/CE, de 13 de outubro¹⁰²⁰. O atual código manteve a estrutura do diploma anterior, de maneira que permanece o princípio de que a fixação da indenização se reporta à declaração de

¹⁰¹³ FERNANDES, Flávia Maria Leite. Intervenção do Estado na Propriedade. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 725-845.

¹⁰¹⁴ Recentemente reformada, a *Ley del Suelo* espanhola é referência em matéria de direito urbanístico tendo sido uma das primeiras normas gerais a disciplinar a matéria do urbanismo. Sua primeira versão foi aprovada em 1956 e já passou por reformas até culminar em sua renovação no presente ano, aprovada em 10 de maio de 2007, com entrada em vigor em 1º de julho do mesmo ano. Cf. ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo. Principales innovaciones instrumentales en el proyecto de reforma de la *Ley del Suelo*. **Revista de derecho urbanístico y medio ambiente**. Madrid, n. 232, ano 41, p. 11-29, 2007.

¹⁰¹⁵ Sobre o tema em geral, consultar: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. **Los principios de la nueva ley de Expropiación forzosa**. Madrid: Civitas, 2006. SOSA VAGNER, Francisco. **Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa**. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson, 2003; SERRANO ALBERCA, José Manuel. **El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo**. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson, 2003 e SOSA WAGNER, Francisco et al. **Expropiación Forzosa y Expropiaciones Urbanísticas**. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 522.

¹⁰¹⁶ “Artículo 85. Las expropiaciones que se lleven a cabo por razón de urbanismo y las que en cualquier caso realicen las Entidades locales, se ajustarán a lo expresamente dispuesto en la Ley de Régimen Local léase Ley de Bases del Régimen Local, Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y la Ordenación Urbana y demás aplicables, y en lo no previsto en ellas, al contenido de la presente, con las modificaciones siguientes.”

¹⁰¹⁷ Legislação selecionada em SOSA WAGNER, Francisco (et al.). **Expropiación Forzosa y Expropiaciones Urbanísticas**. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 522.

¹⁰¹⁸ Conforme sentença de 26 de março de 1987 (RTC 1987, 37) do Tribunal Constitucional Espanhol. Cf. SOSA VAGNER, Francisco. **Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa**. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson, 2003. p. 385.

¹⁰¹⁹ Sobre o decreto revogado, algum comentário interessante em NEVES, João Couto. **Manual das Expropriações**. Coimbra: Almedina, 1992.

¹⁰²⁰ Cf. BERNARDINO, Mário. **Aquisições de Bens e Serviços na Administração Pública**. Decreto-Lei n. 197/99, de 8 de junho. Portaria n. 949/99, de 28 de outubro. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 13.

utilidade pública, assim como o critério de exclusão da *mais valia* resultante da declaração da utilidade pública, o cálculo para a atualização da indenização no momento da decisão final, a classificação dos solos, o cálculo do valor nas expropriações parciais, a indenização respeitante ao arrendamento, a indenização pela interrupção da atividade comercial, industrial, liberal ou agrícola e a indenização pela expropriação de direitos diversos da propriedade plena¹⁰²¹.

Embora a lei tenha mantido a mesma estrutura do decreto anterior, não se poderá afirmar que também manteve os mesmos critérios¹⁰²². Ainda que não esgotemos todos os elementos dessas mudanças, podemos destacar que a nova lei optou por criar mecanismos que diminuam os montantes indenizatórios. Assim o faz quando exclui do cálculo indenizatório a *mais valia* que resultar de obras ou empreendimentos públicos realizados há menos de cinco anos e nos casos de não ter sido liquidado o encargo de *mais valia* (artigo 23, n. 2, alínea b)¹⁰²³.

Em se tratando da interpretação jurisprudencial do tema, o Tribunal Constitucional Português se posiciona, em maioria de suas decisões, no sentido de que a justa indenização se traduz num direito fundamental de natureza análoga a dos direitos, liberdades e garantias, pelo que as suas restrições deverão limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (acórdãos n. 131/88, publicado no *Diário da República*, 1. série, de 29 de junho de 1988; 52/90, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, de 30 de março de 1990, e acórdão n. 262/93, publicado no *Diário da República*, II Série, de 21 de julho de 1993)¹⁰²⁴.

Em verdade, assim como o sistema brasileiro, uma vez que o direito de propriedade privada e a iniciativa econômica são garantidos pela Constituição Nacional (artigo 62, n. 1 e 61, n. 1, respectivamente), forçoso é que o ato de desapropriação venha a ser acompanhado da obrigação de indenização. Quanto ao montante da indenização, parcela mais relevante do Tribunal Constitucional Português tem entendido como justa a compensação plena da perda patrimonial suportada, que respeite o princípio da igualdade, na sua manifestação de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, não apenas dos expropriados entre si, mas também destes com os não expropriados¹⁰²⁵.

Quanto aos objetivos urbanísticos, o Código de Expropriação Português estabelece seus princípios nos artigos 93 a 95.

O artigo 93 trata das áreas de desenvolvimento urbano prioritário e de construção prioritária. Trata-se de dispositivo inovador no código de expropriações. O diploma legal que regulamenta as áreas de desenvolvimento urbano prioritário e áreas de construção urbana é o Decreto-Lei n. 152/82, de 3 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n. 210/83, de 23 de maio¹⁰²⁶.

O artigo 94 trata das expropriações para fins de composição urbana. Também inova em matéria de expropriação. O diploma referido no n. 1 é a Lei dos Solos. O artigo 95 trata das áreas com construções não licenciadas. Disposição inovadora de duvidosa constitucionalidade, uma vez que o n.

¹⁰²¹ Cf. FERREIRA, João Pedro de Melo. **Código das Expropriações**. Anotado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 47.

¹⁰²² Para maiores desenvolvimentos acerca das inovações trazidas pelo novo código das expropriações português, consultar: LOPES, Dulce. **O Código das Expropriações: enquadramento geral e inovações**. O procedimento expropriativo. Primeira sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, p. 17-28, 2003; FONSECA, José Vieira. Principais linhas inovadoras do código das expropriações de 1999. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, Lisboa, n. 11/12, p. 133-134, 1999.

¹⁰²³ FERREIRA, João Pedro de Melo. **Código das Expropriações**. Anotado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 48.

¹⁰²⁴ Conferir a exposição de motivos do Decreto-Lei n. 438/91, de 9 de novembro. E, ainda, para compreender melhor a legislação e sua interpretação jurisprudencial, é fundamental analisar o valioso trabalho produzido pelo professor Alves Correia, que expõe as principais normas que compõem a nova lei e a jurisprudência mais relevante do Tribunal Constitucional Português: CORREIA, Fernando Alves. **A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

¹⁰²⁵ CORREIA, Fernando Alves. **A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

¹⁰²⁶ Cf. FERREIRA, João Pedro de Melo. **Código das Expropriações**. Anotado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 239.

2 do artigo 62 da Lei Fundamental parece não permitir situações de expropriação sem o pagamento de justa indenização¹⁰²⁷.

Para além da Lei de Expropriações, a legislação urbanística aponta a expropriação como um dos instrumentos de execução dos planos, conforme se verifica do artigo 128 do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro. Nesse documento legal, ficam detalhados os casos em que a expropriação poderá ser aplicada, conforme se verifica no item 2, do referido artigo 128.

A relação existente entre as expropriações e a gestão do território português está mais evidente do que se pode verificar no sistema brasileiro, entretanto, também padece de algumas dificuldades no momento de sua aplicação prática. O novo Código de Expropriações visa a simplificar e acelerar o procedimento administrativo da expropriação, mas ainda é difícil evitar que o procedimento se prolongue para a via judicial¹⁰²⁸, considerada uma segunda fase ou momento do procedimento expropriativo¹⁰²⁹. Várias são as questões encontradas na vasta doutrina portuguesa e não cabe a nós apontar todas nesse momento, entretanto, chamamos atenção para o fato de que a expropriação deve ser articulada com as medidas de compensação de benefícios e encargos decorrentes da urbanização, observando-se a regulamentação estabelecida pelo Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro.

O território em Portugal se encontra praticamente coberto de planos urbanísticos, sobretudo de planos diretores, onde se define a vocação dos solos, ou seja, aquilo que neles se pode fazer e sua programação urbanística. Nesse sentido, as expropriações se apresentam como instrumento de execução daqueles planos e seus fins, devendo promover a utilização ali prevista, segundo a qualificação e classificação dos solos¹⁰³⁰. As expropriações dessa natureza caracterizam-se por possuir como finalidade invocada no ato da declaração de utilidade pública a realização de objetivos urbanísticos. Pode-se afirmar, com isso, que o particular apenas será privado dos seus bens através de uma expropriação se a finalidade que com ela se pretende alcançar estiver fundamentada num plano¹⁰³¹.

Admite-se, portanto, que há o dever de indenizar, sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a desapropriação.

A desapropriação com fins de preservação cultural

A desapropriação é um instrumento típico do direito administrativo e a preservação do patrimônio cultural imobiliário urbano é um dos objetivos da política urbana ou do direito urbanístico. Dessa forma, parece-nos perfeitamente natural que se verifique a aplicação desse instituto como instrumento de preservação do patrimônio arquitetônico das cidades, sob a égide do direito urbanístico. Queremos com isso dizer que, a planificação urbanística poderá prever áreas de

¹⁰²⁷ Cf. FERREIRA, João Pedro de Melo. **Código das Expropriações**. Anotado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 241.

¹⁰²⁸ Na elaboração do Código de Expropriações Português, uma das intenções expressamente assumidas foi a do aperfeiçoamento do processo litigioso. Para uma análise pormenorizada dessas alterações, conferir: CORREIA, Fernando Alves. **A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

¹⁰²⁹ LOPES, Dulce. **O Código das Expropriações: enquadramento geral e inovações**. O procedimento expropriativo. Primeira sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, p. 17-28, 2003.

¹⁰³⁰ Os conceitos de qualificação e classificação dos solos estão nas normas pertinentes, quais sejam, a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território, Lei 48/98 de 11 de agosto e o Decreto-Lei 380/99. De acordo com a Lei de Bases, em seu artigo 15, a *classificação* do solo determina o destino *básuc dis terrebis* e se assenta na distinção fundamental entre solo rural e solo urbano, enquanto a *qualificação* dos solos regula o aproveitamento dos terrenos em função da atividade dominante que neles possa ser efetuada, estabelecendo o respectivo uso e edificabilidade. Conferir, ainda, os artigos 72 e 73 do Decreto-Lei 380/99 de 22 de setembro. Tema desenvolvido em: OLIVEIRA, Fernanda Paula; CARDOSO, António Magalhães. *Perequação, Expropriações e Avaliações*. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, p. 43-63, ano VI, 2003.

¹⁰³¹ OLIVEIRA, Fernanda Paula. **O Conteúdo da Justa Indenização**. A aplicação dos princípios perequativos. Terceira sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, p. 65-77, 2003.

desapropriação que atinjam bens culturais, com fins, por exemplo, de valorização desses bens ou renovação urbana¹⁰³².

A legislação nacional brasileira especializada no urbanismo (Lei n. 10.257/2001) combinada com o Decreto-Lei n. 3.365/41 autorizam a aplicação do instituto da desapropriação com fins de preservação ou proteção de imóveis de interesse cultural, em sede do planejamento e execução da política urbana.

O Estatuto da Cidade estabelece no inciso XII, do artigo 2º, como objetivo da política urbana a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”, ao mesmo tempo em que define como um dos instrumentos jurídicos à disposição das políticas urbanas a desapropriação (art. 4º, inciso V, “a”). A Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) não disciplina o instituto da desapropriação que continua sob o regime do Decreto-Lei n. 3.365/41, de 21 de junho, onde se estabelecem as regras para a desapropriação por utilidade pública, incluindo entre as hipóteses admitidas como fundamentos da desapropriação aquela que tem por fim a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos¹⁰³³. Tratar-se-á de um meio de salvaguarda (proteção, conservação ou valorização) quando atingir bens já tombados ou meio de tutela primária, na ocasião em que o bem com valor cultural passará a ser reconhecido como parte do patrimônio cultural e, ao mesmo tempo, tem sua propriedade transferida para o ente público responsável¹⁰³⁴.

Da mesma forma, a Lei de Desapropriação Forçosa espanhola (Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa) prevê a desapropriação de bens de valor artístico e cultural, disciplinando elementos especiais quanto a esta modalidade nos artigos 76 a 84¹⁰³⁵. Trata-se de uma

¹⁰³² Ainda que o direito do patrimônio cultural possua estrutura administrativa própria, o trato do patrimônio arquitetônico requer ação conjunta de diversos órgãos. A matéria se apresenta como ponto de fronteira com o direito urbanístico, podendo, em razão disso, haver circunstâncias comuns, utilizando-se instrumentos tradicionais do direito público, como é o caso da desapropriação de bens arquitetônicos pela municipalidade, no contexto de um planejamento urbanístico. Cf. UNTERMAIER, J. La qualification des biens culturels en droit français, in: JEGOUZO, d'Yves (Dir.). **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 17 a 55.

¹⁰³³ “1) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza.” Decreto-Lei n. 3.365/41. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁰³⁴ As questões ligadas aos meios secundários e primários de tutela do patrimônio cultural serão desenvolvidas no capítulo II do título II do presente trabalho. Por agora é relevante retermos que o instituto da desapropriação urbanística poderá ter efeitos múltiplos e relevante utilidade.

¹⁰³⁵ “Capítulo III. **De la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico**. Artículo 76. La expropiación de bienes, muebles o inmuebles, de valor artístico, histórico o arqueológico, se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, con las particularidades que se establecen en los artículos siguientes. Artículo 77. Acordada la expropiación, el Gobernador civil de la provincia podrá adoptar cuantas medidas sean necesarias para que no se alteren las condiciones características de la cosa o bien afectado. Artículo 78. El justo precio de los bienes se determinará mediante tasación pericial por una Comisión compuesta por tres académicos, designados, uno por la Mesa del Instituto de España, otro por el Ministerio de Educación y Cultura y el tercero por el propietario del bien afectado. La designación podrá recaer en académicos de las Academias de Distrito, presidiendo el primero de los sindicatos y decidiendo los empates con voto de calidad. Artículo 79. La Comisión prevista en el artículo anterior se reunirá en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la Orden ministerial por la que se acuerde la expropiación. En el mes siguiente deberá formular, con informe motivado, el justo precio que haya de abonarse, que tendrá carácter ejecutorio para la Administración y para el expropiado. El justo precio en ningún caso será inferior al que resulte de aplicar las disposiciones del Título II de la presente Ley. Artículo 80. La determinación del justo precio a los efectos del precio que la legislación concede a los descubridores de objetos de interés para el Patrimonio histórico, artístico y arqueológico de la Nación, se llevará a efecto conforme a lo dispuesto en los anteriores artículos, manteniéndose los porcentajes de participación que se reconocen en la legislación del Ramo. Artículo 81. 1. En los casos de expropiación, venta pública, subasta o liquidación de los bienes a que se refiere el presente capítulo, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de tanteo, obligándose al pago del precio en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo que el particular interesado acepte otras formas de pago. 2. Igualmente el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de retracto en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la transmisión, en las condiciones de pago señaladas en el párrafo anterior. Artículo 82. Se aplicará el procedimiento general establecido en esta Ley a las expropiaciones de edificios y terrenos que impidan la contemplación de monumentos histórico-artísticos, constituyan causa de riesgo o de cualquier perjuicio para el mismo, y cuantos puedan destruir o aminorar la belleza o seguridad de los conjuntos de interés histórico-artístico. Artículo 83. La determinación de la indemnización que preceda abonar por la ocupación temporal de inmuebles por causa de excavaciones

modalidade geral de desapropriação de bens culturais, aplicável aos bens arquitetônicos inseridos nos contextos urbanos.

O Novo Código dos Bens Culturais Italiano também regula a “*espropriazione dei beni culturali*” no artigo 95 e seguintes¹⁰³⁶. O artigo 95 trata da expropriação por utilidade pública dos bens culturais imóveis e móveis. Tal artigo representa inovação na legislação italiana em relação ao regime anterior e adaptou o regime especial dos bens culturais à nova disciplina geral sobre a expropriação definida no Decreto n. 327, de 2001.

Fica definido que o “bem cultural imóvel e móvel pode ser expropriado pelo Ministério¹⁰³⁷ por razão de utilidade pública quando a expropriação responda a um importante interesse, para melhorar a condição da tutela e ampliar a fruição pública dos bens referidos”¹⁰³⁸.

6.1.4. Regimes estrangeiros: breves comentários

Desde a lei de 1956, a legislação dos solos tem estabelecido ininterruptamente um regime de valorações especial que desloca a aplicação dos critérios gerais da Lei de Desapropriação Forçosa de 1954.

O justo preço da indenização tem sido determinado naquele sistema recorrendo-se a critérios que tiveram sem exceção um denominador comum: o de valorar o solo a partir do que fora sua classificação e categorização urbanísticas, isto é, partindo do que foi seu destino e não sua situação real. Uma vez se pretendeu com isso aproximar das valorações do mercado, presumindo que no mercado do solo não se produzem falhas ou tensões especulativas, contra as quais os poderes públicos devem lutar por imperativo constitucional. Se chegava assim a paradoxal questão de pretender que o valor real não consistia em estimar a realidade, mas também as meras expectativas geradas pela ação dos poderes públicos. E ainda nas ocasiões em que com os critérios mencionados se pretendia conter o justo preço, contribuiu-se para o contrário e o que é mais importante, a enterrar o velho princípio de justiça e de sentido comum contido no artigo 36 da velha, porém ainda vigente Lei de expropriação forçosa: que as avaliações expropriatórias não têm de ter em conta as *plus-valias* que são consequências diretas do plano ou projeto de obras que dão lugar a expropriação nem as previsíveis para o futuro.

A *Ley de Expropiación Forzosa* de 16 de dezembro de 1954 prevê no artigo 71 e seguintes a desapropriação sancionada por descumprimento da função social da propriedade¹⁰³⁹. De forma semelhante à legislação brasileira, seu pressuposto está na inação do proprietário e requer prévia determinação sobre a utilização do bem imóvel.

Da mesma forma, a lei espanhola prevê a desapropriação de bens de valor artístico e cultural, disciplinando elementos especiais quanto a esta modalidade nos artigos 76 a 84¹⁰⁴⁰. A seguir, a norma disciplina a desapropriação com fins urbanísticos no artigo 85¹⁰⁴¹.

arqueológicas se verificará con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de este Título. Artículo 84. Las cuestiones derivadas de la aplicación de lo dispuesto en este capítulo se reservan a la jurisdicción contencioso-administrativa, con arreglo al Título V de esta Ley.” Disponível em: <<http://constitucion.rediris.es/legis/1954/11954-12-16.html#t3c2>>.

¹⁰³⁶ Cf. TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè editore, 2005. p.7.

¹⁰³⁷ Nesse caso, Ministério representa a autoridade pública autorizada a proceder a expropriação. Cf. LEONE, GIOVANNI; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 639 e ss.

¹⁰³⁸ Art. 95, item 1. Cf. TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n.42. Milano: Giuffrè editore, 2005. p. 417 a 428.

¹⁰³⁹ “Artículo 71. Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva.”

¹⁰⁴⁰ “Capítulo III. **De la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico**. Artículo 76. La expropiación de bienes, muebles o inmuebles, de valor artístico, histórico o arqueológico, se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, con las particularidades que se establecen en los artículos siguientes. Artículo 77. Acordada la

expropiación, el Gobernador civil de la provincia podrá adoptar cuantas medidas sean necesarias para que no se alteren las condiciones características de la cosa o bien afectado. Artículo 78. El justo precio de los bienes se determinará mediante tasación pericial por una Comisión compuesta por tres académicos, designados, uno por la Mesa del Instituto de España, otro por el Ministerio de Educación y Cultura y el tercero por el propietario del bien afectado. La designación podrá recaer en académicos de las Academias de Distrito, presidiendo el primero de los sindicatos y decidiendo los empates con voto de calidad. Artículo 79. La Comisión prevista en el artículo anterior se reunirá en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la Orden ministerial por la que se acuerde la expropiación. En el mes siguiente deberá formular, con informe motivado, el justo precio que haya de abonarse, que tendrá carácter ejecutorio para la Administración y para el expropiado. El justo precio en ningún caso será inferior al que resulte de aplicar las disposiciones del Título II de la presente Ley. Artículo 80. La determinación del justo precio a los efectos del precio que la legislación concede a los descubridores de objetos de interés para el Patrimonio histórico, artístico y arqueológico de la Nación, se llevará a efecto conforme a lo dispuesto en los anteriores artículos, manteniéndose los porcentajes de participación que se reconocen en la legislación del Ramo. Artículo 81. 1. En los casos de expropiación, venta pública, subasta o liquidación de los bienes a que se refiere el presente capítulo, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de tanteo, obligándose al pago del precio en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo que el particular interesado acepte otras formas de pago. 2. Igualmente el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de retracto en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la transmisión, en las condiciones de pago señaladas en el párrafo anterior. Artículo 82. Se aplicará el procedimiento general establecido en esta Ley a las expropiaciones de edificios y terrenos que impidan la contemplación de monumentos histórico-artísticos, constituyan causa de riesgo o de cualquier perjuicio para el mismo, y cuantos puedan destruir o aminorar la belleza o seguridad de los conjuntos de interés histórico-artístico. Artículo 83. La determinación de la indemnización que preceda abonar por la ocupación temporal de inmuebles por causa de excavaciones arqueológicas se verificará con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de este Título. Artículo 84. Las cuestiones derivadas de la aplicación de lo dispuesto en este capítulo se reservan a la jurisdicción contencioso-administrativa, con arreglo al Título V de esta Ley.” Disponible en: <<http://constitucion.rediris.es/legis/1954/1954-12-16.html#t3c2>>.

¹⁰⁴¹ “Artículo 85. Las expropiaciones que se lleven a cabo por razón de urbanismo y las que en cualquier caso realicen las Entidades locales, se ajustarán a lo expresamente dispuesto en la Ley de Régimen Local léase Ley de Bases del Régimen Local, Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y la Ordenación Urbana y demás aplicables, y en lo no previsto en ellas, al contenido de la presente, con las modificaciones siguientes.”

Título I – Da localização temática

Capítulo IV – Estrutura Administrativa do Urbanismo

1. Introdução

Abordar o direito do urbanismo no Brasil e estabelecer comparações significativas com o sistema português suscita inúmeros desafios. A compreensão das estruturas administrativas apresentadas em cada um desses países é um deles. Logo de início nos deparamos com dois modelos distintos: Estado Unitário e Estado Federativo^{1042,1043}. Identificamos em ambos competências em matéria de direito urbanístico, vindo a encontrar similaridades no trato do plano diretor pelos Municípios, porém persistem ricas e interessantes peculiaridades em cada país analisado¹⁰⁴⁴. Em Portugal, o Plano Diretor Municipal se decompõe em planos gerais ou parciais de urbanização e estes em planos de pormenor¹⁰⁴⁵, enquanto no Brasil, o Plano Diretor se apresenta como instrumento único, seguido por leis que lhe reportam referência, estas últimas com elementos mais detalhados¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² O **Estado unitário** é um Estado governado constitucionalmente como uma unidade única, com uma legislação constitucionalmente criada. O poder político do governo em tais Estados pode ser transferido para níveis inferiores, como os das assembleias eleitas local ou regionalmente, governadores e prefeitos, mas o governo central detém o direito principal de retomar tal delegação de poder. Em um Estado unitário, qualquer unidade subgovernamental pode ser criada ou extinta e ter seus poderes modificados pelo governo central. O processo no qual as unidades subgovernamentais e/ou parlamentos regionais são criados por um governo central é conhecido por *devolução*. Um Estado unitário pode ampliar e restringir as funções de tais (*sub*)governos *devolvidos* sem o consentimento formal dessas entidades. No sistema federativo, ao contrário, as assembleias nesses estados que compõem a Federação têm uma existência constitucional e suas atribuições são determinadas por ela e não podem ser unilateralmente modificadas pelo governo central. Em alguns casos, tais como nos Estados Unidos da América, é somente o governo *federal* que tem poderes exclusivos para delegá-lo. É de se observar, entretanto, que no Estado unitário há uma fonte de poder, mas isso não impede a descentralização administrativa, que é o que ocorre em Portugal. Cf. SILVEIRA NETO, Honório. **Teoria do Estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 25; FERRANDO BADÍA, Juan. **El Estado unitario, el federal y el Estado autonomico**. Madrid: Editorial Tecnos, 1986 e GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan. **El Estado unitario-federal**. Madrid: Tecnos, 1985.

¹⁰⁴³ Segundo, ainda, Horta, o Estado Unitário acha-se submetido a um processo de renovação estrutural, que decorre da ampliação do grau de descentralização, para alcançar as formas mais avançadas do regionalismo. O Estado Unitário com descentralização Regional, como se encontra organizado na Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição da Espanha Monárquica de 1978 e na República Italiana de 1947, representa o ensaio de nova forma estatal – o Estado Regional, tipo intermediário, que se localiza nas fronteiras do Estado Unitário e do Estado Federal. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 305. Nesse sentido também Aguilera de Prat e Vilanora, segundo o qual a distinção quanto à forma de Estado, entre Estados Unitários e Federais vem perdendo o sentido, pouco a pouco, diante a realidade do Estado Contemporâneo. Na prática, os Estados ditos unitários, como a França, cada vez mais adquirem características federativas, em virtude de uma progressiva autonomização dos poderes locais. Cf. AGUILERA DE PRAT, Cesáreo R., VILANORA, Pere. **Temas de Ciencia Política**. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1987. p. 266-270. Também: REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n.10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 149-176, abr./jun., 2002.

¹⁰⁴⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 451 e ss.
¹⁰⁴⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p.

52.

¹⁰⁴⁶ Conforme desenvolveremos mais adiante, o plano diretor dos municípios brasileiros em regra é composto por um conjunto de informações técnicas, mapas, diagnósticos e também de legislações especiais. Assim, o planejamento comporta: a lei geral do plano diretor, a lei do parcelamento do solo municipal, a lei do uso e da ocupação do solo urbano, a lei do perímetro urbano, a lei do sistema viário, o código de postura e o código de obras, podendo ainda haver outras leis pertinentes ao planejamento e desenvolvimento do município. Cf. PAULA, Alexandre Sturion de. **Estatuto da cidade e o Plano Diretor Municipal**. Teoria e Modelos de legislação Urbanística. São Paulo: Lemos&Cruz, 2007. p. 17-18.

No Brasil, os Municípios são reconhecidos como entes integrantes da estrutura federativa, o que lhes confere uma autonomia ampla no trato da matéria urbanística. Portugal, por sua vez, possui um regime centralizado que repercute em todo o país, conferindo certa homogeneidade dos instrumentos locais de urbanismo.

Ao verificarmos os instrumentos jurídicos principais a serem desenvolvidos na presente tese, nos pareceu inevitável apresentar, ainda que de forma menos aprofundada, as estruturas administrativas portuguesa e brasileira. É o que faremos, sem nos alongarmos demasiadamente.

2. Estrutura Administrativa portuguesa

2.1. O Estado Português

O Estado Português se caracteriza por ser um Estado de direito democrático-constitucional¹⁰⁴⁷. Isso significa que a nação portuguesa se revela em uma estrutura político-administrativa soberana, na qual se organizam poderes legitimados pelo povo.

Nesse contexto, o Estado Português é uma pessoa coletiva pública, que se distingue dos outros sujeitos de direito, sejam eles pessoas físicas ou coletivas, possui atribuições ou competências enumeradas na constituição e se compõe de órgãos, a saber: o presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os tribunais¹⁰⁴⁸.

A administração do Estado, por sua vez, é multiforme e se divide em várias espécies. A primeira divisão que importa para o desenvolvimento do tema em sede de urbanismo está na distinção entre a administração central do Estado e a administração local do Estado.

Nesse sentido, nem todos os órgãos e serviços do Estado exercem competência extensiva sobre todo o território português, tendo em vista que tal abrangência fica restrita aos órgãos centrais. Por outro lado, existem órgãos e serviços especiais locais dispersos pelo território nacional com competência limitada a certas circunscrições. No primeiro caso, trata-se da administração central do Estado e no segundo caso, da administração local do Estado.

2.2. Órgãos do Estado

Para cumprir as atribuições que são conferidas pelas leis e, sobretudo, pela Constituição, o Estado se constitui de órgãos através dos quais se manifestam as decisões daquela pessoa coletiva¹⁰⁴⁹.

Como já dito antes, os principais órgãos do Estado Português são o presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os tribunais.

Dos órgãos indicados, interessa-nos desenvolver o que se compreende por Governo, por se tratar do ente mais relevante em matéria de direito urbanístico, uma vez que é o órgão supremo da atividade administrativa do Estado.

¹⁰⁴⁷ Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97-98.

¹⁰⁴⁸ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 216.

¹⁰⁴⁹ “L’État n’est pas une personne juridique; L’État n’est pas une personne souveraine. L’État est le produit historique d’une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée. Le pouvoir qui appartient aux plus forts, individu, classé, majorité, est un simple pouvoir de fait, qui n’est jamais légitime par son origine. Les gouvernants, qui détiennent ce pouvoir, sont des individus comme les autres; ils n’ont jamais, en leur qualité de gouvernants, la puissance légitime de formuler des ordres. Comme tous les individus, ils sont soumis à la règle de droit, qui trouve son fondement dans la solidarité sociale et s’impose à tous, gouvernants et gouvernés. Toute manifestation de la volonté gouvernante est légitime, quand elle est conforme au droit; (...).” Cf. DUGUIT, Léon. **L’État les gouvernants et les agents**. Paris: Dalloz, 2005. p. 1.

O Governo é o órgão do Estado Português que, além de ser político, também possui atribuições administrativas, sendo o principal órgão permanente e direto do Estado. É o Governo que exerce função administrativa e é o órgão supremo das hierarquias da administração do Estado, com poderes tutelares sobre os institutos públicos, as autarquias locais, as associações públicas e, ainda, sobre as pessoas coletivas de direito privado. Pode-se dizer que o Governo “rege toda a vida administrativa do País”¹⁰⁵⁰.

Para além de possuir atribuições políticas e legislativas, o Governo Português, de caráter *semi-presidencialista*¹⁰⁵¹, constitui-se pelo presidente do Conselho e pelos ministros¹⁰⁵², simultaneamente políticos e administrativos, concorrendo para a definição da orientação da política geral do País.

O artigo 185 da Constituição Portuguesa traz as orientações mais relevantes acerca das competências ou funções do Governo. Segundo o referido artigo: “o Governo é o órgão de condução da política geral do País e o órgão superior da administração pública”¹⁰⁵³. Completando esse dispositivo, seguem os artigos 200, onde se estabelece a competência política do Governo; o artigo 201, que estabelece a competência legislativa, e o artigo 202, a competência administrativa, esta última que nos interessa analisar.

Conforme estabelece o art. 202 da Constituição Portuguesa, compete ao Governo o exercício de amplas funções administrativas, bem agrupadas por Amaral¹⁰⁵⁴, que lhes condensa em três atribuições elementares: “a) garantir a execução das leis; b) assegurar o funcionamento da Administração Pública; c) promover a satisfação das necessidades coletivas”.

2.3. Da divisão administrativa territorial

O território português, para efeitos de administração local, se divide em áreas ou zonas, que compõem as circunscrições administrativas¹⁰⁵⁵. As circunscrições administrativas são as zonas existentes no País para efeitos de administração local, mas não se confundem com a autarquia local. A primeira se caracteriza por ser uma porção do território que resulta de uma certa divisão do conjunto, ao passo que a autarquia local é uma pessoa coletiva, entidade pública administrativa, que tem por base certa área ou território. Enquanto a circunscrição é apenas uma área, uma zona, a autarquia local é uma comunidade de pessoas vivendo numa certa circunscrição, com determinada organização¹⁰⁵⁶.

Duas são, assim, as divisões básicas do território para efeitos de administração comum e urbanística:

a) divisão do território para efeitos de administração local do Estado: nessa categoria encontram-se os distritos e conselhos;

¹⁰⁵⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1984. p. 256.

¹⁰⁵¹ Modelo de Governo em que os ministros são simultaneamente políticos e administrativos, em doses sensivelmente iguais. Têm mais autonomia e são menos executores da vontade presidencial, concorrendo para a definição da orientação política do país. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 232.

¹⁰⁵² Artigo 186 da Constituição da República Portuguesa estabelece que: “1. o Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado”. Cf. SEARA, Fernando Roboredo (et al.). **Textos Fundamentais de Direito Constitucional**. Lisboa: SPB, 1996. p. 111 e ss.

¹⁰⁵³ Ver Artigo 185 da Constituição da República Portuguesa. Cf. SEARA, Fernando Roboredo et al. **Textos Fundamentais de Direito Constitucional**. Lisboa: SPB, 1996. p. 111 e ss.

¹⁰⁵⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 233.

¹⁰⁵⁵ O território português está dividido, para efeitos de administração periférica, segundo critérios muito variados. Existe, desde logo, uma distinção a ser apontada entre a divisão judicial, que tem a ver com o direito judiciário, e a divisão administrativa do território, esta que nos interessa. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 310.

¹⁰⁵⁶ Mesmo do ponto de vista meramente territorial, as circunscrições administrativas para efeitos de administração local do Estado não coincidem com as circunscrições sobre que assentam as autarquias locais. É possível existir uma circunscrição administrativa que englobe uma região agrícola composta por várias autarquias. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 311.

b) divisão do território para efeitos de administração local autárquica: nessa categoria encontram-se as freguesias e os municípios¹⁰⁵⁷.

2.4. A administração local autárquica

A administração local autárquica não se confunde com a administração local do Estado, como já comentamos acima. A sua organização (autarquias locais) responde a um imperativo constitucional, definido pelo artigo 237 da CRP: “1. a organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais; 2. as autarquias locais são pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam à prossecução de interesses próprios das populações respectivas”¹⁰⁵⁸.

O que se compreende, então, por autarquia local em Portugal? A Constituição Portuguesa esclarece alguns pontos. As autarquias são “pessoas coletivas públicas”, para além de se assentarem em um “território” sobre o qual se assentará o campo de interesses a serem atingidos, em benefício de uma “população” ali residente.

Conforme conceitua Amaral¹⁰⁵⁹,

as autarquias locais são pessoas coletivas públicas de população e território, correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança, mediante órgãos próprios, representativos dos respectivos habitantes.

As autarquias, por serem pessoas coletivas públicas, são pessoas distintas do Estado¹⁰⁶⁰, independentes deste, embora possam ser por ele fiscalizadas, controladas ou subsidiadas.

A existência de autarquias locais em Portugal e o reconhecimento de sua autonomia face ao poder central denotam a descentralização¹⁰⁶¹ jurídico-política preconizada pela constituição daquele país e o reconhecimento de valores democráticos. “Onde houver autarquias locais poderá se dizer que há descentralização em sentido jurídico”¹⁰⁶². Nesse sentido, o Estado Português assume, por lei, que as tarefas de administração pública não são desempenhadas por uma só pessoa coletiva – o Estado –, mas por várias pessoas coletivas diferentes.

Nesse diapasão, verificamos que a Constituição Portuguesa, bem como a generalidade das constituições dos países democráticos, consagram o *princípio da autonomia local*, aqui entendido

¹⁰⁵⁷ Assim se passa no continente; na Madeira e nos Açores há ainda as regiões autônomas (Constituição da República Portuguesa, artigo 227). As divisões administrativas em Portugal são as seguintes: 1) regiões autônomas (insulares), 2) regiões administrativas (consulares), 3) distritos, 4) conselhos e 5) freguesias. Trata-se de um sistema complexo com cinco níveis diferentes de circunscrições administrativas. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 313.

¹⁰⁵⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 417.

¹⁰⁵⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 418.

¹⁰⁶⁰ O Estado é, na acepção administrativa, a pessoa coletiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob a direção do Governo, a atividade administrativa. Tem a natureza originária, não derivada, por isso mesmo vários dos seus órgãos, designadamente o Governo, são órgãos de soberania; é uma pessoa coletiva de cuja natureza faz parte um certo território, o território nacional. É a primeira e a mais importante das chamadas pessoas coletivas de população e território. Todas as parcelas territoriais, mesmo que afetadas a outras entidades, como as regiões, autarquias locais, administrações territoriais diversas, estão sujeitas ao poder do Estado. Todos os indivíduos residentes no território nacional, mesmo que estrangeiros ou apátridas, são administrados em face do Estado-Administração. Tem atribuições diversas e fins múltiplos, com numerosos órgãos e serviços públicos que auxiliam esses órgãos. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 213, 220, 418 e 419.

¹⁰⁶¹ O vocábulo centralização é utilizado, sobretudo, na expressão “centralização administrativa” e designa um sistema de organização administrativa, que, na sua forma mais rigorosa, significa que a totalidade da função ou da atividade administrativa é realizada pelo Estado, através dos seus órgãos administrativos, o mesmo é dizer pelo Governo e pelos órgãos e serviços dele dependentes. cf. CORREIA, Fernando Alves. **Alguns Conceitos de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 21.

¹⁰⁶² Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 422.

como o espaço livre de decisão dos poderes locais, sobre assuntos do seu interesse. Tal princípio pressupõe os seguintes direitos:

- a) “o direito e a capacidade efetiva de as autarquias regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos” (Carta Europeia, art. 3º, n. 1);
- b) o direito de participarem na definição das políticas públicas nacionais que afetem os interesses próprios das respectivas populações;
- c) o direito de partilharem com o Estado ou com a região as decisões sobre as matérias de interesse comum (pelas formas mais adequadas: audiência prévia, parecer vinculativo, co-decisão, direito de veto etc);
- d) o direito de, sempre que possível, regulamentarem a aplicação das normas ou planos nacionais por forma a adaptá-los convenientemente às realidades locais¹⁰⁶³.

É assim que os municípios têm em Portugal e no Brasil o direito de elaborar seus planos urbanísticos, dentro dos parâmetros fixados pelos planos nacionais e regionais de ordenamento do território, se os houver.

Em Portugal encontramos, tradicionalmente, a existência de três espécies de autarquias locais:

- a) até a Constituição de 1976: freguesia, conselho e o distrito;
- b) com a Constituição de 1976:
 - 1 o conselho passa a se chamar *município*;
 - 2 o *distrito* deixa de ser considerado uma autarquia e passa a ser uma mera circunscrição administrativa, destinada a desaparecer;
 - 3 mantém-se a *freguesia* como autarquia inframunicipal;
 - 4 prevê-se a criação, no futuro, de uma nova autarquia supramunicipal, a *região*¹⁰⁶⁴.

Assim, em resumo, o sistema em Portugal de autarquias locais compõe-se de freguesias e municípios, devendo evoluir para um sistema de *freguesias, municípios e regiões*¹⁰⁶⁵.

Trataremos, portanto, rapidamente, de conceituar cada uma das autarquias locais portuguesas, para então identificarmos seu papel na execução da política urbana daquele País.

i. Freguesia

O conceito de Freguesia não se dá explicitamente na legislação portuguesa. Segundo a doutrina de Amaral, o termo foi expresso na primeira Lei das Autarquias Locais, em 1977, sem, no entanto, se concluir por uma definição adequada. A freguesia, segundo o artigo 3º da referida lei, estava conceituada como “pessoa coletiva territorial, dotada de órgãos representativos, que visa à

¹⁰⁶³ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 428.

¹⁰⁶⁴ Não desenvolveremos profundamente a temática das regiões por se tratar de uma forma de autarquia que não existe em Portugal e nunca existiu, não se sabendo ao certo quando haverá regiões naquele país. Como já mencionado, é um tipo de entidade administrativa que visa a dividir o território nacional em grandes áreas geo-econômicas, que visam à prossecução daqueles interesses próprios das respectivas populações que a lei considere serem mais bem geridos em áreas intermédias entre o escalão nacional e o escalão municipal. Reflete uma tendência da legislação administrativa portuguesa em distinguir, em função do território, três escalões de administração pública: a central, a regional e a local. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 521 e ss.

¹⁰⁶⁵ Quando se fala em autarquias supra ou inframunicipais não se quer com isso dizer que exista qualquer subordinação entre elas, apenas que há área maior ou menor a que respeitam. Não há qualquer vínculo de supremacia ou subordinação entre as autarquias locais. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 433.

prosseção de interesses próprios da população na respectiva circunscrição”. O conceito se confunde com o próprio conceito de Autarquia local e por essa razão não elucida acerca da identidade dessa unidade administrativa.

A definição dada pelo professor Amaral¹⁰⁶⁶ é: “Freguesias são as autarquias locais que, dentro do território municipal, visam à prosseção de interesses próprios da população residente em cada circunscrição paroquial” (paroquial no sentido de freguesia, expressão sinônima).

As freguesias são entes organizados. Podem receber verbas dos respectivos municípios e executam atividades nas áreas da educação, cultura popular e, sobretudo, na assistência social. A constituição portuguesa, apesar de não dar qualquer noção de freguesia, impõe que a administração pública seja “estruturada de modo a evitar a burocratização e a aproximar os serviços das populações” (artigo 267, n. 1), o que repercute na valorização das freguesias que são, em muitos casos, o mais próximo contato da população com a administração.

Poucos são os estudos nessa matéria. Em Portugal, as freguesias são subunidades dos municípios, e estes são unidades de dimensões mais ou menos idênticas. Na França, os municípios urbanos são grandes e não estão divididos em freguesias, mas existem municípios rurais de pequena dimensão que funcionam de forma semelhante às freguesias portuguesas¹⁰⁶⁷.

Criação e classificação das freguesias

A criação das freguesias está regulada pela Lei n. 8/93, de 5 de março, e só pode ser feita por lei da Assembleia da República. As freguesias podem ser urbanas ou rurais, dependendo de estarem ou não incluídas em área de um município urbano ou rural¹⁰⁶⁸.

Atribuições das freguesias

Esta matéria é regulada pela Lei das Autarquias Locais, no artigo 2º e pelos artigos 254, 255 do Código Administrativo de 1940 (os artigos se mantêm, no essencial, ainda em vigor).

As freguesias possuem relevante atribuição política, tendo em vista que realizam o recenseamento eleitoral, ocupam-se da administração dos seus próprios bens e promovem obras públicas (construção e manutenção de caminhos públicos). No plano cultural reside sua maior competência, desenvolvendo atividades, sobretudo, em matéria de cultural popular e assistência social, incluindo tarefas relevantes de saúde pública.

A Lei n. 159/99, de 14 de setembro, estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, bem como de delimitação da intervenção da administração central e da administração local, concretizando os princípios da descentralização administrativa e da autonomia do poder local. Nessa lei, encontramos o quadro de atribuições das freguesias, dentre as quais, destacamos, para efeitos de tratamento da matéria urbanística:

- Artigo 14. Atribuições das freguesias. 1 – As freguesias dispõem de atribuições nos seguintes domínios: a) *Equipamento rural e urbano*: (...); d) *Cultura*, tempos livres e desporto; e) Cuidados primários de saúde; f) Ação social; g) Proteção civil; h) *Ambiente e salubridade*; i) *Desenvolvimento*; j) *Ordenamento urbano e rural*; (...) 2 – As atribuições das freguesias e a

¹⁰⁶⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 440.

¹⁰⁶⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 444.

¹⁰⁶⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 445.

competência dos respectivos órgãos abrangem o planejamento, a gestão e a realização de investimentos nos casos e nos termos previstos na lei¹⁰⁶⁹.

Órgãos da freguesia

Principais órgãos são:

- a) órgão deliberativo e representativo dos habitantes – a Assembleia da Freguesia;
- b) um órgão executivo – a Junta da Freguesia.

O artigo 5º da Lei das Autarquias Locais dispõe sobre os membros da Assembleia da Freguesia, que varia conforme o número de eleitores recenseados. A competência da Assembleia está regulada no artigo 15 da mesma lei.

Curiosidade remarcável está nas pequenas freguesias com 200 eleitores ou menos. O número reduzido não permite a constituição de uma Assembleia de Freguesia, mas, ao contrário, a instauração de um plenário dos cidadãos eleitores, onde se exercita uma verdadeira democracia direta, realizada diretamente pelos próprios cidadãos (Cf. Artigos 19 e 20, da LAL)¹⁰⁷⁰.

Freguesias x comissões de moradores

As comissões de moradores eram ressaltadas na versão original da Constituição Portuguesa, porém foi perdendo relevo com o passar dos ímpetus revolucionários. A reforma constitucional de 1989 as eliminou do texto e passou a referir-se apenas a uma das espécies mais típicas do conceito: as “organizações de moradores”. (CPR, art. 263 e seguintes.). Essas são instituições de direito privado ou, menos ainda, meras comissões não personalizadas, que agrupam moradores de um bairro, uma rua ou até só de um prédio. A constituição não as quis incluir no rol de pessoas coletivas e não lhe confere qualquer “poder de autoridade”, sendo proibido que a freguesia ou a autarquia local lhe conceda tal prerrogativa. Poderão ser delegadas, contudo, competências administrativas. A constituição remete à lei ordinária a construção do conceito de organização de moradores e a LAL, no artigo 16, faz depender a concretização dos preceitos constitucionais a uma lei regulamentadora dessas organizações que, até o momento, não for a elaborada¹⁰⁷¹.

ii. Município

A primeira Lei das Autarquias Locais de 1970 fornecia um conceito no artigo 38: “o município é a pessoa coletiva territorial, dotada de órgãos representativos, que visa à prossecução de interesses próprios da população na respectiva circunscrição”.

A atual Lei das Autarquias Locais de 1999 não traz, entretanto, qualquer definição de município.

Amaral¹⁰⁷² conceitua o município como “a autarquia local que visa à prossecução de interesses próprios da população residente na circunscrição concelhia, mediante órgãos representativos por ela eleitos”.

¹⁰⁶⁹ Cf. Artigo 14 e 15 do Decreto-Lei n. 159/99, de 14 de setembro. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LN_22115_1_0001.htm#b0039>. Acesso em: 1 nov. 2007.

¹⁰⁷⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 446.

¹⁰⁷¹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 449.

¹⁰⁷² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 452.

Por sua vez, Caetano¹⁰⁷³ admite que o Município é a forma típica tradicional da administração local autárquica, que corresponde a dois conceitos: o *lato*, que identifica o município como qualquer núcleo populacional em que os órgãos autárquicos sejam constituídos por pessoas que façam parte do respectivo agregado, e o conceito restrito, que limita a designação de município ao conselho, isto é, à autarquia local cujo território é a circunscrição municipal.

A importância do Município

O município é a mais importante de todas as espécies de autarquias locais. Essa importância se manifesta em diversos planos:

- a) *Internacionalmente*, o município é o único tipo de autarquia que tem existência internacional, pelo menos no mundo democrático: a maior parte dos Estados conhece a estrutura municipal, ignorando a freguesia, o distrito ou a região.
- b) *Historicamente*, o município é a única autarquia que, vindo já de antes da fundação de Portugal, sempre se tem mantido na organização administrativa como autarquia local daquele país.
- c) *Politicamente*, é no município que se estrutura e pratica a democracia local: “o município é um autêntico viveiro de vocações políticas, e uma escola de formação de quadros para a vida política nacional, além de ser um limite às tendências tentaculares de onipotência do Estado e do poder central”¹⁰⁷⁴.
- d) *Economicamente*, a administração municipal congrega um número significativo de serviços prestados à comunidade através de equipamentos coletivos diversos, como o sistema viário, urbano etc.
- e) *Financeiramente*, os municípios empregam muitos funcionários (mais de 50 mil cada em Portugal) e movimentam uma percentagem significativa do total de finanças públicas.
- f) *Juridicamente*, os municípios movimentam o direito administrativo com um número relevante de normas de interesse local e em Portugal o próprio contencioso administrativo começou por ser um contencioso municipal, desde o século XIX.
- g) *Doutrinariamente*, é no âmbito municipal que se podem verificar as teorias de Estado, da democracia e do Poder vigente em dado momento em uma sociedade.

Atribuições Municipais

Os Municípios têm, por lei, fins e interesses a prosseguir. Tais fins e interesses são caracterizados por atribuições municipais, definidas de maneira diversa e variada em cada sistema jurídico-político, na medida em que se opta por um regime de centralização ou de descentralização administrativa.

Em Portugal, a tendência é cada vez mais forte para a descentralização administrativa, que resulta da própria noção de democracia e da ideia de participação dos cidadãos na vida pública, daí a atuação municipal cada vez mais efetiva com um número cada vez maior de atribuições.

A atual Lei das Autarquias Locais Portuguesa (Lei n. 169/99, de 18 de setembro) estabelece um regime misto, indicando exemplificativamente as principais atribuições, completando esse elenco com uma cláusula geral. Assim estabelece no artigo 2º, que “é atribuição das autarquias locais o que diz respeito aos interesses próprios, comuns e específicos das populações respectivas”.

¹⁰⁷³

Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. v I. Coimbra: Almedina, 1984. p. 316.

¹⁰⁷⁴

Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 453.

São ainda, atribuições dos Municípios aquelas elencadas no artigo 44, 45 a 50 do Código Administrativo, norma que não foi revogada pela nova LAL¹⁰⁷⁵.

Entretanto, não basta conhecer a LAL e o CA para se ter ideia de todas as atribuições municipais. Em verdade, há numerosas leis avulsas que em parte alteram ou condicionam o que esses dois diplomas disciplinam.

Para efeitos de direito urbanístico, pode-se citar em um primeiro momento, no campo de atribuições, a inovação trazida pelo Decreto-Lei n. 159/99, de 14 de setembro, que veio regular o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, bem como, de delimitação da intervenção da administração central e da administração local, concretizando os princípios da descentralização administrativa e da autonomia do poder local.

O artigo 13 da referida norma estabelece as atribuições dos municípios, dentre as quais destacamos: “e) Patrimônio, cultura e ciência; (...) o) ordenamento do território e urbanismo”¹⁰⁷⁶.

Em seguida, analisaremos com maior profundidade as competências municipais em matéria de direito urbanístico em Portugal.

Órgãos do Município em geral

Como pessoa coletiva que é, o município possui órgãos que tomam decisões e que manifestam a vontade dessa entidade pública.

Conforme dispõe a Constituição Portuguesa no artigo 237, n. 2, os órgãos das autarquias locais são órgãos representativos¹⁰⁷⁷ das populações locais residentes no território dessa autarquia.

Dentre os órgãos autárquicos, podemos distinguir, ainda, os deliberativos e os executivos. Aqueles são os que tomam as decisões de fundo e marcam a orientação ou definem o rumo a seguir pela entidade a que pertencem. Os executivos são os que aplicam essas orientações, encarregando-se da gestão dos assuntos compreendidos nas competências da pessoa coletiva.

São órgãos deliberativos os colegiais amplos, e executivos, os órgãos colegiais restritos. No Município, é órgão deliberativo a Assembleia Municipal, e são órgãos executivos a Câmara Municipal e o presidente da Câmara Municipal¹⁰⁷⁸.

A Assembleia Municipal é o órgão composto conforme determinado no artigo 251 da Constituição Portuguesa. É constituída pelos presidentes das juntas de freguesias e por membros, em número não inferior ao daqueles, eleitos pelo colégio eleitoral do município.

A Assembleia Municipal não é toda ela eleita diretamente. É, em parte, constituída por membros eleitos e, em parte, por membros por inerência, que são os presidentes das juntas das freguesias. Sua competência se define na Lei das Autarquias locais, no artigo 39¹⁰⁷⁹:

- a) função de orientação geral do município;
- b) função de fiscalização da Câmara Municipal;
- c) função de regulamentação, que consiste em elaborar regulamentos, entre eles as posturas municipais;
- d) função tributária, que consiste em estabelecer os impostos e taxas a que os munícipes ficam sujeitos;

¹⁰⁷⁵ Segundo entendimento de AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 476.

¹⁰⁷⁶ Decreto-Lei n. 159/99, de 14 de Setembro. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LN_22115_1_0001.htm#b0039>. Acesso em: 1 nov. 2007.

¹⁰⁷⁷ Diz-se que órgão de uma pessoa coletiva de população e território é representativo quando esse órgão, tendo sido eleito livremente pela população residente, emana democraticamente desta e traduz os seus pontos de vista, defende os seus interesses, atua em nome e por conta dessa população. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 480.

¹⁰⁷⁸ No entendimento de AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 481.

¹⁰⁷⁹ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 492.

e) função de decisão superior, que se traduz na prática de atos sobre as matérias mais importantes da vida do município, como é a aprovação do plano de urbanização.

Após vistas as estruturas elementares da administração do Estado Português, passemos a identificar os órgãos incumbidos de elaborar e executar o urbanismo nesse país.

3. Estrutura administrativa do urbanismo português

Para realizar os interesses urbanísticos, a estrutura administrativa portuguesa se especializou. Assim como no Brasil, a importância do urbanismo na sociedade impôs a criação de uma organização administrativa especial para a realização dos interesses públicos urbanísticos. Tal especialização é consequência da concepção do urbanismo como *função pública*¹⁰⁸⁰, superando a ideia de que a urbanização se produz por mera atividade privada.

Vários são os órgãos e serviços do Estado com competências administrativas ligadas ao urbanismo e ao ordenamento do território. Destacaremos apenas os principais que se vinculam diretamente à elaboração, aprovação e ratificação dos instrumentos de planejamento e gestão do território.

3.1. Governo

O Governo português retém papel central na administração do urbanismo no País. Segundo Correia¹⁰⁸¹, são cometidas por lei a este órgão, as seguintes competências:

- a) determinar, através de resolução do Conselho de Ministros, a elaboração do “programa nacional da política de ordenamento do território” (artigo 30, n. 2, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro);
- b) ordenar a elaboração e aprovar, em ambos os casos por meio de resolução do Conselho de Ministros, “os planos setoriais” (artigos 38, n. 2 e 41, do Decreto-Lei n.380/99, de 22 de Setembro);
- c) determinar a elaboração e aprovar, por meio de resolução do Conselho de Ministros, os “planos especiais de ordenamento do território” (artigos 46, n. 2 e 49, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro);
- d) determinar a elaboração de “planos regionais de ordenamento do território” e aprovar esses mesmos planos, através de resolução do Conselho de Ministros (artigos 55 e 59, n. 1, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro);
- e) ratificar total ou parcialmente, por resolução do Conselho de Ministros, os planos intermunicipais e municipais de ordenamento do território (artigos 68, n. 4 e 80, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro)¹⁰⁸²;

¹⁰⁸⁰ O princípio da função pública já foi desenvolvido no capítulo anterior e, segundo Correia, é um dos princípios fundantes da organização administrativa do urbanismo, uma vez que “com efeito, no Estado de Direito Social, as decisões básicas sobre urbanismo deixaram de pertencer aos proprietários do solo, para serem cometidas à Administração, a quem cabem funções de planejamento, gestão e controle das atividades com reflexos na ocupação, uso e transformação do solo, pelo que só a existência de uma estrutura organizatória específica é que tais funções podem ser cabalmente exercidas”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 215 e ss.

¹⁰⁸¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 215 e ss.

¹⁰⁸² A necessidade de ratificação dos planos municipais pelo governo é uma das principais diferenças entre os sistemas administrativos do urbanismo português e brasileiro. No Brasil, a Constituição de 1988 confere ao Município autonomia para

f) estabelecer, através de resolução do Conselho de Ministros, “medidas preventivas” para salvaguardar situações excepcionais de reconhecido interesse nacional ou regional e garantir a elaboração dos planos especiais de ordenamento do território (art. 107, n. 9 e 109, n. 2, do Decreto-Lei n. 380/99);

g) ratificar as medidas preventivas respeitantes a planos municipais de ordenamento do território que estejam sujeitos a ratificação (art. 109, n. 3, do Decreto-Lei n. 380/99);

h) suspender, total ou parcialmente, os instrumentos de desenvolvimento territorial e os instrumentos de política setorial, ouvidas as câmaras municipais das autarquias abrangidas e a comissão de coordenação e desenvolvimento regional (art. 99, n. 1 e 2, do Decreto-Lei n. 380/99);

i) suspender, total ou parcialmente, os planos especiais de ordenamento do território, ouvidas as câmaras municipais das autarquias abrangidas (artigo 100, n. 1 e 3, do Decreto-Lei n. 380/99);

j) suspender, total ou parcialmente, através de decreto regulamentar, em casos excepcionais de reconhecido interesse nacional ou regional, ouvidas as câmaras municipais das autarquias envolvidas, os planos municipais de ordenamento do território (artigo 100, n. 2, alínea *a* e 3, do Decreto-Lei n. 380/99);

k) ratificar, através de resolução do Conselho de Ministros, a deliberação da Assembleia municipal de suspensão, total ou parcial, de planos municipais de ordenamento do território (artigo 100º, n. 2, alínea *b* e 3, do Decreto-Lei n. 380/99).

3.2. Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional

Em Portugal foi criado um Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional¹⁰⁸³. Esse novo Ministério agregou as competências dos extintos Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território e do Ministério das Cidades¹⁰⁸⁴ e possui relevantes atribuições legais em matéria de direito urbanístico.

Ainda que não tenha sido aprovada a lei orgânica que estabelece as competências desse órgão, é possível extrair do Decreto-Lei n. 53/2005, de 25 de fevereiro (que aprovou a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território do XVI Governo Constitucional) algumas

aprovar os planos diretores, instrumentos centrais na execução da política urbana no país, resultado do sistema federativo adotado. Na França, todas as leis relacionadas ao urbanismo e todos os regulamentos de aplicação destas são obra do Estado Central. Os Estados federais compartilham o poder legislativo entre a federação e os Estados membros. Na Alemanha, o legislador federal não é competente para tratar de algumas matérias ligadas ao ordenamento funcional urbano e da política de habitação (art. 74, n. 18 da Lei Fundamental) deixando ao “Länder” a competência legislativa em matéria de direito da construção, do urbanismo e da proteção ao ambiente. O mesmo se passa na Suíça, onde há apenas um texto federal de 22 de junho de 1979 (LAT), distribuindo-se entre os cantões e as comunas a competência para legislar autonomamente acerca da matéria sob a perspectiva regional e local. No caso do Brasil e suas competências em matéria de direito urbanístico: o nosso **O papel do Município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Ideias, 2004. Para os demais países: alguns apontamentos em FROMONT, Michel. *Le Droit Français de l’Urbanisme parmi les différents Droits Européens. L’Actualité Juridique Droit Administratif*, Paris, Numéro Spécial, p. 73-78, mai., 1993.

¹⁰⁸³ Conforme artigo 16, n. 1, do Decreto-Lei n. 79/2005, de 15 de abril (alterado pelos Decretos-Leis n. 11/2006, de 19 de janeiro; 16/2006, de 26 de janeiro, e 135/2006, de 26 de julho). Disponível em: <<http://www.diramb.gov.pt>>. Acesso em: 22 out. 2007.

¹⁰⁸⁴ Cf. Artigo 16, 2 e 3, do Decreto-Lei n. 79/2005, de 15 de Abril. Disponível em: <<http://www.anacom.pt/template20.jsp?categoryId=126959&contentId=267549>>. Acesso em: 22 out. 2007.

das principais atribuições que possivelmente lhes serão acometidas. De acordo com o referido Decreto-Lei 53/2005, a missão daquele Ministério era

a de concretizar, em Portugal, um exigente nível de qualidade ambiental, mobilizar a integração da dimensão ambiental, social e econômica, na concepção e na concretização das diferentes políticas públicas, orientadas ao médio e longo prazos para a melhoria da qualidade de vida das pessoas e o pleno desenvolvimento da sociedade, assim como no reconhecimento de que nenhuma política ambiental se pode reconduzir, apenas, à ação da Administração¹⁰⁸⁵.

Ao Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território incumbia, em geral, a definição, execução e coordenação da política de ambiente, da conservação da natureza, da biodiversidade e do ordenamento, do equilíbrio e coesão do território, cabendo-lhe a promoção do exercício da cidadania, do desenvolvimento sustentável, do bem-estar e da qualidade de vida da comunidade. No mesmo Decreto, em seu artigo 2º, encontramos um amplo elenco de atribuições relativas ao ordenamento do território e do urbanismo dentre as quais destacamos:

b) promover a aplicação da estratégia nacional de desenvolvimento sustentável; c) promover parcerias público-privadas que apóiem o desenvolvimento sustentável do País e a participação dos agentes econômicos e sociais no âmbito dos processos decisórios sobre o ordenamento do território e ambiente; d) definir a estratégia de aplicação e colaborar na gestão dos fundos nacionais e comunitários afetos à política de ambiente e ordenamento do território e participar nos processos de avaliação do seu contributo, numa ótica de coesão nacional e de sustentabilidade do País; (...) h) conceber e dar execução a medidas de gestão integrada do território, garantindo a consistência do sistema de planeamento e a articulação entre as políticas setoriais com incidências territoriais e ambientais; i) assegurar a manutenção e fomento da biodiversidade, da conservação da natureza e da proteção e valorização da paisagem, através da integração da componente da conservação da natureza nas políticas setoriais com incidência territorial e da gestão da rede nacional de áreas protegidas; (...) u) colaborar na concepção e execução de políticas de investigação científica e tecnológica nos domínios do ambiente, do ordenamento do território, da conservação da natureza e da preservação de recursos genéticos; (...) z) incentivar o exercício da cidadania e a assunção de mecanismos de participação por parte dos cidadãos e das organizações não governamentais, de concertação e de corresponsabilização¹⁰⁸⁶.

3.3. Direção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano (DGOTDU)

Importa, em nosso trabalho, destacar o serviço que dá execução às medidas e políticas de ordenamento do território e do desenvolvimento urbanístico, “promovendo a valorização integrada das diversidades do território nacional, através do aproveitamento racional dos recursos naturais, do património natural e cultural, da humanização das cidades, da funcionalidade dos espaços edificados e da correta localização de atividades”¹⁰⁸⁷.

Trata-se da Direção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, serviço ministerial que possui atribuições de, nos termos do artigo 14 do Decreto-Lei n. 97/2003:

¹⁰⁸⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 224.

¹⁰⁸⁶ C. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 225 e Legislação Portuguesa. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LN_27087_1_0001.htm#b0009>. Acesso em: 30 out. 2007.

¹⁰⁸⁷ Artigo 14, n. 1, do Decreto-Lei n. 97/2003. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 227

- a) contribuir para uma utilização racional do solo, num quadro de desenvolvimento equilibrado, policêntrico e sustentável, integrando o progresso social, a eficiência econômica e a proteção ambiental e tendo por objetivo estratégico a redução das desigualdades territoriais;
- b) promover a elaboração, acompanhamento, revisão e avaliação do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território;
- c) assegurar, em colaboração com outros serviços da Administração Pública, a articulação no âmbito nacional entre os instrumentos de gestão territorial e os planos setoriais com incidência territorial da responsabilidade da administração central, nomeadamente nos domínios dos transportes, das comunicações, da energia, dos recursos geológicos, da educação, da segurança social e trabalho, da cultura, da saúde, da indústria, do comércio e turismo, da agricultura, das florestas, da habitação e do ambiente;
- d) promover e acompanhar a elaboração dos planos regionais de ordenamento do território, em estreita colaboração com as comissões de coordenação e desenvolvimento regional, as áreas metropolitanas, comunidades intermunicipais e autarquias locais;
- e) intervir, nos termos da lei, na elaboração dos planos municipais e intermunicipais de ordenamento do território, nomeadamente através da apresentação de propostas sobre as normas e características a que devam obedecer esses planos, e apreciar os que careçam de ratificação, bem como registrar, nos termos da lei, os demais instrumentos de gestão territorial;
- f) apoiar a consolidação das áreas urbanas existentes, contribuindo para a formação de equilíbrios adequados entre a habitação, o emprego, os equipamentos, o património e a mobilidade;
- g) promover e articular a execução de projetos e programas relativos ao ordenamento do território e desenvolvimento urbano, nomeadamente através de ações de reabilitação, renovação e requalificação urbanas e execução de infraestruturas e equipamentos urbanos de utilização coletiva, em colaboração com as autarquias locais, instituições e demais entidades responsáveis, através de contratos-programa ou de outros instrumentos adequados;
- h) desenvolver e manter um sistema de informação georreferenciada que organize os dados necessários ao acompanhamento e avaliação da política e dos instrumentos de gestão territorial;
- i) prestar apoio ao Observatório do Ordenamento do Território e do Urbanismo;
- j) promover, acompanhar e coordenar os processos de avaliação estratégica relativos a instrumentos de gestão territorial;
- l) elaborar e dar execução a programas, projetos e estudos de investigação aplicada nos domínios do ordenamento do território, dos sistemas urbanos, bem como ações de formação, divulgação e sensibilização;
- m) assegurar, em colaboração com as entidades competentes, o acompanhamento das questões e o cumprimento dos acordos relacionados com o ordenamento do território e o desenvolvimento urbano no âmbito comunitário e internacional.

3.4. Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional

As Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional são

serviços desconcentrados do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente (MCOTA), dotados de autonomia administrativa e financeira, incumbidos de executar no âmbito das respectivas áreas geográficas de atuação as políticas de ambiente, de ordenamento do território, de conservação da natureza e da biodiversidade, de utilização sustentável dos recursos naturais, de requalificação urbana, de planeamento estratégico regional e de apoio às autarquias locais e suas associações, tendo em vista o desenvolvimento regional integrado¹⁰⁸⁸.

Cinco são as Comissões de Coordenação e desenvolvimento Regional em atividade no Estado Português: a CCDR do Norte, com sede no Porto; a CCDR do Centro, com sede em Coimbra; a CCDR de Lisboa e Vale do Tejo, com sede em Lisboa; a CCDR do Alentejo, com sede em Évora, e a CCDR do Algarve, com sede em Faro (conforme o artigo 2º do Decreto-Lei n. 104/2003).

No que tange à atuação desse órgão, ainda segundo o artigo 4º, do Decreto-Lei n. 104/2003, de 23 de maio, lhe são atribuídas às seguintes competências:

Artigo 4º - Constituem atribuições das CCDR:

- a) Contribuir para a definição das bases gerais da política de desenvolvimento regional no âmbito da política de desenvolvimento económico e social do País, dinamizando e participando nos processos de planeamento estratégico;
- b) Participar na elaboração do Plano de Desenvolvimento Regional (PDR) e garantir o cumprimento dos objetivos e a concretização das medidas nele previstas, bem como proceder à avaliação do impacto macroeconómico e social de planos, programas e grandes projetos de desenvolvimento regional;
- c) Assegurar a execução das intervenções operacionais regionais incluídas no Quadro Comunitário de Apoio;
- d) Participar na elaboração, articulação e monitorização da proposta anual do Programa de Investimentos e Despesas de Desenvolvimento da Administração Central (PIDDAC) na região;
- e) Assegurar o processo de concertação estratégica, no âmbito regional, contribuindo para a coerência e articulação das ações de intervenção, nomeadamente no âmbito de intervenções desconcentradas da administração central;
- f) Dinamizar a cooperação inter-regional e assegurar a articulação entre instituições da administração direta e indireta do Estado, autarquias locais e entidades equiparadas, contribuindo para a integração europeia do espaço regional e para o reforço da sua competitividade interna e externa com base em estratégias de desenvolvimento sustentável de âmbitos regional e local;
- g) Fomentar formas de parceria e participação dos agentes regionais e locais na preparação, gestão, acompanhamento e avaliação de intervenções com incidência regional;
- h) Participar em processos de enquadramento normativo de natureza setorial que sejam susceptíveis de possuir impacto no modelo e organização territorial das políticas públicas nos âmbitos regional e local ou em instrumentos de financiamento geridos pelas CCDR;
- i) Promover *a execução no âmbito regional dos planos, programas e projetos de desenvolvimento* económico e social de defesa do ambiente e de utilização sustentável dos recursos naturais, *do ordenamento do território*, da conservação da natureza e da biodiversidade e da intervenção requalificadora nas cidades, bem como, proceder à avaliação dos seus impactos espaciais e sócio-económicos;

¹⁰⁸⁸ Conceito e natureza descritos pelo Decreto-Lei n. 104/2003, de 23 de maio. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LN_25650_1_0001.htm#b0006>. Acesso em: 1 nov. 2007.

- j) Garantir a boa execução dos contratos-programa e outros instrumentos convencionais no âmbito da cooperação técnico-financeira entre a administração central e a administração local autárquica;
- l) Colaborar nas ações de cooperação técnica com a administração local autárquica nos domínios jurídico, de finanças locais, de formação de recursos humanos e de modernização administrativa;
- m) Promover o processo de modernização do quadro institucional de apoio ao desenvolvimento regional e local, através do acompanhamento e da avaliação periódica dos mecanismos de descentralização territorial das políticas públicas;
- n) Participar no acompanhamento e na avaliação das dinâmicas de associativismo e organização intermunicipal, **em particular no processo de criação de áreas metropolitanas e comunidades intermunicipais**;
- o) Empreender exercícios de planeamento do investimento público que permitam assegurar o desenvolvimento, de forma territorialmente coerente e à escala regional, de redes de serviços coletivos;
- p) Promover a elaboração, avaliação e revisão dos **planos regionais de ordenamento do território e assegurar a sua articulação com o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território**;
- q) Acompanhar os processos de elaboração, alteração e revisão dos **planos municipais de ordenamento do território** e dos **planos especiais de ordenamento do território**, bem como de outros instrumentos de planeamento com incidência territorial;
- r) Participar na concepção e no acompanhamento e execução de programas de **requalificação urbana**;
- s) Promover e coordenar a execução de projetos e programas relativos ao **ordenamento do território** e a infraestruturas e equipamentos de utilização coletiva em colaboração com as autarquias locais ou entidades privadas que prossigam fins de utilidade pública, através de instrumentos de apoio técnico e financeiro adequados;
- t) Coordenar os processos de avaliação de impacto ambiental dos projetos e ações cujo licenciamento ou autorização compitam a entidades supramunicipais;
- u) Assegurar a gestão de áreas de interesse regional para a conservação da natureza, a preservação da biodiversidade ou a defesa da paisagem nos termos que vierem a ser definidos por lei;
- v) Proceder ao licenciamento e à fiscalização de utilizações do domínio hídrico;
- x) Exercer os poderes que a lei lhes cometer quanto ao licenciamento e controle de instalações e equipamentos destinados a triagem, recolha, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos e industriais não perigosos nos termos da legislação específica;
- z) Garantir a conservação da rede hidrológica das bacias regionais;
- a.a) Promover a criação e garantir a permanente atualização de um sistema de informação de base geográfica nos domínios do ambiente e do **ordenamento do território** em articulação com o sistema de informação do MCOTA;
- b.b) Promover a recolha, o tratamento e a sistematização da informação sobre o estado do ambiente e do **ordenamento do território na região**, necessária à avaliação destes domínios no âmbito nacional;
- c.c) Criar e manter bases de dados cartográficos e cadastrais de apoio às diferentes atividades e assegurar a sua disponibilização;
- d.d) Manter um sistema de informação de base regional, em articulação com o Instituto Nacional de Estatística, de acordo com o sistema estatístico nacional, sempre que envolva informação de natureza estatística;
- e.e) Proceder à monitorização de base nos domínios do **ordenamento do território e do ambiente**;
- f.f) Assegurar, nos termos da lei, a fiscalização do domínio hídrico, dos resíduos, das substâncias perigosas, da qualidade do ar, do ruído e da conservação da natureza;
- g.g) Promover ou colaborar na elaboração de programas e projetos e na execução de ações de sensibilização, formação, informação e educação em matéria ambiental, de **ordenamento do território**, de conservação da natureza e da biodiversidade.

As Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional desempenham relevantes funções nos domínios do planeamento e desenvolvimento regional, ambiente, ordenamento do território, conservação da natureza e biodiversidade e, para além das competências citadas e destacadas anteriormente, a legislação urbanística lhe reserva um conjunto de atribuições (inicialmente reservadas para as comissões de coordenação regional e, numa fase posterior, para as direções regionais do ambiente e do ordenamento do território)¹⁰⁸⁹. Segundo o Decreto-Lei n. 380/99, estão a cargo das CCDR:

Artigo 55. A elaboração dos planos regionais de ordenamento do território compete à comissão de coordenação regional na sequência de proposta aprovada pelo Governo por resolução do Conselho de Ministros. (...) Art.66. 1 - Concluída a versão final, a proposta de plano intermunicipal de ordenamento do território é objeto de parecer da comissão de coordenação regional. 2 - O parecer da comissão de coordenação regional incide sobre a conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes e a articulação e coerência da proposta com os objetivos, princípios e regras aplicáveis no território em causa, definidos por quaisquer outros instrumentos de gestão territorial eficazes. (...) Art. 75. (...) 7 - O acompanhamento da elaboração dos planos de urbanização e dos planos de pormenor é assegurado pela comissão de coordenação regional que, garantindo a audição das entidades representativas dos interesses a ponderar, elaborará um parecer escrito nos termos do n. 3. (...) Art.78. 1 - Concluída a versão final, a proposta de plano diretor municipal é objeto de parecer da comissão de coordenação regional. 2 - O parecer da comissão de coordenação regional incide sobre a conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes, bem como, sobre a articulação e coerência da proposta com os objetivos, princípios e regras aplicáveis no município ou municípios em causa, definidos por quaisquer outros instrumentos de gestão territorial eficazes.

Conforme o Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, com redação alterada pelo Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho, ainda cabe às Comissões:

Artigo 42. - Parecer da comissão de coordenação regional. 1 - O licenciamento de operação de loteamento que se realize em área não abrangida por qualquer plano municipal de ordenamento do território está sujeito a parecer prévio favorável da direção regional do ambiente e do ordenamento do território.

E, por fim, os presidentes das Comissões de coordenação e desenvolvimento regional têm relevantes atribuições em matéria de urbanismo conforme se verifica do artigo 114, n. 2, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, segundo o qual:

2 - A competência para ordenar o embargo, a demolição, a reposição da configuração do terreno ou a recuperação do coberto vegetal referidos no número anterior pertence ao presidente da câmara municipal ou, quando se trate de medidas preventivas estabelecidas pelo Governo, ao presidente da comissão de coordenação regional ou ao órgão competente do Ministério do Ambiente.

¹⁰⁸⁹ Nesse sentido conferir CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 229 e ss.

3.5. Órgãos e serviços dos Municípios

O ordenamento das cidades é, *a priori*, um tipo de atividade local¹⁰⁹⁰. Em efeito, os municípios possuem em todos os países europeus e americanos uma vocação natural para se ocupar do urbanismo. Essa vocação natural está na origem da descentralização dos países unitários e no reconhecimento de competências ligadas ao interesse local, nos países federados, como é o caso do Brasil.

Como é de se supor, os municípios portugueses, assim como os brasileiros, detêm importantes atribuições nos domínios do ordenamento do território, do urbanismo e do património cultural. A Lei n. 159/99, de 14 de setembro delimita as atribuições e competências em geral no artigo 13, onde fica determinado que: “1 - os municípios dispõem de atribuições nos seguintes domínios: o) ordenamento do território e urbanismo; e) património, cultura e ciência”.

Para além da determinação geral do artigo 13, o artigo 29 da referida lei, estabelece detalhadamente a competência municipal em matéria de ordenamento do território e urbanismo, a saber:

a) *elaborar e aprovar os planos municipais de ordenamento do território*; b) delimitar as áreas de desenvolvimento urbano e construção prioritárias com respeito pelos planos nacionais e regionais e pelas políticas setoriais; c) *delimitar as zonas de defesa e controlo urbano, de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, dos planos de renovação de áreas degradadas e de recuperação de centros históricos*; d) aprovar operações de loteamento; e) participar na elaboração e aprovação do respectivo plano regional de ordenamento do território; f) propor a integração e a exclusão de áreas na Reserva Ecológica Nacional e na Reserva Agrícola Nacional; g) declarar a utilidade pública, para efeitos de posse administrativa, de terrenos necessários à execução dos planos de urbanização e dos planos de pormenor plenamente eficazes; h) licenciar, mediante parecer vinculativo da administração central, construções nas áreas dos portos e praias.

No que tange ao património cultural, a mesma lei atribui ao município, competências especiais, a saber:

Artigo 20 - Património, cultura e ciência. 1 - É da competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão e a realização de investimentos públicos nos seguintes domínios: a) centros de cultura, centros de ciência, bibliotecas, teatros e museus municipais; b) património cultural, paisagístico e urbanístico do município. 2 - É igualmente da competência dos órgãos municipais: a) propor a classificação de imóveis, conjuntos ou sítios nos termos legais; b) proceder à classificação de imóveis conjuntos ou sítios considerados de interesse municipal e assegurar a sua manutenção e recuperação; c) participar, mediante a celebração de protocolos com entidades públicas, particulares ou cooperativas, na conservação e recuperação do património e das áreas classificadas; d) organizar e manter atualizado um inventário do património cultural, urbanístico e paisagístico existente na área do município; e) gerir museus, edifícios e sítios classificados, nos termos a definir por lei.

Tais atribuições são executadas através de órgãos especiais dos municípios. Tomemos a doutrina de Correia¹⁰⁹¹ para expormos em geral como isso ocorre.

¹⁰⁹⁰ Nesse sentido cf. FROMONT, Michel. Le Droit Français de l'Urbanisme parmi les différents Droits Européens. *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, Paris, Numéro Spécial, p.73-78, Mai, 1993.

¹⁰⁹¹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 238 e ss.

a) Assembleia Municipal

As competências da Assembleia Municipal são em regra de caráter legislativo e, nesse sentido, se manifestam no momento em que aprovam leis e normas de caráter urbanístico. Assim, em um primeiro momento a competência se dá: na aprovação dos planos intermunicipais de ordenamento do território, quando se trate de municípios associados para o efeito (art. 67, do Decreto-Lei n. 380/99); na aprovação de planos municipais de ordenamento do território (art. 79, n. 1, do Decreto-Lei n. 380/99); na revisão, alteração e suspensão dos planos referidos (arts. 95, 98 e 100, n. 2, alínea *b*, 3 e 4 do Decreto-Lei n. 380/99); no estabelecimento de medidas preventivas de garantia da elaboração, alteração, revisão e execução dos planos municipais de ordenamento do território (arts. 100, n. 4, 107, n. 2 e 109, n. 1, do Decreto-Lei n. 380/99).

Em um segundo momento, o mesmo se passa com a aprovação de regulamentos municipais de urbanização e/ou de edificação e com a aprovação de regulamentos relativos ao lançamento e liquidação de taxas que, nos termos da lei, sejam devidas pela realização de operações urbanísticas (artigo 53, n. 2, alíneas *a* e *e*, e n. 3, alínea *b*, na Lei n. 169/99, de 18 de setembro, na redação da Lei n. 5-A/2002, de 11 de janeiro, os artigos 3º e 116, n. 5, do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, na redação do Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho, e o artigo 19, alíneas *a* e *b*, da Lei n. 42/98, de 6 de agosto).

Por último, as Assembleias Municipais têm competência para declarar a utilidade pública das expropriações da iniciativa da administração local autárquica, para efeitos de concretização de plano de urbanização ou plano de pormenor eficaz, devendo a deliberação daqueles órgãos ser tomada por maioria dos membros em efetividade de funções e ser comunicada ao membro do Governo responsável pela administração local (artigo 14, n. 2, 3 e 4, do Código das expropriações aprovado pela Lei n. 168/99 de 18 de setembro)¹⁰⁹².

b) Câmara Municipal

Órgão executivo municipal, a Câmara comporta importantes atribuições em matéria de urbanismo. No âmbito do planeamento territorial, compete à Câmara Municipal: tomar a iniciativa e elaborar os planos municipais de ordenamento do território (artigo 74, do Decreto-Lei n. 380/99); apresentar respectiva proposta à Assembleia Municipal para aprovação; elaborar as propostas de alteração, revisão e suspensão dos planos municipais de ordenamento do território e, bem assim, das medidas preventivas dos mesmos planos; promover a execução coordenada e programada dos planos municipais de ordenamento do território (artigos 118 a 125 do Decreto-Lei n. 380/99) e lançar mão de vários instrumentos jurídicos de execução dos planos (artigos 126 a 134, do Decreto-Lei n. 380/99).

Para além das iniciativas indicadas, a Câmara Municipal ainda detém competência para elaborar e apresentar as propostas de regulamentos municipais de urbanização e/ou de edificação e os regulamentos relativos ao lançamento e liquidação de taxas urbanísticas.

No que tange ao controle das operações urbanísticas, especificamente as operações de loteamento urbano e obras de urbanização, de obras particulares e de reparcelamento do solo urbano, compete-lhe conceder licenças (artigos 131, n. 6, do Decreto-Lei n. 380/99, e 5º do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, e o artigo 64, n. 5, alínea *a*, da Lei n. 169/99, de 18 de setembro) e, assim como, emitir parecer nos casos e termos previstos na lei, sobre projetos de obras não sujeitos a licenciamento municipal (artigo 64, n. 3, alínea *a*, da Lei n. 169/99, e o artigo 7º, n. 2 e 4, do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, na versão do Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho).

Por fim, compete ainda à Câmara Municipal deliberar sobre a promoção da realização das obras de urbanização por conta do titular do alvará, verificados os pressupostos referidos na lei (artigo 84 do Decreto-Lei n. 555/99) e sobre a recepção provisória e definitiva das obras de urbanização

¹⁰⁹²

Sobre as expropriações gerais e urbanísticas conferir o capítulo anterior e a doutrina ali citada.

(artigo 87 do Decreto-Lei n. 555/99), assim como ordenar e vistoriar, a demolição total ou parcial ou a beneficiação de construções que ameacem ruína ou constituam perigo para a saúde ou segurança das pessoas (art. 64, n. 5, alínea *c*, da Lei n. 169/99, de 18 de setembro).

c) Presidente da Câmara Municipal

A inclusão do presidente da câmara municipal como um dos órgãos municipais se justifica pelo relevante quadro de atribuições a este conferidas pela lei, sobretudo, em matéria urbanística¹⁰⁹³.

Em um primeiro momento, as competências abrangem a concessão de autorizações administrativas das operações urbanísticas indicadas no n. 3 do artigo 4º, do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, com a redação do Decreto-Lei n. 177/2001, de 4 de junho. Comportam, em segundo momento, a concessão de autorizações de utilização de edifícios ou suas frações nos termos da alínea *f*, do n. 3, do artigo 4º e o artigo 109, n. 1, ambos do Decreto-Lei n. 555/99 e do n. 2 do artigo 68 da Lei n. 169/99.

Em terceiro lugar, abarcam a determinação da realização de vistoria municipal para efeitos de licença ou autorização de utilização de edifícios ou suas frações, quando verificados os pressupostos indicados no n. 2, do artigo 64, do Decreto-Lei n. 555/99, na redação do Decreto-Lei n. 177/2001. E integra, por fim, a fiscalização administrativa da realização de qualquer operação urbanística, independentemente da sua sujeição a prévio licenciamento ou autorização (art. 94, do Decreto-Lei n. 555/99) e a ordenação do embargo e da demolição de quaisquer obras, construções ou edificações efetuadas por particulares ou pessoas coletivas, sem licença ou com desatendimento das condições nela constantes, dos regulamentos, das posturas municipais ou de medidas preventivas, de normas provisórias, de áreas de construção prioritária, de desenvolvimento urbano prioritário e de planos municipais de ordenamento do território plenamente eficazes (art. 68, n. 2, alínea *m*, da Lei n. 169/99, de 18 de setembro, os artigos 105, n. 1, alínea *a*, e 2, e 114, n. 2, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, e os artigos 102 a 108 do Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, na redação do Decreto-Lei n. 177/2001).

3.6. Órgãos e serviços das áreas metropolitanas

A ordenação do solo atinge e mobiliza diversas unidades administrativas, conforme se deduz da exposição feita anteriormente. Essas unidades, instituídas em um sistema complexo de distribuição de competências e descentralização administrativa, passaram a se deparar com uma nova realidade urbana: as metrópoles, ou megacidades¹⁰⁹⁴.

Sensível a esse fenômeno, o ordenamento jurídico português criou as figuras das *áreas metropolitanas*, das *comunidades intermunicipais de fins gerais* e das *associações de municípios de fins específicos*¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Segundo bem assinala Correia, o artigo 250 da Constituição Portuguesa só indica como órgãos representativos do município a Assembleia Municipal e a Câmara Municipal. Entretanto, várias leis que tratam das competências das autarquias locais e diplomas legislativos urbanísticos conferem ao presidente da Câmara numerosas competências próprias e delegadas no campo do urbanismo. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 242.

¹⁰⁹⁴ Sobretudo a partir de meados do século passado, as cidades em ritmo acelerado de expansão passaram a se conectar física e economicamente, gerando novos desafios e novas perspectivas de administração pública. Cf. BREMAEKER, François E. J.de. **Evolução demográfica dos municípios das regiões metropolitanas brasileiras, segundo a base territorial de 1997**. 2. ed. Rio de Janeiro: IBAM (APMC/IBAMCO), 2000.

¹⁰⁹⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.244 e ss e o nosso GUIMARÃES, Nathália Arruda. Regiões Metropolitanas. Aspectos Jurídicos. In: BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Ciências Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 469-505.

Em primeiro momento, a Lei n. 44/91, de 2 de agosto, criou as áreas metropolitanas de Lisboa e Porto, sendo o seu âmbito territorial definido no artigo 2º.

Em seguida e mais recentemente o legislador português instaura um regime geral de criação, o quadro de atribuições e competências e o funcionamento dos Órgãos das Áreas Metropolitanas através da Lei n.10/2003, de 13 de maio.

Segundo a referida lei, as áreas metropolitanas “são pessoas colectivas de direito público de âmbito territorial e que visam à prossecução de interesses próprios das populações da área do municípios que as integram” (art. 2º da Lei n. 10/2003, de 13 de maio)¹⁰⁹⁶, podendo constituir-se segundo dois tipos pré-estabelecidos em: grandes áreas metropolitanas (GAM) e comunidades urbanas (ComUrb) (art. 1º, n. 2 da Lei n. 10/2003, de 13 de maio).

As áreas metropolitanas portuguesas possuem natureza jurídica claramente definida e não se confundem com as Autarquias Locais, possuindo, entre outros, atribuições de carácter urbanístico.

É, portanto, possível, a partir dessa lei, a instituição de novas áreas metropolitanas para além de Lisboa e Porto (art. 4º, Lei n. 10/2003, de 13 de maio), e ficam consideravelmente ampliadas as competências desses entes em matéria de ordenamento do território e do urbanismo.

O art. 6º da Lei n. 10/2003, de 13 de maio, indica as atribuições ou fins públicos em razão dos quais a Região Metropolitana é criada. Dentre eles, destacam-se os fins de “planejamento e gestão estratégica, económica e social” e de “gestão territorial da área dos municípios integrantes” (alíneas *c* e *d*).

Para além disso, as alíneas *d* e *e* do art. 17, 2 da mesma lei elegem como atribuições urbanísticas das Regiões Metropolitanas:

d) Elaborar e acompanhar os planos intermunicipais, ao nível do desenvolvimento regional, do ordenamento do território, da protecção civil e dos transportes”; e “e) Acompanhar a elaboração, revisão e alteração de planos directores municipais, de planos ou instrumentos de política sectorial e de planos especiais de ordenamento do território (art. 17º, 2, Lei n.10/2003, de 13 de maio).

Para a execução de suas atribuições, as áreas metropolitanas possuem órgãos com funções específicas. No caso das grandes áreas metropolitanas (GAM), esses órgãos dividem-se em: “a) A assembleia metropolitana; b) A junta metropolitana; c) O conselho metropolitano.” Em se tratando das Comunidades Urbanas, temos: “a) A assembleia da comunidade urbana; b) A junta da comunidade urbana; c) O conselho da comunidade urbana” (art. 9º, 1 e 2, da Lei n.10/2003, de 13 de maio).

Para além desses órgãos, as áreas metropolitanas contam com serviços e pessoal próprios (arts. 28 e ss, da Lei n. 10/2003, de 13 de maio).

3.7. Órgãos e serviços das comunidades intermunicipais de direito público

O regime jurídico das comunidades intermunicipais está disciplinado na Lei n. 11/2003, de 13 de maio. Essas comunidades dividem-se em duas espécies: comunidades intermunicipais de fins gerais e associações de municípios de fins específicos (art. 2º, n. 1). Das duas, as mais relevantes são as comunidades intermunicipais de fins gerais, pessoas jurídicas de direito público, constituídas pela união de municípios “ligados entre si por um nexo territorial – não sendo, por isso, autarquias locais”¹⁰⁹⁷ e que detêm também importantes atribuições no campo do direito urbanístico.

São atribuições das comunidades intermunicipais, segundo artigo 5º, n. 1, alíneas *c* e *d*, da Lei n. 11/2003:

1 - Sem prejuízo das atribuições transferidas pela administração central e pelos municípios, as comunidades e as associações são criadas para a prossecução dos

¹⁰⁹⁶

Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 244

¹⁰⁹⁷

Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 247.

seguintes fins públicos: a) articulação dos investimentos municipais de interesse intermunicipal; b) coordenação, sem prejuízo das competências atribuídas por lei a outras entidades, das atuações entre os municípios e os serviços da administração central, nas seguintes áreas: i) *infraestruturas* de saneamento básico e de abastecimento público; (...) iii) educação; iv) *ambiente, conservação* da natureza e recursos naturais; (...) vi) acessibilidades e transportes; vii) *equipamentos* de utilização colectiva; viii) apoio ao turismo e à cultura; (...) c) planeamento e gestão estratégica, económica e social; d) *gestão territorial na área dos municípios integrantes*.

Para a prossecução das suas atribuições, as comunidades e as associações são dotadas de serviços próprios, sem prejuízo do recurso ao apoio técnico de entidades da administração central nos termos previstos para os municípios (n. 2, artigo 5º, Lei n. 11/2003).

Os órgãos das comunidades intermunicipais de fins gerais são a *Assembleia intermunicipal*, o *conselho diretivo* e a *comissão consultiva intermunicipal* (art. 8º, da Lei n. 11/2003). Tais órgãos detêm relevantes atribuições em matéria de ordenamento do território e urbanismo, conforme se verifica do artigo 14, da Lei n. 11/2003):

Dentre eles, destaca-se o Conselho Diretivo, que detém as seguintes atribuições relacionadas ao direito urbanístico:

Artigo 14, item 2 - Compete ao conselho diretivo, no âmbito do planeamento e do desenvolvimento: (...) c) propor ao Governo os planos, os projetos e os programas de investimento e desenvolvimento de alcance intermunicipal; d) elaborar e acompanhar os planos intermunicipais, no âmbito do desenvolvimento regional, do ordenamento do território, da proteção civil e dos transportes; e) acompanhar a elaboração, a revisão e a alteração de planos diretores municipais, de planos ou instrumentos de política setorial e de planos especiais de ordenamento do território; (...).

Ainda cabe ao conselho diretivo:

Artigo 14, item 3 - Compete ao conselho diretivo, no âmbito consultivo: a) emitir, no processo de planeamento, parecer sobre os instrumentos de gestão territorial que abrangem parte ou a totalidade do território dos municípios integrantes da comunidade, sem prejuízo do disposto nos n. 2 e 5; b) emitir parecer na definição da política nacional de ordenamento do território; c) emitir parecer sobre os investimentos da administração central nas respectivas áreas, designadamente sobre o projeto de PIDDAC anual, na parte respeitante aos municípios que integram a comunidade e à própria comunidade; d) emitir parecer sobre a decisão de investimentos em infraestruturas e equipamentos de carácter intermunicipal, em função da respectiva coerência com as políticas de desenvolvimento e ordenamento definidas; e) emitir parecer nos casos de avaliação de impacto ambiental das políticas, instrumentos de gestão territorial, de planos e programas de âmbito intermunicipal; f) emitir parecer em matéria de localização de grandes superfícies comerciais, conjuntos turísticos, meios complementares de alojamento turístico, áreas de interesse turístico, grandes infraestruturas industriais, mercados abastecedores, parques de sucata, bem como equipamentos e infraestruturas intermunicipais de saúde e outros que, nos termos da lei, estejam sujeitos a autorização prévia de localização por parte dos órgãos da administração central.

Quanto à Assembleia intermunicipal da comunidade intermunicipal de fins gerais, a sua principal competência em matéria de ordenamento do território e urbanismo está disposta na alínea *i*, do artigo 11, da Lei n. 11/2003: “i) aprovar, sob proposta do conselho diretivo, os planos previstos no n. 5 do artigo 14”, ou seja, aprovar os planos intermunicipais de ordenamento do território.

As associações de municípios de fins específicos são pessoas coletivas de direito público, criadas para a realização de interesses específicos comuns aos municípios que as integram (n. 2, artigo

2º, Lei n. 11/2003, de 13 de maio), seus órgãos respectivos, Assembleia Intermunicipal e Conselho Diretivo, bem como os serviços afetos à realização daquelas atribuições são definidos pelos estatutos da associação (artigos 20, n. 2 e 21, da Lei n. 11/2003). Essas associações têm também competência para elaborar planos intermunicipais de ordenamento do território, após a aprovação pela Assembleia Intermunicipal da respectiva proposta, definindo a área abrangida e os objetivos estratégicos a atingir, cabendo a aprovação daqueles instrumentos de planificação à Assembleia Intermunicipal, após audição de todas as Assembleias municipais envolvidas (artigos 64, n. 1, e 67, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro)¹⁰⁹⁸.

Segundo Correia,

as novas áreas metropolitanas e as novas comunidades intermunicipais de direito público constituem valiosas figuras de cooperação intermunicipal, em matérias de interesse comum a vários municípios, e que reclamam, cada vez mais, um tratamento no âmbito supramunicipal, como são as do ordenamento do território e do urbanismo.

Beneficiando de apoio financeiro do Governo à sua instalação, foram instituídas: sete Áreas Metropolitanas (Algarve, Aveiro, Coimbra, Lisboa, Minho, Porto e Viseu), 12 Comunidades Urbanas (Baixo Alentejo, Baixo Tâmega, Beiras, Centro Alentejo, Douro, Leiria, Lezíria do Tejo, Médio Tejo, Oeste, Trás-os-Montes, Vale do Sousa e Valimar) e duas Comunidades Intermunicipais (Pinhal e Vale do Minho), estando assim, concluído o mapa do Continente quanto à constituição dessas novas entidades supramunicipais.

3.8. Entidades Empresariais

Interessante figura jurídica do direito português merece destaque neste item que desenvolvemos e que pretende apresentar a estrutura administrativa do urbanismo daquele País. Trata-se das entidades empresariais, ou *empresas municipais, intermunicipais* ou *estatais*, cujo objeto social é a realização de tarefas urbanísticas e cujos órgãos detêm relevantes competências em matéria urbanística¹⁰⁹⁹.

Dentre tais empresas destacavam-se as Sociedades de Reabilitação Urbana (SRUs), criadas pelos Municípios, e nas quais estes detêm a totalidade do capital social (artigo 2º, n. 1, Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio, revogado pelo atual Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro). Segundo o artigo 3º do revogado Decreto-Lei n. 104/2004, as sociedades de reabilitação urbana regem-se pela Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais (Lei n. 58/98, de 18 de agosto) ou pela Lei do Setor Público Empresarial do Estado e das Empresas Públicas (Decreto-Lei n. 558/99, de 17 de dezembro), conforme a maioria do capital social esteja detida pelo Município ou pelo Estado. Dessa forma, as sociedades de reabilitação urbana poderão apresentar-se ou como empresas municipais ou como empresas públicas, isto é, do Estado (Governo Central)¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 248.

¹⁰⁹⁹ Sem querer nos ater às definições e problemáticas do tema das empresas públicas, anunciaremos um pequeno conceito encontrado no Decreto-Lei n. 260/76, em seu artigo 1º, n.1: “São empresas públicas as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para a exploração de atividades de natureza econômica ou social, de acordo com o planejamento econômico nacional, tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista”. Para maiores desenvolvimentos: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 359 e ss; CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1984. p.187 e ss; AMORIM, J. Pacheco de. **As Empresas Públicas no Direito Português**. Em especial, as Empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000. Alguns apontamentos interessantes em doutrina espanhola: R. Fernández, Tomás. Empresa pública y servicio público: el final de una época, Madrid, **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 89, p. 37-48, 1996.

¹¹⁰⁰ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 252 e ss.

Tais empresas se ocupavam da execução da “renovação urbana”¹¹⁰¹ em prol da preservação, conservação e valorização do patrimônio cultural arquitetônico. Tratam-se de *sociedades de reabilitação urbana* cujo escopo central é a promoção da reabilitação de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística em uma determinada zona de intervenção, dentro da zona urbana.

O Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro vem a substituir o regime do Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio, considerado excessivamente centrado na constituição, funcionamento, atribuições e poderes das sociedades de reabilitação urbana. O novo regime procede ao enquadramento normativo da reabilitação urbana ao nível programático, procedimental e de execução, partindo de um conceito amplo de reabilitação urbana e confere especial relevo não apenas à vertente imobiliária ou patrimonial da reabilitação mas à integração e coordenação da intervenção, salientando-se a necessidade de atingir soluções coerentes entre os aspectos funcionais, económicos, sociais, culturais e ambientais das áreas a reabilitar.

A figura das sociedades de reabilitação urbana fora substituída pelas “entidades gestoras” e passam a ser reguladas como tais, observadas as devidas considerações transitórias anunciadas no Decreto-Lei n. 307/2009, em seu artigo 79.

Segundo aquele artigo, as sociedades de reabilitação urbana criadas ao abrigo do Decreto -Lei n. 104/2004, de 7 de maio, prosseguem o seu objeto social até ao momento da sua extinção, nos termos da legislação aplicável, podendo vir a ser designadas como entidades gestoras em operações de reabilitação urbana determinadas nos termos do decreto-lei atual. As empresas regem-se pelo regime do setor empresarial local ou pelo regime do setor empresarial do Estado, consoante a maioria do capital social seja detido pelo município ou pelo Estado.

Consideram-se, ainda, equiparadas às áreas de reabilitação urbana as zonas de intervenção das sociedades de reabilitação urbana, delimitadas nos termos do Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio, equiparando-se as unidades de intervenção com documentos estratégicos aprovados ao abrigo do mesmo decreto-lei às unidades de intervenção reguladas no Decreto-Lei n. 307/2001, de 23 de outubro.

Da mesma forma, a reabilitação urbana nas zonas de intervenção mencionadas é prosseguida pelas sociedades de reabilitação urbana já constituídas, que assumem a qualidade de entidade gestora nos termos e para os efeitos do regime aprovado pelo presente decreto-lei, com as seguintes especificidades: a) a reabilitação urbana nas zonas de intervenção das sociedades de reabilitação urbana é enquadrada pelos instrumentos de programação e de execução aprovados de acordo com o Decreto -Lei n. 104/2004, de 7 de maio, designadamente os documentos estratégicos das unidades de intervenção; b) as sociedades de reabilitação urbana consideram-se investidas nos poderes previstos no n. 1 do artigo 44 e nas alíneas *a* e *c* a *e* do n. 1 do artigo 54, para a totalidade da zona de intervenção, considerando-se ainda investidas nos poderes previstos nas alíneas *b* e *f* a *i* do artigo 54 nas áreas das unidades de intervenção com documentos estratégicos aprovados.

No que tange às novas entidades empresariais com fins urbanísticos, segundo o novo Decreto, compreende-se por “entidade gestora a entidade responsável pela gestão e coordenação da operação de reabilitação urbana relativa a uma área de reabilitação urbana” (art. 2º, *e*, Decreto-Lei n. 307/2009, 23 de outubro).

As entidades gestoras das operações de reabilitação urbana podem corresponder ao próprio município ou a entidades do setor empresarial local existentes ou a criar (art. 10º, 1, Decreto-Lei n. 307/2009, 23 de outubro). Se essas entidades gestoras de tipo empresarial tiverem por objeto social exclusivo a gestão de operações de reabilitação urbana, revestem a qualidade de sociedades de reabilitação urbana, admitindo-se, em casos excepcionais, a participação de capitais do Estado nestas empresas municipais (art.10º, 2, Decreto-Lei n. 307/2009, 23 de outubro). Em qualquer caso, cabe ao município, sempre que não promova diretamente a gestão da operação de reabilitação urbana,

¹¹⁰¹ Conforme já mencionamos no capítulo I, a renovação urbana é instrumento que visa a garantir o melhor aproveitamento dos espaços das cidades, garantindo, simultaneamente, a sustentabilidade de seus elementos, destaque para o patrimônio cultural arquitetônico (distribuído ou concentrado em zonas). Maiores desenvolvimentos na parte seguinte deste trabalho.

determinar os poderes da entidade gestora, por via do instituto da delegação de poderes, sendo certo que se presume, caso a entidade gestora revista a qualidade de sociedade de reabilitação urbana e o município nada estabeleça em contrário, a delegação de determinados poderes na gestora.

Segundo, ainda, o art. 53 do Decreto-Lei n. 307/2009, 23 de outubro, no que tange à responsabilidade e qualidade da construção, as operações urbanísticas incluídas numa operação de reabilitação urbana devem respeitar o disposto no regime jurídico da urbanização e edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, relativamente à responsabilidade e qualidade da construção, nomeadamente no seu artigo 10º, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei 307/2009 e nos regimes jurídicos que regulam a qualificação exigível aos técnicos responsáveis pela coordenação, elaboração e subscrição de projeto, pelo desempenho das funções de direção de fiscalização de obra e de direção de obra, incluindo os deveres e responsabilidades a que estão sujeitos e, ainda, o exercício da atividade de construção ou de outras atividades ou profissões envolvidas nas operações urbanísticas de reabilitação urbana.

Para além das novas entidades gestoras, Correia¹¹⁰² destaca as *sociedades polis*, entidades que exercem, igualmente, importantes poderes públicos ligados à gestão urbanística das cidades e à proteção e reinserção do património cultural arquitetónico no contexto urbano. A Resolução do Conselho de Ministros n. 26/2000, de 15 de maio criou o programa de Requalificação Urbana e Requalificação Ambiental das cidades, abreviadamente designado *Programa Polis*.

O principal objetivo do Programa Polis consiste em melhorar a qualidade de vida nas cidades através de intervenções nas vertentes urbanística e ambiental, melhorando a atratividade e competitividade de pólos urbanos que têm um papel relevante na estruturação do sistema urbano nacional.

Para tanto, as *sociedades polis* gozam de um naipe de poderes públicos relacionados ao urbanismo e de um conjunto de medidas ou poderes excepcionais que incluem benefícios fiscais, um regime especial em matéria de instrumentos de gestão territorial e de licenciamentos municipais relativos a loteamentos urbanos, a obras de urbanização, a obras particulares e um conjunto de regras específicas no domínio do procedimento expropriativo (Decreto-Lei n. 314/2000, de 2 de dezembro, o qual foi aprovado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n. 18/2000, de 10 de agosto).

4. Estrutura administrativa do urbanismo brasileiro

4.1. Noções e conceito: o Estado brasileiro

O Estado Brasileiro se caracteriza por ser um Estado democrático de direito¹¹⁰³, fundado em uma Constituição, fruto da manifestação do poder soberano do povo. Esse Estado de direito tem seus fins definidos no texto fundamental e sua organização política e jurídica se assenta no princípio da separação dos poderes¹¹⁰⁴ e na união indissolúvel da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos dotados de autonomia política, financeira e administrativa, sendo estas as entidades estatais que compõem a Federação brasileira¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 256 e ss.

¹¹⁰³ O estado democrático de direito brasileiro tem por função precípua alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

¹¹⁰⁴ Funções legislativa, executiva e judiciária, inspirada na proposta ideológica do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição, com fins a impedir a concentração de poderes e preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

¹¹⁰⁵ TOSTES, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho. Organização Administrativa Brasileira. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 93-138.

E o Estado, no sentido que aqui se assume, é um organismo dinâmico, de índole social, regido por leis e regulamentos. Esse Estado é composto de órgãos distintos, uns que governam, que administram e outros que julgam. O Governo, a Administração e a Justiça são os três tipos de funções do Estado a que correspondem um aparelho governativo, um aparelho administrativo e um aparelho judiciário¹¹⁰⁶.

Interessa-nos desenvolver o que se compreende pelo aparelho governativo e administrativo no Brasil, para aí localizarmos a estrutura pertinente ao planejamento urbano.

a. Os órgãos do Estado Brasileiro

Como pessoa jurídica que é, o Estado opera por meio da ação de pessoas físicas. Tais pessoas constituem os órgãos da Administração, não se confundindo, porém, os órgãos com os respectivos titulares¹¹⁰⁷.

Nesse sentido, a administração é um complexo de pessoas jurídicas públicas, que devem expressar a vontade para o exercício da *potestas* que lhe confere a ordem jurídica.

Os órgãos da Administração brasileira podem ser classificados de acordo com a *constituição*, a *esfera de ação*, as *atribuições*, a *existência* e a *localização*.

Assim que, quanto à *constituição*, os órgãos da Administração dividem-se em *singulares* e *coletivos*. Singulares quando constituídos por um único funcionário (ex: um delegado de polícia) e coletivos quando constituídos por mais de um funcionário (ex: a congregação de uma faculdade).

Quanto à esfera de ação, podem ser *centrais* ou *locais*. Centrais são os órgãos que exercem atividade sobre todo o território subordinado. No Brasil, havendo três bases territoriais de aparelhamento administrativo, a centralidade pode se referir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Assim, os chefes do governo da União, de cada Estado e de cada Município são órgãos centrais, cada um em seu aparelhamento.

Locais são os órgãos que exercem atividades sobre um setor do território subordinado ao respectivo aparelhamento administrativo.

Quanto às *atribuições*, dizemos que os órgãos podem ser *gerais*, com atribuições que compreendem uma larga gama de atividades da Administração (ex: Ministério da Agricultura, ligado à União) ou especial, com atribuições determinadas, como, por exemplo, um professor, cujas atividades são apenas docentes.

Quanto à *existência*, os órgãos podem ser *ordinários*, que exercem normalmente suas funções, e *extraordinários*, que exercem suas funções, excepcionalmente, quer quando age em lugar dos órgãos ordinários, quer quando se trata de um momento especial na vida do ente público (ex: guerras, catástrofes etc).

E, por fim, quanto à localização, dividem-se os órgãos em externos e internos. *Externos* porque se articulam com outros aparelhamentos administrativos e *internos* porque apenas se relacionam com órgãos do mesmo aparelhamento¹¹⁰⁸.

b. Administração pública direta e indireta

Administração pública direta é o que parte da doutrina chamada administração centralizada. Nela, toda atividade estatal e de seus agentes integra uma única pessoa jurídica, no caso, o ente dotado de personalidade jurídica de Direito Público interno (União, Estado, Municípios e Distrito Federal).

¹¹⁰⁶ CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 59.

¹¹⁰⁷ Coletividade organizada e órgão apresentam-se como unidade inseparável no mundo jurídico. Por isso é que Jellinek afirmou só poder existir o Estado mediante seus órgãos. Se estes fossem eliminados, nada restaria, juridicamente falando. Cf. CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 60.

¹¹⁰⁸ Classificação de CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 62-63.

A característica fundamental dessa Administração centralizada é “ela funcionar como órgão, isto é, como algo que exprime a vontade da pessoa jurídica a que se atrela. É denominada direta precisamente por que não se desprende dos vínculos que a retêm no seio da pessoa jurídica a que pertence”¹¹⁰⁹.

Essa administração direta ou centralizada atua ao lado de uma administração indireta, fruto da chamada descentralização administrativa¹¹¹⁰, que se constitui na transferência da gestão de atividade pública para entidade pública ou privada, diversa da pessoa jurídico-política instituidora (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e dos órgãos vinculados que a integram (da administração direta).

Observemos, ainda, que os órgãos da administração direta do estado não são pessoas jurídicas, mas estruturas internas que recebem atribuições específicas, por força de outorga da Administração. Queremos dizer que,

não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de imputação, porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica. Daí porque os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem. Assim, os órgãos do Estado são o próprio Estado compartimentado em centros de competência, destinados ao melhor desempenho das funções estatais¹¹¹¹¹¹².

Verifiquemos, a seguir, os principais órgãos da administração direta no Brasil.

c. Órgãos da administração direta federal

A partição interna em estruturas de atuação estatal está norteada a partir da Constituição Federal de 1988, no artigo 76, que estabelece que o Poder Executivo será exercido pelo presidente da República com auxílio dos ministros de Estado; artigo 84, II, onde se estabelece que “a direção superior da Administração Federal ao presidente da República com auxílio dos ministros de Estado”; artigo 87 e, especialmente, artigo 88, que estabelece “a Lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios¹¹¹³ e órgãos da administração pública”.

O Decreto-Lei n. 200/67, ainda em vigor, em seu artigo 4º, I, aponta os Ministérios, enquanto órgãos do Poder Executivo, na classificação da Administração direta, no âmbito federal: “dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 73.

¹¹¹⁰ Tratando da descentralização administrativa, ensina Figueiredo: “Há descentralização administrativa quando, por lei, determinadas competências são transferidas a outras pessoas jurídicas, destacadas do centro, que podem ser estruturadas à maneira do Direito Público (empresas públicas e sociedades de economia mista), sem embargo de não se submeterem inteiramente a esse regime jurídico”. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 61.

¹¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.

¹¹¹² Nesse mesmo sentido, Bastos: “a Administração direta é aquela que integra os próprios Poderes que compõem as pessoas jurídicas de direito público com capacidade política. São órgãos, pois, que integram as pessoas jurídicas a que pertencem, uma vez que tais Poderes não são dotados de personalidade”. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73.

¹¹¹³ Num primeiro sentido técnico, Ministério é a pasta ou o “conjunto de atribuições político-administrativas confiadas a uma autoridade”. Nesse sentido, Cretella Júnior e, nele, ainda, os critérios para a criação de ministérios. Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 191 e ss.

¹¹¹⁴ Dentre os Ministérios e respectivas Autarquias que compõem o Governo Federal, o mais antigo é o da Justiça, criado em 3 de julho de 1822, pelo Príncipe Regente D. Pedro, com nome de Secretaria de Estado de Negócios da Justiça. Os ministros auxiliam o presidente da República no exercício do Poder Executivo. O de Relações Exteriores, por exemplo, assessora na formulação e execução da política externa brasileira. Os Ministérios elaboram normas, acompanham e avaliam os programas federais, formulam e implementam as políticas para os setores que representam. São encarregados, ainda, de estabelecer estratégias, diretrizes e prioridades na aplicação dos recursos públicos. Cf. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 46.

Atualmente os Ministérios Brasileiros dividem-se em: Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Cidades; Ciência e Tecnologia; Comunicações; Cultura; Defesa; Desenvolvimento Agrário; Desenvolvimento social e combate à fome; Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Educação; Esporte; Fazenda; Integração Nacional; Justiça; Meio Ambiente; Minas e Energia; Planejamento, Orçamento e Gestão; Previdência Social; Relações Exteriores; Saúde; Trabalho e Emprego; Transportes e Turismo¹¹¹⁵.

A Presidência da República conta, ainda, com uma estrutura que integra: a Casa Civil, a Secretaria-Geral, a Secretaria de Comunicação Social de Governo e o Gabinete de Segurança Institucional, além de órgãos de assessoramento, como a Advocacia-Geral da União, a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano, entre outros¹¹¹⁶.

O titular é o presidente da República cuja escolha se dá politicamente, através de eleição direta para mandato de quatro anos, conforme disposto no artigo 82 da Constituição Federal, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997.

d. Órgãos da Administração direta estadual

Seguindo o mesmo modelo da administração federal¹¹¹⁷¹¹¹⁸, os Estados brasileiros têm na figura do governador o seu representante máximo. O governador, na condição de chefe do Poder

¹¹¹⁵ Cf. A maioria dos Ministérios brasileiros foi estabelecido no Artigo 35, da Lei n. 6.036/1974, de 1º de Maio. Atualmente, a Administração direta da União está regulada na Lei n. 10.683, de 28.05.2003 (com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.518/2007, de 5 de setembro). A Lei n. 10.683/2003 ocupa-se, notadamente, da organização da Presidência e dos Ministérios, tal como o faziam as leis anteriores (9.649, de 27.5.98, e 8.490, de 19.11.92). Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 143. E: <http://www.brasil.gov.br/governo_federal/estrutura/ministerios/>. Acesso em: 24 out. 2007.

¹¹¹⁶ De acordo com o art. 1º da Lei 10.683, de 28/05/2003, na redação conferida pela Lei n. 11.518/2007, de 5 de setembro, art.1º “A Presidência da República é constituída, essencialmente, pela Casa Civil, pela Secretaria-Geral, pela Secretaria de Relações Institucionais, pela Secretaria de Comunicação Social, pelo Gabinete Pessoal, pelo Gabinete de Segurança Institucional e pelo Núcleo de Assuntos Estratégicos. § 1º Integram a Presidência da República, como órgãos de assessoramento imediato ao Presidente da República: I - o Conselho de Governo; II - o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social; III - o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; IV - o Conselho Nacional de Política Energética; V - o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte; VI - o Advogado-Geral da União; VII - a Assessoria Especial do Presidente da República; VIII - a Secretaria de Imprensa e Divulgação da Presidência da República; IX - o Porta-Voz da Presidência da República”. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 143.

¹¹¹⁷ De acordo com a jurisprudência brasileira, o princípio da simetria é o que determina que a aplicação dos princípios magnos e dos paradigmas de estruturação do Estado, previstos na Constituição Federal, sejam reproduzidos simetricamente nos textos das constituições estaduais. Como se vê, o eixo central é a Constituição Federal e, portanto, as constituições estaduais simetricamente devem estruturar-se em conformidade com a Federal. Um exemplo bem claro do princípio da simetria está no art. 61, § 1º, c/c o art. 25, ambos da Constituição Federal, em que a iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo *Federal* aplicar-se-á, obrigatoriamente, no que for possível ao Chefe do Poder Executivo *Estadual*. Os Estados membros devem se organizar, a imagem e semelhança da União. Os professores Araújo e Nunes Júnior declaram que “o princípio da simetria, segundo consolidada formulação jurisprudencial, determina que os princípios magnos e os padrões estruturantes do Estado, segundo a disciplina da Constituição Federal, sejam tanto quanto possível, objeto de reprodução nos textos das constituições estaduais”. Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹¹⁸ Ainda sobre a tarefa do constituinte estadual, devem-se observar as anotações pertinentes de Horta ao se referir às “normas de imitação”, ou seja, aquelas normas que exprimem a cópia de técnicas e institutos encontrados na Constituição Federal, assim elaboradas por influência de sugestão exercida pelo modelo superior. Essas normas diferem das “normas de reprodução”, estas últimas que decorrem, em verdade, do caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto as primeiras traduzem a adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional. A dosagem de normas que vão ser reproduzidas pela constituição do Estado constitui aspecto relevante na organização federativa brasileira. As normas centrais, que partem da constituição federal, não podem absorver o terreno da auto-organização do Estado-Membro e devem coexistir com as normas constitucionais autônomas de auto-organização. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72-73.

Executivo estadual, conta com o auxílio de secretários de estados, conforme dispõe, por exemplo, os artigos 37, 47, II e 51, todos da Constituição do Estado de São Paulo¹¹¹⁹.

O modelo de organização estabelecido na Constituição de São Paulo se assemelha ao da União, como é de se esperar da estrutura federativa brasileira. No que toca aos órgãos de auxílio, os governadores contam com as Secretarias Estaduais, com tratamento semelhante ao oferecido aos Ministérios, tendo como titulares os secretários de estado, que contam com assessoramento de diversos órgãos para a realização de suas atribuições constitucionais¹¹²⁰.

Dessa forma, a Constituição de 1988 assume a tríplice dimensão estruturadora do poder constituinte do Estado-Membro. Os Estados recebem da Constituição Federal a competência de auto-organização constitucional (art. 25, § 1º), submetido aos princípios da Carta Fundamental, de modo geral, e aos princípios específicos enumerados na Constituição e que se vinculam à representação de inconstitucionalidade, que tem no Supremo Tribunal Federal o poder de controlar em abstrato, a atividade normativa do poder constituinte estadual (art. 34, VII, alíneas “a” a “d”; art. 36, III)¹¹²¹.

e. Órgãos da Administração direta municipal

O município desfruta, atualmente, no Brasil, de um reconhecimento jurídico e político de larga amplitude. Em poucos países do mundo verifica-se um sistema de organização estatal onde o âmbito municipal recebe o status constitucional de ente integrante do pacto federativo¹¹²². A Constituição reconhece sua existência e outorga-lhe autonomia para editar sua lei orgânica municipal (auto-organização), obedecidos os princípios constitucionais, como se observa do artigo 29, com redação modificada pela EC n. 1/92¹¹²³.

O município é pessoa política jurídica autônoma, do mesmo modo que os demais entes políticos (União e Estados)¹¹²⁴. A soma desses entes forma o que se compreende pela federação brasileira¹¹²⁵.

Essa autonomia difere, entretanto, da soberania. Trata-se de uma autonomia política, “capacidade conferida a certos entes para legislar sobre temas de seu interesse, através de autoridades próprias”¹¹²⁶.

¹¹¹⁹ Cf. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 47.

¹¹²⁰ Cf. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 47-48.

¹¹²¹ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 68-69.

¹¹²² Cabe aqui nos manifestar sobre a crítica feita pelo professor Silva à técnica constitucional que, atendendo a anseios municipalistas, precipitou-se ao afirmar que o Município integra a ordem federativa brasileira. Segundo Silva, “não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. (...) Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal”. Em todo caso, a doutrina majoritária, da qual destacamos Meirelles, tem reconhecido que o federalismo brasileiro assumiu um modelo especial, que não se assemelha aos moldes originais da teoria norte-americana. O Estado Federal no Brasil passou por processos diferentes de descentralização ao longo de sua história política e está atualmente, incontestavelmente consagrado pela Constituição de 1988. Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 475 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45-47.

¹¹²³ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o 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 os seguintes preceitos: I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País.” Cf. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 48.

¹¹²⁴ Artigo 41 do Código Civil Brasileiro: “São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005) V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.” Cf. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 50.

¹¹²⁵ Cf. ISERN, Luis Francisco. **Controle de constitucionalidade por meio de veto municipal**. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 162.

¹¹²⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105.

A chefia do Executivo é outorgada ao prefeito municipal, que também recebe a competência de promover a direção superior da Administração, é escolhido, da mesma forma que dos outros entes, politicamente, através de eleição direta, para um mandato de quatro anos, conforme artigo 29, I, da Constituição Federal.

Os auxiliares do prefeito são, da mesma forma, titulares de órgãos, a saber, Secretarias Municipais, que se organizam em estruturas mais ou menos complexas, dependendo do tamanho e da receita do município. A estrutura orgânica municipal é, assim, variável e condicionada ao desenvolvimento e demandas de cada localidade.

4.1. A estrutura de competências

O federalismo não é um modelo de características únicas e padronizadas. A cada país que o adota corresponde a um modelo de organização federal. É assim que atualmente é possível dizer que existe um federalismo norte-americano, alemão, brasileiro, canadense, mexicano e argentino distintos entre si, ainda que guardem características que lhes garante a denominação comum. Em todos é possível verificar determinados requisitos, como é o da repartição de competências, a autonomia constitucional do Estado-Membro, a intervenção federal e a Câmara dos Estados, ainda que estes recebam definições individualizadoras e contrastantes nos diversos modelos reais de federalismo.

Nesse contexto, merece atenção o sistema de repartição de competências adotado no Brasil, uma vez que as opções realizadas nessa matéria determinam o grau de descentralização e centralização do poder federal. E a repartição de competências está no cerne da estrutura do poder federal¹¹²⁷.

Conforme ensina Silva¹¹²⁸, “não existe autonomia federativa sem capacidade normativa sobre determinada área de competência”. Entende-se por competências “as modalidades de poder de que servem as entidades estatais para realizar suas funções”. A repartição de competências é aspecto fundamental do modelo de Estado Federativo, pois “a Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas”¹¹²⁹.

A autonomia, no seu ponto primário, corresponde, no caso dos Estados-Membros, à capacidade de se darem as respectivas constituições e leis e, transportando-se a ideia aos **municípios, à capacidade de se darem as respectivas Leis Orgânicas e leis**. Vale dizer, em maiores detalhes que a autonomia política se reflete na capacidade que os órgãos possuem para legislar sobre temas de seu interesse, através de autoridades próprias. Essa autonomia é plena no momento em que se verifica a *auto-organização* (no caso dos Estados, art. 25, § 1º, promulgação da Constituição Estadual e, no caso dos Municípios, artigo 29, caput, edição da lei orgânica); do *autogoverno*, com eleição direta de seus representantes máximos (em se tratando dos Estados, eleição direta dos governadores e deputados, art. 28 e, ainda, no caso dos Municípios, eleição direta dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, conforme artigo 29, CF), e da *autoadministração* e *autolegislação* (no caso dos Estados art. 25, § 1º da CF e, conforme art. 30 da CF, no que tange ao município e as suas competências legislativas e administrativas)¹¹³⁰.

Autonomia¹¹³¹ e distribuição de competências são, dessa forma, indissociáveis. A Constituição brasileira, com vista a realizar o equilíbrio federativo, estabelece um sistema de repartição de

¹¹²⁷ Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 308.

¹¹²⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 622.

¹¹²⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1991.

¹¹³⁰ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 48-49.

¹¹³¹ A autonomia não é um conceito metajurídico ou inapreensível ao conhecimento jurídico. É a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento dos entes públicos. Essas normas variam na qualidade, na quantidade, na hierarquia e podem ser, materialmente, normas estatutárias, normas legislativas e normas constitucionais, segundo a estrutura e as peculiaridades da ordem jurídica. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 363-364.

competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos Poderes¹¹³² da **União** (art. 21 e 22), com poderes remanescentes para os **Estados**¹¹³³ (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os **Municípios** (art. 30). A carta fundamental combina, ainda, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, quando se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar¹¹³⁴.

Vê-se, da análise do texto constitucional, que o princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse¹¹³⁵. Esse princípio se manifesta da seguinte maneira: à *União* predomina o interesse geral; aos *Estados Membros*, o interesse regional; aos *Municípios*, interesse local; ao *Distrito Federal*, interesse regional e local.

Cumpramos observar que cada entidade federativa recebe da Constituição, além da competência legislativa, outras competências que as credenciam ao desempenho de diferentes tarefas e serviços. Várias são as fórmulas que a doutrina emprega para referir as modalidades de competências, cujo objeto não corresponde a uma única atividade, ao contrário do que ocorre com a competência legislativa que retira o seu nome do seu objeto específico, qual seja, o de elaborar a lei.

Silva faz distinção entre competências legislativas e competências materiais, separando o campo normativo do campo de atuação do titular da competência.

Podemos distinguir, de acordo com Silva, a competência **quanto à extensão**, ou seja,

quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material, a competência se distingue em: (a) *exclusiva*, quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais; (b) *privativa*, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação e de competência complementar (art. 22 e seu parágrafo único e art. 23 e parágrafos); a diferença entre a exclusiva e a privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação; (c) *comum*, cumulativa ou paralela, reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23); (d) *concorrente*, cujo conceito compreende dois elementos: (d1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 23 e seus parágrafos); (e) *suplementar*, que é correlativa da competência concorrente, e

¹¹³² Observemos, nesse ponto, a crítica feita por Mello acerca da expressão “poderes”. Segundo o referido jurista brasileiro, costuma-se dizer, insatisfatoriamente, que competências são uma demarcação de poderes, um feixe de poderes ou um círculo de poderes. Segundo o professor, esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências. Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes, as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no campo das competências administrativas. Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão que descreve melhor suas naturezas. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 132.

¹¹³³ Para análise mais profunda da autonomia do Estado-Membro: HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A, 1964.

¹¹³⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 480.

¹¹³⁵ O princípio da predominância do interesse norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal. Segundo esse princípio, à União caberão as matérias de interesse predominantemente nacional, geral, ao passo que aos Estados tocarão as matérias de interesse regional e aos Municípios, os assuntos de interesse local. Entretanto, tal princípio tem se tornado de difícil aplicação em determinadas matérias, tendo em vista que se torna cada vez mais difícil discernir o que é de interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. Muitas vezes os problemas não são rigorosamente de um ou outro ente federativo, mas afetam os interesses de mais de um deles. Silva levanta essa questão e cita como exemplo os problemas da Amazônia, que desafiam mais de um Estado-Membro do país. Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 478.

significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 23, §§ 1º a 4º)¹¹³⁶.

E quanto à **origem**, a competência pode ser: a) **originária**, quando desde o início é estabelecida em favor de uma entidade; b) **delegada**, quando a entidade recebe sua competência por delegação. Trata-se da hipótese do artigo 22 da Constituição Federal.

Para o desenvolvimento de nosso objeto de estudo resta necessário abordarmos as principais atribuições dos entes federativos destacando o Município no contexto constitucional de distribuição de competências, especificamente, quanto à matéria de Direito Urbanístico e ao Estatuto da Cidade.

4.1.1 Competência em matéria de direito urbanístico

Como já mencionamos, “competência é a particularização do poder do Estado em alguma pessoa, que recebe esta responsabilidade através de disposição legal. Esta responsabilidade é atribuída para que os fins do Estado se realizem através de atos e fatos jurídicos.”¹¹³⁷

De fato,

o cerne, o núcleo, a própria razão de ser do Estado Federal reside na característica da descentralização política, onde diferentes níveis de governo ou de centros decisórios possuem a faculdade, delegada pela Constituição, de emitir, criar ou editar normas jurídicas necessárias para controlar a conduta humana em determinado espaço territorial¹¹³⁸.

As determinações constitucionais estabelecem a divisão de competências concernentes à matéria de direito urbanístico conforme o princípio da predominância do interesse. De acordo com esse princípio, a União tem interesse geral; os Estados-Membros, interesse regional; o Distrito Federal, interesse regional e local, e o Município, interesse local.

Em matéria de direito urbanístico, observamos que a Constituição Federal, seguindo a sistemática do princípio do interesse, dispõe em seu texto taxativamente as competências da União¹¹³⁹, adotando um sistema dinâmico e exemplificativo para as competências dos Estados¹¹⁴⁰, Distrito Federal e Municípios¹¹⁴¹.

O fato é que, todas as instâncias federativas possuem competências no tocante ao desenvolvimento urbano e, portanto, em matéria de direito urbanístico.

¹¹³⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 457.

¹¹³⁷ DI SARNO, Daniela Campos. **Competências Urbanísticas**. DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 61-70.

¹¹³⁸ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: RT, 1999. p. 46.

¹¹³⁹ No que tange à competência exclusiva: art. 21, IX e XX e art. 174. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

¹¹⁴⁰ Art. 25, § 3º: Cabe aos Estados a “instituição de 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”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

¹¹⁴¹ Art. 30, VIII: cabe ao Município o “planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”; art. 182, §§1º e 2º: o plano diretor, aprovado pela câmara municipal, é o “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, sendo que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação social da cidade expressas no plano diretor”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

O art. 24 da Carta Fundamental trata explicitamente da matéria que compete concorrentemente à União, Estados e ao Distrito Federal legislar sobre o direito urbanístico (inciso I, do art. 24).

No que se refere à competência em matéria de direito urbanístico do município, esta se dará por força do art. 30 da Constituição Federal, que trata no inciso VIII explicitamente sobre normas de natureza urbanística e implicitamente nos incisos I e II, quando trata dos assuntos de interesse local e da competência para suplementar a legislação federal e estadual no que lhe couber¹¹⁴².

Porém, a competência para tratar de assuntos de direito urbanístico não se esgota nos artigos supracitados. Ela se expande por outros tantos artigos da Carta Constitucional, entre eles, destacamos o art. 21, incisos IX e XX, o art. 182 e 183, o art. 170, inciso II, o art. 5º, inciso XXIII, o art. 165 que trata dos planos e orçamentos e diretrizes orçamentárias e artigo 174, §1º, todos da Constituição Federal e que interferem de forma decisiva na disciplina da propriedade urbana pelos entes federados e em destaque, pelo município brasileiro.

Cabe, assim, para atender à finalidade do presente trabalho, a abordagem individualizada da competência de cada ente da Federação, o que se segue.

4.1.2. Competência da União em matéria de direito urbanístico

O ordenamento da federação, ou da União, vale dizer, do Governo Federal, é unitário, ao contrário dos ordenamentos dos Estados-Membros, que são plurais, correspondendo ao número de Estados que compuserem o Estado Federal. Isso significa dizer que o ordenamento da União é o ordenamento central e suas decisões ou normas de administração, legislação ou jurisdição vão dispor de incidência nacional, atingindo o território e a população do Estado Federal na sua totalidade, devendo ser recepcionado pelos ordenamentos estaduais de maneira a garantir uma convivência harmoniosa¹¹⁴³.

Caberá à União¹¹⁴⁴ a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, além de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, IX e XX, CF/88).

São competências administrativas¹¹⁴⁵, ou seja, de execução. Determinam, portanto, que o Poder Executivo Federal estabeleça políticas públicas tendo em vista as disposições indicadas nos incisos IX e XX do art. 21 da Constituição Federal de 1988. A indicação da competência administrativa evidentemente não exclui a necessidade de leis que disciplinem a atuação deste ente federativo, mas deixa explícita a competência privativa da União na execução de tais elementos.

A valorização do planejamento já era bastante evidente na anterior Constituição e continua a ser na Constituição vigente, que o prevê para todos os níveis da Federação, determinando que seja instrumentalizado por planos aprovados em lei para nortear a atividade administrativa, definindo diretrizes, políticas e objetivos a seguir. Assim, a utilização do planejamento no campo da Administração Pública configura uma imposição de ordem constitucional, demonstrando, por parte do constituinte, o reconhecimento da superioridade de uma atuação planejada do setor público.

¹¹⁴² “Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...) VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.”

¹¹⁴³ Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 306.

¹¹⁴⁴ Na Constituição Federal de 1988, que realizou a reformulação do tema fundamental do Estado Federal, introduzindo o federalismo brasileiro, a repartição de competências abrange cinco planos distintos: I – competência geral da União (art. 21, I até XXV); II – competência de legislação privativa da União (art. 22, I a XXIX, parágrafo único); III – competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I a XII, parágrafo único); IV – competência de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I a XVI, §§ 1º, 2º, 3º e 4º); V – competência dos poderes reservados aos Estados (art. 25, §1º, e 125, §§ 1º, 2º, 3º e 4º). Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 347-348.

¹¹⁴⁵ “A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias, sendo, pois, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do convívio do Estado Federal.” Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 282.

A competência da União, nesse caso, tem o condão de estabelecer uma ação política global, tratando-se de determinação nacional do “modo de exercer o planejamento governamental, visando à necessária e adequada intervenção no domínio econômico ou o asseguramento de maior velocidade no ritmo de seu desenvolvimento”¹¹⁴⁶.

No que se refere ao planejamento urbano, coloca-se a dificuldade de sua aplicação tendo em vista o princípio da autonomia das unidades federadas, uma vez que o processo de planejamento pressupõe centralização das decisões políticas, esta incompatível com a estrutura descentralizadora do modelo federativo.

De certo que, o planejamento nacional de políticas públicas poderá levar a confrontos com o federalismo se utilizar de processos de centralização autocrática, o que não é, no entanto, inevitável, já que se mostra perfeitamente possível a utilização de medidas de coordenação compatíveis com qualquer dos entes integrantes da federação.

Almeida¹¹⁴⁷ critica a Constituição vigente por ainda destacar de forma significativa o papel da União em face ao planejamento em tema de direito urbanístico, ainda mais que não consta da literalidade da norma constitucional mecanismos de participação dos Estados e órgãos interessados no planejamento desse nível.

No que tange à competência legislativa, compete à União legislar sobre direito urbanístico e, como esta determinação se encontra no art. 24, I (competência concorrente), sua competência se restringirá ao estabelecimento de normas gerais, podendo ser complementada pelos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

Ainda no que tange ao direito urbanístico, poderão legislar em caráter suplementar os Estados (art. 24, I, CF/88) e os Municípios (art. 30, CF/88), estes últimos limitados aos assuntos de interesse local.

A competência legislativa da União para tratar da matéria não se fundamenta apenas no art. 24. Ela se traduz nos artigos 182 e 183 da Carta Constitucional, impondo ao legislador federal a elaboração de normas gerais sobre política urbana e determinando que o Município assuma a responsabilidade pelo desenvolvimento urbano local.

Note-se que a repartição de competência legislativa na Federação é de suma relevância para definir o equilíbrio entre os entes federados. É na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz a autonomia de cada uma das entidades federadas.

Em cumprimento aos dispositivos constitucionais, o legislador federal elaborou o Estatuto da Cidade por meio da Lei n. 10.257/2001, instrumento de ordenação de natureza geral, que corresponde aos Códigos Administrativos e de Urbanismo dos países mais avançados na legislação urbanística¹¹⁴⁸, cujo conteúdo define as diretrizes gerais para o estabelecimento da política de desenvolvimento urbano.

Segundo a Carta Fundamental, deverá, ainda, a União (art. 24, I, e § 1º e 21, XX, CF/88) legislar sobre normas para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Compete, ainda, à União promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e desenvolvimento econômico e social¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991. p. 101.

¹¹⁴⁷ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991. p. 103.

¹¹⁴⁸ Cf. CARINGELLA, Francesco. GAROFOLI, Roberto. **Codice Amministrativo**. Annotato con la giurisprudenza. Milano: Giuffrè Editore, 2006. p. 2003 e ss; CRISTINI, René. **Code de L'urbanisme commenté**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009. Sem utilizar da técnica da codificação, seguem na Espanha: Nova Ley de suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo), e Portugal: Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo. Lei n. 48/98, de 11 de agosto.

¹¹⁴⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.524.

O Estatuto da Cidade, dentre as diretrizes gerais, prevê ainda a competência da União para elaborar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 4º, I, Lei n. 10.257/2001), dando a esse ente público uma vasta atuação na matéria¹¹⁵⁰. Tais planos se concretizarão em um plano urbanístico nacional, de aplicação em todo o território nacional; planos macrorregionais, de aplicação em regiões geopolíticas determinadas e os planos setoriais, de aplicação relativa, conforme a competência material da União¹¹⁵¹.

Além do tão aguardado Estatuto da Cidade, cumpre mencionar a aprovação da Medida Provisória n. 2.220 de 4 de setembro de 2001, que trata da concessão de uso especial para fins de moradia. No art. 10º da referida Medida Provisória institui-se o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU), órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, com competências específicas, tais como: I – propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional de desenvolvimento urbano; II – acompanhar e avaliar a implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, em especial as políticas de habitação, de saneamento básico e de transportes urbanos e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos; III – propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e se manifestar sobre propostas de alteração da legislação pertinente ao desenvolvimento urbano; IV – emitir orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei n. 10.257/2001, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano; V – promover a cooperação entre os governos da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano.

Em 1979, o governo de João Figueiredo criou também ele um Conselho semelhante. O Decreto n. 83.355, de 20 de abril de 1979, instituiu o “Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU), com a finalidade de propor a política nacional de desenvolvimento urbano e acompanhar sua execução, de acordo com as diretrizes e prioridades estabelecidas nos planos nacionais de desenvolvimento”¹¹⁵².

O referido Conselho, extinto em 13 de outubro de 1990, pelo Decreto n. 99.604, possuía, como atribuições principais, as seguintes tarefas:

I - propor diretrizes, estratégias, prioridades e instrumentos da política nacional de desenvolvimento urbano; II - propor os programas anuais e plurianuais de investimentos urbanos e a programação do apoio financeiro oficial ao desenvolvimento urbano; III - propor a programação anual do Fundo Nacional de Apoio ao Desenvolvimento Urbano, criado pela Lei nº 6.256, de 22 de outubro de 1975, e de outros recursos destinados a programas de desenvolvimento urbano, a serem despendidos diretamente pela União ou transferidos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, especialmente os relativos a habitação, saneamento, áreas industriais, transporte urbano e administração metropolitana e municipal; IV - propor os instrumentos fiscais, financeiros e creditícios; V - propor a legislação básica e complementar; VI - expedir normas e diretrizes (art. 3º, do Decreto n. 83.355, de 20 de abril de 1979).

A recriação do CNDU, por assim dizer,

representa, na verdade, um resgate do paradigma do planejamento urbano integrado em âmbito federal, abandonando a concepção de políticas de desenvolvimento urbano atomizadas em inúmeras instituições, muitas vezes contraditórias entre si. Assim, sem negar o reconhecimento da crescente autonomia municipal, as normas que criam o CNDU pretendem formalizar e instrumentalizar a integração das políticas públicas urbanas em âmbito federal, e, ao mesmo tempo, criar e promover

¹¹⁵⁰ Trataremos detidamente acerca dos planos urbanísticos nacionais no capítulo I, título III do presente trabalho.

¹¹⁵¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112 e ss.

¹¹⁵² Cf. art. 1º, do Decreto n. 83.355, de 20 de abril de 1979. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=211864>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

uma cultura de cooperação entre todos os entes da federação, bem como a sociedade¹¹⁵³.

Interessante, ainda, ocupar-nos da nova proposta do presidente Luiz Inácio Lula da Silva do já então instituído Ministério das Cidades, que deverá “concentrar, em uma só pasta, as políticas destinadas aos municípios brasileiros que hoje estão pulverizadas em vários ministérios”¹¹⁵⁴.

As atribuições do novo Órgão Federal está estabelecida no Decreto n. 4.665 de 3 de abril de 2003¹¹⁵⁵. Ressalte-se, entretanto, que experiência semelhante foi implantada em Portugal que já instituiu um Ministério das Cidades, do Ordenamento do Território e do Ambiente, possivelmente utilizado como referência para a criação do novo Ministério das Cidades brasileiro.¹¹⁵⁶

Resta ao governo federal, no âmbito de sua competência administrativa, harmonizar a atuação do recente recriado CNDU, ainda aguardando aprovação definitiva e regulamentação via Decreto Presidencial (art.11, MP), como o novo Ministério das Cidades.

Em se tratando, portanto, da matéria de direito urbanístico, a competência legislativa concorrente gera a descentralização da matéria, ressaltando o papel do Município na ordenação do solo e execução dos planos urbanísticos, sem, contudo, excluir a União do importante processo de planejamento nacional, que influenciará todas as esferas de governo.

4.1.3. Competência dos Estados em matéria de direito urbanístico

Em relação aos Estados, a regra é de se demarcar por exclusão (competência residual) o seu campo de competências privativas. Será, assim, dos Estados tudo aquilo que não se incluir entre as competências explícitas e enumeradas da União e que não tocarem o interesse local, reservado aos Municípios¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 435.

¹¹⁵⁴ A Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, alterada pela Medida Provisória n. 377 de 18 de junho de 2007, dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, instituiu no inciso III, artigo 25, o Ministério das Cidades. Essa Lei transformou a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano em Ministério das Cidades (art. 31, VIII) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano em Conselho das Cidades (art. 31, X), para além de transferir as competências do Ministério da Justiça, relativas ao trânsito para o MC (art.32, X), e transferir o Conselho Nacional de Trânsito e o Departamento Nacional de Trânsito, do Ministério da Justiça, para o Ministério das Cidades (art. 33, VII), assim como o Conselho Nacional de Desenvolvimento (art. 33, VIII). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2003/L10.683.htm>>. Acesso em: 30 out. 2007.

¹¹⁵⁵ O Decreto n.4.665, de 3 de abril de 2003, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão do Ministério das Cidades estabelece no seu artigo 1º a área de competência daquele órgão que inclui os seguintes assuntos: I - política de desenvolvimento urbano; II - políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito; III - promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano; IV - política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano; V - planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito; e VI - participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem assim para adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br//media/dec4665de030403.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2007 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 733.

¹¹⁵⁶ O Ministério da Cidade em Portugal foi extinto em 2005 e atualmente suas atribuições foram assumidas pelo novo Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, aprovado pelo artigo 16º, n. 1, do Decreto-Lei nº 79/2005, de 15 de abril (alterado pelos Decretos-Leis n. 11/2006, de 19 de janeiro, 16/2006, de 26 de janeiro, e 135/2006, de 26 de julho) – diploma que aprovou a Lei Orgânica do XVII Governo Constitucional. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 224.

¹¹⁵⁷ A Constituição Federal de 1988 inovou a repartição de competências se comparada às Constituições anteriores. Foi introduzida uma repartição vertical de competências através da competência comum e da competência de legislação concorrente, rompendo o dualismo da competência de poderes enumerados e dos poderes reservados, que o federalismo brasileiro havia importado da Constituição norte-americana e as constituições federais de 1934, 1946 e 1967 mantiveram, assegurando, correlatamente, a plenitude dos poderes federais e o amortecimento, ou quase desaparecimento, dos poderes estaduais. Nesse sentido, assistiu-se a um fortalecimento dos poderes estaduais e municipais, o que representa uma desejável

Conforme o artigo 24, inciso I da Carta Magna, cabe concorrentemente aos Estados-Membros legislar sobre direito urbanístico: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e *urbanístico*”.

Como competência concorrente, a atuação do Estado deverá, necessariamente, observar as normas de caráter geral promovidas pela União, bem como restringir sua atuação de forma que não invada a autonomia municipal. De outra forma, admite-se a atividade legislativa do Estado no caso da ausência de lei federal de normas gerais. Trata-se da conversão de uma competência legislativa suplementar em competência legislativa completa, no momento em que se verifica uma omissão legislativa da União¹¹⁵⁸.

Em todo caso, aplica-se o princípio da prevalência do interesse, de maneira que o Estado-Membro atuará na medida do atendimento ao interesse predominantemente regional, observando as normas de caráter geral (se existirem, federais) e os interesses locais (municipais).

O direito urbanístico forma um sistema, e no topo dessa ordem estão os preceitos constitucionais, seguindo a norma federal que estabelece as diretrizes para todas as demais e as normas estaduais que interferem nas diversas legislações municipais, nos limites de seus respectivos territórios.

Da mesma forma que as normas de caráter federal pertinentes ao desenvolvimento urbano têm limites de aplicabilidade e alcance material, as normas estaduais também o terão, devendo ser resguardada a competência municipal reservada com destaque pela Constituição Federal brasileira.

De fato, a competência Estadual para os assuntos urbanísticos pode ser enfatizada, uma vez que, pela própria dimensão territorial brasileira, cada Estado-Membro apresenta suas peculiaridades culturais, físicas, econômicas e sociais, frutos de diversos elementos. Cada Estado é um núcleo ainda mais homogêneo dentro da identidade nacional, uma das razões que leva a crer que o papel do ente federado deva ser a todo tempo destacado.

A legislação urbanística estadual, portanto, é fruto da demanda regionalizada de cada ente federal e deve ser promovida, principalmente no que trata do planejamento urbano, envolvendo os diversos entes municipais para um confronto com a realidade expansionista das cidades. Essa legislação também poderá se concretizar em um plano estadual de ordenação do território, fruto de um planejamento realizado sob essa perspectiva.

Não cabe ao Estado-Membro, entretanto, executar a conformação urbana propriamente dita. Não é “adequado, ao Estado, o exercício da função urbanística de efeito direto e concreto intra-urbano”¹¹⁵⁹. O que leva a concluir que não será a entidade estadual que imprimirá diretamente as características de tal conformação, mas sim o município. Essa afirmação não diminui a importância da legislação urbanística estadual, tampouco elide o Estado da responsabilidade determinada na Constituição Federal de 1988, e, mais explicitamente, no Estatuto da Cidade, segundo a qual caberá ao Estado a competência para elaborar o plano estadual de ordenamento do território.

Para além da competência de planificação do território, os Estados possuem, desde a promulgação da Carta Fundamental de 88, a competência de complementar a legislação urbanística federal, inspirando-se na realidade regional. Tal poder se expressa na possibilidade de o legislador estadual elaborar normas de caráter geral, coerentes com a norma federal que rege o urbanismo no País, de forma a adequar os interesses nacionais aos estaduais.

Vale lembrar que, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do artigo 24 da Constituição Federal, os Estados-Membros poderão editar normas sobre o direito urbanístico, mesmo na ausência de legislação federal. Nesse caso, a legislação estadual submeter-se-ia ao crivo Constitucional, assegurada, ainda, a autonomia municipal.

Dessa feita, a omissão legislativa federal não é impedimento para o legislador estadual, ao contrário, lhe confere a possibilidade de plena autonomia legislativa, limitada, apenas, aos interesses regionais.

tendência ao equilíbrio no federalismo brasileiro. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 358 e ss.

¹¹⁵⁸ Nesse sentido: HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 456-457.

¹¹⁵⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Municipal**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

Ainda que tenha sua atuação condicionada ao regime urbanístico federal, ao Estado-Membro ficam reservadas competências que refletem diretamente no contexto urbano, bem como na aplicação dos princípios da ordem urbanística, consolidados a partir da vigência da Lei Federal n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade.

Destacamos, assim, o papel do Estado-Membro no que se refere à elaboração de planos estaduais de ordenação do território, da instituição de novos municípios, bem como no estabelecimento de Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões.

4.1.4. *Instituição de novos Municípios*

A Constituição Federal estabelece no § 4º, do art. 18 a forma da criação, incorporação, a fusão e o desmembramento dos Municípios que se faz por lei estadual. “O Município brasileiro é *criatura* do Estado-Membro”¹¹⁶⁰:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação de Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei¹¹⁶¹.

A criação de um novo município surge sempre do território de outro Município, dentro do território do mesmo Estado. A forma mais comum de criação de um Município é a emancipação do Distrito, circunscrição administrativa, mas o ente local também poderá ser instituído a partir da *incorporação*, da *fusão* ou do *desmembramento*.

Entende-se por *incorporação* “a reunião de um Município a outro, perdendo um deles a personalidade, que se integra na do território incorporador”¹¹⁶². Assim, com a incorporação, extingue-se o Município incorporado pela sua subsunção territorial e jurídica no Município incorporador.

A *fusão*, ao contrário, ocorre quando dois ou mais Municípios, que perdem, todos eles, sua personalidade primitiva, reúnem-se formando um novo Município. E o *desmembramento* ocorre quando a separação de parte de um Município integra-se noutra para constituir um novo Município.

Ao criar um município, a lei estadual confere personalidade jurídica a uma unidade política. A instituição de novo ente federativo envolve a atuação de novo núcleo administrativo na disciplina urbana da cidade. O nascimento de novo ente municipal representa autonomia legislativa e executiva para tratar dos assuntos urbanos no âmbito da nova cidade.

É o ente estadual interferindo na distribuição das competências a novos centros de controle político, social e legislativo.

¹¹⁶⁰ CASTRO, José Nilo. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 63.

¹¹⁶¹ Antes da emenda constitucional n. 15 de 1996 o parágrafo 4º do art. 18 da Constituição Federal enunciava: “a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórica-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas”. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 462.

¹¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 69.

4.1.5. *Competência estadual para instituir Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões*

A Constituição Federal em vigor incumbe ao Estado-Membro, por uma questão de predominância de interesse, a legitimidade para instituir regiões metropolitanas¹¹⁶³, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25,§3º, da CF).

Trata-se do reconhecimento constitucional de um fenômeno econômico, social e, sobretudo, urbanístico que se verifica nos grandes centros industrializados do país. As cidades se expandem e se interceptam, formando novos centros de interesses e novas necessidades de caráter regional.

A par do desenvolvimento legislativo da questão metropolitana, encontramos uma doutrina jurídica brasileira que se detém sobremaneira nos aspectos políticos dessa entidade jurídica (a existência ou não de uma quarta entidade federativa no Brasil e a exaltação de uma autonomia municipal) e menos nas questões teóricas relacionadas à natureza dos atos dessa entidade e suas competências.

Talvez essa incerteza da doutrina seja reflexo da imaturidade dessas figuras jurídicas e por uma excessiva preocupação na descentralização administrativa, justificadas pelo recente período centralizador vivido no país¹¹⁶⁴, no decorrer de um governo ditatorial que perdurou por décadas¹¹⁶⁵.

Passemos, rapidamente, a uma análise dos conceitos encontrados na doutrina acerca da Região Metropolitana, para então tecermos algumas considerações acerca de suas competências em matéria de direito urbanístico.

Eros Roberto Grau conceitua Regiões Metropolitanas como o

conjunto territorial intensamente urbanizado, como marcante densidade demográfica, que constitui um polo de atividade econômica, apresentando uma estrutura própria definida por funções privadas e fluxos peculiares, formando, em razão disso, uma mesma comunidade sócio-econômica em que as necessidades específicas somente podem ser, de modo satisfatório, atendidas através de funções governamentais coordenada e planejadamente exercitadas. Para o caso brasileiro, adite-se que será ela o conjunto, com tais características, implantado sobre uma porção territorial dentro da qual se distinguem várias jurisdições político-territoriais, contíguas e superpostas entre si – Estados e Municípios¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ A região metropolitana constitui um instrumento inovador para a solução de problemas ou carências comuns a um grupo de municípios que, por sua conexão territorial, social e econômica, demandam um sistema de organização especial, com finalidades distintas daquelas assumidas pelos órgãos centrais municipais e estaduais. Sua origem legal pode ser identificada na Constituição de 1937, a qual, ainda que sem empregar a expressão “região metropolitana”, concebeu o “agrupamento de municípios da mesma região, como objetivos que ficaram definidos no artigo 29 do mencionado texto constitucional: “Os municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins. Parágrafo único. Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração”. Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 640.

¹¹⁶⁴ O Brasil passou por duas fases ditatoriais. A primeira com a instauração do Estado Novo (Era Vargas), sob a vigência da Carta Constitucional de 1937, e a segunda com a instauração do governo militar, que se estabelece sob a vigência das constituições de 1967 e 1969. Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Os Municípios no Estado Federal Brasileiro*. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 149-176, abr./jun., 2002.

¹¹⁶⁵ Interessante crítica acerca da noção de “autonomia municipal” desenvolvida no Brasil pode ser encontrada em Krell. Segundo o autor, ao contrário da situação vivida na Alemanha, no Brasil “em virtude de uma compreensão quase arcaica do conceito de autonomia municipal, parece-nos que a maioria dos municipalistas são ainda hoje adeptos da teoria segundo a qual, também no campo da proteção ambiental, qualquer controle dos municípios na sua atuação administrativa deva ser qualificado como tutela e, por consequência, ser recusado”. A mesma observação pode ser aplicada em relação às questões urbanísticas e demonstra o campo sobre o qual se desenvolve o tema das regiões metropolitanas no país. Cf. KRELL, Andreas. *Ordem Jurídica e Meio Ambiente na Alemanha e no Brasil: alguns aspectos comparativos*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 31, p. 178-206, jul./set., 2003.

¹¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **Regiões Metropolitanas. Regime Jurídico**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974. p. 25-26.

Por sua vez, Alves¹¹⁶⁷ conceitua a Região Metropolitana como aquela

constituída por mandamento legal que, reconhecendo a existência de uma comunidade sócio-econômica com funções urbanas altamente diversificadas, especializadas e integradas, estabelece o grupamento de municípios por ela abrangidos, com vistas à realização de serviços comuns exigidos em razão daquela mesma integração.

A estrutura municipal ou metropolitana é resultante das proporções e relações existentes entre as várias funções que se manifestam sobre os espaços municipais interligados.

Uma vez conurbados, com seus fluxos dependentes da infraestrutura estabelecidos através da continuidade física e econômica, os municípios passam a integrar-se, devendo ser observados sob uma perspectiva especial, uma vez que trazem questões que dizem respeito a todos, suplantando o interesse e a competência local.

Tratar de uma conurbação sob o título de região metropolitana depende de uma série de critérios, tais como densidade demográfica, alocação pronunciada da mão-de-obra disponível nos setores secundário e terciário da economia, continuidade da área edificada e outros. Esses critérios não são estabelecidos em âmbito federal, nem há em vigor uma lei geral que lhes dê conteúdo. Supondo-se, dessa forma, que caberá ao Estado em que se localizam os conjuntos de municípios que possuem identidade e interesses comuns, o tratamento do fenômeno metropolitano, o que normalmente é feito, sob a luz das constituições estaduais, sem um critério metódico de identificação dessas áreas.

A regulamentação das regiões metropolitanas pelos Estados-Membros é, por outro lado, evento que se estabeleceu a partir da Constituição de 1988, estando no elenco de competências da União até a promulgação da Carta Magna em vigor.

O reconhecimento de um interesse supramunicipal ocorreu, entretanto, desde a Constituição de 1891 (art. 65, § 1º e art. 48, n. 16), onde já se facultava aos Estados a possibilidade de se lavrarem acordos ou convenções também intermunicipais.

Em 1933 a Comissão do Itamaraty, encarregada da elaboração do anteprojeto da Constituição (art. 84, § 2º) preconizava a criação da região com autonomia. Em 1937, o artigo 29 da Constituição do Estado Novo prescrevia a possibilidade de criação de agrupamentos municipais, com personalidade jurídica limitada a seus fins, cabendo aos Estados regular as condições de tais agrupamentos.

Em 1966, tentativas derradeiras tiveram lugar, com as sugestões da Comissão constituída pelo presidente Castelo Branco, dos juristas Orosimbo Nonato, Levy Carneiro, Temístocles B. Cavalcanti e Seabra Fagundes. Todavia, essas sugestões, exigindo preocupações com a preservação da autonomia municipal, não foram adotadas, havendo sido substituídas por outra, que apareceu no art. 157, § 1º, da Constituição de 1967 e no artigo 164 da Emenda Constitucional n. 1/69, preconizando a criação das regiões metropolitanas.

A questão metropolitana aparece, assim, com a roupagem conhecida atualmente, pela primeira vez na Constituição Federal de 1967 e mantém-se com a emenda constitucional n. 1 de 1969, o qual transcrevemos: “Art. 164. A União, mediante Lei Complementar, poderá, para realização de serviços comuns, estabelecer Regiões Metropolitanas constituídas por municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte de uma mesma comunidade sócio-econômica”.

Nesse período, a ideia norteadora da criação de mecanismos institucionais de planejamento giravam em torno da concepção dos planos integrados sob esferas diversas de Governo e também articulados horizontalmente. Assim, tentava-se montar desde os planos nacionais e microrregionais, integrando cidades de um mesmo espaço geoeconômico sob circuitos articulados de planejamento territorial, até delimitados planos sociais. Existiam, então, dois tipos de planos, os que procuravam articular centros urbanos de um mesmo espaço socioeconômico e os que tinham nos próprios núcleos

¹¹⁶⁷ ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1981. p.155.

urbanos as suas unidades básicas de planejamento. As áreas metropolitanas seriam incorporadas como unidades espaciais passíveis de serem trabalhadas pelos dois tipos de planos.

Ao final da década de 1960, as questões dos planos integrados estavam na ordem do dia e urgia formular o suporte legal para a institucionalização das regiões metropolitanas.

Na discussão prévia da Constituição de 1967, Meirelles foi encarregado de preparar o “Anteprojeto de Lei Complementar” para a definição do estatuto legal das regiões a serem criadas. Pelo projeto de Meirelles, haveria a promulgação de uma Lei Complementar para cada Região Metropolitana. Também no seu entendimento, tanto a União quanto os Estados poderiam estabelecer regiões metropolitanas.

Contudo, foi determinado através da edição do art. 157, § 10 da Constituição Federal de 1967¹¹⁶⁸, a criação das Regiões Metropolitanas seria de competência exclusiva da União, que trataria de regulamentar a proposta mediante Lei Complementar.

A edição desse artigo, quase nada esclarecia, e tanto o estatuto jurídico e administrativo das novas unidades a serem criadas, quanto às fontes de recursos para sua manutenção, ficaram indefinidas. A única questão determinada com clareza foi a instituição das regiões, integradas por Municípios que, “independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte de uma mesma comunidade sócio-econômica”. Ficava claro que a legislação viria com um perfil centralizador, não permitindo aos Municípios que seriam incorporados pela lei a liberdade de não se integrarem às regiões criadas.

Por fim, a proposta de Meirelles foi adaptada e gerou a Lei Complementar Federal n. 14, de 8 de junho de 1973, que estabeleceu as primeiras regiões metropolitanas brasileiras e inaugurou o instituto jurídico no ordenamento nacional.

A Lei Complementar n. 14 determinou, entre outros, quais os Municípios deveriam integrar cada uma das Regiões Metropolitanas. A lei respondia, dessa maneira, ao caráter de participação compulsória estabelecido pelo art. 157 da Constituição Federal de 1967.

Condizente com esse perfil, a lei federal definiu ainda, os serviços considerados como comuns, criou um Conselho Deliberativo e um Conselho Consultivo como fóruns decisórios para os problemas metropolitanos, determinando a forma e o conteúdo representativo dessas instâncias, e definiu suas competências como entidades de gestão das áreas metropolitanas¹¹⁶⁹.

A redução de autonomia municipal em razão da coercitiva participação nas regiões metropolitanas foi tratada na altura e, ainda hoje, por diversos juristas brasileiros, como retrocesso, uma vez que a cidade brasileira, por ser expressão eminentemente territorial, física, administrativa e, sobretudo, política do Estado Federal, traduz-se na autonomia, um dos principais princípios da formação federativa do Estado.

Seguindo a tendência da maior parte dos municipalistas do Brasil, Castro entende que a “autonomia municipal sofre restrição, no seu exercitamento, ante fenômenos de metropolitanização, microrregional e de aglomeração urbana”¹¹⁷⁰. Ressalta, ainda, que os fenômenos indicados traduzem aspectos de outro fenômeno, qual seja, a “recentralização”, não se podendo mais estudar município, sem se conhecer o poder regional e a força que o envolve.

Em nosso entendimento, parece que o legislador andou bem ao reconhecer que a realidade dos municípios integrantes de uma região metropolitana exige um tratamento diferenciado em razão das questões comuns que lhes unem. Trata-se de uma necessidade a que as normas constitucional e infraconstitucional atendem na medida em que correspondem à manutenção, ampliação e desenvolvimento das condições materiais e culturais da vida urbana dos grandes centros, numa proporção equilibrada e compatível com o asseguramento de um certo nível de qualidade de vida de suas populações. E isso ocorre não porque haja “intromissão indevida das entidades estatais maiores

¹¹⁶⁸ “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) § 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.”

¹¹⁶⁹ CARDOSO, Elizabeth Dezouart. ZVEIBIL, Victor Zular (Org.). **Gestão Metropolitana: Experiências e novas perspectivas**. Rio de Janeiro: IBAM, 1996. p. 59.

¹¹⁷⁰ CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

nos assuntos de interesse municipal, e sim porque o referido valor não se pode realizar sem o concurso associativo de todos os entes”¹¹⁷¹.

A Lei Complementar n. 14, veio reconhecer, outrossim, a existência real de serviços comuns e a tais serviços lhes conferiu a denominação ou *nomen juris* de interesses metropolitanos. Daí o conceito: interesse metropolitano constitui **interesses comuns a vários e de vários municípios**. São interesses intermunicipais e supramunicipais. Não exclusivos. São interesses regionais, constituindo, também, serviços e problemas comuns, regionais, a exigirem soluções comuns e regionais.

No entendimento da Lei 14/73, em seu art. 5º, III, é serviço comum de interesse metropolitano o uso do solo metropolitano. A sua definição como tal, no quadro estabelecido pela Lei Complementar, é tida como indispensável à eficácia dos efeitos consequentes ao estabelecimento das regiões metropolitanas, visto como o uso do solo urbano é instrumental dos interesses públicos que se presta a proteger. A expressão “uso do solo”, tomada na lei complementar, deve ser entendida no sentido genérico, que engloba o conceito de uso – definido pela consideração dos aspectos qualitativos da utilização do solo, em termos de destinação – e o de ocupação – definido pela consideração dos aspectos quantitativos daquela utilização, independentemente da sua destinação.

O controle do uso do solo metropolitano, atividade cujo exercício é atribuído à administração metropolitana, isto é, pela lei complementar deferido à competência estadual, envolve a dinamização de uma série de poderes, cujos instrumentos básicos compreenderão, entre outras, restrições ao uso de áreas inadequadas para construção, fixação de tamanhos mínimos de lotes urbanos para construção, de coeficientes de aproveitamento, de densidade etc, além de processos de aquisição pública e mecanismos de imposição tributária com afetação extrafiscal.

Note-se que tais mecanismos não dispõem de receita fiscal própria onerando os Estados, talvez por receio do esvaziamento de arrecadação municipal em prol da consolidação da nova estrutura de administração regional.

A não-atribuição, pois, pela lei complementar, da capacidade de aquisição de recursos de tal grandeza pelos Estados, torna inteiramente impraticável, nas condições atuais, o modelo de administração metropolitana que se consagrou.

Grau chama atenção para outro elemento criticável do texto da Lei Complementar n. 14: trata-se da uniformidade de tratamento conferida a distintas regiões e situações. O legislador da Lei Complementar n. 14/73 e também o da Lei Complementar que se seguiria, n. 20/74, ignorou “inteiramente que existem diversidades da mais variada ordem e grandeza entre as características e os problemas de cada uma delas”¹¹⁷².

Ambas as leis complementares e suas alterações denotam a insensibilidade com que se tratou das circunstâncias locais e peculiares de cada região metropolitana. O problema metropolitano não foi efetivamente equacionado do ponto de vista técnico e administrativo, padecendo por sua generalidade e imprecisão, e de maneira tímida e insuficiente buscou a consecução dos objetivos pretendidos com seu estabelecimento.

Por outro lado, ainda que seja passível de críticas, não se pode negar que a Lei Complementar n. 14/73, alterada pela Lei Complementar n. 27/75, encerrou uma fase polêmica e estabeleceu oito regiões metropolitanas no Brasil, a saber, São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza¹¹⁷³.

Em seguida foi aprovada a Lei Complementar n. 20, de 1º de junho de 1974, onde se estabeleceu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, criando o Fundo Metropolitano para as provisões de despesas metropolitanas.

¹¹⁷¹ Talvez ainda ressentidos com a centralização política que perpassou o Brasil nos meados do século XX, os municipalistas posicionam-se reticentes e desconfiados em relação à questão metropolitana. Cf. ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1981. p. 158-159.

¹¹⁷² Cf. GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano: Regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

¹¹⁷³ Ainda sobre o tema, consultar: HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 639 e ss.

As regiões criadas pelas leis complementares citadas nasceram sob a égide da Constituição de 67, revogada pela Carta Magna em vigor desde 1988. A partir de então, leis complementares estaduais criarão as novas Regiões Metropolitanas no Brasil. E até que os Estados legissem sobre a matéria, continuam em vigor as ordenações normativas anteriores não conflitantes com a ordem constitucional, situação jurídica reconhecida pelos Constituintes Estaduais¹¹⁷⁴.

A disciplina das Regiões Metropolitanas atualmente está prevista no §3º, do art. 25º da Constituição Federal brasileira que confere ao Estado-Membro a competência para o estabelecimento via Lei Complementar de Regiões Metropolitanas:

Art. 25... § 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.

Seu conceito foi redefinido pela atual CF/88 e a região metropolitana passa a ser tratada no âmbito da “organização do Estado” (Título III, da CF/88), o que denota uma profunda mudança na concepção do constituinte brasileiro que não restringe as regiões no âmbito econômico (da Ordem Econômica, como ocorria na Carta anterior)¹¹⁷⁵. E, se antes a instituição das regiões era a cargo da União, agora é o Estado que lhes institui, mediante lei complementar¹¹⁷⁶.

A função pública a qual se refere, ainda, o artigo sob análise é conceito mais restrito do que o de serviço público. Informa, pois, a função pública o **interesse regional**, aqui qualificado. Nem todos os serviços públicos podem ser transmudados em interesse regional. **Só alguns serviços públicos é que se pode “desmunicipalizar”: aqueles em que “conforme o enfoque, o lugar, o modo e as circunstâncias de sua prestação, será objeto de interesse regional”**¹¹⁷⁷.

Sobre o novo papel do Estado-Membro, Castro entende que

o constituinte, respeitante à competência dos Estados para instituir as regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas e as microrregiões, andou certo, de vez que

¹¹⁷⁴ Nesse sentido, reconheceram expressamente os constituintes gaúchos e mineiros, a fim de se evitar o que chamamos de *vazio metropolitano*, ou, a ausência de regulamentação de âmbito federal dessa matéria. Cf. Constituições Estaduais do Rio Grande do Sul e Minas Gerais.

¹¹⁷⁵ O aspecto econômico das regiões metropolitanas levou a distorções em matéria de gestão urbana e pública em geral. A prioridade desse interesse em detrimento da busca pela qualidade de vida e da sustentabilidade das cidades assume contornos degradantes nas cidades-globais, sobretudo nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. É o cenário que se verifica nas grandes cidades desse país onde se propagou uma galopante urbanização, seguida de uma metropolização rápida e descontrolada, apoiadas e justificadas pelos interesses “econômicos”. Fez bem o constituinte brasileiro ao desconectar o regulamento das regiões metropolitanas da ordem econômica do País, ainda que se saiba que o capitalismo empregado nos países em desenvolvimento tende a optar por vias questionáveis de desenvolvimento. Usando as palavras de Guarrari: “a máquina infernal de um crescimento econômico cegamente quantitativo, descuidado de suas consequências humanas e ecológicas e situado sob o domínio exclusivo da economia do lucro e do neoliberalismo, deve dar lugar a um novo tipo de desenvolvimento qualitativo, que reabilite a singularidade e a complexidade dos objetos do desejo humano”. Cf. GUARRARI, Félix Apud ALVA, Eduardo Neira. **Metrópoles (In) Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

¹¹⁷⁶ Cf. ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, p. 57-82, jan./mar., 2001.

¹¹⁷⁷ Não é demais reforçarmos, segundo Alves, que a autonomia municipal não é estratificada, nem incontestável em seu conteúdo. Ela se refere particularmente ao interesse local, que, abstratamente considerado, permite ser determinado em seu conteúdo, conforme o caso, segundo a significação relativa assumida pelas obras, atividades e serviços públicos a ele relacionados. Desse modo, a predominância do interesse local, na prestação de certos serviços públicos e na realização de determinadas atividades e obras comunitárias ou de infraestrutura urbana, é que circunscreve e peculiariza tais serviços, atividades e obras no plano específico do interesse municipal. Para garantir essa elasticidade, a Constituição brasileira se omitiu em definir previamente o conteúdo desse peculiar interesse, não discriminando as atividades ou serviços abrangidos por esse conceito. Não há, pois, atividades, serviços ou obras que, por natureza intrínseca, sejam considerados de exclusivo interesse local. Assim, por exemplo, os serviços de captação e tratamento de água para consumo público, tradicionalmente, são de interesse local, inscritos na competência do Município. Entretanto, esses mesmo serviços serão inequivocamente de interesse comum de uma região metropolitana como a de São Paulo, por exemplo, devendo ser de competência regional e não do município isolado. Cf. ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, p. 57-82, jan./mar., 2001.

os Estados é que, instituídas as regiões metropolitanas, como o foram, pela União, ficaram responsáveis pela sua estrutura e funcionamento. Perdeu, entretanto, o Constituinte grande oportunidade de se aprofundar na questão regional, formando *entidade política regional*, como competências expressas, tendo-se o *federalismo de regiões*¹¹⁷⁸.

O artigo 25 da Constituição de 1988 impõe, segundo hermenêutica crítica, uma determinação normativa em que se recorta, a partir das competências estaduais e municipais tradicionais, uma nova modalidade de atribuição de poderes administrativos que reclama uma tomada de posição diversa frente ao nosso federalismo de caráter cooperativo e orgânico. Esse federalismo, naturalmente, responde às novas necessidades institucionais da vida moderna.

Diante dessa realidade, mecanismos jurídicos foram elaborados e aprovados para enfrentar os problemas dela emergentes. Esses mecanismos estão embasados diretamente no quadro de competências que estruturam as responsabilidades normativas e executivas dos entes político-administrativos que perfazem nossa República Federativa. A repartição de competências no Estado Federal brasileiro está referida à amplitude dos interesses públicos a serem atendidos, sem, entretanto, deixar de consignar atualmente de forma marcante, o relacionamento orgânico-complementar entre esses interesses. O reconhecimento da necessidade de instaurar, sob o plano jurídico e político, a região metropolitana, denota que a atual estrutura institucional básica brasileira não se assume com uma distribuição de competências de modo estanque, onde a predominância do interesse impera como princípio insuperável.

A doutrina tem tentado demonstrar que vigora no Brasil um quadro de competências constitucionais cuja distribuição caracteriza o federalismo de integração e cooperação¹¹⁷⁹, sucessor do federalismo dualista, de caráter rígido e tradicional, onde dominavam as competências exclusivas. Nesse sentido, como regra, a interpretação sistêmica da Constituição Federal deve sempre levar em conta os objetivos de integração entre os interesses públicos nacionais, estaduais, distritais e municipais, precisamente na forma como foram intencionados pelo legislador constituinte¹¹⁸⁰.

Em se tratando do perfil da atual região metropolitana “pós-Constituição de 1988”, deve-se dizer que a participação dos municípios mantém o caráter compulsório verificado na Carta anterior. Essa compulsoriedade ainda tem as mesmas justificativas de antes, ou seja, fundamenta-se no entendimento de que os objetivos visados por essas entidades (regiões metropolitanas) superam o nível de comprometimento inerente às associações voluntárias que também se podem realizar nos dias atuais mediante convênios e consórcios. Para a realização do planejamento e execução das funções públicas de interesse comum, deve-se obter um nível de comprometimento entre os municípios que não admite a voluntariedade.

Acerca das competências assumidas por essas regiões, há um consenso de que elas se dirigem no sentido a atender toda e qualquer matéria que atinja um nível regional identificável, entre municípios que se conectam econômica, social e fisicamente. Não há, como já mencionamos, uma lei geral de âmbito nacional que estabeleça as competências que a Região Metropolitana poderá assumir, existindo nesse sentido, uma imensa preocupação na doutrina em ressaltar a autonomia municipal e, em razão desta, em identificar o conteúdo dessa autonomia e densificar o conceito de “interesse local” que não necessariamente se contrapõe ao “interesse comum”¹¹⁸¹ apresentado nas Regiões Metropolitanas.

¹¹⁷⁸ CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999, p. 276.

¹¹⁷⁹ Vale ressaltar que os anos 80 foram marcados pela democratização do País, movimentos de descentralização e revigoração da federação no Brasil, reforçados pela Constituição de 1988, pelas eleições diretas, descentralização da receita, beneficiando principalmente os municípios, e, na outra ponta, aumento das competências e atribuições dos governos subnacionais nas despesas públicas com salários, custeios, investimentos em educação, saúde, saneamento etc.

¹¹⁸⁰ Nesses termos, ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, p. 57-82, jan./mar., 2001.

¹¹⁸¹ Nesse sentido, é grande parte das ideias desenvolvidas por Alves, onde evidencia a autonomia municipal em face do interesse metropolitano. Fica exposto, no entendimento desse autor, que a questão metropolitana, que compreende uma “cidade-regional” com múltiplos governos autônomos (Municípios, Estados e União) deverá ser tratada dentro de uma relação institucional orgânica, em que os interesses regionais e locais se cruzam e se interrelacionam de modo complementar

O interesse comum e o interesse local se assumem de maneira compartilhada e refletem o estreitamento e interdependência cada vez maior e mais complexa das atividades econômicas e sociais, motivadas pela ampliação das relações entre as diversas partes de um território¹¹⁸².

Outro aspecto a ser comentado refere-se à natureza jurídica da Região Metropolitana. No Brasil, ela não assume um caráter nítido, enquanto pessoa jurídica de direito público interno. Ela não é, ou ao menos é nesse sentido que anda a maior parte da doutrina, um quarto ente da federação. Ela é, necessariamente, uma região fragmentada sob o ponto de vista institucional (diversos municípios que se conurbam), ainda que sob o ponto de vista urbanístico, econômico e sociológico ela se apresente integrada, única. É da sua essência a fragmentação e da sua essência a compatibilização de competências e responsabilidades. Daí que a titularidade jurídica dos serviços comuns metropolitanos se vincula a todos os membros político-administrativos, ao mesmo tempo.

A Região Metropolitana não possui, como é de se deduzir, um poder de legislar autônomo. Suas determinações são tomadas coletivamente e implicam em comprometimento de cada município, sob a forma de lei. A cada resolução metropolitana, corresponderá a uma produção legislativa municipal, que atenderá, por fim, ao princípio da legalidade.

No que tange, finalmente, ao tema que nos compete abordar, devemos dizer que um dos primeiros aspectos identificáveis nas regiões metropolitanas é o urbanístico: trata-se da conurbação. A conurbação é um fenômeno da união territorial de municípios vizinhos, que se concretiza por meio da urbanização dos espaços, continuamente ou não, interligando os territórios e interesses dos municípios limítrofes.

E se, por um lado, as funções públicas relacionadas a serviços municipais gerais devem ser tratadas de maneira distinta, da mesma maneira a questão urbanística em um contexto metropolitano deve ser tratada sob a ótica totalizante desse especial aglomerado de municípios. É evidente que o uso do solo em um contexto metropolitano requer avaliações distintas e conjugadas. Questões sobre a circulação e conexão entre os diversos polos da metrópole, o estabelecimento de equipamentos urbanos e outras infinitas atividades relacionadas com a qualidade de vida urbana devem ser debatidas em conjunto para um desempenho otimizado das administrações locais e, sobretudo, para o desempenho adequado de uma administração metropolitana.

Chamemos à atenção, ainda, para o fato de que as regiões metropolitanas brasileiras reuniam, em 1996, um conjunto de 47.298.604 habitantes, que correspondia a 30,11% da população total do Brasil¹¹⁸³. Atualmente, “as 26 regiões metropolitanas brasileiras concentram 413 municípios, população de 68 milhões de habitantes e ocupa uma área de 167 mil km²”¹¹⁸⁴, o que corresponde a aproximadamente 42% de toda população brasileira.

A vida de boa parte dos habitantes de uma cidade é, dessa forma, a vida em um ambiente metropolitano.

Ainda que seja de notória relevância, a lei central do direito urbanístico brasileiro, o Estatuto da Cidade, não conferiu a devida atenção ao tema da metropolização no País. É notável a pouca reflexão dedicada à questão metropolitana, ainda que alguns de seus elementos tenham sido lembrados pela nova legislação (a matéria é tocada nos artigos 4º, II, que trata dos instrumentos da política urbana; no artigo 41, II, ao se referir à obrigatoriedade de aprovação de plano diretor para os municípios integrantes de regiões metropolitanas e no art. 45, que trata da participação da população e

ou integrado, de sorte que o interesse local pressupõe o regional, tanto quanto este inclui o local. Cf. ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, p. 57-82, jan./mar., 2001.

¹¹⁸² No sentido de que as distâncias cortadas por meios de transporte rápidos e vias de comunicação revolucionárias conduziram à alteração das percepções do espaço e do tempo, que, por efeito das novas tecnologias se relativizaram. Cf. ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo**. Madrid: Alianzaensayo, 2004, p. 20

¹¹⁸³ Dados retirados de: CARDOSO, Elizabeth Dezouzar, e ZVEIBIL, Victor Zular (Org.). **Gestão Metropolitana, Experiências e Novas perspectivas**, Rio de Janeiro: IBAM, 1996.

¹¹⁸⁴ REI, Fernando; SOGABE, Milton Norio. **Meio Ambiente Urbano**. 2003. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/meioamb/mamburb/rmetrop/index.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2003. Note-se que das 26 regiões metropolitanas atuais, nove foram criadas por meio de leis federais (Lei Complementar n. 13/73 e 29/75). As demais por lei complementar estadual, após a vigência da Constituição Federal de 1988.

associações representativas dos vários segmentos da comunidade a fim de garantir a gestão democrática da cidade)¹¹⁸⁵.

4.2. Competência estadual e o Estatuto da Cidade

No que tange à competência Estadual e o novo Estatuto da Cidade, chamamos atenção para o fato de que as diretrizes gerais da política urbana deverão ser observadas na medida em que o Estado promove, dentro de seu campo de competência, organização do território e ações de interesse regional.

Da mesma forma, instrumentos urbanos poderão ser aplicados pelo ente Estatal no cumprimento de tal tarefa.

Outra inovação do Estatuto da Cidade está em estabelecer no artigo 41 a obrigatoriedade de elaboração de planos diretores para os municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, independente do número de habitantes de cada unidade municipal. Essa medida, ainda que tenha gerado alguma polêmica¹¹⁸⁶, representa preocupação em mobilizar as cidades conurbadas de forma que estas sejam capazes de promover o desenvolvimento urbano em conjunto, o que necessariamente passa por um planejamento ordenado.

O artigo 45 estabelece a gestão democrática da cidade, indicando a necessidade dos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluírem obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e pleno exercício da cidadania.

Infelizmente, o tratamento da matéria metropolitana foi reduzido no Estatuto da Cidade, como reflexo do momento político vivido pelos Estados Brasileiros na atualidade.

No curso da tramitação do projeto de lei do Estatuto da Cidade, as regiões metropolitanas chegaram a ter um capítulo exclusivo. Nesse projeto, os Estados deveriam observar normas gerais para instituição de regiões metropolitanas tais como:

estabelecimento de meio integrado de organização administrativa das funções públicas de interesse comum; cooperação na escolha de prioridades, considerando o interesse comum como prevalente sobre o local; planejamento conjunto das funções de interesse comum, incluído o uso do patrimônio público; execução conjunta das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos proporcionalmente à arrecadação tributária de cada Município; estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas¹¹⁸⁷.

Certo é que o Estatuto da Cidade é norma cuja aplicabilidade se dará em maior amplitude por meio do ente municipal, ficando os Estados limitados à competência residual em matéria de direito urbanístico, submetidos, entretanto, às diretrizes gerais tratadas naquela norma federal.

¹¹⁸⁵ Cf. Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade.

¹¹⁸⁶ Algumas vozes se levantaram para apontar a inconstitucionalidade desse artigo do Estatuto da Cidade, que cria uma obrigação não prevista pela Constituição Federal. Lembremos que o artigo 182, §1º da Carta Fundamental obriga apenas as cidades com mais de 20 mil habitantes a aprovarem um plano diretor urbano. Cf. DERANI, Cristiane. A propriedade na constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 29, p. 115-126, jan./mar., 2003. Em sentido semelhante, encontramos decisão que repele à tentativa do Estado do Amapá de estabelecer em sua constituição uma obrigatoriedade equivalente. Nesse caso, a obrigação foi considerada lesiva ao princípio da autonomia municipal: “declarada a inconstitucionalidade do art. 195, caput, da Constituição do Estado do Amapá, que previa a obrigatoriedade de adoção de plano diretor, aprovado pela câmara municipal, para os Municípios com mais de cinco mil habitantes. Reconheceu-se, na espécie, a ofensa ao princípio da autonomia dos Municípios (CF, art. 30, I e VIII), porquanto a referida norma rebaixara o limite de população estabelecido no §1º do art. 182 da CF” (STF – Pleno – Adin nº 826/AP – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 17-9-1998. Informativo STF, nº 123).

¹¹⁸⁷ MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 329.

4.2.1. Considerações

Pode-se dizer que a política para as regiões metropolitanas no Brasil passou por três grandes fases¹¹⁸⁸:

- **Centralização em Brasília.** Neste primeiro momento, apesar do forte componente autoritário do modelo, havia uma estrutura institucional e disponibilidade de recursos financeiros que permitiram a implementação de vários projetos metropolitanos, inclusive na área de transporte coletivo e tráfego urbano.
- **Neoliberalismo pós-Constituição 1988.** Este foi o período de hegemonia de uma retórica municipalista exacerbada, em que a questão metropolitana era identificada *in limine*, com o desmando do governo militar e, simultaneamente, como uma estrutura institucional padronizada e ineficaz.
- **Parcerias entre municípios metropolitanos e um incipiente processo de redes nacionais.**

Contrariamente ao primeiro momento, os dois últimos são marcados pela ausência de políticas regulatórias consistentes e de financiamentos federais. Teoricamente, o texto da Constituição de 1988 permite o surgimento de formatos institucionais mais condizentes com as diferentes realidades regionais, ao transferir essa atribuição para as Assembleias Legislativas. Entretanto, a análise do tratamento da questão metropolitana pelas diversas instituições estaduais é bastante fragmentada tanto em termos de profundidade da regulação, quanto pelos fatores privilegiados, ainda que se possam levantar pistas que indicariam possíveis caminhos com maiores potencialidades para as diversas dimensões da questão metropolitana. Nesse sentido, algumas considerações gerais sobre a forma como as constituições estaduais tratam da questão metropolitana merecem destaque.

Primeiramente, chama atenção que o tema, de competência estadual a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, sequer está mencionado nas constituições do Acre, Roraima, Tocantins, Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Da mesma forma, as constituições de Alagoas e de Sergipe se contentam em reproduzir quase linearmente o parágrafo da Constituição Federal (§3º, artigo 25 da CF) sobre o tema. Poder-se-ia argumentar que o aparente “descaso” pela questão metropolitana desses Estados se explica pela ausência ou pouca relevância do fenômeno da conurbação nas fronteiras de suas respectivas capitais. Ainda que fosse a hipótese, não se pode negar que cidades como Natal, Campo Grande e Cuiabá, são em médio prazo candidatas à metropolização.

Somente as constituições do Amazonas, de Goiás, de São Paulo e de Santa Catarina estabelecem elementos a serem considerados quando da instituição de novas regiões metropolitanas (projeção de crescimento, fluxo migratório, grau de conurbação, a potencialidade das atividades econômicas e dos fatores de polarização da futura região metropolitana etc)¹¹⁸⁹.

5. Competência municipal na Constituição de 1988

A competência municipal deriva da Constituição Federal de 1988, que, afastando-se, em parte, da técnica tradicional, não se limitou a demarcar expressa e delimitadamente a sua área de atribuições, indicando-a na categoria genérica do *peculiar interesse*¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁸ RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). **O futuro das Metrôpoles: Desigualdades e Governabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 545.

¹¹⁸⁹ RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). **O futuro das Metrôpoles: Desigualdades e Governabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 545.

¹¹⁹⁰ O inciso I, do artigo 30 da Constituição Federal estabelece, ainda, a competência privativa do Município pela expressão “assuntos de interesse local”, alterando a Constituição anterior que previa de forma mais superficial a competência

Assim, foi mantida (conforme tradição nas constituições brasileiras¹¹⁹¹) uma área de competências privativas não enumeradas (art. 30, I), uma vez que cabe somente ao Município legislar sobre assuntos de *interesse local*, mas também enumerou certas competências exclusivas em alguns dos incisos do art. 30 e em outros dispositivos. A Constituição de Portugal de 1976 (com a EC 1/89) também emprega o termo “interesse”, como se vê do artigo 237º, 2º: “as autarquias locais são pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam à prossecução de interesses próprios das populações respectivas”¹¹⁹².

A definição das competências reservadas ao Município dependerá, dessa forma, do entendimento e da identificação do que seja interesse local, ou peculiar.

A expressão atualmente adotada pela Constituição em vigor denota ao município a competência de legislar e administrar todos os assuntos de interesse predominantemente municipal, não necessariamente exclusivos deste ente.

Na doutrina de Meirelles, o

peculiar interesse, não é interesse exclusivo do Município, não é interesse privativo da localidade, até o que define o caráter de *peculiar interesse* é a predominância do interesse do Município sobre o Estado ou a União. Caso se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria no âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não haja interesse municipal que não seja concomitantemente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos Municípios como partes integrantes da Federação Brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o *peculiar interesse*, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o Estado ou a União¹¹⁹³.

Os interesses locais dos municípios podem ser entendimentos como aqueles que imediatamente se refletem nas suas necessidades imediatas e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.¹¹⁹⁴

Para Almeida¹¹⁹⁵, muito embora a renúncia a essa tradicional expressão *peculiar interesse*

autorize supor que se tenha desejado alterar o critério definidor do *interesse* que delimita as competências municipais, parece-nos válido sustentar, na espécie, que a mudança da letra não equivale a uma mudança no espírito da Constituição. (...) De fato, a leitura do art. 30 mostra que as matérias ali enumeradas como de competência do Município guardam pertinência também como interesses das demais pessoas políticas.

É inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos Municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano etc, confrontam-se, secundariamente, com o interesse estadual e nacional.

municipal para legislar sobre assuntos de seu “peculiar interesse”. Nesse sentido, o artigo 30 da Constituição de 88: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local” (CF/88) e de outra forma, o artigo 15 da Constituição revogada de 67: “Art. 15. A autonomia municipal será assegurada: (...) II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse” (CF/67).

¹¹⁹¹ Cf. MOHN, Paulo Fernando. Autonomia Municipal, centralização e liberdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43 n. 171, p. 199-209, jul./set., 2006.

¹¹⁹² No continente, como vimos, as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as regiões administrativas. Cf. BOMFIM, Calheiros (Org.). **Constituição da República Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1993.

¹¹⁹³ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 134 e ss.

¹¹⁹⁴ BASTOS, Celso. **Estudos e Pareceres de Direito Público. Constitucional Administrativo Municipal**. São Paulo: Ed. RT, 1993, p.188.

¹¹⁹⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991. p. 103.

Até na esfera tributária não deixa de haver essa repercussão. Exemplo disso fornece o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, que poderá ser progressivo no tempo, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade, que não é questão de interesse exclusivamente local.

Acreditamos, portanto que acabará prevalecendo, por mais consentâneo com a realidade das coisas, o entendimento de que as competências próprias dos Municípios são as relativas aos assuntos de predominante interesse local.

Seja qual for a orientação que se preferir, o fato, porém, é que sempre poderá haver situações de difícil enquadramento, quando os interesses de mais de uma esfera se entrelaçarem com peso igual. Diante de inevitáveis impasses dessa ordem, ao Poder Judiciário caberá dizer qual a pessoa política competente para disciplinar a matéria ou executar a tarefa¹¹⁹⁶.

5.1. Competência municipal em matéria de direito urbanístico

A Constituição Federal de 1988 trouxe novidade ao estabelecer um capítulo específico sobre política urbana. A partir daí, definiram-se as competências constitucionais conferidas à União, aos Estados e municípios para legislar sobre direito urbanístico e para executar a política urbana¹¹⁹⁷.

O art. 24 da CF/88 estabelece a competência concorrente de legislar sobre direito urbanístico dos Estados Federados, União e Distrito Federal, o que significou dizer que é possível às entidades federativas mencionadas legislar sobre a mesma matéria da seguinte forma:

- no âmbito das matérias de competência legislativa concorrente entre a União e os Estados, a competência da União será limitada a estabelecer normas gerais, não sendo excluídas as competências dos Estados para legislar de forma suplementar;
- no caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades;
- no caso de superveniência de lei federal sobre normas gerais será suspensa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Nesse caso, resta claro que Lei Federal deverá estabelecer as normas gerais de direito urbanístico – que é a Lei de Desenvolvimento Urbano, contendo diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano. A competência constitucional de instituir a lei de desenvolvimento urbano é, sem dúvida, a principal missão da União referente à política urbana, diante da necessidade dessa lei de conferir capacidade para o Município ter instrumentos eficazes para garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social e o direito à cidade seja concretizado.

Apesar de não haver uma previsão expressa para o Município legislar sobre direito urbanístico, a competência do Município sobre a política urbana é preponderante em relação à competência da União e dos Estados. Essa preponderância decorre da leitura do art. 30 da CF/88 e das normas do capítulo da política urbana (art. 182), que definem o Município como o espaço político institucional, para a realização constitucional das normas dirigentes da política urbana em especial através do plano diretor:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – Legislar sobre assuntos de interesse local;

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

(...)

¹¹⁹⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991. p. 103.

¹¹⁹⁷ A política urbana é executada através de planos urbanísticos e aplicação de instrumentos diversos definidos na legislação atual que compõe o direito urbanístico. Cf. Estatuto da Cidade, Lei n. 10.247/2001.

- VIII – Promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
 IX – Promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Ter preponderância para legislar sobre a política urbana não significa, evidentemente, eliminar a responsabilidade da União e dos Estados no desempenho de missões constitucionais como o intuito de intervir nos problemas urbanos que foram definidos com base no princípio federativo. Estabelece, contudo, os limites de atuação de cada ente, uma vez que se trata de matéria de competência concorrente.

A União e os Estados estão, dessa forma, aptos a estabelecer regras gerais e desenvolver políticas setoriais que não se confundem com a política de desenvolvimento urbano.

Nesse sentido, o ente federal aprovou o Estatuto da Cidade, norma de caráter geral e aos Estados, além de caber-lhes privativamente a disciplina das regiões metropolitanas, é reservada a competência para legislar complementarmente tal matéria.

Ocorre que, a elaboração do planejamento urbanístico por excelência e das normas que efetivamente interferem na transformação da organização urbana é missão remetida à entidade que representa a comunidade local, cujo interesse na questão é direto e imediato.

Trata-se, pois, de definir o espaço em que habita determinada comunidade, havendo, portanto, de predominar seus interesses, ainda que submetidos aos contornos fixados pela legislação federal e estadual.

Compete ao Município, assim, complementar o rol de objetivos da política de desenvolvimento urbano, especificando, detidamente, as limitações e as determinações a serem observadas no trato da propriedade urbana ou rural sob sua guarda.

Cabe ao Município a difícil e fundamental tarefa de avaliar a cidade como um todo, verificando em seu território a melhor solução para os problemas gerados pela urbanização descontrolada, bem como prevenir situações de risco social, organizando áreas e estimulando a regularização fundiária.

A competência municipal em matéria de direito urbanístico não se restringe, ainda, à organização definida no art. 30 da Constituição Federal. Sua atuação é ampliada por força do art. 182 da Carta Fundamental, que trata da Política Urbana e confere conteúdo ao princípio da função social da propriedade, uma vez que é o plano diretor, lei municipal, que estabelece os requisitos e condições para o cumprimento daquele princípio constitucional:

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.

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

A avaliação e regulamentação das questões urbanas pelo ente municipal se dará, necessariamente, sob a ótica social que a Constituição Federal estabelece em seu inciso XXIII, do art. 5º combinado com o art. 182.

Deverá, portanto, o Município, atuar na fiscalização e implementação dos princípios constitucionais por meio dos instrumentos definidos pelo Estatuto da Cidade, norma federal de caráter geral que confere ao ente local meios para efetivar a conformidade da propriedade pública e privada à função social.

É, outrossim, o município que definirá os passos concretos que o desenvolvimento urbano dará, uma vez que cabe privativamente a este ente o tratamento legal de assuntos de interesse local em matéria de “política de desenvolvimento urbano, colocando-se como instrumento básico dessa política

o plano diretor urbano aprovado pela Câmara Municipal e obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes”¹¹⁹⁸.

Em matéria de direito urbanístico, portanto, o Município é ente de competência destacada, lhe sendo conferido o dever e o direito de interferir na disciplina da propriedade local, dando a esta conteúdo social. De acordo com a repartição de competências estabelecida pela Constituição de 1988, o papel a ser desempenhado pelos Municípios em face do novo Estatuto da Cidade apresenta dimensões generosas. Em primeiro lugar, essa amplitude decorre do próprio texto constitucional. Observemos que ao definir as competências legislativas e privativas da União, a Constituição enumera um elenco exaustivo no artigo 22. A competência dos Estados, por sua vez é remanescente ou residual (art. 25, §1º), já a competência do Município, embora seja expressa, não é enumerada, o que se conclui da cláusula genérica que se refere a “interesse local”. Essa definição de competência em termos abertos e não taxativos, abre uma grande gama de possibilidades de atuação do Poder Público Municipal¹¹⁹⁹.

Ademais, sem a elaboração do plano diretor, alguns dos instrumentos discriminados no Estatuto da Cidade ficam inutilizáveis, uma vez que, dependem da existência da lei municipal específica para serem aplicados. É o que reza o inciso III, do art. 41 da Lei 10.257/2001, que exige a aprovação do plano diretor para as cidades onde o “Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal”.

Tratam-se das sanções aplicáveis ao proprietário que não utiliza seu imóvel de acordo com o estabelecido em plano diretor e que, portanto, não lhe confere o conteúdo social necessário.

Além das sanções previstas no art. 182, § 4º, grande parte dos instrumentos da política urbana previstos no Estatuto estão condicionados à aprovação do plano diretor, quais sejam: o direito de preempção (art. 25), a outorga onerosa do direito de construir (art. 28), as alterações do uso do solo (art. 29), as operações urbanas consorciadas (art. 32) e a transferência do direito de construir (poderá ser instituída por lei específica, porém, baseada em plano diretor) (art.35), sendo, inclusive, conteúdo mínimo¹²⁰⁰ do Plano Diretor, segundo disposto no art. 42, todos do Estatuto da Cidade.

6. Conclusões parciais

Podemos sistematizar as normas de direito urbanístico segundo a competência legislativa correspondente, da seguinte forma:

1) Na esfera da União:

- Lei federal de desenvolvimento urbano que tem por finalidade estabelecer as normas gerais de direito urbanístico.
- Diretrizes sobre o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

¹¹⁹⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1991, p. 127.

¹¹⁹⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. A Derrota da Federação: o Colapso Financeiro dos Estados e Municípios. In: **Temas de Direito Constitucional**. p. 142; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p.149-176, abr./jun., 2002.

¹²⁰⁰ Como já ensinava Bastos, “o plano diretor não deve ser excessivamente minudente nem estritamente vinculante, a ponto de cercear a manifestação livre do cidadão no próprio processo de desenvolvimento da sua cidade. O planejamento não pode ser tão constritor a ponto de não deixar opção ao indivíduo. (...) O plano, portanto, há de fazer mostra de um grande equilíbrio entre a necessidade de impor parâmetros num processo de urbanização, que, se relegado a si mesmo, pode conduzir ao caos, e, contrariando, consequentemente, a necessidade de preservar a liberdade e a propriedade, dado que também são valores constitucionalmente assegurados”. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 213.

2) Na esfera dos Estados:

- A constituição estadual – normas estaduais sobre a política urbana estadual, englobando as que dispõem sobre a organização regional.
- Lei Estadual de política urbana.
- Instituição de áreas metropolitanas.

3) Na esfera do município:

- d) Lei Orgânica do Município.
- e) Normas municipais sobre a política urbana municipal:
 - Plano diretor.
 - Leis específicas para aplicação dos instrumentos do Estatuto da Cidade.
 - Lei de uso e ocupação do solo urbano.

Título II – Direito à proteção do patrimônio cultural imóvel

Capítulo I – O patrimônio cultural

“A beleza salvará o mundo, mas quem salvará a beleza?”

Dowstojewski

“*Le passé est une partie de nous-mêmes, la plus essentielle peut-être. Tout le flot qui nous porte, toute la sève qui nous vivifie nous vient du passé. Qu'est-ce qu'un arbre sans sa racine? Qu'est-ce qu'un peuple sans son passé?*”

Victor Hugo (*Les Pyrénées*)

1. Introdução

A evolução do conceito de interesse público tem vindo a permitir, no decorrer dos séculos XX e XXI, que a Administração Pública assuma novas tarefas¹²⁰¹¹²⁰². Essa sensível ampliação dos fins estatais está na origem do aparecimento de normas específicas destinadas a regular eventos diversos, identificados por um Estado que se pretende social, que pretende garantir a sustentabilidade de certos bens e o acesso igualitário a certos direitos.

Tais normas têm tomado expressividade e especialidade, dotando-se de princípios, organização administrativa própria e contornos identificáveis de atuação, ao ponto de se tornar necessário o seu estudo em separado, sob o título de novas disciplinas jurídicas.

Esse é o caso do direito urbanístico e do direito da cultura ou, como parece definir a maior parte da legislação internacional e brasileira, do direito do patrimônio cultural¹²⁰³.

¹²⁰¹ Cf. GOMES, Carla Amado. Direito do Patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: O que os une e o que os separa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, n. 1, v. XIII, p. 353-360, 2001.

¹²⁰² Sobre o papel do Estado e as políticas públicas: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997.

¹²⁰³ Os termos “direito da cultura” e “direito do patrimônio cultural” são utilizados alternadamente pelas legislações e doutrinas analisadas. No Brasil, o termo mais amplo é o “direito da cultura”, englobando em si as questões relativas aos bens culturais, entre outros aspectos, o seu acesso, a sua proteção e os ônus suportados pelo proprietário desses bens. Nesse sentido, segue a doutrina francesa com a utilização do termo “*Droit de la Culture*”, ainda que também utilize a designação “*Droit du Patrimoine Culturel*”. A legislação e doutrina italianas centram-se na expressão “*Diritto dei beni culturali*”, enaltecendo, sobretudo, os bens que compõem o objeto de tal disciplina. Na Espanha, encontramos múltiplas acepções como “*Derecho del patrimonio histórico-artístico-cultural*” ou simplesmente “*Derecho del Patrimonio cultural*”. Em Portugal, o termo mais utilizado é o “direito do patrimônio cultural”, seguindo a lógica da legislação produzida naquele país e em âmbito internacional. Utilizaremos ao longo desse capítulo duas denominações: direito da cultura e direito do patrimônio cultural, ainda que estejamos convencidos de que a primeira designação seja a mais ampla e mais evidenciada na legislação internacional da cultura. Em todo caso, o termo “direito do patrimônio cultural” encerra em si o aspecto que nos interessa desenvolver. Ele se reporta, sobretudo, ao conjunto de bens frutos da produção humana, seja de natureza móvel, imóvel, material ou imaterial, cujo interesse cultural se verifica. Cf. ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio. *Código del patrimonio cultural*. Navarra: Civitas, 2007; BARTOLI, E. Cannada et tal. *La cultura e i suoi beni giuridici*. Milano: Giuffrè Editore, 1999; MANSI, Antonio. *Il nuovo testo unico per i beni culturali e ambientali*. Padova: CEDAM, 2000; PAPA, Anna (et al.). *Testo Unico sui Beni Culturali*. Milano: Giuffrè Editore, 2000. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*. Padova: CEDAM, 2006; GIANNINI, Massimo Severo. *I Beni Culturali*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976; RIOU, Alain. *Le Droit de la Culture et le droit à la Culture*. 2. ed. Paris: ESF, 1996; CORNU, Marie. *Le Droit Culturel des Biens: L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruxelles: Bruylant, 1996; FRIER, Pierre-Laurent. *Droit du patrimoine culturel*. Paris: PUF, 1997; JEGOUZO, d'Yves (Dir.). *Droit du Patrimoine Culturel Immobilier*. Paris: Economica, 1985; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de la culture*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996; NABAIS, José Casalta. Noção e

Como já verificamos nos capítulos anteriores, a origem e os fins do direito urbanístico estão relacionados com o aparecimento e o crescimento das cidades, eventos que provocaram uma demanda incontornável por regras que disciplinem a utilização dos solos. Podemos dizer, resumidamente, que tais regras têm por fim ordenar e gerir a cidade existente e prever o seu desenvolvimento sustentável¹²⁰⁴, com fins a garantir que essa estrutura se torne própria para o pleno desenvolvimento da vida com qualidade para os atuais e vindouros “habitantes”¹²⁰⁵.

Por outro lado, as cidades devem encerrar em si a História e a Arte, elementos unificadores das gerações passadas com as gerações presentes e destas com as futuras gerações¹²⁰⁶. “Assim, na compreensão de si e do mundo, o homem recorre à História.” E na cidade há de se identificar o fator passado, num reconhecimento de que é também ele essencial à vida dos homens, pois lhes permite construir e manter uma identidade própria¹²⁰⁷.

Tem-se, nesse contexto, um dos elementos que dão origem ao aparecimento do direito do patrimônio cultural¹²⁰⁸, disciplina que se ocupa da cidade e seus elementos enquanto objeto de interesse cultural, de um valor que a sociedade assume e que opta por preservar no intuito de destacar bens isolados ou em conjunto, que deverão ser mantidos e transmitidos às gerações futuras.

Ao lado desses fenômenos e do despertar para essas necessidades, o direito do patrimônio cultural e o direito urbanístico surgem e se caracterizam por serem disciplinas relativamente recentes, formadas por normas de natureza pública e executadas por órgãos e aparelhos do Estado Social de Direito Moderno¹²⁰⁹. Suas semelhanças não terminam, entretanto, por aí.

âmbito do Direito do Patrimônio Cultural. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/3, p. 11-38, 2000; MONJARDINO, Álvaro (e outros). **Direito do Patrimônio Cultural**. Lisboa: INA, 1996; NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004; PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994; SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹²⁰⁴ O art. 1º, n. 2 da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n. 48/98, de 11 de agosto) estabelece que “a política de ordenamento do território e de urbanismo define e integra as acções promovidas pela Administração Pública (...), tendo como finalidade o desenvolvimento económico, social e cultural integrado, harmonioso e sustentável do país, das diferentes regiões e aglomerados urbanos”, e o art. 8º, nº 2, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, Decreto-Lei nº 389/99, de 22 de Setembro determina que os instrumentos de planeamento territorial “asseguram (...) a sustentabilidade e a solidariedade intergeracional na ocupação e utilização do território”. No contexto brasileiro, por sua vez, o Estatuto da Cidade estabelece como fim da política urbana no país “I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I, Lei n. 10.257/2001, 10 de julho). Cf. CORREIA, Fernando Alves. A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no direito do urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, ano 137, n. 3946, p. 4-35, set./out., 2007.

¹²⁰⁵ “A qualidade de vida é um resultado, uma consequência derivada da interação de múltiplos fatores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas e que se traduz primordialmente numa situação de bem-estar físico, mental, social e cultural, no plano individual, e em relações de solidariedade e fraternidade no plano coletivo”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Nota I ao artigo 66. p.845

¹²⁰⁶ Cf. Nesse sentido é o compromisso entre as gerações, consolidado por uma “solidariedade” entre as presentes e futuras populações humanas. Cf. WEISS, Edith Brown. O Direito da biodiversidade no interesse das gerações presentes e futuras. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero8/confer%C3%A4ncia.htm>. Acesso em: 11 mar. 2008 e GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, nº. 13, p. 97-113, junho, 2000.

¹²⁰⁷ “Conservar pra quê? Para que, através do que o Homem construiu e do urbanismo que ele desenvolveu, se possibilite um melhor conhecimento do Passado, com o objetivo de lhe analisar as experiências e aproveitar os ensinamentos, considerados mais adequados para o Presente e se possível, para preparar o Futuro.” Cf. MAIA, Maria Augusta. **Conservação de Bens Imóveis**. Critérios. 2. ed. Lisboa: IPPAR, 1996.

¹²⁰⁸ Dizemos um dos elementos, pois a cultura se manifesta de inúmeras formas e sempre foi elemento do desenvolvimento da vida em sociedade e da vida humana. Cf. CORNU, Marie. **Le Droit Culturel des Biens: L’intérêt culturel juridiquement protégé**. Bruxelles: Bruylant, 1996, p. 14 e CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 29.

¹²⁰⁹ Ainda que tanto as normas de direito urbanístico quanto aquelas voltadas à tutela do patrimônio cultural tenham origem na civilização romana, a configuração moderna dessas disciplinas se deu em grande parte na segunda metade do século passado. Cf. CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 29.

A par da enormidade de bens objeto do direito do patrimônio cultural, um deles se destaca quando analisado lado a lado com a disciplina jurídica dos solos: trata-se do *bem cultural imóvel*, que engloba, para além de outros que especificaremos, o bem imóvel construído, arqueológico e o bem imóvel natural “cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”¹²¹⁰.

São prédios, casas, praças, igrejas, monumentos, isoladamente considerados ou não, paisagens e bens notáveis do ambiente¹²¹¹, cuja relevância cultural implica tratamento diferenciado e reconhecida proteção com fins de conservação e valorização¹²¹².

Tem-se, nesse ponto, uma interseção das duas disciplinas¹²¹³. De caráter notadamente horizontal¹²¹⁴, os interesses culturais expandem-se e atingem normativas de diversas naturezas e seus preceitos impõem tratamento especial por parte do direito urbanístico. E o tratamento dispensado pelo direito urbanístico não se limita a apenas garantir a proteção ao entorno¹²¹⁵ –conceito que se

¹²¹⁰ Artigo 1º do Decreto-Lei n. 25/37, de 30 de novembro. Cf. Decreto-Lei n. 25/37 Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/bancolegis1.asp?idmodelo=2197>>. Acesso em: 2 nov. 2007.

¹²¹¹ O conceito de bem paisagístico foi desenvolvido em primeiro momento pela doutrina italiana e também é definido pela normativa e doutrina brasileiras. O novo Código Italiano “*dei beni Culturali e del Paesaggio*” conforma a noção de bem paisagístico em diversos artigos. O termo “bem paisagístico” se refere aos bens imóveis que detenham uma beleza natural única, singularidade geológica ou um valor estético e tradicional. Cf. Artigos: 2, “3”, 134, 135, 136, 1, a, b, c do Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, “*Codice dei beni culturali e del Paesaggio*”. O legislador brasileiro adotou uma terminologia mista no Decreto-Lei n.º 25/37, referindo-se aos bens naturais no artigo 1º: “§ 2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os *monumentos naturais*, bem como os *sítios e paisagens* que importe conservar e proteger pela *feição notável* com que tenham sido dotados pela Natureza ou *agenciados pela indústria humana*”. Cf. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Milan: CEDAM, 2006 e CARLETTI, D. (et al.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

¹²¹² Os termos “conservar”, “valorizar” e “proteger” denotam duas finalidades diversas. A primeira se refere à “conservação” ou ao aspecto operativo da tutela estatal, realizada seja para limitar os efeitos da ação do tempo (o desgaste natural) seja para prevenir, considerando a natureza do bem, os danos acidentais e aqueles que posam deivar da ação dolosa. A “valorização” do bem cultural se consagra na oferta permanente da atividade cultural (exposição permanente dos bens em um museu, por exemplo) e na iniciativa de política que visem a um duplo objetivo: a fruição ótima do bem em exposição e a realização constante de iniciativas para chamar a atenção e, sobretudo, para suscitar o interesse dos potenciais visitantes (turistas locais e estrangeiros, bem como os residentes). A proteção dos bens se refere, sobretudo, à prevenção contra a destruição, dano total ou parcial do bem cultural. A doutrina italiana desenvolve com excelência a distinção desses conceitos aos quais nos ateremos a seguir. Pra já, cumpre referir-nos a RUSSO, Vitantonio. *La Valorizzazione dei Beni Culturali*. In: BARTOLI, E. Cannada et tal. **La Cultura e i Suoi Beni Giuridici**. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 34-38 e LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario Al Codice dei Beni Culturali e Del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 67 e ss.

¹²¹³ Não se trata, aqui, de abandonar as especificidades de cada disciplina, ao contrário, trata-se de ressaltar a interseção entre elas, de maneira que não se ignore a relevância da matéria cultural no contexto da regulamentação urbanística das cidades e do campo. Entre nós, sugerimos a leitura de Pires, que elaborou em 2000 (publicado em 2001) um dos primeiros artigos que tocam nessa interseção diretamente. Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. *Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 189-217, jul./dez., 2001. Na doutrina italiana, o tema é bastante desenvolvido. Destacamos Salvia, que aborda a questão da transversalidade dos bens culturais, querendo com isso dizer que naquele país todos os poderes públicos presentes no sistema jurídico concorrem na tutela do bem cultural, inclusive a autoridade urbanística, gerando com isso um elemento de interseção na atribuição de diversas autoridades administrativas. Cf. SALVIA, Filippo. *La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici*. **Diritto e Società**, Verona, n. 3, p. 367-378, 2003.

¹²¹⁴ A horizontalidade do direito do patrimônio cultural é a mesma que se verifica da legislação ambiental. Trataremos aqui de distinguir ambas as disciplinas, assumindo com essa distinção, o pensamento de Canotilho e os riscos advindos dele, sobretudo, na interpretação das normas brasileiras. Desenvolveremos mais a seguir. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998 e PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 6.

¹²¹⁵ A servidão do entorno dos bens culturais está estabelecida no artigo 18, do Decreto-Lei n. 25/37 (Lei do Tombamento, no Brasil). Trataremos mais adiante acerca do conceito de “entorno” na legislação brasileira e portuguesa. Para já podemos utilizar o conceito retirado da doutrina espanhola, quando diz que “a necessidade de salvaguardar os bens integrantes do patrimônio histórico imóvel vai mais além de sua estrita dimensão física para compreender uma área mais extensa, até onde se mantenham certas relações de perspectiva com o marco ou espaço em que surgiram ou em que se tenham desenvolvido no decorrer do tempo. A este espaço se denomina em linguagem jurídica *entorno*”. Essa ampliação do sentido da proteção do patrimônio cultural arquitetônico se dá na medida em que “a realidade especial que os rodeia influi

desenvolveu a partir da ideia de servidão que condiciona a utilização dos prédios circunvizinhos aos interesses dos imóveis classificados e tombados –, mas, para além disso, consiste em disciplinar o uso dos bens culturais dispensando-lhes atenção diferenciada, valendo-se do planeamento urbano ora como uma segunda, porém, efetiva via de proteção do bem imóvel construído, arqueológico e paisagístico, ora como sua via primária de tutela.

As duas disciplinas convergem sobre o mesmo objeto no momento da planificação dos solos, visto que o património cultural imóvel se encontra disperso sobre a problemática do território e o integra, como elemento indissociável, produzindo efeitos na planificação da qual resulta o plano diretor¹²¹⁶.

Da mesma forma em que o património cultural imóvel construído se estabeleceu, em algum momento, sob a influência de normas urbanísticas e se submete à dinâmica das cidades, as noções de irrepetibilidade¹²¹⁷ e de sustentabilidade¹²¹⁸ dos bens culturais permeiam o direito urbanístico e esta disciplina dos solos, ao ser chamada a ordenar o uso e o parcelamento do território, não poderá ignorar as necessidades específicas que esses elementos apresentam¹²¹⁹.

diretamente no aspecto exterior do bem e em sua capacidade de representar um valor cultural”. Cf. ALONSO IBÁÑEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 77.

¹²¹⁶ A tutela do património cultural imóvel se insere no contexto da ordenação do território e é ao nível dos planos municipais que a eficácia dos instrumentos urbanísticos atingem maior amplitude. Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Património Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, p. 69-93. Nesse sentido, também e como já citamos, Alonso Ibanez: “los espacios culturales, esto es, aquellas zonas en donde es posible encontrar huellas o vestigios de cultura material, tales como monumentos, castillos, torreones, calzadas, puentes, embalses, restos arqueológicos, manifestaciones arquitectónicas que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional de un pueblo, cascos antiguos de nuestras ciudades, en suma, elementos que en nuestro ordenamiento jurídico tienen la consideración de bienes integrantes del patrimonio histórico, se encuentran inmersos en la más amplia problemática del uso del territorio”. Cf. ALONSO IBÁÑEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994.

¹²¹⁷ “A partir dos anos vinte do século XIX, o monumento histórico é inscrito no signo do insubstituível: os danos que sofre são irreparáveis e a sua perda irremediável”. Cf. CHOAY, Françoise. **A Alegria do Patrimônio**. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 119.

¹²¹⁸ No que tange à realidade de nossos municípios, podemos verificar que em grande parte deles, o património arquitetónico é identificado nas regiões centrais das cidades, por serem estas as áreas mais antigas, de ocupação originária das respectivas populações. Em razão dessa centralidade, muitos conceitos foram desenvolvidos na doutrina e legislação internacionais dos chamados “centros históricos”. Muitas dessas áreas sofreram irreversíveis processos de destruição e substituição, tornando-se porosas, com elementos de diversas fases históricas ou com quase nenhum traço de seu passado original. Tal fenómeno, frequente no Brasil, talvez se explique pela recente consciência que se tomou da importância da preservação de bens culturais ou pela inexistência de políticas eficientes no trato dessa disciplina. Salvia e Teresi tratam da questão da recuperação dos centros históricos como um problema nascido há pouco tempo, ligado à consciência da necessidade de salvar todo um património urbanístico formado, em grande parte, na época pré-industrial e que foi objeto, durante o século XIX, de gravíssimas agressões. Mas, o que é interessante nesta exposição da “irrepetibilidade” desse património? “O olhar que lançamos hoje sobre o nosso planeta, sobre as nossas cidades e sobre o património construído que estas contêm e a percepção da necessidade de os proteger resultam, em grande parte, de termos também compreendido que a sua destruição é irreversível.” Cf. SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. **Diritto Urbanistico**. 5. ed. Pádova: CEDAM, 1993. p. 188; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n.13, p. 97-113, junho, 2000. Conferir, ainda, sobre o centro histórico e seu conceito jurídico: ILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação urbana e valorização do Património Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, ol. LXXXII, p. 349-389, 2006; ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Contributo para uma Percepção Jurídico-Cultural do Centro Histórico. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 7, p.67-92, junho, 1997.

¹²¹⁹ A necessidade de coordenação do planeamento e ordenamento do território é reconhecida internacionalmente e de maneira explícita na Carta Europeia do Património Arquitetónico, de outubro de 1975, onde se anuncia que “o património arquitetónico, expressão insubstituível da riqueza e da diversidade de cultura Europeia, é herança comum de todos os povos (...) e sua conservação depende largamente da sua integração no quadro de vida dos cidadãos e da sua consideração nos planos de ordenamento do território e de urbanismo”. Da mesma maneira, a Recomendação de Nairobi, de novembro de 1976, identifica os riscos do património cultural arquitetónico em face das condições do urbanismo moderno. Segundo a recomendação, é preciso haver um compromisso do urbanismo como esse património e inclui, como um dos “meios de tutela”, medidas jurídicas e administrativas, dentre as quais a revisão e adaptação das “leis relativas ao ordenamento do território, ao urbanismo e à habitação, para coordenar e harmonizar as suas disposições com as leis relativas à salvaguarda do património arquitetónico”. Tal reconhecimento também se detecta no nível nacional, quando os Estados sob análise lhe dedicam algumas anotações em suas leis elementares da política urbana (Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, artigo 2º, inciso XII e Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, artigo 3º, d; artigo 5º, 3, a; Artigo 6º, 1,

Essa tarefa não é, contudo, simples. Para além das dificuldades metodológicas que decorrem da juventude dessas disciplinas, o legislador e administrador urbanístico ainda assumem timidamente a interdisciplinariedade que advém da verificação desses interesses e necessidades¹²²⁰. A necessidade de coordenação entre as diversas funções administrativas está, por outro lado, no cerne das questões que envolvem o patrimônio cultural, o meio ambiente e o ordenamento territorial. Há dificuldades em vislumbrar uma atuação conjunta eficaz que acolha esses três aspectos que recaem sobre o solo e, por fim, sobre a propriedade imóvel¹²²¹.

A esses desafios acrescentam-se realidades complexas que dividem opiniões e dificultam o consenso teórico¹²²². No Brasil, o direito urbanístico desenvolve-se sob pressões diversas e aplica-se em contextos multifacetados que, muitas vezes, colocam lado a lado direitos de natureza e relevância equivalentes fazendo colidir prioridades que sob um primeiro olhar não se compatibilizam¹²²³. Trata-se, nesse contexto, de uma sobreposição de interesses, formando um verdadeiro elemento de interseção entre a realidade dinâmica das cidades urbanas e o conservadorismo inerente à disciplina do patrimônio cultural¹²²⁴.

Da mesma maneira, deparamo-nos com difíceis opções quando o legislador e o administrador urbanísticos devem enfrentar as questões que envolvem os elementos culturais e a elaboração e execução de projetos de renovação urbana, muitas vezes verificando-se interesses contraditórios, ademais quando renovar significa “substituir”¹²²⁵.

Para já, é possível verificar que o tema guarda inúmeras problematizações. Resta expor aquelas que pretendemos desenvolver, delimitando, assim, os objetivos deste capítulo.

Em primeiro momento, é de se identificar, desde logo, que o que se pretende desenvolver é uma “interseção” temática restrita ao contexto da planificação. Dessa forma, nos ateremos à análise

a). Cf FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998; MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007; CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

¹²²⁰ Nesse sentido são as conclusões da análise dos planos diretores municipais portugueses, onde se verificam que os PDM de 1ª geração (elaborados de 1985 a 2003) tratam as questões patrimoniais de forma superficial, limitando-se frequentemente a contemplar os elementos classificados e em vias de classificação e o normativo aplicável. Ainda assim, por vezes, fazem-no em cartografia de difícil interpretação e em escalas nitidamente desadequadas. Cf. RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Patrimônio. Inquérito aos PDMs de “1ª geração”. **Al-madan**, Almada, II série, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003. Os planos de 2ª geração portugueses, por sua vez, assumem a tarefa com maior evidência, tratando os bens culturais enquanto elementos integrantes da política urbana e identificando-os na própria Lei do PDM, o que caracteriza uma tutela autônoma desses bens via planificação. No Brasil, a análise dos planos diretores de algumas das principais capitais revela que a abordagem do patrimônio cultural existe, porém em poucas situações os instrumentos urbanísticos são tomados enquanto meios de tutela. Essa análise será mais detida no capítulo seguinte, que tratará especificamente do plano diretor.

¹²²¹ A dificuldade de coordenação não é exclusiva dos países em desenvolvimento. Na Suíça, a doutrina se defronta com as mesmas questões. Segundo comentários de Morand, “os numerosos instrumentos da planificação e ordenamento (territoriais) continuam a ser utilizados ignorando-se as modificações do direito ambiental e as imposições bastante reais que foram introduzidas. É urgente introduzir um controle de compatibilidade com a proteção do meio ambiente, quer seja sob a forma de um estudo de impacto sobre o meio ambiente de documentos estabelecidos ou sob uma outra forma mais flexível. Tal controle deve ser feito sobre as políticas gerais e setoriais, os programas de equipamento, os planos diretores, os planos de ordenamento do território e os planos de afetação”. Cf. MORAND, Charles-Albert. **Aménagement du Territoire et Protection de l’environnement: la simplification des procédures**. Genève: HELBING & LICHTENHAN, 1995. p. 46.

¹²²² Desenvolveremos a seguir a questão da autonomia dos objetos de cada disciplina (do direito urbanístico, ambiental e do patrimônio cultural).

¹²²³ Nesse sentido é o caso das moradias irregulares que se estabelecem em locais cuja característica natural e cultural impõem um tratamento especial. Cf. RODRIGUES, A. M. **Moradia nas cidades brasileiras**. São Paulo, Contexto. 1990. p. 1-72.; NOGUEZ, Cristiane Teixeira; HARTMAN, Carlos. Aspectos ambientais e sociais da ocupação irregular do loteamento Querência III, da Cidade do Rio Grande, RS, Brasil. **Sociedade e Natureza**, Uberlândia, n. 17, p. 37-44, dez., 2005.

¹²²⁴ A questão da prevalência dos interesses culturais sobre os urbanísticos será tratada em oportunidade própria. Para já é possível aludir essa posição no direito espanhol, a conferir: PÉREZ MORENO, Alfonso. El Postulado Constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico Artístico. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 119, p. 713-741, julho-agosto-setiembre, ano XXIV, 1990.

¹²²⁵ Nesse sentido, desenvolvemos em outra oportunidade a questão da renovação x conservação. Cf. GUIMARAES, Nathália Arruda. Metamorfose Urbana. Entre a Renovação e a Conservação: Breves comentários sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Arquitectónico no Contexto das Ordens Urbanísticas do Brasil e de Portugal. **Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental**, Porto Alegre, n. 4, p. 29-69, fev./mar., 2006.

do patrimônio cultural que existe nas cidades e no meio rural (visto que adotamos a visão ampla do campo de atuação do direito urbanístico) e que conforma um conteúdo mais restrito que o patrimônio cultural em geral¹²²⁶. Trata-se apenas de um patrimônio constituído por *bens imóveis* de reconhecido valor cultural ou por conjuntos desses bens¹²²⁷, compreendendo nesse conceito a noção de bens imóveis construídos (arquitetônicos), arqueológicos e paisagísticos, todos inseridos no contexto do território. Dessa opção resulta a exclusão dos aspectos referentes ao patrimônio imaterial e ao patrimônio material móvel.

Outrossim, a análise se realizará sob o ponto de vista do direito do patrimônio cultural, urbanístico e administrativo e, por essa razão, não serão analisadas as normativas de natureza penal que se dedicam aos crimes cometidos contra o patrimônio cultural¹²²⁸.

Por outro lado, será privilegiado o tratamento concedido pelo direito urbanístico à salvaguarda dos bens culturais, que engloba a tutela, proteção, conservação e valorização dos bens culturais, restando menos desenvolvida, ainda que não ausente por completo, o relevante papel desse ramo no momento em que o Estado providencia instrumentos culturais (estádios, escolas, teatros, cinemas etc)¹²²⁹.

Por essencial, a perspectiva é de direito brasileiro, com comparação mais detida (porém não exaustiva) do direito português. Qualquer ponto de comparação com as demais legislações estrangeiras será abordado, notadamente, no desenvolvimento das definições relevantes do tema, sem a pretensão de um estudo comparado.

A abordagem do direito brasileiro e português terá, fundamentalmente, a função de apresentar em cada qual, sob seus critérios, as conformações jurídicas das questões colocadas sobre o direito do patrimônio cultural, servindo de prévia noção teórica para os capítulos seguintes que se dedicarão ao estudo do plano diretor¹²³⁰ enquanto instrumento que deve se ocupar da tutela do patrimônio cultural imóvel.

¹²²⁶ A definição de patrimônio cultural encontra-se em diversas legislações pertinentes e está em destaque nas constituições do Brasil e Portugal (ver artigo n. 216 da CF do Brasil e artigo 9º, “e”; artigo 66, n. 2, “c”, artigo 73, n. 3, artigo 78, n. 2, “c”, todos da Constituição Portuguesa). Neste momento, destacaremos a definição extraída da Recomendação sobre a Proteção, no âmbito nacional, do patrimônio cultural e natural, da Unesco, de 16 de novembro de 1972. A Unesco, por ser o organismo internacional que se ocupa da questão do patrimônio cultural mundial, em decorrência da conferência geral da organização das nações unidas para a educação, ciência e a cultura, adota o seguinte conceito de patrimônio cultural e natural, recepcionado pela ordem jurídica brasileira e portuguesa: “1. (...) são considerados como patrimônio cultural: *Os monumentos*: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, incluindo grutas e inscrições, assim como os elementos, grupos de elementos ou estruturas de especial valor do ponto de vista arqueológico, histórico, artístico ou científico; *os conjuntos*: grupos de construções isoladas ou agrupadas que, pela sua arquitetura, homogeneidade ou integração na paisagem, apresentam um valor especial do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; *os sítios*: topograficamente delimitados, obras conjugadas do Homem e da Natureza apresentando um valor especial devido à sua beleza ou ao seu interesse do ponto de vista arqueológico, histórico, etnológico ou antropológico. (...)” Cf. LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio arquitetônico e arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004. p. 141.

¹²²⁷ Segundo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), são objeto de proteção “os bens culturais classificados segundo sua natureza nos quatro Livros do Tombo: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico; belas artes; e das artes aplicadas. Eles estão divididos em bens imóveis como os núcleos urbanos, sítios arqueológicos e paisagísticos e bens individuais; e móveis como coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais, bibliográficos, arquivísticos, videográficos, fotográficos e cinematográficos”. Disponível em: <www.iphan.gov.br>.

¹²²⁸ Cf. Lei n. 9.605/98, de 12 de fevereiro, que estabelece, no art. 63, como crime “*alterar o aspecto ou a estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*”. E prossegue, no art. 64: “*promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, histórico, cultural, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Pena-detenção, de seis meses a um ano e multa*”.

¹²²⁹ Nesse sentido, comentaremos a seguir, de acordo com a doutrina francesa de AUGUSTIN, Jean-Pierre; LATOUCHE, Daniel (Dir.). **Lieux culturels et contextes de villes**. Montreal : MSHA, 1998, p. 13; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la Culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 283 e ss e CARON, Rémi. **L'état et la Culture**. Paris: Economica, 1989. p. 81 e ss.

¹²³⁰ Conforme bem assinala Di Pietro: “um plano diretor não pode deixar de considerar as áreas urbanas cobertas por vegetação, a existência de parques e jardins a serem preservados, a inconveniência, para o meio ambiente, de áreas industriais em determinados setores, a existência de bens culturais protegidos pelo tombamento ou suscetíveis de proteção, o cuidado

Importa desde já mencionarmos que não se trata de substituir ou menosprezar os meios tradicionais de proteção do patrimônio cultural (notadamente o tombamento e a classificação), até porque, estes têm sido amplamente utilizados em ambos os países sob análise, sendo-lhes dedicado o capítulo posterior para o desenvolvimento dos seus aspectos centrais.

A exposição visa a demonstrar, por outro lado, que sob a atual perspectiva jurídica, ambas as disciplinas (cultural e urbanística) convergem no sentido de que não basta apenas classificar e tomba¹²³¹ os bens arquitetônicos, é preciso criar um ambiente em que toda a concepção urbanística da cidade reporte-se a tais elementos culturais, protegendo zonas amplas e não apenas aquelas imediatamente vizinhas aos itens tombados, comprometendo não só o ambiente consolidado, mas também as zonas em expansão urbana. Nada adianta proteger um palácio ou uma casa da Idade Média, se a sua volta ou a poucos metros se pratique a construção livre e desregrada, desarticulada, com a concepção e a extensão do patrimônio existente na cidade¹²³². Por outro lado, a tutela via planejamento territorial se apresenta como via alternativa de grande relevância que não se poderá ignorar. Cabe demonstrar, portanto, que o plano diretor municipal poderá assumir-se enquanto meio primário de salvaguarda do patrimônio cultural.

A tutela do patrimônio cultural imóvel no bojo da planificação urbana impõe, assim, que sejam considerados diversos corpos legislativos. Neste título, interessa abordar as numerosas legislações especiais que formam o que podemos chamar de direito especial da cultura. Em se tratando do direito português, trataremos, em primeiro patamar, da Constituição da República portuguesa; em segundo, das Leis Nacionais, como da Lei de bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural português, seguida das leis orgânicas do Ministério da Cultura e do Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico, abreviadamente designado por Igespar.

No que tange ao Brasil, da mesma maneira, observaremos o direito da cultura em sede da Constituição Federal, seguida da normativa nacional, como é o Decreto-Lei n. 25/37, a legislação brasileira que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos e algumas orientações produzidas em âmbito nacional pelo IPHAN¹²³³.

Trataremos igualmente, de verificar o Direito Internacional e seus reflexos na sistemática brasileira, sem nos comprometer a analisar todas, porém apenas as mais relevantes convenções e recomendações internacionais pertinentes ao tema.

com os rios, lagos ou outro tipo de águas a serem preservadas. Isso tudo implica a participação de vários setores da Administração Pública; envolve competências de autoridades diversas, às vezes atuando como agentes de entes políticos diversos". Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. Poder de Polícia em Matéria Urbanística. In: FREITAS, José Carlos de (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo: CAOHURB, 1999. p. 23-38.

¹²³¹ Segundo o art. 216 da CF/88, são meios de preservação do bem cultural: "§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação." Desenvolveremos seus pormenores em seguida. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹²³² Nesse sentido, a legislação e doutrina italiana, seguida pelas demais europeias: "la conservazione, cui oggi ci fideriamo, non può essere altro che una conservazione integrata, nel senso che qualsiasi settore della P.A. (giustizia, lavori pubblici, beni culturali, tesoro) deve avere interesse ad intervenire per un adeguato e corretto uso del territorio nel cui contesto si inseriscono i beni culturali". Cf. CORTESE, Wanda. **I beni Culturali e Ambientali**. 2. ed. Milan: CEDAM, 2002. p. 10.

¹²³³ O conjunto de normas que compõe o direito do patrimônio cultural no Brasil é vasto e variado. A constituição estabelece competência legislativa concorrente (art.24, CF/88) da União e dos Estados para tratar do tema. Ainda que o exclua da competência legislativa, a CF estabelece atribuições aos Municípios no que se refere à proteção e acessibilidade (art. 23, CF/88) do patrimônio cultural. Nesses termos, encontramos, além do Decreto-Lei n. 25/37, de aplicação nacional, instruções normativas produzidas pelo IPHAN, normas de âmbito estadual e inúmeras normas de aplicação local. Mukai expõe um rol de normas nacionais que compõe o direito da cultura no Brasil, dentre o qual destacamos o já referido Decreto-Lei n. 25/37; a Lei n. 9.790/99, de 23 de março, que dispõe sobre a promoção de cultura através de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs); a Lei n. 3.924/61, de 26 de julho, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; as leis n. 7.505/86, de 2 de julho e n. 8.313/91, de 23 de dezembro, que dispõem sobre benefícios fiscais concedidos a operações de caráter cultural ou artística; o decreto-Lei n. 3.365/41, de 21 de junho, que coloca como finalidade da desapropriação a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, e a Lei n. 9.605/98, de 12 de fevereiro, que dispõe acerca dos crimes ambientais. As normativas citadas serão mencionadas na medida dos desenvolvimentos do tema neste e no próximo capítulo. Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42-43 e MUKAI, Toshio. A degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, p. 33-41,out./dez., 2003.

É possível dizer, desde já, que todos os textos selecionados para análise têm em comum um mesmo objetivo ou fim: a salvaguarda da cultura enquanto produto da atividade humana. É de se reconhecer, entretanto, que certos dispositivos culturais são às vezes extremamente detalhados e complexos, e não abordaremos todos os seus elementos, tendo como critério a aplicabilidade no problema proposto na pesquisa, que se centra no estudo do patrimônio cultural imóvel e sua tutela via planejamento territorial.

A repartição de competências culturais no sistema brasileiro será tratada da mesma forma, indicando-se os atores das aclamadas políticas culturais, certos de que a questão não pode ser negligenciada, particularmente sobre o terreno do patrimônio cultural imóvel por que as coletividades locais detêm uma grande parte do patrimônio classificado e exercem um relevante número de prerrogativas ligadas às sua proteção¹²³⁴.

Para desenvolvermos a questão no contexto jurídico, identificaremos a natureza e os contornos do bem cultural de acordo com a legislação nacional brasileira e portuguesa, que trata da proteção do patrimônio e seus principais instrumentos de ordem administrativa, verificando as diversas opções apresentadas e seus limites no que concerne à tutela, proteção, valorização e conservação do bem cultural imóvel. A abordagem também requer verificação metodológica que será proposta identificando-se a disciplina jurídica do direito do patrimônio cultural, bem como sua relação com o direito do urbanismo, o direito constitucional, ambiental, civil e internacional.

Ainda que já mencionado em capítulos anteriores, não é demais dizer que abordagem do tema sob a ótica do direito urbanístico e seus instrumentos se justifica na medida em que a legislação amplia seus fins e abrange bens que formam o objeto de diversos ramos do Direito. Fala-se de um patrimônio cultural imóvel constituído de um patrimônio urbano, de locais notáveis, de bens arqueológicos e a legislação define como finalidade da política urbana a proteção desses elementos no contexto das planificações (artigo 2º, inciso XII, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade)¹²³⁵.

É de se admitir ainda, nesse contexto, que o comprometimento do plano urbanístico em relação à proteção do patrimônio cultural se dará na medida em que exista ou não na cidade significativos conjuntos ou elementos imóveis culturais a serem preservados; uma política comprometida com uma estética global; ou, ainda, uma legislação que privilegie os centros históricos. Muito difere uma cidade cujo conjunto arquitetônico cultural representa grande parte da cidade, da cidade em que o núcleo central é apenas o que interessa a ser preservado. Além disso, somada à existência desses bens, deverá estar presente uma certa sensibilidade do legislador local, regional e nacional, todos competentes em matéria de proteção do patrimônio cultural (art. 23, III, CF/88). Em todo caso, queremos ressaltar que em todas as cidades e para além delas, sobre todos os territórios municipais, há uma herança cultural¹²³⁶ e deve haver um comprometimento com esse patrimônio¹²³⁷.

¹²³⁴ É o caso das zonas de proteção do patrimônio arquitetural urbano evocado em BOUZELY J. C. *Les zones de protection du patrimoine architectural et urbain. Vie des collectivités territoriales*, **La Revue Administrative**, Paris, n. 231, mai./juin., 1986, p. 282-284. No Brasil o zoneamento é técnica largamente utilizada para a delimitação da utilidade dos solos em vista a existência de um tecido cultural. É instrumento típico do direito urbanístico, utilizado em larga escala pelo administrador local, e se enquadra no conceito de “outras formas de acautelamento”. É estabelecido no artigo 216, §1º da Constituição Brasileira. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157.

¹²³⁵ “Artigo 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: (...) XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹²³⁶ “Resultantes de um desenvolvimento mais ou menos espontâneo, ou de um projeto deliberado, todas as cidades do mundo são expressões materiais da diversidade das sociedades através da história e, por esse fato, todas elas são históricas.” Preâmbulo da Carta Internacional para a salvaguarda das cidades históricas, de 1987. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. No mesmo sentido, a legislação italiana inspira-se na constatação de que toda cidade têm uma história e aprova a Lei n. 765/1967, que obriga a todas as entidades locais, independente de sua dimensão e importância, a estabelecer os perímetros do seu respectivo centro histórico, vedando, pois, categoricamente, qualquer atividade edilícia (que não a de manutenção e restauro) na falta de um instrumento urbanístico e prevenindo padrões de conservação rigorosos. Trata-se, na interpretação de Salvia, de uma adoção explícita, pela lei, dos ensinamentos de Giannini, estando na origem de um novo conceito: o de *bem cultural urbanístico*. Cf. SALVIA, Filippo. *La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici*. **Diritto e Società**, Verona, n. 3, p. 367-378, 2003.

Para além do desenvolvimento das formas em que o direito urbanístico se debruça sobre as questões patrimoniais (culturais), abordaremos, ainda que sucintamente, alguns elementos teóricos que dizem respeito à construção da disciplina do direito do patrimônio cultural. Para já relembramos a nossa posição desenvolvida rapidamente no capítulo II, do título I do presente trabalho: direito urbanístico, direito ambiental e direito do patrimônio cultural são disciplinas diversas, com objetos distintos e especializados.

O desenvolvimento dos assuntos preliminares convergerà para a conclusão e análise de três aspectos principais, desenvolvidos de forma geral neste capítulo e mais detidamente nos capítulos posteriores: 1) o primeiro aspecto destaca a situação em que a disciplina urbanística dos solos incidirá sobre propriedades já classificadas ou tombadas, ou seja, elementos no solo que já se submetem a intervenções diretas do tratamento da propriedade cultural (classificação e tombamento); 2) o segundo observará o momento em que o planeamento urbano concretiza a proteção do “entorno” do bem arquitetónico, levando ao cabo a significação do preceito legal que impõe aos imóveis circunvizinhos limites em favor da valorização do bem classificado ou tombado¹²³⁸,3) e o terceiro e último aspecto, e não menos relevante abordagem, que os bens de interesse cultural não estão formalmente protegidos por normativa especial, e os instrumentos urbanísticos (plano diretor) apresentam-se como única via de proteção, elemento conformador do uso e dos interesses das propriedades, com fins de tutela de valores culturais¹²³⁹.

O desenvolvimento desses aspectos é fundamental para que se compreenda que a intervenção pública de carácter urbanístico configura um regime diverso daquele que afeta o bem cultural diretamente. Sua intensidade se distinguirá quando tratar do seu entorno, na ocasião em que o bem já se encontra diretamente protegido (pelos instrumentos primários), daquela situação em que as condicionantes urbanísticas são as únicas medidas implementadas com os fins de proteção dos bens culturais identificados no território.

Tratar-se-á, durante toda a abordagem, de: a) sobreposição de tutelas diversas (urbanística e patrimonial sobre o mesmo objeto, o patrimônio cultural¹²⁴⁰ e b) da tutela do patrimônio cultural imóvel pela via do planeamento territorial.

É na segunda perspectiva que reside a inovação do tema, quando então apresentamos a proteção do patrimônio através do planeamento urbanístico (as “outras formas de acautelamento e preservação” a que se refere o legislador constituinte brasileiro)¹²⁴¹, instrumentos que poderão surgir como únicos meios de garantia dos bens culturais imóveis e paisagísticos.

¹²³⁷ A aventura da humanidade e das civilizações que a viveram exclui não apenas a estagnação do tempo, mas também a amnésia, que é a outra face e a condição dessa exclusão. Para sermos mais precisos, seria necessário dizer que a “arquitetura e todo o patrimônio edificado (incluindo as paisagens) duplicam o patrimônio imaterial que lhes está associado e facilitam a sua integração memorial graças à sua materialidade e ao seu enraizamento físico no mundo”. Cf. CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Edição bilingue. Évora: Casa do Sul, 2005. p. 21.

¹²³⁸ Adotamos aqui o conceito desenvolvido pela doutrina e jurisprudência italianas que denominam tal incidência de “vínculo indireto”, na medida em que a tutela da coisa imóvel advém de uma normativa urbanística, de natureza diversa daquela que se denomina direta (via classificação e tombamento), esta última que, inegavelmente, atinge com maior força a esfera da propriedade privada. Cf. ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. **I beni culturali e ambientali**. La Protezione del Patrimônio histórico-artístico. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 235. Nesse sentido, também Silva, ao mencionar os meios secundários de proteção aos bens culturais, referindo-se a alguns instrumentos típicos do direito urbanístico. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156.

¹²³⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹²⁴⁰ Essa parece ser a situação encontrada na cidade de Ouro Preto, declarada Monumento Nacional segundo o Decreto n. 22.928, de 12/06/1933, e que aprova plano diretor urbanístico comprometido com o patrimônio que se assenta sobre seu território e também estabelece vias de proteção (art. 3º). Assim define como objetivo do Plano Diretor de Ouro Preto, Lei Complementar n. 01/96: “art. 3º - O Plano Diretor, conforme o que dispõe o inciso II do art. 201 da Lei Orgânica Municipal, tem como objetivos estratégicos: I - favorecer a dinamização econômica no Município, protegendo as áreas e edificações de interesse ambiental, histórico e cultural, bem como facilitando a descentralização das atividades econômicas, dos serviços e dos equipamentos urbanos em todo o território”.

¹²⁴¹ Nesse sentido, o art. 216, da Constituição Federal brasileira, em seu primeiro parágrafo: “art. 216. (...) § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

Essa proteção dos bens culturais por meios alternativos daqueles expressamente consagrados pela Carta Constitucional brasileira (tombamento, registros, inventário, desapropriação, §1º, art. 216) tem se difundido amplamente. A partir de um conceito material do patrimônio¹²⁴², fala-se em proteção dos bens culturais por meio de leis, decisões judiciais¹²⁴³ e instrumentos de caráter urbanístico (as outras formas de acautelamento a que se refere o legislador constituinte, no §1º, art. 216).

A ampliação da noção de tutela do bem cultural tem origem na observação de que muitas vezes os meios tradicionais (sobretudo o tombamento) não são suficientes para garantir uma proteção eficiente e a tempo ao patrimônio. Entre nós, Mazzili¹²⁴⁴ comenta, a respeito da tutela judicial de bens com interesse cultural, que

fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir o tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados – e seria rematado absurdo se o fizesse. Afinal, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural?!

Ainda tratando dos referidos instrumentos, Di Pietro¹²⁴⁵ reconhece que

no artigo 216 da Constituição, além de ter-se uma ampliação dos bens merecedores de proteção (bens de interesse público, integrados no patrimônio cultural brasileiro), ainda se prevêem, ao lado do tombamento, outras formas de acautelamento e preservação, de que o poder público se utilizará, com a colaboração da comunidade.

Nesse contexto se destacam as medidas de preservação tomadas através de “instrumentos legais de planejamento urbano, a nível municipal”, que estabelecerão áreas especiais, com uso e limitações ao direito de propriedade compatíveis com a tutela desse patrimônio¹²⁴⁶.

A criação dessas áreas tanto pode se dar através de procedimento legislativo, isto é, inseridas na própria lei de uso do solo urbano, quanto virem a ser estabelecidas por decreto executivo, quando a lei de uso e parcelamento do solo urbano assim o permitir. Como assinala Castro¹²⁴⁷,

trata-se, basicamente, de legislação de caráter urbanístico, somente aplicável a imóveis urbanos, no entanto, pode produzir os mesmos efeitos práticos do

¹²⁴² Uma das constatações preliminares para o desenvolvimento da abordagem aqui proposta reside em verificar se o conceito dos bens culturais é material, podendo ser aludido pelo legislador geral e pelo julgador, ou, ao contrário, formal, exigindo uma declaração expressa de sua relevância cultural, através de medidas primárias de tutela. Em nosso entendimento, o conceito assumido pela legislação acorda com a primeira acepção, uma vez que esta prevê a possibilidade de tutelas secundárias de bens não declarados como tais (nem classificados ou tombados), levando a crer que o conceito de bens culturais é, em um primeiro momento, para fins de proteção, material e se formaliza de formas diversas, inclusive no momento da implementação de uma medida com esse objetivo, onde se declara expressamente sua relevância cultural. Cf. PÉREZ MORENO, Alfonso. El Postulado Constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico Artístico. *Revista de Derecho Urbanístico*, Madrid, n. 119, p. 713-741, julho-agosto-setiembre, ano XXIV, 1990.

¹²⁴³ Acerca desse meio de proteção ao bem cultural: RICHTER, Rui Arno. *Meio Ambiente Cultural*. Omissão do Estado e Tutela Judicial. Curitiba: Juruá, 2000.

¹²⁴⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 100.

¹²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 114.

¹²⁴⁶ Nesse sentido também é o entendimento de PIRES, para quem “há um certo consenso quanto à insuficiência desse tradicional instituto (tombamento) e a indicação clara no sentido de que seja ele suprido por meio de adaptação do sistema de sanções, pela modernização da interpretação dos preceitos legais atinentes e, principalmente, pela adoção de outros meios de tutela, incluídos os de direito urbanístico, pelos quais será possível intensificar o movél de proteção cultural”. cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Política Pública de cultura. Algumas condicionantes ideológicas, jurídicas e administrativas e alternativas metodológicas. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, n° 129, p. 179-189, jan/mar, 1996.

¹²⁴⁷ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 8.

tombamento, já que a legislação urbana pode impor ao proprietário do bem imóvel as restrições que julgar cabíveis, do ponto de vista do meio ambiente urbano.

Justificados e esclarecidos os pontos a desenvolver, passemos a analisar os temas referidos, conforme são tratados pelos países sob análise.

2. A cultura no Direito

Antes de maiores desenvolvimentos do tema no presente capítulo, deve-se identificar os contornos do assunto proposto. Falamos em patrimônio cultural e falamos em bens culturais (imóveis construídos, arqueológicos e paisagísticos), mas o que é que se compreende por esses conceitos? O que é, acima de tudo, cultura? Em que sentido tal termo deve ser apreendido?

Tentando evitar nos ater excessivamente a essa questão, tratemos rapidamente das acepções diversas que se pode encontrar da noção de cultura, para então verificarmos a conexão desta com os fins do direito ou, em outras palavras, o que é a cultura para o direito.

A palavra cultura tem a mesma raiz de *cultus* e deriva do verbo *colo, is, ere, ui, ultum*, podendo ser aplicada às mais variadas atividades humanas¹²⁴⁸. Sua primeira acepção está ligada ao plantio, à produção agrícola. A palavra “cultura” tem origem latina e significa antes de tudo: “cultivar, acautelar, entreter”¹²⁴⁹. Tomada em primeiro momento como fruto de atividade humana, a cultura se contrapõe à natureza e ao patrimônio constituído por fruto e obra daquela¹²⁵⁰. Sua aparição significou o começo de um tipo de desenvolvimento evolutivo que até então não existia: a evolução da cultura ou a evolução humana propriamente dita.

É de se observar, desde logo, que o termo “cultura” engloba diversos significados, segundo a ciência que lhe analisa.

¹²⁴⁸ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do patrimônio cultural em Portugal. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Lisboa: INA, 1996, p. 205-251;

¹²⁴⁹ Cf. BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager: classement, conservation, valorisation**. Paris: Delmas, 2002. p. 13.

¹²⁵⁰ Neste ponto, cumpre abordar, ainda que rapidamente, a distinção entre o patrimônio cultural e o natural. O primeiro, como já afirmamos, é fruto de uma atividade humana, enquanto o segundo se produz sem intervenções humanas. Entretanto, o conceito se revela extremamente simplista ao nos depararmos com certas situações. A natureza e a cultura estão muitas vezes mescladas e intimamente conectadas. Sobretudo quando analisamos as aglomerações urbanas, identificamos constantemente situações em que a natureza ali não se apresenta “pura”, sem qualquer intervenção humana, mas sim, resta já organizada, repartida ou mesmo diretamente influenciada pelo homem. O direito internacional correntemente reúne os dois patrimônios sob um único título. Assim o faz a Unesco ao estabelecer a noção de “patrimônio mundial da humanidade”, referindo-se a ambos os patrimônios sob uma mesma denominação e a necessidade de os proteger (Convenção da Unesco de 1972, relativa ao patrimônio mundial). Da mesma maneira, as diretivas europeias relativas ao estudo do impacto ambiental tomam em consideração o patrimônio cultural e o natural (Diretiva 85/337, de 27 de junho de 1985). A par das confusas concepções de patrimônio cultural e natural, desenvolveu-se a noção recente de paisagem cultural, aplicada pelo comitê do patrimônio mundial, vindo esclarecer algumas dúvidas que se sustentam pelas equivocadas abordagens doutrinárias e legislativas. Natureza alterada pelo homem se caracteriza por ser uma terceira espécie de bem, cujo aspecto cultural justifica a incidência das normas que compõem o direito do patrimônio. É assim que os jardins históricos que conjugam simultaneamente o caráter cultural e o natural, que denotam uma natureza organizada e transformada em verdadeiro conjunto monumental, são objeto da legislação patrimonial. De toda forma, e nesse sentido assumimos os desenvolvimentos do presente trabalho, não se poderá absorver completamente um conceito pelo outro. Por essas razões e considerando o desenvolvimento teórico do tema, entendemos que esses dois patrimônios restam diferentes. Os bens naturais ou paisagísticos só serão objeto de proteção do direito do patrimônio cultural quando denotarem algum interesse cultural, devido a sua notável expressão estética, visual, sua beleza ou sua singularidade. Esses valores diferem daqueles que fundamentam a proteção sob o âmbito do direito ambiental, que tutela os bens naturais em função do seu papel no ecossistema, por seu valor em si próprio enquanto elemento de um equilíbrio natural. Essas questões serão retomadas e melhor desenvolvidas adiante. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris: PUF, 1997, p. 14-15; BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager: classement, conservation, valorisation**. Paris: Delmas, 2002.

Partindo de uma concepção antropológica, podemos dizer, segundo Kroeber e Kluckhohn¹²⁵¹, que a ideia central da cultura consiste em padrões, explícitos ou implícitos, de e para a conduta, adquiridos e transmitidos mediante símbolos, constituindo os resultados distintivos dos grupos humanos, incluindo suas expressões em artefatos. Assim, o núcleo essencial da cultura consiste nas ideias tradicionais (quer dizer, derivadas e selecionadas historicamente) e especialmente nos valores que se lhes atribuem. Os sistemas culturais podem, por uma parte, ser considerados como os produtos da ação, por outra parte, como elementos condicionadores para outras ações.

A cultura ou a civilização¹²⁵² compreenderia, nesse contexto, os conhecimentos, as crenças, a arte, o direito, a moral, os costumes, as práticas do homem enquanto membro de uma sociedade¹²⁵³. Popper¹²⁵⁴ estrutura essa concepção ideacional da cultura e explica que nem o ato nem o artefato são, em si mesmos, cultura, mas consistem em manifestações da cultura. A cultura é vinculada, sobretudo, nas ideias, nas concepções que proporcionam contexto e significado a esses objetos e comportamentos; “tudo que pode ser transmitido ou comunicado são ideias por meio das quais podem produzir-se, utilizar-se ou valorar-se pautas de comportamento e artefatos. A cultura humana consiste simplesmente nas ideias que os seres humanos possuem e utilizam para compreender o mundo”.

A ideia central do conceito antropológico de cultura é a de que o homem é um animal que, ao contrário dos demais, nasce com muito poucas orientações instintivas, intrínsecas, geneticamente transmitidas para organizar seu comportamento. Por não deter tais orientações genéticas, a única maneira de sobrevivência dessa espécie se dá através da organização de sua conduta coletiva. Através de símbolos e regras, o homem estrutura-se e transmite aos seus descendentes padrões de comportamento¹²⁵⁵. Produz-se, assim, uma forma específica de adaptação e utilização do ambiente que envolve tanto a produção de conhecimento quanto as técnicas. Nesse sentido, o homem construiu, com base em seus sistemas simbólicos, um ambiente artificial no qual vive e o qual está continuamente transformando. E a cultura pode ser identificada nesse processo contínuo de transmissão de conhecimentos e de transformação do meio natural em artificial. Essa transformação do meio natural em artificial comporta três elementos que compõem o mundo humano, identificados por Forattini¹²⁵⁶: o mundo físico e biológico, incluindo o próprio organismo homem, o mundo mental, que compreende as experiências conscientes, os pensamentos, os sentimentos, os raciocínios e os planejamentos; o mundo dos produtos da mente, em especial a linguagem humana, ou seja, as ciências, as artes e todas as criações que dela se originam.

Partindo dessa premissa de que o “homem não nasce pronto”, ou seja, “não é animal geneticamente especializado”, a sociologia tem conceituado cultura como

o conjunto de regras, conhecimentos, técnicas, saberes, valores, mitos, que permite e assegura a alta complexidade do indivíduo e da sociedade humana, e que, não sendo

¹²⁵¹ KROEBER, Alfred; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions**. New York: Vintage Books, 1963.

¹²⁵² Civilização e cultura são tomados aqui como termos sinônimos. A academia francesa define a cultura como “conjunto de aspectos intelectuais, morais, materiais dos sistemas de valor, dos estilos de vida que caracterizam uma civilização”, colocando as noções lado a lado. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris: PUF, 1997, p.13.

¹²⁵³ Cf. MESNARD, André – Hubert. **Droit et politique de la culture**. Paris: Puf, 1990. p. 25-26.

¹²⁵⁴ Cf. POPPER, Karl. **Un univers de propensions**. Deux études sur la causalité et l'évolution. Paris: ECLAT, 1992; POPPER, Karl. **La connaissance objective**. Paris: Aubier, 1991.

¹²⁵⁵ O homem se distancia dos outros animais por ser essencialmente cultural. Sua sobrevivência depende desse fator. Em que pese a capacidade comprovada de sobrevivência da espécie humana, é o homem, também, o único ser autodestrutivo do planeta. Ao contrário dos outros animais, o homem não se retrai instintivamente. A falta de instinto de preservação tem feito o homem comportar-se de maneira destrutiva, arrastando todo o planeta consigo. É a era dos danos ambientais e da extinção das espécies. “(...) o homem pode ser capaz de ter consciência da nocividade de seus atos ao próprio ambiente em que vive, socialmente, porém, parece comportar-se como escravo das variáveis econômicas, ao assumir padrões de consumo visivelmente suicidas, tendentes a esgotar os recursos naturais da Terra”. E é o freio cultural que poderá evitar que essa tendência autodestrutiva e predadora leve nossa espécie à extinção. Nesse sentido: RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: Análise de Alguns Aspectos Polêmicos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, p. 175-191, jan./mar., 2001.

¹²⁵⁶ FORATTINI, O. P. **Ecologia, epidemiologia e sociedade**. 2. ed. São Paulo: Artes Médicas, 2004. p. 174-175.

inato, tem necessidade de ser transmitido e ensinado a cada indivíduo em seu período de aprendizagem para poder se autoperpetuar e perpetuar a alta complexidade antro-po-social¹²⁵⁷.

É a “sedimentação de conhecimentos adquiridos através das gerações e que se transmitem, no seu desdobramento, ainda quando se limitem a informar, a fim de que, destas vivências, decorram aperfeiçoamentos em todos os sentidos”¹²⁵⁸.

Por outro lado, a sociologia analisa o homem enquanto criatura gregária e reconhece que cada sociedade pode ser descrita em termos de sua cultura. Para Durkheim, a cultura consiste em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo e dotados de um poder de coerção social¹²⁵⁹.

No sentido comum, é recorrente verificarmos um alargamento do conceito de cultura, que passa a aglutinar tudo que é dotado de sentido para uma sociedade. A cultura seria, dessa forma, uma dimensão unipresente da vida social ao nível dos indivíduos, através das normas, dos ideais, das ideologias, dos símbolos e dos mitos. É, por essência, fruto de uma atividade humana e, por ser ela uma atividade do homem, suscita uma abordagem jurídica, que se traduz em *direitos e obrigações*¹²⁶⁰.

Cultura e Direito estão estreitamente ligados. Um determinado comportamento poderá ser assumido enquanto norma, e, lembremos que os “costumes”¹²⁶¹ socorrem por vezes o julgador no momento da solução de litígios.

Para além de ser fruto dessa “cultura” social, o Direito reconhece, na medida em que assume tarefas das mais diversas, que há manifestações culturais que se deve promover e bens que se produzem no bojo dessas manifestações que devem ser conservados.

Visto isso, resta saber quais manifestações e bens a ordem jurídica assume como culturais. Trata-se de evidenciar como o Direito estabelece os contornos de um direito da cultura, tarefa que não é isenta de dificuldades.

Embora as interrogações relativas à noção da cultura não sejam em decorrência da impropriedade da ciência do direito, cada disciplina que se ocupa da matéria, como a sociologia, a antropologia, a filosofia etc desenvolve suas próprias representações da cultura¹²⁶². Cabe ao Direito, enquanto sistema de organização dos Estados modernos, ocupar-se da matéria e determinar em que sentido e em quais limites a cultura e suas manifestações representam um interesse juridicamente protegido.

Certo é que cada grupo social constitui um conjunto cultural, ou ainda um “campo cultural”, onde se desenrolam as manifestações humanas de diversas naturezas, segundo a maneira de viver, de habitar, de vestir, de compreender o mundo que circunda aquela sociedade, primitiva ou complexa, tribal ou urbana, egípcia ou germânica¹²⁶³.

E a cultura se adequa às estruturas de poder e de administração de cada sociedade. A cada Estado corresponde uma vocação cultural, um papel na manifestação da criação cultural. Para Hegel, o Estado está ao lado de Deus, do espírito, da ideia sobre a terra. O Estado é mais que um ente com atribuições culturais, ele é essencialmente cultural¹²⁶⁴.

¹²⁵⁷ Nesse sentido, o comentário de MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003. p.56.

¹²⁵⁸ Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Constituição e Direito Cultural: uma “revista aos conceitos básicos”. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 76, p. 117-130, janeiro, 1993.

¹²⁵⁹ Cf. MESNARD, André – Hubert. **Droit et politique de la culture**. Paris: Puf, 1990. p. 25-26.

¹²⁶⁰ PONTIER, J. M; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 40.

¹²⁶¹ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, (Decreto-Lei n. 4.657/42).

¹²⁶² CORNU, Marie. **Le Droit Culturel des Biens**: L’intérêt culturel juridiquement protégé. Bruxelles : Bruylant, 1996, p. 13.

¹²⁶³ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de cultura, verificar a obra citada, em que os autores expõem as diferentes concepções da cultura que influenciaram a proteção dos bens culturais e se opõem à visão universalista do século das luzes que se desenvolveu no início do século XIX. CHATELAIN J. Et F. **Oeuvres d’art et objets de collection en droit français**. Paris: Berger-Levrault, 1990. p. 10.

¹²⁶⁴ Cf. MESNARD, André-Hubert. **Droit et politique de la culture**. Paris: Puf, 1990. p. 27-28. Outros apontamentos do Estado em Hegel pode ser visto em BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 e

O Estado sempre¹²⁶⁵ teve uma vocação cultural, querendo dizer com isso que por razões diversas, como o prestígio, o mecenato e mesmo vontade consciente de promover academias e encorajar o desenvolvimento da cultura local, as estruturas governamentais sempre se mobilizaram e se especializaram com fins de promover atividades de caráter cultural e proteger bens produzidos pelo homem, cuja relevância e representatividade lhes conferiam um aspecto de destaque¹²⁶⁶.

Em suas primeiras manifestações, o Estado e o Direito se mobilizaram timidamente, buscando concretizar uma certa tutela do patrimônio cultural, mas havia uma grande preocupação em evitar atingir os direitos de propriedade. Com o advento do Estado Social e com o desenvolvimento da teoria da função social da propriedade¹²⁶⁷, podemos afirmar que houve uma consagração da vocação do “Estado Cultural”, e este passa a assumir a cultura enquanto objeto de interesse público, componente elementar para o pleno desenvolvimento da vida com qualidade.

A doutrina jurídica contemporânea é rica em conceitos “da cultura para o direito”. Segundo Miranda, cultura envolve “tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, *acquire relevância colectiva*; tudo que se reporta a bens não econômicos¹²⁶⁸ e tudo que tem que ver com obras de criação humana, em contraposição à natureza”¹²⁶⁹.

A doutrina internacional reconhece, ainda, a existência de uma função cultural do Estado. Nesse sentido, Pontier¹²⁷⁰ trata do desenvolvimento de um direito da cultura ligado à política cultural estatal, que reconhece um direito à cultura. O direito da cultura traduzir-se-ia pela existência de um serviço público da cultura, uma polícia da cultura e pelo desenvolvimento de um contencioso da cultura.

Segundo Riou¹²⁷¹, “o direito da cultura é constituído pelo conjunto das regras que se aplicam às atividades culturais públicas e privadas assim como às relações destas entre si, da jurisprudência que elas suscitam e dos comentários da doutrina sobre esse assunto”.

Entre nós, Silva¹²⁷² enuncia um “direito à cultura”¹²⁷³, uma vez que se trata de um “direito constitucional fundamental que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma

SCLIAR, Wremyr. Hegel – Seu tempo e o Estado. **Revista de Informação Legislativa** Brasília, n.74, ano 44, p. 233-240, abr./jun., 2007.

¹²⁶⁵ O “sempre” aqui refere-se às civilizações romana e grega, que estão na origem do mundo ocidental em que vivemos. Nesse sentido, os romanos podem ser seguramente citados como os primeiros a desenvolverem uma noção de monumento/bem cultural, ainda que de forma rudimentar. Cf. CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Tradução: Teresa Castro. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 14 e p. 29.

¹²⁶⁶ Esclareçamos, desde logo, que “não se trata de proteger juridicamente todas as manifestações culturais, mas apenas os bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114.

¹²⁶⁷ O proprietário de um bem cultural está sujeito não só a obrigações de índole negativa (ex: não promover qualquer alteração nos aspectos externos do bem sem prévia e expressa autorização do órgão incumbido da fiscalização cultural), mas também a cominações positivas (ex: restaurar a fachada do imóvel e promover, em geral, todos os atos para sua conservação e valorização), as quais configuram o direito de propriedade dotando-o de sua atual conformação solidária, que supera o tradicional dualismo entre os interesses meramente individuais e os da coletividade, historicamente atribuídos com exclusividade ao Estado. Conforme bem salienta Figueiredo, “pela função social da propriedade, o proprietário torna-se um colaborador da administração ambiental e os seus bens passam à condição de patrimônio abrigado”. Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 138 e ss; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005. p. 138.

¹²⁶⁸ A questão do valor econômico do patrimônio cultural será abordada em seguir, não concordando, *a priori*, da exclusão de tal aspecto do contexto dos bens culturais, uma vez que a sua valorização e sua natureza complexa apresentam também, traços inseparáveis de quantificação econômica.

¹²⁶⁹ MIRANDA, Jorge. O patrimônio cultural e a Constituição – tópicos. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Lisboa: INA, 1996, p. 253-277.

¹²⁷⁰ PONTIER, Jean- Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 61.

¹²⁷¹ “(...) *le droit de la culture est constitué de l'ensemble des règles qui portent sur les activités culturelles publiques et privées ainsi que sur les rapports de celles-ci entre elles, de la jurisprudence qu'elles ont suscitée et des commentaires de la doctrine à leur sujet.*” Cf. RIOU, Alain. **Le Droit de la Culture et le Droit à la Culture**. 2. ed. Paris: ESF, 1996, p. 37.

¹²⁷² SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48.

¹²⁷³ Sobre a significação e o conteúdo do direito à cultura, conferir PONTIER, Jean- Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 42.

política cultural oficial”. Em se tratando do “direito da cultura”, pode-se dizer, segundo o mesmo jurista, que o estabelecimento de uma política cultural exige a criação de normas jurídicas que disciplinem as relações jurídicas culturais. Seu desenvolvimento dá origem a um sistema normativo da cultura, que constitui o direito da cultura, um ramo do Direito ainda em formação¹²⁷⁴.

De fato, o constituinte brasileiro de 1988 assume, no artigo 215, em seção especialmente destinada à cultura: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”¹²⁷⁵.

Em seguida, no artigo 216, a Constituição define o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, *portadores de referência à identidade*¹²⁷⁶, *à ação, à memória* dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira¹²⁷⁷. Estabelece ainda a obrigatoriedade do poder público, com a colaboração da comunidade, de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Vê-se que o que se assume não é a proteção de todo e qualquer bem cultural, mas daquele que é portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira¹²⁷⁸.

Nesse sentido, salienta Reisewitz¹²⁷⁹ que a vasta rede de significações da cultura é o que a Constituição brasileira chamou de fontes de cultura nacional. Todo esse largo conceito, dentro do qual cabem todas as formas e formações do povo brasileiro, suas mais diversas manifestações culturais devem ser, conforme mandamento do caput do art. 215, *valorizadas e difundidas*, através do apoio e do incentivo do Poder Público, uma vez que dessa maneira se pretende garantir a todos o exercício dos direitos culturais. As fontes de cultura nacional não têm qualquer limite imposto pela norma jurídica, o que significa dizer que todas as manifestações que se ligam à atividade humana, como os costumes, os comportamentos, os usos, a moda, os hábitos alimentares, as regras de higiene, as danças, o teatro etc são merecedores de valorização e difusão, cabendo ao Poder Público apoiá-los e incentivá-los. Entretanto, “nem tudo aquilo que é fonte de cultura é o que a norma jurídica consagra como patrimônio cultural”. O patrimônio cultural é fruto dessa manifestação espontânea da cultura

¹²⁷⁴ Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

¹²⁷⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹²⁷⁶ Vale trazer à referência alguns comentários de Lemaire sobre o patrimônio e a identidade cultural nas Américas. Segundo aquele autor, a origem da conservação e da restauração do patrimônio que se concebe atualmente é europeia. A adoção dessas concepções europeias em matéria de patrimônio por outros países de outros continentes, principalmente os países em desenvolvimento é um reflexo do colonialismo que marcou uma página das suas histórias. A questão da identidade que surge de um país colonizado deverá admitir os diversos grupos de povos com suas diversidades culturais, muitas vezes totalmente diversas. A salvaguarda de um patrimônio cultural é, a princípio, um testemunho de reconhecimento e de respeito pelos povos que o geraram. Cf. LEMAIRE, R. Patrimoine et identité culturelle. In: VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine Amérique latine-europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Facultés universitaire notre-daime de la paix, 1996. p. 299-304.

¹²⁷⁷ Interessante análise realizada por Joya sobre questão do patrimônio cultural e a identidade nacional de Honduras e que, considerando a história do Brasil, pode ser aproveitada na busca por um conceito de “identidade brasileira”. Segundo a autora, para prosseguir com o debate acerca da identidade nacional, é preciso partir do reconhecimento de que o país é predominantemente mestiço, com origens, portanto, heterogêneas, multiraciais e multiculturais. Significa que nosso passado é fundamentalmente (aplicando a análise ao Brasil) lusitano, africano e indígena, mas também italiano, alemão, japonês etc, o que nos torna fruto de uma mistura que, portanto, deve ser considerada. A busca pela identidade nacional repercutirá, entre outros, nas medidas de tutela promovida pelas Leis do patrimônio cultural, o que também envolverá questões envolvendo os bens culturais imóveis. Cf. JOYA, Olga. Patrimonio Cultural e identidad nacional. In: VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine Amérique latine-europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Facultés universitaire notre-daime de la paix, 1996. p. 293-297.

¹²⁷⁸ Sem nos deter neste momento aos critérios para a patrimonialização dos bens culturais, lembremos da perplexidade lançada por Untermaier, ao comentar sobre a qualificação dos bens culturais no direito francês, certo de que não é simples a tarefa de “dar significado às palavras” e conclui que “*la prudence s’impose et il n’est pas sûr que la théorisation des critères du patrimoine culturel soit possible*”. Cf. UNTERMAIER, Jean. La qualification des biens culturels en Droit français. In: JEGOUZO, Yves (Dir.). **Droit du patrimoine culturel immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 17- 55.

¹²⁷⁹ Cf. REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 85-86.

brasileira, mas recebe uma tutela jurídica na medida em que se destaca conforme suas características peculiares, que lhe denotam referência cultural.

A Constituição portuguesa, por sua vez, refere-se ao patrimônio cultural em três momentos ou segmentos da sua ordenação. Numa primeira oportunidade, o patrimônio cultural integra as tarefas fundamentais do Estado, que passa a assumir o dever de “proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território” (art. 9º, al. e). Isso significa que, dentre as missões elementares do Estado português, ou seja, suas razões de ser, encontra-se a de proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português, uma tarefa *lato sensu* concretizada ou explicitada sobretudo na parte I dedicada aos direitos e deveres fundamentais. Aí encontramos, pormenorizadamente, o patrimônio cultural (art. 9º, “e”, art. 66º, n. 2, “c”; art. 73, n. 3; art. 78, n. 2, “c”, da Constituição portuguesa)¹²⁸⁰.

Para além das constituições nacionais dos “Estados Culturais”, a cultura, para o Direito, se emoldura a partir de um quadro jurídico internacional que se mobiliza em favor do patrimônio cultural. Nesse sentido, o interesse cultural penetra nas estruturas governamentais de caráter social alcançando os territórios nacionais e os supera, através da criação de instituições internacionais, como a Unesco¹²⁸¹.

No bojo das documentações elaboradas por aquele órgão, identificamos algumas noções de cultura, que acabam por consolidar um entendimento geral do tema. Segundo a Unesco, a cultura “engloba as estruturas, modos e condições de vida de uma sociedade e das diversas maneiras através das quais o indivíduo se exprime e se completa nessa sociedade”¹²⁸². O Conselho da Europa afirma, da mesma forma, que a cultura é “tudo aquilo que permita ao indivíduo se situar face a face com o mundo, a sociedade e também com o patrimônio cultural, tudo que permite melhor compreender sua situação para poder eventualmente agir em vias de modificá-la”¹²⁸³.

Verificamos, ainda, nesse mesmo contexto internacional (tratados, recomendações etc), o estabelecimento de regras que esculpem o **direito à cultura**¹²⁸⁴. O direito à cultura deverá ser promovido pela ação estatal, de forma que sua efetivação esteja sob responsabilidade desta. Tal noção de direito gera obrigações ao estado político e transfere a visão da matéria para a relação jurídica estabelecida entre estado e sociedade.

É direito de todos ter acesso à cultura (em todos os níveis, desde à educação elementar até o ensino superior, bem como o acesso aos espetáculos, expressões culturais, museus, certos bens arquitetônicos, bens móveis e imóveis de conteúdo cultural). Todos têm o direito de produzir cultura (financiamentos para a realização de espetáculos, filmes, cursos ligados à arte, produção artística etc) e

¹²⁸⁰ Cf. NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Patrimônio Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 33 e ss.

¹²⁸¹ A criação da Unesco em 1946 (Convenção de 4 de novembro) é um marco na Protecção do Patrimônio Cultural. Seus objetivos se fundamentam no reconhecimento de que o patrimônio é um valor para a comunidade internacional e suas convenções e recomendações emolduram o quadro jurídico do patrimônio cultural da atualidade. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹²⁸² Cf. CORNU, Marie. **Le Droit Culturel des Biens: l'intérêt culturel juridiquement protégé**. Bruxelles: Bruylant, 1996. p. 14.

¹²⁸³ cCf. CORNU, Marie. **Le Droit Culturel des Biens: l'intérêt culturel juridiquement protégé**. Bruxelles: Bruylant, 1996. p. 14.

¹²⁸⁴ Em todas as manifestações internacionais promovidas em razão da protecção do patrimônio cultural, encontramos um fundamento comum: o papel que esses bens desempenham no desenvolvimento da identidade de cada sociedade. A partir da constatação de que esse patrimônio interessa a todos os integrantes de uma sociedade e, por vezes, são representativos de toda a civilização humana, elaboraram-se convenções, cartas e a própria Unesco, com o intuito de expandir um “culto” a esses bens, que importa em tutela e valorização dos mesmos. Podemos citar diversos documentos que denotam a configuração desse culto e, por conseguinte, de uma juridicização dos bens culturais. Destacaremos somente alguns, para ilustrar a nossa análise: cronologicamente, a Carta de Atenas, de 1931; a Carta de Veneza, de 1964; Convenção para a Protecção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 6 de junho de 1972; Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico, de 1973; Convenção da Unesco para a protecção do patrimônio mundial cultural e natural, de 1979. Cf. CHOAY, Françoise. **A alegoria do Patrimônio**. Tradução: Teresa Castro. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 111 e ss; FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico- Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

todos têm o dever de garantir a transmissão às futuras gerações¹²⁸⁵ dos bens produzidos a partir dessas atividades¹²⁸⁶ que atingem uma certa *relevância cultural*¹²⁸⁷ em determinada época e em cada sociedade¹²⁸⁸.

Por seu turno, a cultura assumida pelo direito implica obrigações para o Estado Social e, também, deveres aos seus beneficiados¹²⁸⁹. É obrigação de todos promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações cometidas contra o patrimônio cultural, tendo para isso disponibilizado no Brasil a Ação Popular (Lei n. 4.717/65, de 29 de junho) e a Ação Civil Pública (Lei

¹²⁸⁵ Já comentamos na introdução do trabalho e agora retomamos o conceito lembrando que essa transmissibilidade assenta-se no princípio da equidade ou da solidariedade intergeracional estruturada pela professora Edith Brown Weiss, da Universidade de Georgetown, em Washington. Segundo Weiss, a equidade deve nortear as relações entre as gerações (justiça entre presentes, pretéritas e futuras gerações) e entre as comunidades que hoje vivem no planeta (justiça entre comunidades contemporâneas). Dito de outra forma, à ética da solidariedade sincrônica (entre as gerações atuais) somou-se a solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Cf. WEISS, Edith Brown. O Direito da biodiversidade no interesse das gerações presentes e futuras. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero8/confer%C3%Aancia.htm>. Acesso em: 11 mar. 2008. Nesse sentido, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos e das gerações futuras, firmada pela Unesco, em Laguna, dia 26 de fevereiro de 1994: “4. Considerando que as decisões tomadas hoje devem ter em conta as necessidades e interesses das gerações futuras; (...) 6. Tomando como objetivo estabelecer novos vínculos equitativos e globais, de solidariedade entre as gerações; 7. Considerando que a vida humana digna de ser vivida sobre a terra, só será possível de forma duradoura se desde agora se reconhecerem às pessoas pertencentes às gerações futuras certos direitos que lhes permitam ocupar o lugar que lhes corresponda na cadeia da vida, sem ter que suportar as consequências dos atentados, às vezes irreversíveis, à liberdade, igualdade e fraternidade dos seres humanos, cometidos no passado; 8. considerando que tais direitos reconhecidos às pessoas pertencentes às gerações futuras está justificada pela indispensável solidariedade entre as gerações e pela unidade entre o passado, presente e o futuro do gênero humano; (...) 15. Propõe-se solenemente, a presente Declaração universal dos direitos humanos das gerações futuras para sua adoção e prática por todos os povos e todas as nações. (...) Artigo 7. Direito à conservação e transmissão dos bens culturais. As pessoas pertencentes às gerações futuras tem direito a disfrutar os bens culturais que estão formados por elas contribuições de todas as culturas do mundo. Seus elementos constitutivos devem ser preservados em seu marco e transmitidos às gerações futuras como patrimônio comum da humanidade.”

¹²⁸⁶ Nesse contexto, está inserido aquele patrimônio que se constitui de bens imóveis, arquitetônicos (conceito que desenvolveremos a seguir), cuja preservação visa a garantir seu acesso (vide as normas de proteção visual, servidão, valorização e conservação) e a sua transmissão às gerações futuras. Trata-se, pois, de espécie de bem cultural (imóvel), cuja proteção reflete a existência de um direito coletivo, difuso e indeterminado, de interesse público, cuja promoção resta a cargo do estado político e suas diversas projeções administrativas.

¹²⁸⁷ Quer-se dizer com o termo “relevância cultural” que nem todos os bens culturais são patrimoniais. Na verdade, a maior parte dos bens culturais produzida pelo homem não é reconhecida como um bem a ser preservado e transmitido às seguintes gerações. O fenômeno é evidentemente de se esperar, visto que o homem, como ser cultural, produz bens culturais a todo tempo, mas nem todos se projetam enquanto bens representativos de uma sociedade, ou possuem, por si só, um valor que lhe confere a relevância cultural. Nesse sentido é o artigo 216 da Constituição Brasileira, quando trata dos bens “portadores de referência”. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris: PUF, 1997. p. 15. No mesmo sentido é a doutrina brasileira, onde se revela que “a preservação do patrimônio cultural não pode ser, porém, global, porque implicaria em imaginar uma sociedade estática, se todas as intervenções do homem na natureza fossem preservadas não havia nenhuma possibilidade de mudança, a sociedade não poderia evoluir”. Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A tutela dos bens culturais e a responsabilidade patrimonial do estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, ano 23, n. 23, p. 247-267, 1986. Assim como a doutrina e legislação portuguesas, em Gomes, ao esclarecer que “a classificação constitui filtro de seleção do que de mais significativo se produziu em termos de conservação do testemunho para memória futura”. Cf. GOMES, Carla Amado. Desclassificação e desqualificação do Patrimônio cultural: ideias avulsas. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 26, n. 101, p. 9-51, jan./mar., 2005.

¹²⁸⁸ O direito à cultura é proclamado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 27 que dispõe: “1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte livremente da vida cultural da comunidade, de ter acesso às artes e de participar do progresso científico e dos benefícios que resultem deste. 2. Cada um tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística cuja autoria lhe pertença.” cf. RIOU, Alain. **Le Droit de la Culture et le Droit à la Culture**. 2º ed. Paris: ESF, 1996, p.33.

¹²⁸⁹ A ideia de responsabilidade de todos é expressamente declarada na Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico, em seu art. 9º: “a participação de todos é indispensável ao sucesso da conservação integrada. Se bem que o patrimônio arquitetônico seja propriedade de todos, cada uma das suas partes está à merce de cada um. Aliás, cada geração não dispõe do patrimônio arquitetônico, senão a título transitório. Ela é responsável pela sua transmissão às gerações futuras”. cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p.33.

n. 7.347/85). Para além disso, o proprietário do bem imóvel cultural suportará obrigações específicas, que se justificam pela natureza e relevância desses bens¹²⁹⁰.

A cultura para o Direito é, portanto, aspecto da vida humana de relevo inquestionável, integrando o que se compreende por pleno desenvolvimento da vida com qualidade¹²⁹¹ e com respeito pela dignidade da pessoa humana¹²⁹².

Dos elementos expostos, é possível desde já afirmar que os Estados Sociais de Direito assumem-se enquanto “Estados Culturais” e, portanto, se expressam em um “direito da cultura”¹²⁹³.

Encontramos no bojo desse direito da cultura uma relevante *diversidade de objetos*. São objetos culturais os monumentos históricos, as obras de arte, os arquivos, os livros, os discos, o espectáculo vivo etc (ou seja, bens materiais e imateriais), assim como uma relevante *diversidade de atividades*: artísticas, literárias, científicas, intelectuais ou manuais etc. Todos esses objetos interessam ao direito, na medida em que atingem uma relevância e uma representatividade na sociedade¹²⁹⁴.

Encontramos, também, uma *diversidade de regras* que lhes imporá o regime jurídico. Nesse sentido, sobre o bem cultural recairão normas: a) *de direito constitucional* (fundamento do direito da cultura); b) *de direito civil* (enquanto objeto do direito de propriedade); c) *de direito do patrimônio cultural nacional* (com os efeitos da patrimonialização em geral); d) *de direito urbanístico* (no que se refere aos bens imóveis inseridos no contexto territorial dos municípios, Estados e Países) e e) *de direito do patrimônio cultural nacional e internacional*. O direito do patrimônio cultural, à origem ligado essencialmente ao direito privado¹²⁹⁵, assume-se atualmente enquanto um direito

¹²⁹⁰ Desenvolvemos rapidamente as noções de “limitações e restrições” administrativas em capítulo anterior. Quando tratarmos dos meios primários e secundários de proteção ao bem cultural de maneira individualizada, abordaremos novamente essa questão, sem nos atermos a ela, nesse momento.

¹²⁹¹ Já mencionamos anteriormente o conceito de “qualidade de vida” na doutrina. Por agora é interessante adicionarmos que, no que se refere ao Brasil, tal conceito é esculpido em primeiro momento na Constituição Federal e em seguida em diversa e ampla legislação infra que lhe confere contornos conforme os elementos específicos de realização desse interesse. A CF/88 estabelece como escopo da República a busca pelo “bem-estar” dos indivíduos”, tanto no preâmbulo como no artigo inaugural do Título VIII (art. 193). Esse “bem-estar” é sinônimo de qualidade de vida e também se conecta à noção de “saúde”, expressa na Lei Federal nº 8.080/90, que define seus fatores determinantes e condicionantes: “art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”. Nesse sentido cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.90. Também sobre a influência da salvaguarda do patrimônio cultural na qualidade de vida cf.: CARNEIRO, Henrique Figueiredo. Banalização do Patrimônio Cultural Material e consequências perversas para a vida na cidade. In: MARTINS, Clerton (org.) **Patrimônio Cultural**. Da memória ao sentido do lugar. São Paulo: ROCA, 2006.pag.17-29

¹²⁹² Desenvolveremos a seguir a noção de dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito da cultura.

¹²⁹³ A cada Estado cultural corresponde um modelo administrativo geral em vigor, onde se verifica um domínio de intervenção pública maior ou menor. Os Estados sociais ocidentais possuem objetivos gerais comuns como a democratização da cultura, a descentralização das atividades, a salvaguarda do patrimônio e o fomento à criação cultural. Na França, as despesas públicas consideradas como culturais são partilhadas entre a unidade central do governo e os governos locais e regionais. As coletividades locais são as que mais investem na cultura, chegando a comprometer 61,51% do total de despesas públicas (dados de 1990).Na Itália, ao contrário, o governo central investiu 55,1%, enquanto que as províncias dispensaram 3,1% das despesas públicas na cultura, em 1988. No Brasil, todos os níveis de governo possuem atribuições relacionadas a cultura (incluindo a educação) e dispensam recursos públicos para concretizar tais competências, entretanto, não localizamos um estudo onde se pudesse verificar qual a percentagem correspondente às despesas de cada ente federativo. Acerca do contexto europeu, cf. WANGERMÉE, Robert. Tendances de L’Administration de la Culture en Europe Occidentale. **Revue française d’administration publique**, Paris, n.65, p.11-24, janvier-mars, 1993.

¹²⁹⁴ Como já mencionado anteriormente, não são todas as manifestações culturais que interessam ao direito, mas apenas aquelas que se destacam enquanto referências para a sociedade, seja por seu valor artístico, cultural, natural, científico, arquitetônico, histórico ou etc.

¹²⁹⁵ Construído sobre conceitos tipicamente de direito privado como propriedade, patrimônio, bens e valor econômico, o patrimônio cultural vem de uma trajetória histórica no Direito Civil revista e reconstruída. Certamente, como interesse que transcende a esfera particular, o patrimônio passa a ser observado sob o ponto de vista do interesse público, ligado à concepções de natureza e organização do Estado Social. Nesse sentido, CORNU, Marie. **Le Droit Culturel des Biens: L’intérêt culturel juridiquement protégé**. Bruxelles : Bruylant, 1996 e LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006.

constitucional¹²⁹⁶ e penetra nas esferas das disciplinas de caráter público, enquanto um dos fins do Estado social de direito.

Para além da construção de um “direito”, a ordem jurídica impõe um “dever” de todos à defesa do patrimônio¹²⁹⁷, conferindo aos cidadãos instrumentos jurídicos para tanto, como é a Ação Popular (Lei 4.717/65, de 29 de junho)¹²⁹⁸, já mencionada.

Essas formas de apreensão da cultura pelo Estado Social de direito leva a algumas conclusões. Os Estados e, por conseguinte, o ordenamento jurídico em vigor, tratam da cultura enquanto meio e fim para a realização de direitos humanos¹²⁹⁹. Esse Estado reconhece a cultura e fixa políticas que se ocuparão de diversos componentes. Podemos resumidamente expor as funções e formas de atuação do “Estado Cultural”, nos seguintes termos:

a) Desenvolvimento e execução de uma política da cultura comprometida com o acesso à cultura¹³⁰⁰. Nesse sentido, o Estado tratará das políticas de acesso ao ensino, à educação regulamentar de nível primário, secundário e superior; acesso às atividades desportivas e ao lazer; acesso aos bens da produção cultural como é a produção teatral, cinematográfica, televisiva, a música, o folclore local; o acesso aos acervos patrimoniais, como são os museus, os imóveis históricos, estabelecendo horários e regulamentando as visitas a esses bens; entre outros; prestação de serviços culturais¹³⁰¹ promovendo a instauração de teatros públicos, cinemas, salas de espetáculos diversas, bibliotecas, educação popular, museus, etc, dotando a sociedade de “equipamentos culturais”¹³⁰².

¹²⁹⁶ PONTIER, J. M., RICCI, J. C., BOURBON, J. **Le droit de la culture**, Paris : Dalloz, 1990. p. 2. Não restam dúvidas de que atualmente o direito constitucional das nações ocidentais dispensa enorme importância aos direitos culturais, como veremos a seguir, em capítulo próprio dessa tese.

¹²⁹⁷ Nesse sentido é o §1º, do artigo 216, da Constituição Federal do Brasil, ao estabelecer que “§1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹²⁹⁸ Conferir o artigo 1º da Lei da Ação Popular, Lei n. 4.717/65, de 29 de junho: “art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹²⁹⁹ Estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: “Artigo XXVI . 1. Toda pessoa tem direito à instrução. (...) 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (...) Artigo XXVII. 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios”. Mais recentemente, a Unesco, na ocasião da reunião de especialistas (Equipe Cousteau), estabelece a Declaração de Laguna, de 1994, considerada uma “extensão” da Declaração de 1948, onde fica determinado que “as pessoas pertencentes às gerações futuras tem direito a disfrutar dos bens culturais que estão formados pelas contribuições de todas as culturas do mundo. Seus elementos constitutivos devem ser preservados em seu marco e transmitidos às gerações futuras como patrimônio comum da humanidade” (art. 7º). Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹³⁰⁰ Nesse sentido, a primeira parte do artigo 215 da Constituição Federal brasileira: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (...)” e a Instrução Normativa n. 1, de 25 de novembro de 2003 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que estabelece diretrizes, critérios e recomendações para a promoção das devidas condições de acessibilidade aos bens culturais imóveis, a fim de equiparar as oportunidades de fruição destes bens pelo conjunto da sociedade, em especial pelas pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Constituição Federal do Brasil. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹³⁰¹ Para maiores esclarecimentos acerca da noção de serviço público cultural, MESNARD, André-Hubert. **Droit et politique de la culture**. Paris: Puf, 1999. p. 177 e ss.

¹³⁰² Termo usual que designa as instalações que asseguram à população os serviços coletivos de que necessitam. Tal termo inclui equipamentos de infraestrutura como as ruas e as telecomunicações e outros. No sentido cultural que

b) Execução de políticas de fomento à produção cultural; financiamento da produção artística¹³⁰³; de liberdade cultural individual; para além do *respeito pelas opiniões*, manifestações religiosas e costumes; não discriminação; integração e pluralismo cultural.

c) Concretização das políticas de proteção, valorização e conservação de bens culturais; quando então o produto das atividades culturais é o objeto da norma e se faz necessária a aplicação dos instrumentos primários e secundários¹³⁰⁴ de tutela, proteção, conservação e valorização dos bens culturais, no intuito de garantir o acesso aos bens culturais pela sociedade atual e pelas gerações futuras.

De todas essas funções assumidas pelo Estado Social moderno, compreende-se a formatação de um direito à cultura, objeto de uma disciplina do direito da cultura¹³⁰⁵.

empregamos, designa os equipamentos (teatros públicos, salas de apresentação, praças, entre outros) com objetivo de fornecer os serviços relativos à cultura, ao desporto e à integração sociocultural. Cf. AUGUSTIN, Jean-Pierre; LATOUCHE, Daniel (Dir.). *Lieux culturels et contextes de villes*. Montreal : MSHA, 1998, p. 13. Nesse sentido, também desenvolve Pontier, quando constata a necessidade de uma política cultural do território, onde se privilegia a integração da cultura no ordenamento do território, a fim de promover um desenvolvimento harmonioso das localidades, tentando minimizar as disparidades culturais visíveis entre as regiões e entre Paris e as províncias. Segundo os autores “les disparités culturelles les plus réelles se manifestent davantage à l’échelon local – entre centres et quartiers périphériques, entre villes et milieu rural – qu’entre Paris et la province ou qu’entre régions”. Para reverter essa situação seria necessário promover alguns objetivos prioritários: a) encorajar as regiões a conceber e colocar em prática políticas globais de desenvolvimento cultural de seu território; encorajar a constituição de grupos de trabalho e acordos intermunicipais; b) enriquecer o conteúdo cultural de certas políticas específicas de ordenamento do território correspondentes às prioridades nacionais (notadamente as políticas das cidades e dos bairros periféricos assim como a política de desenvolvimento das zonas rurais frágeis); c) sustentar certos setores culturais cuja distribuição geográfica é essencial ao ordenamento do território e cujo posicionamento estratégico está atrasado ou ameaçado (bibliotecas universitárias, mediatecas, certas salas de cinema em meio rural etc). Cf. PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la Culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 283 e ss.

¹³⁰³ Nesse sentido a Constituição Brasileira prevê, na segunda parte do art. 215: “o Estado (...) apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, e no art. 216, §3º: “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”. Cf. Constituição Federal do Brasil. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹³⁰⁴ Em seguida, trataremos dos meios de proteção ao bem cultural, para já podemos adiantar que os meios primários são, conforme Silva, aqueles por meio dos quais se constitui o patrimônio cultural. São eles o *inventário*, o *registro*, o *tombamento*, a *desapropriação* e o *zoneamento*. Enquanto os secundários configuram a proteção dos bens culturais, por vias normalmente complementares. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156.

¹³⁰⁵ O “direito da cultura” é termo mais amplo que “direito do patrimônio cultural”. Na medida em que o estado se mobilizará para promover o acesso à cultura, ele o fará em termos amplos, atingindo seus objetivos ao garantir que o ser humano tenha oportunidades culturais, entendidas como: acesso ao ensino, à cultura em geral, à cultura de massa (tv, cinema, teatro etc), mesmo que os elementos dessa cultura não sejam por si só símbolos ou representantes de uma cultura especial, destacável (referidas por Reiszewitz como fontes de cultura). É por isso que, neste ponto, cremos haver um aspecto reducionista no termo “direito do patrimônio cultural”. Quanto tratamos de “patrimônio cultural”, referimo-nos aos “bens culturais”, reconhecidos como tal. Esses bens culturais são objetos de proteção e devem ser acedidos por todos, visto que são considerados patrimônio nacional. Entretanto, quando se fala na ação do Estado com fins de acesso à cultura e à produção cultural, não se quer dizer, necessariamente, que essa “cultura” deve ser apenas aquela identificada em bens sobre os quais recaiam as medidas patrimonialistas (meios primários de tutela). Ou seja, o acesso à cultura é amplo, significa o acesso a diversos e variados tipos de cultura, nem sempre referenciais de um valor cultural indetificável em uma sociedade, em um determinado tempo. Nem sempre classificadas, tombadas ou submissas a qualquer medida de proteção primária ou secundária. Direito da cultura difere, portanto, de direito do patrimônio cultural. Estando este último inserido no contexto daquele. Utilizaremos no presente trabalho a expressão “direito da cultura” com esse sentido mais amplo, enquanto o termo “patrimônio cultural” será dedicado às situações mais específicas, conforme já criticamos. Cf. REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 85-86.

2.1. O direito da cultura: breve histórico

No Brasil, a preocupação com os bens culturais começou timidamente e remonta o século XVIII. Nesse período, mais precisamente em 1742, o então vice-rei do Brasil, André de Melo e Castro, Conde de Galveias, escreveu ao governador de Pernambuco, Luis Pereira Freire de Andrade, ordenando a paralisação das obras de transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau. Naquela época, os conceitos de preservação e de patrimônio cultural não existiam, mas o então vice-rei já manifestava sensibilidade aos bens que constituem resquícios da memória e identidade nacionais¹³⁰⁶.

Na sequência de normas de menor relevância, ou com repercussões apenas indiretas que antecederam a construção de um verdadeiro arcabouço jurídico voltado à proteção do patrimônio cultural¹³⁰⁷, o Brasil estabelece, ainda na primeira metade do século passado, norma geral que regula o tratamento dos bens culturais integrantes do patrimônio brasileiro. Trata-se do Decreto-Lei n. 25, de 1937. Em sequência dessa normativa geral ao nível federal, seguiu-se à aprovação de diversas normas com o objetivo cultural que compõem hoje uma disciplina especial de direito, que se volta ao tratamento das questões culturais¹³⁰⁸.

Em Portugal, as origens do direito do patrimônio cultural remontam à Idade Média e é possível verificar aí as primeiras intervenções institucionais em favor da cultura. Os mecenas, a Igreja e o Estado concorriam para esboçar as primeiras políticas culturais deliberadas. Mas foi apenas após a revolução liberal e a implantação da República que se verifica um processo de sedimentação legislativa acerca da política cultural no país¹³⁰⁹.

Nabais¹³¹⁰ anota a sequência dos diplomas normativos mais importantes em matéria de patrimônio cultural português apontando como primeiro instrumento desse conjunto o Decreto n. 9¹³¹¹, de dezembro de 1898, que aprovou o “Plano Orgânico dos Serviços dos Monumentos Nacionais”, tendo atribuído ao Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria a competência para “a classificação dos monumentos nacionais sob os aspectos arqueológico, histórico e arquitetônico e a fiscalização superior da respectiva conservação”.

Em seguida, o Decreto de 30 de dezembro de 1901 estabelece as “bases para a classificação dos imóveis que devem ser considerados monumentos nacionais e, bem assim, dos objetos mobiliários de reconhecido valor intrínseco ou extrínseco pertencentes ao Estado, à corporações administrativas ou a quaisquer estabelecimentos públicos”.

¹³⁰⁶ Segundo trecho do referido documento, manifesta-se o vice-rei no sentido de que “pelo que respeita aos quartéis que se pretendem mudar para o Palácio das Duas Torres, obra do Conde Maurício de Nassau, em que os Governadores fazem a sua assistência, me lastimo muito que haja de entregar ao uso violento e pouco cuidadoso dos soldados, que em pouco tempo reduzirão aquela fábrica a uma total dissolução, mas ainda me lastima mais que, com ela, se arruinará também a memória que mudamente estava recomendando à posteridade as ilustres e famosas ações que obraram os Portugueses na Restauração dessa Capitania...” Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

¹³⁰⁷ A evolução histórica da proteção do patrimônio cultural no Brasil pode ser verificada em MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1-10.

¹³⁰⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Constituição e Direito Cultural: uma “revista aos conceitos básicos”**. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 76, p. 117-130, janeiro, 1993.

¹³⁰⁹ Acerca da evolução histórica do direito do patrimônio cultural em Portugal: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Contributos para uma perspectiva histórica do direito do Patrimônio Cultural em Portugal**. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares de. **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1995. p. 205-251; também SANTOS, António Marques dos. **A proteção dos Bens Culturais no Ordenamento Jurídico Português**. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra, p. 669- 695, 2001.

¹³¹⁰ NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Patrimônio Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 15.

¹³¹¹ Apesar de se ter notícia da Lei de 1802, republicação do alvará de 1721, o regulamento do Conselho Superior de Monumentos Nacionais, representou o primeiro “conjunto de normas jurídicas sobre o patrimônio cultural” dotado de alguma coerência e efetividade. Cf. ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. **Uma nova lei de bases para o Patrimônio Cultural**. **Cadernos de Ciência e Legislação**, Lisboa, n. 24, p. 5-20, jan./mar., 1999.

Diversos diplomas pertinentes à disciplina do patrimônio cultural português foram aprovados a partir desses instrumentos¹³¹².

Atualmente a matéria é tratada no nível infraconstitucional, entre outras normativas, pela Lei de Bases da Política e do Regime da Protecção e Valorização do Patrimônio Cultural, Lei n. 107/2001 de 08 de setembro, normativa que veio revogar a então Lei do Patrimônio Cultural Português n. 13/85, de 6 de julho¹³¹³.

3. O direito do patrimônio cultural em face de outras disciplinas

3.1. Da autonomia da disciplina do direito do patrimônio cultural

O direito do patrimônio cultural é uma disciplina jurídica de organização recente do ponto de vista histórico do Direito. Embora houvesse normas desde a antiguidade concernentes à proteção dos bens urbanos de interesse cultural de uma sociedade, a organização dessas regras e, principalmente, sua projeção internacional, somente começou a se modelar no século XX.

No que tange à sua autonomia no contexto jurídico, a questão se afigura de forma diversa. Existe um direito do patrimônio cultural? Há incontestavelmente uma matéria que conduz à criação de estruturas administrativas próprias, porém, tal característica lhe confere autonomia jurídica metodológica?

Múltiplos textos especiais foram adotados e formam a ossatura essencial do corpo de regras: leis nacionais e internacionais tratam dos monumentos históricos, dos espaços culturais protegidos, escavações arqueológicas, da proteção de certos móveis e da exportação e restituição de tesouros nacionais. Da mesma forma, criaram-se dispositivos específicos do ponto de vista fiscal, penal, internacional etc. Mas até que ponto esses textos são a tradução, através de mecanismos adaptados, dos grandes princípios dos direitos em causa? Frier¹³¹⁴ entende que o direito do patrimônio não constitui uma matéria autônoma do direito, mas apenas um corpo de regras mais ou menos particulares aplicável a uma certa matéria.

No Brasil, frequentemente identificamos o objeto do direito do patrimônio cultural inserido no contexto de outros ramos jurídicos, sobretudo, do direito ambiental¹³¹⁵. Não se poderá negar, entretanto, que existem, constitucionalmente reconhecidos, “direitos culturais” (art. 215 da CF/88),

¹³¹² Cf. NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Patrimônio Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 15-26.

¹³¹³ Apontamentos acerca da Lei n. 13/85 pode ser encontrada em ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Uma nova lei de bases para o Patrimônio. **Cadernos de Ciência e Legislação**, Lisboa, n. 24, p. 5-20, jan./mar., 1999 e em BRAVO, Jorge Manuel Almeida dos Reis. Protecção do patrimônio cultural, etnográfico, histórico e arqueológico. Notas para uma reflexão. **Revista Mínia**, Braga, n. 4, p. 3-22, 1996. Acerca da atual normativa portuguesa que trata do patrimônio cultural daquele país, conferir NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2006 e, do mesmo autor, **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004.

¹³¹⁴ FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris : PUF, 1997, p. 26-27.

¹³¹⁵ Na esteira da doutrina italiana, a doutrina brasileira tem desenvolvido o conceito amplo de bem ambiental, incluindo o bem cultural, que passa a ser considerado objeto da disciplina do direito ambiental. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. Difesa Dell' Ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, a. 21, n. 3, p. 1122-1134, Luglio-settembre, 1971; GIANNINI, Massimo Severo. I Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976; MUKAI, Toshio. A degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, p. 33-41, out./dez., 2003. Cf. FARIAS, Talden. **Direito Ambiental**. Tópicos especiais. João Pessoa: Editora UFPB, 2007. p. 26-27; SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 25 e ss; SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19; CORREIA, Belize Câmara. A Tutela Judicial do Meio Ambiente Cultural. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 34, p. 41-58, abr./jun., 2004; CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de Protecção ao Patrimônio Cultural Brasileiro em face da Constituição Federal e das normas Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 6, p. 17-39, abr./jun., 1997.

estabelecidos em um capítulo próprio (título VIII, capítulo III, seção II), com objetos próprios, distintos daqueles pertinentes à política ambiental (título VIII, capítulo VI, art. 216 da CF 88) e da política urbana (título VII, capítulo II)¹³¹⁶.

Para além de uma mera distinção expressa na técnica da redação do texto constitucional, não nos parece que em nenhum dos principais textos infraconstitucionais¹³¹⁷ voltados às questões ambientais haja qualquer intenção de incluir, sob o mesmo título, bens de natureza diversa (patrimoniais e ambientais) sobre os quais recaem interesses distintos e especializados.

A doutrina de maior relevo no Brasil parece oscilar entre uma e outra posição, gerando bastante confusão no tratamento das disciplinas. De maneira equivocada e deveras influenciada pela normativa internacional e pela noção ecológica¹³¹⁸ do ambiente¹³¹⁹, a tese majoritária no Brasil adota a posição segundo a qual o direito do patrimônio cultural é área especial do direito ambiental, visto que este teria por objeto “o meio ambiente construído ou artificial”, que compreende, além dos bens naturais, tudo quanto é bem resultante da confecção humana, destacando-se os bens urbanos e os bens culturais¹³²⁰.

Como já desenvolvemos no capítulo II, do título I, quando confrontamos o direito ambiental com o direito urbanístico, essa tendência a considerar o direito do patrimônio cultural e mesmo o direito urbanístico como sub-ramos do direito ambiental advêm do conceito que a doutrina quer atribuir ao objeto do direito do ambiente. Entretanto, como reconhecem alguns doutrinadores brasileiros, não parece ter sido essa a intenção do legislador constitucional e ordinário daquele País¹³²¹, havendo uma nítida distinção entre o conceito filosófico do ambiente e a maneira como as disciplinas

¹³¹⁶ Posição diametralmente oposta encontra-se em vasta doutrina brasileira. Para os defensores do conceito amplo de ambiente, a CF/88, ao tratar em capítulos apartados as diretrizes atinentes à preservação do patrimônio cultural (art. 216) e do meio ambiente (art. 225) apenas o faz por razões sistemáticas que não implicam em restrição dos objetos do direito ambiental. Nesse sentido, MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

¹³¹⁷ Lei n. 6.833/80: institui o Código Brasileiro do Ar; Lei n. 6.902/81: sobre Estações Ecológicas e áreas de Proteção Ambiental; Lei n. 6.938/81: institui a Política Nacional do Meio Ambiente; Lei n. 7.194/84: dispõe sobre normas orçamentárias e exploração mineral; Lei n. 7.347/85: sobre a ação civil pública (instrumento específico criado para defesa do meio ambiente); Lei n. 7.643/87: disciplina a pesca de cetáceos; Lei n. 7.661/88: institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro; Lei n. 7.735/89: cria o IBAMA; Lei n. 9.605/98: define os crimes ambientais, as infrações administrativas contra o meio ambiente e estabelece as respectivas sanções; Medida Provisória n. 1.700/98: dispõe sobre diversas matérias ambientais; Lei n. 9.795/99: dispõe sobre Educação Ambiental; Lei n. 9.847/99: dispõe sobre a fiscalização de abastecimento de combustível e estabelece sanções administrativas.

¹³¹⁸ O termo “ecologia” evoluiu do seu conceito original para assumir nos dias de hoje um sentido específico. Trata-se de parte da ciência da biologia que estuda as relações dos organismos uns com os outros e com os demais fatores naturais e sociais que compreendem seu ambiente. Ecologia é uma ciência e não se confunde com o conceito de “ambiente”. Ela é a ciência que estuda o ambiente. É a ciência ou estudo dos organismos em “sua casa”, isto é, em seu meio. Nesse sentido e com maiores desenvolvimentos sobre o conceito: SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 41-49.

¹³¹⁹ Já em 1976, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em sua 19ª sessão realizada em Nairóbi, por meio da recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea, reconhecia “que os conjuntos históricos ou tradicionais fazem *parte do ambiente* cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares”. Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

¹³²⁰ Durante o seminário realizado em Tammi, no ano de 1974, pela Comissão Nacional Filandesa para a Unesco, chegou-se a conclusão de que meio ambiente não compreende apenas o meio físico biológico, mas também, o meio social e cultural, e relaciona os problemas ambientais com os modelos de desenvolvimento adotados pelo homem. Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 56.

¹³²¹ Nesse sentido é a interpretação dos artigos da Constituição Federal brasileira, feita por Rodrigues: “(...) não há dúvidas de que o legislador (constituente) pretendeu considerar, ao menos sistematicamente, o meio ambiente numa perspectiva diversa e destacada do patrimônio cultural, da política urbana e do meio ambiente do trabalho, dando-lhe um enfoque voltado para aspectos da natureza e ecologia. (...) Outrossim, não é apenas esse aspecto (sistemático) que permite chegar a essa conclusão, senão porque o conteúdo das normas insculpidas no art. 225 não dá outra demonstração, senão a de que as normas ali contidas estariam reservadas ao que se denomina de meio ambiente natural”. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 64-65.

jurídicas se configuram, ou, em melhores palavras, como a ciência jurídica “apreende” as noções de ambiente e lhes compartimentaliza.

Sem querer nos estender demasiadamente sobre essa questão já tratada rapidamente em oportunidade anterior, pensamos ser relevante o desenvolvimento de alguns de seus aspectos, tendo em vista a posição que adotamos. É o que faremos, a seguir.

3.2. Direito ambiental x direito do patrimônio cultural

Não é de se estranhar que se confundam, muitas vezes, os objetos do direito ambiental, do direito urbanístico e do direito do patrimônio cultural. No Brasil, assim como ocorreu na Inglaterra, os primeiros meios de proteção ambiental estavam ligados às normativas de caráter urbanístico¹³²². Na Bélgica, a região *Wallonie* adota uma única lei para tratar dos bens culturais imóveis, do ordenamento do território e da gestão urbanística dos solos, o que denota uma abordagem global dos três objetos¹³²³. Reconhece-se, por outro lado, na doutrina francesa, que a ação do homem alcança tal nível que atualmente não se pode afirmar a existência, em determinados territórios, de um espaço natural. O “meio natural” no sentido estrito de “equilíbrio ecológico”, sem qualquer perturbação de origem antrópica não existe mais, daí a afirmação de que o “natural” é, em verdade, “cultural”¹³²⁴.

Para além disso, uma parte da legislação produzida internacionalmente ora assume o bem ambiental enquanto gênero, tendo como espécies o bem cultural, o bem paisagístico e o bem ambiental *stricto sensu*, ora os coloca lado a lado, dedicando-lhes medidas de tutela comum¹³²⁵.

Não é de se estranhar, outrossim, que a doutrina brasileira assumia uma noção ampla de ambiente, desenvolvendo, nesses termos, a interpretação das normas produzidas nesse País, numa busca visível de alargar o mais possível as possibilidades de tutela dos bens culturais e ambientais.

A questão merece, entretanto, maiores reflexões. Pensemos, em um primeiro momento, na origem dos textos legislativos para, então, configurarmos o perfil das disciplinas da cultura e do meio ambiente no Brasil.

¹³²² Vide a Lei de zoneamento industrial, no Brasil, Lei n. 6.803/80, de 2 de julho, que estabelece em seu art. 1º: “nas áreas críticas de poluição a que se refere o art. 4º do Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, as zonas destinadas à instalação de indústrias serão definidas em esquema de **zoneamento urbano**, aprovado por lei, que **compatibilize as atividades industriais com a proteção ambiental**”. Segundo Hughes: “The roots of environmental regulation in the United Kingdom lie in planning law, whose task is to provide a framework for the orderly management of the changing use of land, and in public (or environmental) health law which is virtually exclusively concerned with protection of human beings”. Cf. HUGHES, David (et al.). **Environmental Law**. 4. ed. London: Butterworths Lexisnexis, 2002. p. 17.

¹³²³ No Código Belga da região Wallonie, o III Livro é dedicado ao patrimônio cultural imóvel. A disciplina desses bens fica disposta dos artigos 185 a 237, do *Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, Lei de 19 de Maio de 1984, com alterações seguintes. (última alteração em 24 de Maio de 2007)*. Disponível em: <<http://wallex.wallonie.be>>.

¹³²⁴ [“nature ou culture?”. (...) *Le “milieu naturel” au sens strict d'équilibre climatique, sans perturbations d'origine anthropique, n'existe pratiquement plus sur l'ensemble du territoire français depuis le haut moyen age et même dans de nombreux secteurs, depuis le néolithique. Les sols, les forêts, les landes, des pelouses, les étangs et les rivières, etc. , avec lesquels les paysans ont des contacts plus ou moins étroits, ne sont pas des milieux naturels au sens strict mais des milieux le plus souvent profondément modifiés dans leur structure et leur évolution par le type de mise en valeur. (...) De la sorte, le “naturel” est un fait culturel*]. Cf. PONTIER, Jean- Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 322-323.

¹³²⁵ A convenção da Unesco, de 1972, que trata da proteção do patrimônio mundial cultural e natural, inclui no conceito de “monumento”, entre outros, estruturas de caráter arqueológico, inscrições, *grutas* e grupos de elementos com valor universal excepcional e, ainda, inaugura o conceito de “locais de interesse”, designados, entre outros, como as *obras da natureza* e as zonas de interesse arqueológico, com valor universal excepcional. Por outro lado, Estocolmo, a primeira conferência sobre o meio ambiente, anota em seu preâmbulo que “1 - O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente, que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente”. Ao se referir ao homem enquanto criador do ambiente, a convenção leva a crer que o ambiente construído pelo homem deveria estar considerado como uma parte do ambiente, ou, ao menos, como incluído entre os elementos do meio ambiente. Cf. KISS, Alexandre. **Introduction au droit international de l'environnement**. 2.ed. Genève: Unitar, 2006. p. 2.

O tratamento dos bens ambientais, urbanísticos e culturais, passou a ocorrer com maior sistematização na segunda metade do século passado¹³²⁶, que registra as mais significativas mobilizações internacionais¹³²⁷ voltadas ao tratamento do tema ambiental ao lado de um crescimento da população urbana em índices progressivos e significativos¹³²⁸. Todas as medidas legais que tratam da utilização do território (sobretudo, quando adotamos o direito urbanístico sob a acepção ampla) como um todo – abarcando o campo e a cidade, a proteção do patrimônio cultural, no que tange aos bens inseridos no contexto do território (sejam bens urbanos ou sítios arqueológicos, paisagens etc), bem como a proteção ao meio ambiente natural –, têm por laço comum a sua materialidade territorial. Estão todos eles sobre a terra que nos abriga.

A ligação desses objetos também se faz, por outro lado, em razão de suas conexões históricas e sociais¹³²⁹. A necessidade de proteger, gerir e organizar os três objetos é proveniente de fenômenos ora comuns, ora semelhantes. Marquemos como grande marco histórico comum a Revolução Industrial, que levou a cabo a predominância da antiga forma de relação do homem com a terra, que se mantinha em sua maioria no campo, sob os ditames das regras da natureza, da colheita, do plantio, da subsistência e deu origem aos fenômenos da urbanização, da aglomeração nas cidades circunvizinhas das grandes indústrias, que pleiteavam espaços, mão-de-obra, estruturas econômicas, liberdade e garantias para o acúmulo das riquezas produzidas e consumidores que lhes sustentassem.

Ainda sob os efeitos da industrialização do planeta, assistimos aos fenômenos do desmatamento, da poluição das águas, do ar, da terra; em seguida da destruição das estruturas antigas, que deviam dar lugar à nova sistemática da cidade industrial, rompendo com o passado, eliminando traços de uma identidade cultural arquitetônica.

Nem tudo fora ruim nesse período histórico do qual somos frutos e herdeiros¹³³⁰. Também assistimos aos milagres das ciências, à melhoria da qualidade de vida do homem, ao saneamento das cidades, ao aumento da expectativa de vida, à produção de alimentos em larga escala. Ao mesmo tempo, verificamos diferentes níveis na ocorrência desses fatos mundiais nos diversos países que compõem a comunidade planetária. Tais diferenças levaram a classificações dos níveis de “desenvolvimento”¹³³¹. Os países “em desenvolvimento” eram os menos industrializados, os que andavam atrás em uma escalada de progresso que todos os povos desejaríamos atingir. Surgem os

¹³²⁶ Nesse sentido é o entendimento de Choay, que anota a “consagração do monumento histórico” no momento em que se estabeleceu a Convenção de Veneza, em 1962. Cf. CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Évora: Casa do Sul Editora, 2005. p.111.

¹³²⁷ A Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, datou de junho de 1972. Em 1969, o Congresso Americano votou o NEPA (National Environmental Policy Act) e decretou o EIA (Environmental Impact Assessment). O modelo instrumental americano foi assimilado e adaptado por diversos países europeus. Assim foi na França, onde se denominava *L'études d'impact*, na Lei de 10 de julho de 1976. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

¹³²⁸ Conferir os desenvolvimentos do primeiro capítulo, da parte I, do presente trabalho.

¹³²⁹ “Nenhum problema é exclusivamente jurídico, devendo sempre ser referido a seus vínculos com o conjunto dos saberes que fazem da sociedade objeto de suas investigações. A par disso, deve-se atentar para o fato de que, no pertinente ao próprio sistema jurídico, tudo se inter-relaciona, nada havendo de estanque ou insulado, de onde se dizer que interpretar um dispositivo jurídico implica a compreensão de todo o sistema”. Cf. PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo: Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 7, p. 37-51, ago./set., 2006.

¹³³⁰ Como bem anota em introdução ao tema do patrimônio cultural, o mal-estar da globalização das culturas se faz sentir por nós, “filhos assumidos da Revolução Industrial”, nós que também carregamos uma ânsia de passado com vistas à afirmação de uma identidade cultural. Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 12.

¹³³¹ O termo desenvolvimento abarca uma série de significados. A ONU formulou um conceito na Declaração sobre o Desenvolvimento que vale trazer à colação: “1. O direito do desenvolvimento é um inalienável direito humano, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm reconhecido seu direito de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar; e no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. 2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação, que inclui o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais”. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 170.

problemas relacionados ao “desenvolvimento”¹³³². Ele é para todos? Ou para alguns? Queremos todos ter água tratada em nossas casas, mas essa realidade é viável? Conceitos como “desenvolvimento sustentável”¹³³³, “equilíbrio ecológico”¹³³⁴, “patrimônio cultural” passaram a integrar as políticas urbanas, patrimoniais e, sobretudo, ambientais¹³³⁵.

E das necessidades de proteção ao meio ambiente, da garantia do bem-estar, da qualidade de vida, da existência digna do homem que se aglomera nas cidades, decorreu a tomada de consciência e o abandono de um modelo de Estado Liberal, para a adoção de um modelo intermédio, que produziu normas jurídicas de um Estado Social, que se propõe a regular aqueles eventos e garantir a existência de “cidades sustentáveis”¹³³⁶.

¹³³² “A reconciliação entre ambiente e desenvolvimento se selou de maneira espetacular ao nível internacional, revelando uma modificação radical das mentalidades. Era comum, em um passado recente, oponer a proteção do ambiente, luxo reservado aos países ricos, ao desenvolvimento, necessidade vital para os países do terceiro mundo, suscetível de justificar atentados ao ambiente.” Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Le Droit de L’environnement**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1987. p. 4.

¹³³³ O art. 1º, n. 2 da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n. 48/98, de 11 de agosto) estabelece que “a política de ordenamento do território e de urbanismo define e integra as ações promovidas pela Administração Pública (...), tendo como finalidade o desenvolvimento econômico, social e cultural integrado, harmonioso e sustentável do país, das diferentes regiões e aglomerados urbanos”, e o art. 8º, n. 2, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, Decreto-Lei n. 389/99, de 22 de setembro determina que os instrumentos de planeamento territorial “asseguram (...) a sustentabilidade e a solidariedade intergeracional na ocupação e utilização do território”. No contexto brasileiro, por sua vez, o Estatuto da Cidade estabelece como fim da política urbana no país “I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I, Lei n. 10.257/2001, 10 de julho). Cf. CORREIA, Fernando Alves. A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da proteção do ambiente no direito do urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, ano 137º, n. 3946, p. 4-35, set./out., 2007.

¹³³⁴ Fim mediato da proteção jurídica do ambiente. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 53.

¹³³⁵ Sobre os conceitos de sustentabilidade, já nos referimos anteriormente (vide capítulo I, parte I), mas é interessante lembrar que em sua primeira acepção, a sustentabilidade surge como resposta aos movimentos ecológicos, que viam no desenvolvimento (baseado necessariamente na industrialização) a ameaça maior ao equilíbrio natural/ecológico. Sua noção inicial foi elaborada pelo relatório Bruntland, em 1987, da Comissão Mundial das Nações Unidas, denominada “Nosso Futuro a Nós”, sobre o ambiente e o “desenvolvimento durável ou sustentável”. O conceito de desenvolvimento sustentável anunciado por essa comissão é aquele “que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades”. Cf. BACHOU, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager**: Classement, conservation, valorisation. Paris: Delmas, 2002. p. 17. Atualmente o conceito de sustentabilidade urbana adotado pela comunidade internacional é aquela definida pelo Urban World Forum 2002 (“While the priorities for local sustainability are overcoming poverty and equity, enhancing security and preventing environmental degradation, there is a need to pay more attention to social capital and cultural vitality in order to foster citizenship and civic engagement.”). Também a Agenda 21, documento elaborado na oportunidade da Conferência Internacional Eco-92, realizada no Rio de Janeiro em 1992, reconheceu aquele conceito de desenvolvimento sustentável. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171. Para um conteúdo da noção, Hughes desenvolve quatro elementos da sustentabilidade, que transcrevemos em inglês, para melhor compreensão de suas ideias: “1. non-irreversibility – as little as possible should be done that is not reversible; 2. Substitutability – resources should be so used and developed so that substitutes can be found for them, while less or non-polluting technologies and uses of resources should be substituted for the more polluting consumptive ones. 3. Replaceability – resources should be used on the basis of their equivalent replacement; 4. Recyclability – material should be so used as to be capable of reuse over again, but not just in a ‘cradle to grave’ sense, ie creation to disposal, but rather in the sense of ‘conception to resurrection’ so that where materials are used that is done in a way that ensures their ability to be reused over and over again”. Cf. HUGHES, David (et al.). **Environmental Law**. 4. ed. London: Butterworths Lexisnexis, 2002. p. 23. Para uma crítica ao conceito de “desenvolvimento sustentável”, anotando a impossibilidade de um crescimento econômico, notadamente industrial, que garanta simultaneamente a preservação da natureza: ATTARD, Jérôme. Le Fondement Solidariste du concept “environnement – patrimoine commun”. **Revue Juridique de L’environnement**, Strasbourg, n. 2, p. a, 2003.

¹³³⁶ Cf. Lei n. 10.257/2001, Estatuto da cidade: “Artigo 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”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

Expomos em brevíssimas palavras aquilo que angustia a todos, e que tem reflexos em um movimento contínuo, ainda que muitas vezes lentamente, no Direito, este que se ocupa enquanto ciência da busca pelas melhores formas de tratar tantos e tão relevantes fenômenos.

Mas como o Direito aborda todas essas questões? Veremos que não é fácil a sedimentação do conceito e dos objetos do direito ambiental, disciplina nova que se estabelece em razão e em função de acontecimentos recentes e incontornáveis. Ainda que a doutrina lhe reconheça autonomia, sua natureza é

eclética, pluridisciplinar, recente, não sedimentado, disperso, experimental, de matriz e base científica ecológica, especialmente vocacionada para a evolução permanente, estratégico, prospectivo, de vocação para imperialista, de intervenção radical, aberto à informação e participação dos cidadãos em geral, de poder nacional e supranacional, com uso de todo o tipo de formas de intervenção administrativa, e incidindo sobre um bem jurídico de natureza complexa (...)¹³³⁷.

Difícil é a tarefa de tentar identificar os objetos do direito ambiental, para então melhor construir uma teoria que lhes confira viabilidade jurídica¹³³⁸. Pois não basta que sejam anseios humanos, ainda resta lhes conferir contornos e significado jurídicos, para que então se lhe valham de toda a estrutura do Direito material e processual e, por fim, atenda-se às demandas de uma sociedade em grande expectativa, como é a nossa comunidade pós-industrial-urbana.

É assim que tentaremos nesse pequeno subitem, justificar nossas opções sistemáticas, indo mesmo contra uma maciça e confusa maré doutrinária e jurisprudencial, o que torna ainda mais difícil nossa travessia por esse caminho, porém, não impede que anunciemos bons e coerentes argumentos que nos convencem a discordar.

Colocaremos frente a frente, o direito ambiental e o direito do patrimônio cultural, visto que nesse confronto é que encontramos os maiores dificuldades doutrinárias, e equivocadas, ainda que bem intencionadas, interpretações¹³³⁹. Passemos, assim, a uma rápida análise da legislação ambiental no Brasil, tomando por base a produção infraconstitucional e constitucional assumida naquele País, para então extrairmos conclusões acerca das distinções e semelhanças dessas disciplinas.

3.2.1. A construção do conceito jurídico de meio ambiente na legislação Ambiental Brasileira - a evolução dos conceitos antropocentrismo x ecocentrismo

A expressão “ambiente” deriva do latim *ambiens*, que, por sua vez, significa “que rodeia”¹³⁴⁰.

Quanto ao que se convencionou chamar “meio ambiente” (*environment*, em inglês; *environnement*, em francês, ou *medio ambiente*, em italiano), vários são os conceitos extraídos da doutrina nacional e internacional.

Para Poutrel e Wasserman¹³⁴¹, o meio ambiente “é o conjunto, em um dado momento, dos agentes físicos, químicos, biológicos e dos fatores sociais suscetíveis de terem um efeito direto ou indireto, imediato ou a termo, sobre os seres vivos e as atividades humanas”.

¹³³⁷ Cf. CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 483

¹³³⁸ Ramo recente na teoria do direito, compreendemos, por outro lado, que não se deverá negar que, para além de um direito ambiental com “contornos teóricos, dogmáticos e conceituais cientificamente rigorosos, é indispensável continuar o diálogo jurídico interdisciplinar e redescobrir um novo *jus commune* que nos permita enfrentar com as leis dos homens as ameaças fracturantes da comunidade biótica”. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito*. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 4, p. 69-79, dezembro, 1995.

¹³³⁹ A maior parte da doutrina que inclui o patrimônio cultural no âmbito do conceito amplo de meio ambiente o faz no intuito de estender os instrumentos de proteção daqueles bens culturais, em face dos privilégios e mecanismos postos pelo ordenamento jurídico para defesa do bem ambiental. Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13.

¹³⁴⁰ Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

É, segundo Canotilho¹³⁴² o “conjunto dos elementos que, na complexidade das suas relações, constituem o quadro, o meio e as condições de vida do homem, tais como são ou tais como são sentidos”.

É, ainda, segundo Ségun¹³⁴³, tudo o que “interfere e condiciona o ser humano, que vive dentro de uma teia de relações”, denominada desenvolvimento contextualizado, onde qualquer hipótese de mudança ou integração introduzida nas pessoas, por ambientes ora receptivos, ora adversos, está embasado no cotidiano. O desenvolvimento humano está diretamente ligado ao ambiente.

Vejamos, entretanto, como esse conceito foi esculpido na legislação brasileira.

O Decreto n. 24643, de 10 de junho de 1934, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 852/38, de 11 de novembro, conhecido como Código de Águas, foi a primeira normativa brasileira a prever a responsabilidade civil do poluidor das águas e dispôs sobre a manutenção dos rios e afluentes a fim de garantir seu curso normal (art. 109 e ss).

Bem da verdade, o Decreto n. 24.643/34 refletia o período extremamente antropocêntrico¹³⁴⁴¹³⁴⁵ da primeira metade do século XX e suas disposições visavam, sobretudo, a garantir o maior aproveitamento possível das águas, evitando, entretanto, que a má utilização desse direito gerasse um dano aos demais, em uma visão tipicamente liberalista/economicista.

Após a aprovação do Código das Águas, diversas outras normativas vieram por proteger o ambiente, ainda que em seu bojo não se verificasse uma construção teórica voltada à identificação desses interesses ou do objeto do direito ambiental em si.

No decorrer desse momento histórico, em que o mundo começava a despertar para a questão ambiental, aprovou-se o nosso Código Florestal, Lei n. 4.771/65, de 15 de setembro, que veio a ser alterada pela nova Lei n. 11.284/06, de 15 de setembro¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ POUTREL, J.M.; WASSERMAN, F. **Prise en compte de l’environnement dans les procédures d’aménagement**. Paris: Ministère de l’environnement et du Cadre de Vie, 1977. p. 15.

¹³⁴² CANOTILHO, JJ GOMES. **Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade**. Crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 10.

¹³⁴³ SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**. Nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15-16.

¹³⁴⁴ A base filosófica ou moral do direito ambiental reside em princípios e preceitos construídos a partir de uma pluralidade de percepções do ambiente. Identificamos na doutrina dois polos de percepção: o utilitarismo extremo e a “*deep ecology*”. Essas posições morais podem ser classificadas de maneiras variadas. Citemos Alder e Wilkinson, que identificam as seguintes: o antropocentrismo (*ie human-centred*), o antropocentrismo esclarecido (*enlightened anthropocentrism*), antropocentrismo estendido (*extended anthropocentrism*), não-antropocentrismo individualista (*non-anthropocentrism individualism*), biocentrismo, ecocentrismo, ética da terra e “*deep ecology*”. Dentre essas, as mais reconhecidas no cenário político ambiental são: antropocentrismo, antropocentrismo estendido e o biocentrismo. A primeira se caracteriza por ver o mundo como um instrumento que existe em benefício do homem, a segunda conforma um entendimento que desponta como “caminho do meio”, onde se prega que o ambiente deve ser preservado, porque é condição da existência dos seres humanos, os quais, por sua vez, são dele parte integrante, ficando o homem investido da responsabilidade de proteção e de não-perturbação do equilíbrio ecológico. E a terceira corrente, biocêntrica, que também se preocupa com a conservação dos recursos naturais por si só, adotando atitudes restritivas em relação ao crescimento econômico e igualando a raça humana no contexto dos outros seres vivos do resto do ecossistema. Cf. HUGHES, David (et al.). **Environmental Law and Ethics**. London: Butterworths Lexisnexis, 2002. p. 17 e ss. ALDER, J.; WILKINSON, D. **Environmental Law and Ethics**. London: Macmillan, 1999; GOMES, Carla Amado. O Ambiente como Objeto e os Objetos do Direito do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 11/12, p. 43-68, jun./dez., 1999; MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 36, p. 9-41, out./dez., 2004.

¹³⁴⁵ Também disserta acerca das concepções filosóficas do ambiente Canotilho, que trata das questões elementares da juridicização do ambiente e em breves, mas densas anotações nos recorda que o homem e o jurista despertam lentamente para tais temas, passando por uma “consciência ecológica” e pela questão de se saber o para quê e o porquê de um direito do ambiente. A resposta poderá ser de três níveis de compreensão: “para salvar a vida do homem na terra, respondem alguns; para assegurarmos a vida do homem num mundo de recursos escassos, alviltam outros; para salvarmos a vida no planeta terra, defendem finalmente outros. Em termos ético-filosóficos, é bem de ver que as duas primeiras respostas transportam precompreensões antropomórficas – uma mais antropológico-cêntrica e outra mais econômico-cêntrica. A última reclama-se de uma precompreensão abertamente ecocêntrica.” Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 4, p. 69-79, dezembro, 1995.

¹³⁴⁶ Cf. Lei n. 4.771/65, de 15 de setembro: “art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”. Uma interpretação atual do Código Florestal pode ser encontrada em PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo:

Apesar de essa legislação ter trazido os primeiros elementos da proteção ambiental brasileira, apenas após a Conferência de Estocolmo, em 1972, a comunidade internacional mobiliza-se definitivamente para as questões ligadas ao ambiente (este que já padecia de inúmeras mazelas promovidas pelo sistema capitalista liberal e pela ideia de inesgotabilidade dos bens ambientais) e sua influência se fez refletir na aprovação da Lei de Zoneamento Industrial, Lei n. 6.803/80, de 2 de julho, e da Lei n. 6.938/81, esta última que instituiu a Política Nacional para o Meio Ambiente, tratando, pela primeira vez, da questão ambiental no Brasil sob uma ótica holística¹³⁴⁷.

A Lei n. 6.938/81 tem o mérito de trazer alguns conceitos: “art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A legislação especial adotou, nessa oportunidade, um conceito ecocêntrico/biocêntrico de ambiente¹³⁴⁸ e incluiu o ser humano dentre os objetos da Política que se quer delinear, ao se referir que aquele abarca “a vida em todas as suas formas”.

A nosso ver, a melhor interpretação desse dispositivo encontra-se em Benjamin¹³⁴⁹, ao observar que

(...) do texto da lei (6.938/81), bem se vê que o conceito normativo de meio ambiente é teleologicamente *biocêntrico* (permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas), mas ontologicamente *ecocêntrico* (o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem química, física e biológica).

Em verdade, ao adotar a visão biocêntrica/ecocêntrica, o legislador afastou-se da visão superada que considera o homem como algo distinto do meio em que vive¹³⁵⁰. A abordagem

Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 7, p. 37-70, ago./set., 2006.

¹³⁴⁷ Sobre a evolução do direito ambiental no Brasil: SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 25 e ss.

¹³⁴⁸ Está na base da discussão do objeto do Direito do Ambiente a definição do que se pretende salvaguardar com as normas que integram o “direito ambiental” ou “direito do ambiente”. Nesse sentido, duas possibilidades são vislumbradas: a) proteger a natureza enquanto bem para o homem; b) proteger a natureza enquanto bem em si mesma. A primeira opção é a *antropocêntrica* e considera os bens naturais enquanto fonte de utilidade para o ser humano, instrumentos, veículos de satisfação de necessidades vitais ou de incremento do bem-estar. A proteção do meio ambiente se volta a sua manutenção enquanto bem de aproveitamento e seu valor se estabelece na medida em que o homem pode retirar-lhe algum proveito. A segunda visão é a *ecocêntrica* e tende a acentuar a necessidade de considerar a natureza como realidade por si só merecedora de tutela, independentemente da capacidade de satisfazer as exigências humanas. Os bens naturais têm uma dignidade autônoma e o homem deve respeitar e promovê-la, porque dela faz parte enquanto ser integrado na comunidade biótica, constituindo valor em si e enquanto parte da biosfera. Cf. GOMES, Carla Amado. O Ambiente como Objeto e os Objetos do Direito do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 11/12, p. 43-68, jun./dez., 1999; SENDIM, José de Sousa Cunha. **Responsabilidade Civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002.

¹³⁴⁹ E ainda completa o autor: “no plano abstrato, a grande novidade da lei, verdadeira alteração radical de paradigma jurídico (e ético), veio mesmo com a elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico autonomamente tutelado, daí resultando a permissão de cobrança de danos contra ele praticados, até nas situações fáticas em que não estão em jogo valores humanos longamente reconhecidos, como a vida, a segurança, a liberdade e o patrimônio. A passagem de um paradigma estritamente antropocêntrico a um outro de caráter misto, antropocêntrico-ecocêntrico, é o indicador juridicamente mais exuberante da Lei n. 6938/81”. Cf. BENJAMIN, Antonio Herman. **Responsabilidade Civil pelo dano ambiental**. In: **Direito Ambiental** n. 9/48. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 18 dez. 2007.

¹³⁵⁰ A noção de homem apartado da natureza é, em verdade, recente. O homem primitivo jamais teve essa ideia; ele sempre se considerou parte da natureza, íntima e fundamentalmente ligado a ela e inserido nela. Essa ideia foi expressa por povos primitivos em noções como o totemismo, que define as relações com animais e até sua identidade com eles; rituais de fertilidade, que insistem no fato de que os processos sexuais humanos são idênticos aos da natureza e que há uma conexão profundamente enraizada entre ambos; e em noções de politeísmo e da divindade dos objetos naturais. Esse era o padrão primitivo do mundo e remanescentes dele continuaram por séculos depois da aceitação do cristianismo nos chamados cultos de feitiçaria da Europa Ocidental, por exemplo, que eram essencialmente antigos cultos de fertilidade sobrevivendo desde tempos muito antigos. Contudo, de modo geral, o conceito que o homem primitivo tinha de sua unidade com a natureza foi abandonado no mundo civilizado durante um período que começou pelo século oitavo ou sétimo antes de Cristo; toda concepção então mudou para a ideia de que, de alguma forma, o homem está separado da natureza. Cf. HUXLEY, Aldous. **A situação humana**. São Paulo: Globo, 1992. p. 40 e ss.

antropocêntrica¹³⁵¹, que encontra abrigo em políticas que perpetuam o liberalismo econômico, não cabe mais em um mundo que pretende garantir uma existência sustentável, que possa ser vivida pelas futuras gerações.

Não se trata de afastar o homem da conceituação que a lei traz, mas ao contrário, ela lhe confere espaço central no conceito ecocêntrico e biocêntrico, pois essa centralidade é a única maneira de se chegar à manutenção do equilíbrio dos ecossistemas. Como bem anota Rodrigues¹³⁵²,

não se trata de dissociar o homem da natureza como se fazia no pensamento liberal individualista. (...) Aliás, foi justamente essa visão de destaque, isolada, como algo externo ao meio ambiente, que fez com que chegássemos a esse estado de absoluta destruição dos bens ambientais.

Diante dessas observações, verificamos que não seria necessária a menção expressa do homem, enquanto ser vivo habitante desse planeta, para que aquele artigo se fizesse completo. Além disso, a Lei n. 6.938/81 não deixa dúvidas de que o homem ocupa um papel central nas políticas do meio ambiente, ao conceituar o termo “poluição”, partindo da ideia de que esse evento prejudica o homem e os demais seres vivos (art. 3º, III).

Posteriormente, a adoção de uma moderna concepção de ambiente foi, no mesmo sentido exposto, totalmente assumida pela Constituição Federal brasileira. A Carta de 1988 consagra a relevância do meio ambiente nas políticas da União, Estados e Municípios brasileiros e também expressa um conceito de ambiente¹³⁵³ em seu art. 225, caput: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”¹³⁵⁴.

Assumiu-se, em sede constitucional, que o homem integra o conceito de ambiente e ele é fruto daquela, não o contrário. Essa noção é a chave para o desenvolvimento das ideias aqui expostas. Existe claramente na Constituição uma opção: o ambiente é tutelado por si, visto que é “essencial à sadia qualidade de vida”, ou seja, é da essência do homem lhe integrar, e todo o mal que se lhe fizer, retornará em seu próprio malefício¹³⁵⁵. O meio ambiente é tudo que circunda o homem (complexa

¹³⁵¹ A visão do antropocentrismo estava fundamentalmente marcada por uma ideologia liberalista, individual e econômica, que tinha como interesse maior considerar o meio ambiente como simples riqueza (matéria-prima) inesgotável, como se fosse *res nullius*. Essa falsa ideia de que os recursos naturais (espécie de recursos ambientais) eram inesgotáveis fez com o que fossem tratados como *res nullius* (coisa de ninguém), de que qualquer um poderia se apropriar. A transformação do mundo liberal para o social, o aumento da densidade populacional, a destruição de riquezas pelo homem, a poluição desenfreada no desenvolvimento dos ideais liberais fizeram com que o mundo ligasse o alarme e percebesse que os referidos bens ameaçam se esgotar e que, por isso, têm que ser preservados para que se possa garantir a sobrevivência de todas as espécies. O antigo bem que era *res nullius* hoje é indiscutivelmente *res omnium* ou *res communes* (coisa de todos – bem de uso comum). Assim, ao passo que o *res nullius* faz objeto de direitos privativos do momento em que são “ocupados”, o *res communes* não pode ser afetado senão para um uso coletivo. Sobre essa transformação do entendimento de bens ambientais que passou de *res nullius* a *res omnium*, MARTIN, Gilles. **Le droit à l’environnement**, de la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l’environnement. Paris: Publications Periodiques Specialisees, 1978. p. 116 e ss; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 53.

¹³⁵² Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.

53.

¹³⁵³ Para além dos conceitos definidos pela Carta Constitucional, é importante lembrar que o texto fundamental instituiu, através do artigo 5, LXXIII, a legitimidade de cada um do povo para instaurar Ação Popular com fins de preservação do meio ambiente, “com a intenção de fazer de todo o cidadão um fiscal do bem comum”. Cf. MILARÉ, Edis. A participação comunitária na tutela do meio ambiente, Rio de Janeiro, **Revista Forense**, n. 317, (número especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, p. 79-87.

¹³⁵⁴ Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹³⁵⁵ A ideia de sincronia entre todos os elementos não é nova. Nesse sentido, o interessante trecho de uma carta do cacique de Seattle, líder dos índios Suquamish, dirigida, em 1854, ao presidente dos Estados Unidos da época: “Os búfalos estão diminuindo depressa. Os cervos, que eram muitos há alguns anos antes, agora são poucos. O que é o homem sem os animais? Se todos os animais se fossem, o homem morreria de uma grande solidão de espírito, pois o que quer que ocorra aos animais breve vai acontecer também ao homem. Existe uma ligação em tudo. O que vier a acontecer com a terra, recairá sobre os filhos da terra. Não foi o homem que fez o tecido da vida. Ele é simplesmente um de seus fios. O que quer que faça

relação entre componentes bióticos e abióticos), mas é, sobretudo, para fins de proteção jurídica, a *dimensão natural dos seres vivos*.

Trata-se de uma opção do legislador constituinte em privilegiar um fim primordial, específico do direito ambiental: *o equilíbrio ecológico*.

Nesse sentido, Rodrigues desenvolve que

os componentes ambientais não existem apenas para servir ao homem. Pelo contrário, o homem faz parte dessa cadeia, mas, pelo seu papel central, tem o dever de proteger a salubridade desses elementos que se integram e se interagem, justamente para assegurar a manutenção do equilíbrio do ecossistema, até porque se assim não fizer, será diretamente afetado por isso¹³⁵⁶.

A manutenção do equilíbrio do ecossistema é, por assim dizer, a finalidade imediata do direito ambiental. E o ser humano surge, nesse contexto, como sujeito de deveres, muito mais do que sujeito de direitos. Como já realçamos, a CF/88 garante expressamente que todos têm direito¹³⁵⁷ a um *meio ambiente ecologicamente equilibrado* e que isso se constitui um *bem de uso comum do povo*¹³⁵⁸. Constitui-se, dessa forma, um “patrimônio ambiental”, composto por bens que

juntos e em plena interação química, física e biológica forma um bem diverso, denominado de meio ambiente ecologicamente equilibrado (equilíbrio ecológico), e que tem por características a unitariedade (indivisibilidade), extrapatrimonialidade, inalienabilidade, indisponibilidade e essencialidade a todas as formas de vida (daí porque todas as formas de vida são seus titulares)¹³⁵⁹.

Como bem leciona Silva,

é certo que a legislação protetora toma como objeto de proteção, não tanto o ambiente globalmente considerado, mas dimensões setoriais, ou seja, propõe-se a tutela da qualidade dos elementos setoriais constituídos do meio ambiente, como a qualidade do solo, do patrimônio florestal, da fauna, do ar atmosférico, da água, do sossego auditivo e da paisagem visual. É verdade que a Constituição tenta organizar a proteção ambiental segundo uma visão mais global do objeto de tutela, conforme se vê dos §§ 1º e 4º, em seu art. 225, que se voltam para a proteção imediata de processos e conjuntos constitutivos do meio ambiente e da realidade ecológica, como forma de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹³⁶⁰.

Nesse sentido a Convenção de Berna, de 19 de setembro de 1979, relativa à conservação da vida selvagem e do meio natural da Europa, é particularmente significativa¹³⁶¹: “a flora e a fauna

ao tecido estará fazendo a si mesmo”. Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.

¹³⁵⁶ Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 60.

¹³⁵⁷ Críticas a noção de “direito ao meio ambiente” podem ser encontradas em GOMES, Carla Amado. O Direito ao Ambiente no Brasil: Um olhar português. In: **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 273-292.

¹³⁵⁸ O termo “bem de uso comum do povo” denota a adoção de um senso de “justiça ambiental”, posição que Kiss e Beurier chamam de “justice environnementale”. A noção compreende três aspectos: a) em primeiro lugar, ela significa a igualdade entre os humanos vivos hoje, que implica na repartição dos benefícios do ambiente; b) em segundo lugar, ela preconiza a igualdade entre as gerações, e em particular entre a humanidade do presente e a humanidade do futuro; c) por fim, ela introduz a noção de equidade entre as espécies, ou seja, entre os seres humanos e as outras espécies vivas do planeta. Cf. KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit International de l’Environnement**. 3. ed. Paris: PEDONE, 2004. p. 13.

¹³⁵⁹ Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 60-61.

¹³⁶⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 54

¹³⁶¹ Cf. KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit International de l’Environnement**. 3. ed. Paris: PEDONE, 2004. p. 17-18.

selvagens constituem um patrimônio natural de um valor estético, científico, cultural, recreativo, econômico e intrínseco, que deve ser preservado e transmitido às gerações futuras”.

Ainda na esteira dessas ideias, a Convenção do Rio, de 5 de junho de 1992, sobre a diversidade biológica reconhece que as partes consignatárias são “conscientes do valor intrínseco da diversidade biológica”.

Da mesma forma a Carta Mundial da Natureza, adotada e solenemente proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de outubro de 1982 (resolução 37/7), acusa uma certa evolução no conceito de ambiente, ao estabelecer que: “toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja sua utilidade para o homem, e, a fim de reconhecer aos outros organismos vivos esse valor intrínseco, o homem deve se guiar sobre um código moral de ação” (preâmbulo).

3.2.2. Do conceito ecocêntrico/biocêntrico à noção restrita dos objetos do direito do ambiente

Conforme se verifica da doutrina, a opção pelo conceito ecocêntrico do ambiente denota a opção do legislador brasileiro pela acepção restrita de meio ambiente. Ou, em outras palavras, uma acepção restrita dos objetos da disciplina do meio ambiente, ainda que não ignore a dimensão ampla que este assume no sentido ecológico e filosófico do termo, que denota uma visão ampliada do ambiente, que poderá ser identificado como tudo que circunda o homem (bens naturais e artificiais), levando-se, ainda, em consideração as influências deste, em relação ao meio.

A opção do legislador não é, portanto, a de “ignorar” que o meio em que vivemos de fato se compõe de elementos naturais e artificiais e de uma mútua relação entre eles, mas de identificar, dentre estes, quais são os bens tomados enquanto “prioridades ambientais” que venham a garantir um equilíbrio ecológico, fim expressamente assumido pela Constituição Federal e objeto de um ramo do direito especialmente desenvolvido, o direito ambiental.

Cabe aqui relembremos a lição de Canotilho, já exposta no capítulo II da presente tese. Segundo ele¹³⁶², encontram-se disponíveis duas grandes alternativas:

- a) o conceito amplo de ambiente, que inclui não só os componentes ambientais naturais, mas também os componentes ambientais humanos (isto é, não apenas o ambiente natural, mas também o construído);
- b) o conceito estrito de ambiente, que se centre nos primeiros componentes referidos.

Do caput do artigo n. 225 da Constituição Federal brasileira extraímos elementos que nos levam a refletir sobre essa opção sistemática dos objetos do direito ambiental. Ao dizer que o ambiente é um “bem de uso comum”, afasta-se da noção de *res nullius* e reconhece que os recursos naturais são esgotáveis. O ambiente é para o legislador constituinte um meio no qual se inserem todos os seres vivos, inclusive o homem. Para além disso, impõe a todos (tanto ao poder público como ao cidadão individualmente considerado) a responsabilidade e o dever de sua preservação, evento que se realizará de diversas maneiras (dimensões negativa e positiva)¹³⁶³¹³⁶⁴.

¹³⁶² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 21.

¹³⁶³ O texto fundamental instituiu, através do artigo 5, LXXIII, a legitimidade de cada um do povo para instaurar Ação Popular com fins de preservação do meio ambiente, “com a intenção de fazer de todo o cidadão um fiscal do bem comum”. Para além da ação popular, na Ação Civil Pública, regulada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, confere legitimidade para a defesa do meio ambiente ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, à autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, à associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, à proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico,

Essa opção se confirma nos incisos que seguem o §1º do referido artigo, onde se identificam objetivos da política do ambiente, tais como a preservação “do patrimônio genético”, a integridade dos “espaços territoriais e dos seus componentes”, “a fauna, a flora”, assim como dá destaque aos espaços naturais incluídos na Amazônia, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Matogrossense e da Zona Costeira (§2º, do artigo 225)¹³⁶⁵.

Vê-se, desde logo, que o legislador constitucional andou bem ao excluir da apreciação das políticas ambientais, os elementos não naturais, ou seja, o meio ambiente construído ou artificial, o meio ambiente cultural e ainda o meio ambiente do trabalho¹³⁶⁶. Preferindo, ao contrário, centrar-se no meio ambiente natural, que por sua vez é

aquele que independe da atuação do homem, ou seja, aquele tal como originalmente criado pela natureza. O meio ambiente natural é composto da fauna, da flora, das águas, da biosfera, do solo, do ar atmosférico, com a interação dos seres vivos e de seu meio formando a biota (todas as espécies de plantas e animais existentes dentro de uma determinada área), ou seja, formando o conjunto dos componentes vivos (bióticos) de um ecossistema¹³⁶⁷.

Como foi dito antes, a conceituação de meio ambiente adotada pelo legislador infraconstitucional foi ecocêntrica/biocêntrica, porque se tutela o ecossistema no intuito de salvaguardar todas as formas de vida que este abriga. O objeto imediato da tutela do meio ambiente é, pois, o *equilíbrio ecológico*, que constitui um bem jurídico autônomo, imaterial, extrapatrimonial e que é responsável pela conservação de todas as formas de vida.

Esse equilíbrio ecológico se dá em um contexto que se materializa em seus componentes, elementos ou bens que o formam. Esses elementos interagem em complexos processos e reações naturais que culminam com o equilíbrio já mencionado. A dúvida enfrentada na doutrina reside em saber se: a) o conceito assumido pela Constituição refere-se apenas aos elementos naturais (ecossistemas) e se, dessa maneira, os componentes ambientais (recursos ambientais) seriam apenas os

turístico e paisagístico (incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). Lembrando que, segundo o art. 6º, da referida lei, “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”. Cf. MILARÉ, Edis. A participação comunitária na tutela do meio ambiente, Rio de Janeiro, **Revista Forense**, n. 317, (número especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, p. 79-87.

¹³⁶⁴ Nesse sentido desenvolve Sendim, quando esclarece uma das vertentes do direito ao ambiente. “Este é logo um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção por parte do Estado e de terceiros de ações ambientalmente nocivas. (...) A essa dimensão negativa, acresce uma dimensão positiva, própria de um direito social, obrigando o Estado e outras entidades a adotar as medidas necessárias à defesa do ambiente e à preservação dos recursos naturais”. Conferir a Constituição Portuguesa, n. 3, artigo 66 e o n. 2, do art. 52. Cf. SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 30-31.

¹³⁶⁵ Nesse sentido é a interpretação de Gomes. Cf. GOMES, Carla Amado. O Direito do Ambiente no Brasil : Um olhar Português. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha. **Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra, p. 159-174, 2005.

¹³⁶⁶ Tomamos aqui os conceitos de Silva. Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 59.

¹³⁶⁷ O *meio ambiente construído ou artificial* é aquele que foi modificado pelo homem, visando a atender aos seus propósitos e conforto. O meio ambiente construído abrange o espaço urbano construído (conjunto de edificações e equipamentos públicos) e demais assentamentos humanos e seus reflexos urbanístico. Todavia, para alguns autores, o meio ambiente construído ou artificial deve ser entendido como aquele no qual o homem tenta reproduzir algo semelhante ao ambiente natural. Essa definição tem a vantagem de não entrar em choque com a definição de meio ambiente cultural. O *meio ambiente cultural* é aquele constituído do patrimônio cultural, ou seja, é o meio ambiente que engloba os bens de natureza (tanto materiais como imateriais), tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as formas de expressão, os modos de criar, de fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico (que estuda animais e vegetais fósseis), ecológico e científico (art 216, da CF). Em outras palavras, podemos dizer que meio ambiente cultural é aquele totalmente criado pelo homem. O meio ambiente do trabalho diz respeito à relação entre a ocupação do indivíduo e suas doenças. Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 59-60.

que ontologicamente estivessem ligados ao meio ambiente natural¹³⁶⁸ ou b) se o conceito de meio ambiente engloba os bens naturais, os bens culturais, os elementos urbanos e o ambiente do trabalho.

Como já comentamos rapidamente, tomando por base o conceito semântico de meio ambiente, é certo que extremar a noção de horizontalidade de seu alcance¹³⁶⁹ (todo entorno ou conceito amplo de ambiente) dispersaria seus objetivos sobre todos os diversos temas de relevância para a vida humana, muitos deles já cuidados por outras disciplinas específicas, tais como o direito do patrimônio cultural, o direito urbanístico e o direito do trabalho. Enfim, a ampliação de seu conceito comprometeria a existência de uma disciplina autônoma do meio ambiente, justamente porque lhe faltaria um bem jurídico a ser tutelado, pois que “quanto mais amplo e abstrato o conceito de meio ambiente, menor será a sua eficácia normativa”¹³⁷⁰, pois “pretendendo ser tudo (vida, bem-estar, qualidade de vida, bens culturais etc) não será nada”¹³⁷¹.

Outrossim, não há no artigo 225 da CF/88 senão normas que se reservam aos bens de um meio ambiente natural, que se contrapõe ao meio ambiente artificial (construído e cultural) e ao meio ambiente do trabalho.

Analisando um a um os dispositivos ali contidos, observamos que o legislador fala em processo ecológico e manejo das espécies (art. 225, §1º, I), diversidade de patrimônio genético (art. 225, §1º, II), espaços territoriais e seus componentes (art. 225, §1º, III), proteção da fauna e da flora e da sua função ecológica, evitando a extinção das espécies (art. 225, §1º, VII), recuperação do meio ambiente degradado pela recuperação das áreas de exploração de recursos minerais, florestas e formas de vegetação entendidas como patrimônio nacional e resguardadas dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais e ecossistemas etc.

E nos casos em que o artigo 225 não se remete textualmente à tutela do meio ambiente natural (§1º, incisos, IV, V e VI), não se identifica aí qualquer elemento do meio ambiente do trabalho, urbano ou cultural.

Outras passagens na Constituição reforçam essa ideia. Ao tratar da ação popular, no art. 5º, inciso LXXII, a CF é explícita ao admitir aquele meio processual como via para a defesa do “meio ambiente” e do “patrimônio histórico e cultural”, colocando lado a lado as expressões, pois que, ainda que componham o rol de direitos de natureza similar (o que se chama de terceira dimensão¹³⁷² de

¹³⁶⁸ A definição dos recursos ambientais que denominamos como componentes ou elementos ambientais é aquela estabelecida pelo legislador da Lei n. 6.938/81, com alterações da Lei n. 7.804/89, no art. 3º, V, que estabelece como recursos naturais “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. Esses componentes são formados por elementos bióticos (biota) e abióticos e se interagem por intermédio dos fatores ambientais, entre outros: a pressão atmosférica, o calor, o frio, as radiações, formando o equilíbrio ecológico. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

¹³⁶⁹ No sentido de Prieur, quando afirma que “Dans la mesure où l’environnement est l’expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l’homme), entre eux et avec leur milieu, il n’est pas surprenant que le droit de l’environnement soit un **droit de caractère horizontal**, recouvrant les différentes branches classiques du droit (privé, public et international) et un droit d’interactions qui tend à pénétrer dans tous les secteurs du droit pour y introduire l’idée environnementale se conformant en cela au traité de Maastricht du 7 février 1992 selon lequel la protection de l’environnement doit être intégrée dans les autres politiques de la communauté (art. 174 et art. 6 du traité d’Amsterdam du 2 octobre 1997)”. Cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 6.

¹³⁷⁰ Nesse sentido Martin Mateo, ao observar que “como veremos mas adelante las Constituciones y las Leyes, suelen incluir en la rúbrica del ambiente las mas variadas realidades como puede ser una ruina romana, una hilera de árboles, o un yacimiento de mineral de hierro, además de la flora y fauna en su conjunto. É evidente que un jurista no puede revelarse contra la ley por lo que habrán de tenerse en cuenta desde esta perspectiva las tutelas que el ordenamiento impone, aunque eso sí carecería de sentido extrapolar la regulación de los vertidos industriales a la protección de los elefantes. El ambiente que aquí manejamos tiene además un substancial presupuesto de todos los demás, de nada vale que nos preocupemos de la belleza de nuestras ciudades, si no vamos a sobrevivir como especie para disfrutarla. Elle dicho asumo de buena gana la existencia de un concepto “legal” de “ambiente” a proteger, qui tiene sin duda base Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 107/1995 de 26 de junio de 1995 sobre la Ley 4/189 de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre de 27 de marzo”. MARTIN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. Madrid: Trivium, 1995. p. 35-36.

¹³⁷¹ Usando aqui a expressão de: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 69-70.

¹³⁷² Utilizamos a expressão “dimensão” de direitos ao invés de gerações, no sentido de Sarlet e Guerra Filho. Segundo Sarlet, “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um progresso cumulativo, de

direitos¹³⁷³), são essencialmente diversos os seus objetos. Caso fosse outro o entendimento, bastaria ao legislador constituinte citar o termo “meio ambiente”, fazendo entender como tal, o conjunto de todos os bens ambientais, culturais, urbanísticos etc.

Não queremos com isso negar a existência de um meio ambiente artificial que se compõe daqueles elementos (ambiente do trabalho, urbano e cultural) e que se contrapõe ao meio ambiente natural. O que se quer evidenciar aqui é que o meio ambiente artificial é objeto de tutela de outras disciplinas jurídicas especializadas (direito urbanístico, direito do trabalho e direito do patrimônio cultural etc) que não se confundem, ainda que existam fortes laços entre elas¹³⁷⁴¹³⁷⁵¹³⁷⁶.

Dessa forma, em conclusão às ideias expostas, dizemos que o meio ambiente natural, não construído pelo homem, possui um espectro de abrangência e proteção mais nobre e mais largo do que o meio ambiente artificial, que, em última análise, deve-se conformar às regras e exigências do meio ambiente natural. Rodrigues¹³⁷⁷ sintetiza essa posição na seguinte frase: “não há possibilidade de haver meio ambiente artificial sem um meio ambiente natural (ou seus componentes), mas o inverso é perfeitamente possível, já que foi o homem que chegou depois”. E para fins de eficácia do discurso jurídico, importa conferir objetos bem delimitados a cada disciplina jurídica, ainda que entre tais objetos possa haver interseções e influências mútuas. Da mesma maneira que se propõe distinguir os diversos ramos do Direito sem perder a noção de integralidade do sistema jurídico, buscamos aqui reforçar a ideia de distinção dos objetos das disciplinas jurídicas sem perder a noção de integralidade do ambiente e seus elementos¹³⁷⁸.

complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”. No mesmo sentido, Guerra Filho, ao enfatizar que “mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realhá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 47; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 26.

¹³⁷³ A proteção ao meio ambiente e ao patrimônio cultural insere-se no rol de direitos coletivos e difusos de terceira dimensão. Tais direitos têm como titular não um indivíduo nem determinado grupo, mas todo “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Nesse sentido, entre outros: SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 51-57, jul./set., 2002.

¹³⁷⁴ Nesse sentido também Correia, quando anota que “o direito do ambiente deve ser delimitado por uma série de círculos concêntricos, que traduzam o caráter total ou parcialmente ambiental da norma jurídica. Há, assim, um núcleo central de normas jurídicas, teleologicamente voltadas para os problemas ambientais, que constituem o direito do ambiente. Paralelamente, certos “direitos” são influenciados pelo direito do ambiente de modo privilegiado, na medida em que muitas das regras jurídicas que se aplicam ao seu objeto são também influenciadas pela ideia de proteção do meio ambiente. É o que acontece, de modo particular, com o direito do urbanismo e também com o direito do ordenamento do território”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito Urbanístico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 115 e ss.

¹³⁷⁵ Interessante é, ainda, o texto de Birtles e Stein, que trata dos instrumentos urbanísticos e sua utilização com fins de preservação ambiental e controladora, notadamente na medida em que condicionam o uso do solo, influenciando na utilização de materiais e nas atividades desenvolvidas sobre determinada área. Cf. BIRTLES, William; STEIN, Richard. **Planning and Environmental Law**. London: Longman, 1994. p. 64 e ss.

¹³⁷⁶ Lembremos, ainda, dos instrumentos de direito ambiental assimilados pelo direito urbanístico (Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV) e expressamente assumidos no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001, inciso VI, do artigo 4º).

¹³⁷⁷ Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 81.

¹³⁷⁸ Nesse sentido, Amaral, ao dizer que “uma coisa é haver sobreposições, implicações, interação de conceitos, políticas e normas de natureza distinta; outra coisa é integrar tudo numa única noção tão ampla e abrangente que tudo confunda, e não permita criar identidades próprias e particularidades específicas”. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p.11-40, junho, 1994.

3.3. Direito urbanístico x direito do patrimônio cultural

Da mesma forma em que assistimos à tendência de incluir a disciplina do direito do patrimônio cultural como elemento do direito ambiental, também se verifica no contexto da teoria do direito urbanístico uma “apropriação” daquela temática. E se, por um lado, não se questiona que os bens culturais sejam objeto do direito urbanístico e em determinados casos, também do direito ambiental¹³⁷⁹, o fato de o patrimônio cultural ser elemento relevante na disciplina do solo urbano não significa que as disciplinas tenham se “fundido” completamente. Trata-se, portanto, de relações estreitas e interseções temáticas, mas não de perda de autonomia metodológica.

As novas dimensões que se têm desenvolvido sobre a salvaguarda dos bens culturais refletem uma ampliação no sentido e na finalidade dos planos urbanísticos. A relevância que estes possuem na atualidade se dá pelo reconhecimento de que nos planos devem harmonizar todas as formas e usos do território. E os bens culturais impõem uma forma de usar especial, que não pode ser ignorada.

É que os bens que carregam em si valores culturais têm uma tal relevância jurídica que sua proteção se dá de diversas formas (vide Constituição Federal, art. 216, §1º), assim como são diversos os objetos que compõem o patrimônio cultural.

Dentre a diversidade de bens culturais destacam-se os bens imóveis, os bens arqueológicos e paisagísticos, sensivelmente atingidos pelas regras de utilização do solo. Nesse contexto, o interesse em preservá-los importa, necessariamente, em medidas restritivas da utilização do solo que é, enquanto tal, objeto da disciplina urbanística.

A especificidade do direito do patrimônio cultural não se perderá, entretanto, em razão dessa “apropriação” do bem cultural pela disciplina dos solos. A interseção terá por limite o conteúdo e as condições de uso, conservação e valorização definidos no direito especial. Somente a legislação especializada poderá dizer o que é um bem cultural. A lei urbanística se limitará a identificá-lo e a tutelá-lo, traçando regime coerente no contexto do planejamento territorial conforme suas próprias especialidades, apropriando-se de conceitos e critérios originariamente cunhados pela legislação especial do patrimônio cultural.

Queremos com isso dizer que a cada disciplina corresponderá uma maneira de atuar e agir sobre o patrimônio. Ainda que em ambas se verifiquem instrumentos que levam à tutela, proteção, conservação e valorização do bem cultural, as noções que o direito urbanístico assimila não faz dele a matriz do direito do patrimônio cultural ou vice-versa. Ao contrário, a disciplina urbanística assimila e deverá, em regra, priorizar os fins e objetivos definidos para os bens culturais em sede de direito do patrimônio cultural, ainda que por vezes o caráter distinto e a quase imutabilidade dos bens culturais venham ao encontro de interesses urbanísticos¹³⁸⁰.

A relevância dos bens culturais imóveis na disciplina do direito urbanístico não é menosprezada ao afirmarmos essa distinção. Ao contrário, o que se deve assumir é que a interseção estabelecida tem sim uma dimensão teórica e prática para além das tímidas considerações feitas até então pela doutrina e jurisprudência de nosso país. A interseção do direito urbanístico, nesse sentido, aponta para uma atuação autônoma da tutela de bens culturais, ainda que na ausência da manifestação de órgãos especializados na matéria patrimonial, o que será, a nosso ver, de extrema utilidade para a salvaguarda dos bens culturais. A salvaguarda dos bens culturais, inclusive, é o que justifica a atuação de todos os níveis de governo em nossa estrutura federativa e prenuncia a ampliação dos meios de atuação do Estado na realização dessa tarefa (art. 216, §1º, CF/88).

¹³⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 21.

¹³⁸⁰ Semelhante conclusão é encontrada na doutrina italiana de Urbani e Matteucci, quando comentam a relação entre a planificação urbanística e a salvaguarda dos bens paisagístico: “cio que distingue le due discipline sono gli interessi pubblici che esse mirano a soddisfare. Mentre l’urbanistica ha ad oggetto l’armonizzazione in virtù del suo valore estetico-culturale e assume posizione di prevalenza nei confronti della prima. (...) In realtà la tutela del paesaggio avviene sia attraverso provvedimenti di pianificazione territoriale – piani paesaggistici, piani regolatori comunali – sia attraverso l’imposizione dei cosiddetti vincoli paesaggistici”. Cf. URBANI, Paolo; MATTEUCCI, Stefano. **Diritto Urbanistico**. Organizzazione e rapporti. 3. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2004. p. 236-237.

É o direito urbanístico, por outro lado, que se submeterá aos preceitos do direito do patrimônio cultural no momento em que planificar uma área donde se localizem bens imóveis tombados por órgãos especializados ou bens que se revelem portadores de nossas referências culturais, na medida em que se promovam os estudos e levantamentos próprios sobre o ambiente urbano a planificar. A legislação de cunho urbanístico não poderá ignorar os bens já tutelados, ao contrário, deve ampliar os efeitos da salvaguarda (propriamente ligados à servidão que lhes assiste e à proteção, conservação e valorização), sem, no entanto, alterar a destinação do bem tutelado¹³⁸¹.

Compreendemos, pois, que as disciplinas jurídicas tocam-se em momentos específicos na tutela do patrimônio cultural imóvel, mantendo-se, entretanto, individualizadas teoricamente cada qual com o seu objeto específico de regulamentação.

A noção será desenvolvida, ainda, em diversos outros pontos do presente trabalho.

4. Da posição assumida e suas implicações

Essa dificuldade em identificar os objetos do direito ambiental, urbanístico e do patrimônio cultural não é privilégio da doutrina e legislação brasileiras. Também em regimes estrangeiros¹³⁸² a doutrina enfrenta as mesmas questões.

Gomes¹³⁸³ anota a respeito do conceito amplo de ambiente adotado nas normas constitucionais e infraconstitucionais de Portugal. A Constituição portuguesa é, por assim dizer, a “responsável” pela acepção *gianniniana* de ambiente¹³⁸⁴. Em verdade, ao definir como objetivos do Estado de ambiente ações, como “ordenamento do território, no sentido da promoção de um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e da valorização da paisagem” (alínea b) e “a promoção da qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas” (alínea e), a Carta Fundamental abre margem a interpretações amplíssimas do meio ambiente, criticadas por boa parte da doutrina portuguesa.

A Lei de Bases da Política Ambiental Portuguesa (LBA), por sua vez, define o ambiente como “o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos fatores económicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”¹³⁸⁵. E no artigo 17, indicam-se mais três elementos componentes do ambiente: a paisagem, o patrimônio natural e construído e a poluição.

Como bem assinala Gomes¹³⁸⁶,

(...) reconduzir ao Direito do Ambiente e, portanto, ao seu objeto, o patrimônio cultural construído, é misturar finalidade de proteção de valores civilizacionais com

¹³⁸¹ Nesse sentido, mencionamos novamente Nabais, ao compreender os interesses culturais prevalecem sobre os interesses urbanísticos, considerando que estes não constituem algo em si mesmo, mas um instrumento de concretização da disciplina integral do território. Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 58.

¹³⁸² Segundo Alonso Ibañez, “(...) en el derecho español espacios naturales y espacios culturales no son un *totum revolutum*, no tienen un tratamiento jurídico uniforme. Al contrario, possuem estatutos jurídicos distintos, conformam “ambientes” diferentes”. Cf. ALONSO IBAÑEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 33.

¹³⁸³ C. GOMES, Carla Amado. Direito do Patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: O que os une e o que os separa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 1, v. XIII, p. 353-360, 2001.

¹³⁸⁴ Acerca da concepção desenvolvida na Itália na década de 1970, já tecemos algumas considerações no Capítulo II, da Parte I. Lembremos que, para Goannini, o ambiente, juridicamente, se apresentava de modo setorial e desarticulado. Sua teoria se fundamenta em um ambiente urbanístico, ou, em outras palavras, era concebido com caráter globalizador, incluindo na disciplina do território, o tratamento dos valores ambientais e culturais. Cf. ALONSO IBAÑEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 46.

¹³⁸⁵ Cf. GOMES, Carla Amado. Direito do Patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une e o que os separa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n.1, v. XIII, p. 353-360, 2001.

¹³⁸⁶ GOMES, Carla Amado. O Ambiente como Objeto e os Objetos do Direito do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 11/12, p. 43-68, jun./dez., 1999.

valores ecológicos, obra humana com obra natural. A tutela do patrimônio cultural protege a memória de um povo, o passado; a tutela do ambiente visa a assegurar, de forma indireta, a sobrevivência física dos membros de uma comunidade, atuais e vindouros, ou seja, o presente e o futuro.

Trata-se da separação entre os componentes ambientais e construídos (ou ambientais humanos) de modo a propiciar a proteção de cada um desses elementos e concretizar a tarefa constitucional. A própria Constituição brasileira (assim como a portuguesa) individualizou esses vários componentes, quer ambientais (art. 215, CF/88), quer humanos ou culturais (art. 182, art 216, CF/88), que são objetos de proteção jurídica específica (direito ambiental, direito do patrimônio cultural e direito urbanístico).

Como bem salienta Sendim¹³⁸⁷, esses componentes são como que

as faces visíveis do ambiente enquanto objeto de direito. A razão da sua tutela jurídica está na sua específica aptidão para potenciarem um ambiente globalmente adequado, ou, inversamente, na sua capacidade para, quando deteriorados, causarem uma perturbação do ambiente. Representam, neste ângulo, *o modo de o Direito proteger o ambiente*.

No mesmo sentido, ao desenvolver a questão sob o ponto de vista da disciplina dos bens culturais, Silva¹³⁸⁸ aponta que a

proteção dos bens que integram o patrimônio cultural distingue-se, porque se autonomiza, da proteção dos bens da natureza. Na mesma linha, entendemos que apesar de estar hoje em voga uma noção ampla de ambiente no que toca à aplicação de instrumentos globais de prevenção e controlo (de entre os quais se destaca a Avaliação de Impacto Ambiental – AIA), onde se inclui também o patrimônio cultural, tal não constitui fundamento suficiente para recuperarmos a categoria dos bens culturais ambientais, proposta pela Comissão Franceschini em 1966.

Na doutrina portuguesa encontramos, ainda, os que defendem a autonomização do direito do patrimônio cultural, ainda que este represente um “domínio relativamente especializado do direito do ambiente”¹³⁸⁹. Segundo Nabais, para além da distinção que a legislação portuguesa denota, outro elemento deve ser tomado em conta: as estruturas governamentais do patrimônio cultural e do meio ambiente natural apresentam-se distintas e especializadas. Em Portugal, enquanto o patrimônio cultural está sob a tutela do Ministério da Cultura¹³⁹⁰, o patrimônio natural está sob a tutela do Ministério do Ambiente¹³⁹¹.

Da mesma forma ocorre no Brasil, onde as questões culturais encontram-se tratadas em sede do Ministério da Cultura e as questões ambientais em sede do Ministério do Meio Ambiente¹³⁹².

Essa é, ainda, a posição de Alonso Ibañez¹³⁹³, ao afirmar que a existência da categoria de bens culturais ambientais (ou paisagísticos) não implica em uma acepção ampla do conceito de bem ambiental, ou de direito ambiental. A sistematização legal espanhola se afasta, assim, da já

¹³⁸⁷ Cf. SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002. p.

31.

¹³⁸⁸ Cf. SILVA, Suzanna Maria Tavares. Da “Contemplação da Ruína” ao Patrimônio Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada dos Bens Culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, p. 69-93, ano V, 2002.

¹³⁸⁹ NABAIS, José Casalta. Noção e Âmbito do Direito do Patrimônio Cultural. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/3, p. 11-38, 2000 e NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 33-34

¹³⁹⁰ Conferir Decreto-Lei n. 215/2006, de 27 de outubro, Lei orgânica do Ministério da Cultura Português.

¹³⁹¹ Conferir sites oficiais do governo português: <http://www.maotdr.gov.pt> e <http://www.portaldacultura.gov.pt>. Acesso em: 8 mar. 2010.

¹³⁹² Conferir sites oficiais do governo brasileiro: www.cultura.gov.br e www.meioambiente.gov.br e ainda www.cidades.gov.br. Acesso em: 8 mar. 2010.

¹³⁹³ ALONSO IBÁÑEZ, Maria del Rosário. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 31 e ss

mencionada declaração XXXIX, da Comissão Franceschini de 1966, uma vez que seus termos aglutinam as noções de bens paisagísticos, ambientais, culturais e urbanísticos. Tal formulação não seria, assim, assimilável pelo ordenamento espanhol sob pena de propiciar uma

auténtica confusión jurídica entre lo que se pudiera de alguna manera llamar bienes ambientales y bienes culturales – expresiones que no cuentan con arraigo entre nosotros – desconocería el hecho de que en el Derecho español espacios naturales y espacios culturales no son un totum revolutum, no tienen un tratamiento jurídico uniforme. Al contrario, poseen estatutos jurídicos distintos, conforman “ambientes” diferentes.

Segundo, ainda, Frier¹³⁹⁴, na concepção francesa, o ambiente diz respeito, por essencial, ao patrimônio natural. Não obstante, em razão das interações estreitas desses bens, diversos textos “ambientais”, tendo como objetivo primeiro a proteção da natureza, leva em consideração as dimensões históricas e artísticas dos espaços protegidos. Não se trata, como visto, de uma ampliação do objeto do direito ambiental, mas do reconhecimento de que muitas vezes o espaço, solo, área a ser protegida guarda interesses e valores diversos.

Não se pode afirmar, ainda, que o patrimônio cultural é disciplina subjacente ao direito ambiental pelo só fato de haver, em suas disposições, a mobilização em prol da proteção do patrimônio paisagístico e de áreas com notável interesse natural¹³⁹⁵. Vê-se, desde já, que aqui a disciplina do patrimônio cultural apenas tutela o bem ambiental na medida em que este representa um interesse culturalmente protegido, tendo por fim em si mesmo a conservação do bem por sua representatividade cultural e não por seu valor enquanto elemento da natureza ou enquanto componente de um equilíbrio ecológico.

Nesse sentido, ressalta a doutrina italiana mais moderna¹³⁹⁶, entendendo que a noção de bem paisagístico, ao contrário, reforça a distinção conceitual e dogmática entre bem ambiental, bem urbanístico e bem cultural. A conotação do conceito é mais “cultural”, que “ecológica” (ambiental) ou mesmo “edilícia” (urbanística). Ademais, a caracterização da paisagem em seu sentido cultural contribui para superar a incerteza nutrida pelo incerto e indiferente uso do termo “ambiental” e “paisagístico”, seja pela doutrina, seja pela legislação. Entendendo por paisagem “uma parte homogênea do território cujas características derivam da natureza, da história humana ou de sua recíproca interrelação” (art. 131, 1, do *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Decreto-Lei n. 42, 22, gennaio, 2004), o fundamento de sua tutela reside não na exigência de proteção ao meio ambiente, mas na necessidade de conservar e valorizar as diversas expressões externas do território que são relevantes no plano estético, histórico ou simplesmente naturalístico. É a forma externa do território a ser tutelada enquanto esboço da natureza na qual o homem pode identificar manifestações de identidade da coletividade que se reflete no território que habita.

A paisagem é, em outros termos, manifestação identitária perceptível do território (art. 131, 2, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Decreto-Lei n. 42, 22, gennaio, 2004) e, por consequência, exprime a história do território em cuja comunidade nacional se identifica.

Outro argumento que adensa a distinção e autonomia entre os bens e, portanto, entre as disciplinas de direito do patrimônio cultural e direito ambiental está relacionado aos fundamentos atuais da proteção desses bens.

¹³⁹⁴ “Dans la conception française, l’environnement ne concerne, pour l’essentiel, que le patrimoine naturel. Cependant, en raison des interactions étroites, divers textes “environnementaux”, tout en ayant comme objectif premier la protection de la nature, prennent en compte les dimensions historiques et artistiques de l’espace protégé”. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. *Droit du patrimoine culturel*. Paris: Puf, 1997. p. 72 e ss.

¹³⁹⁵ Está prevista expressamente no Decreto-Lei n. 25/37 a proteção dos bens da natureza: “Art. 1º (...) § 2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela Natureza ou agenciados pela indústria humana”.

¹³⁹⁶ Cf. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*. Padova: CEDAM, 2006. p. 44-45

Enquanto despontam, na doutrina ambientalista, as razões moderadas do ecocentrismo, amplia-se a noção de que os bens naturais devem ser protegidos por si mesmos, incluindo nessa noção o homem enquanto elemento da natureza. A doutrina do patrimônio cultural se sustenta na necessidade da patrimonialização de certos bens em razão da sua conexão com o homem. O bem cultural é “merecedor” de um reconhecimento social, em função do desenvolvimento humano que este poderá proporcionar¹³⁹⁷. Há, nitidamente, uma sujeição dos bens culturais aos interesses humanos, uma vez que estes são frutos da ingerência do homem, e não o contrário.

É nesse sentido que assumimos o presente trabalho, tratando do direito do patrimônio cultural como disciplina própria para tratar dos bens de interesse cultural, sendo este o valor que lhes configura unidade sistemática e distingue das demais disciplinas jurídicas, a saber, do direito urbanístico e o direito ambiental.

5. Das semelhanças entre as disciplinas

5.1. Direitos difusos e bens patrimoniais

Os bens objetos do direito do patrimônio cultural e do direito ambiental guardam, entretanto, semelhanças. Ambos são considerados direitos de terceira dimensão, ou, direitos difusos. Da mesma maneira, direitos forjados no bojo do direito urbanístico assimilam o caráter de interesses difusos, como veremos.

O direito difuso

estrutura-se como um interesse pertencente a todos e cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva do domínio. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere à norma¹³⁹⁸.

Assim, “no que se refere a sua natureza, o ambiente é um interesse público difuso, unitário e pluralista”¹³⁹⁹.

Nesse sentido, também é o entendimento de Machado, que afirma que o meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. É um direito transindividual e por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada¹⁴⁰⁰.

Essa interpretação decorre do art. 225, caput, da Constituição Federal brasileira onde se consagra que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹³⁹⁷ “Soutenir la création culturelle pour elle-même ou protéger les biens culturels pour eux-mêmes n’auraient aucun sens. Si le droit reconnaît la nécessité d’une patrimonialisation de certains biens, la raison doit en être notamment recherchée dans le rôle tout à fait original qui est le leur, dans les rapports intimes qu’ils entretiennent avec l’homme. Qu’ils soient considérés comme méritant une patrimonialisation ou pas, les biens culturels ne ont pas des biens anodins; ce sont des bien porteurs de sens qui concourent au développement humain. Ceux à qui est conférée la qualification patrimoniale remplissent en outre une fonction sociale spécifique.” Cf. LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006. p. 14.

¹³⁹⁸ Cf. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 20-21.

¹³⁹⁹ Cf. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 47.

¹⁴⁰⁰ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116.

A locução “todos têm direito” cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, assegurado e garantido pelo direito ao exercício da Ação Popular Ambiental, prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal brasileira¹⁴⁰¹.

Para além disso, o patrimônio cultural e o patrimônio ambiental são compostos por bens que integram a noção de *patrimônio nacional*, patrimônio público ou, como tratam os franceses, *patrimoine commun de la nation*, o que implica em reconhecer um caráter solidarista da propriedade. Nesse sentido, recai sobre tais bens um direito que busca uma terceira via entre o liberalismo e o coletivismo. Trata-se da teoria solidarista desenvolvida no final do século XIX por Duguit. Segundo Duguit, o homem é um componente da sociedade em que vive como uma célula é no organismo ao qual pertence: dependente dos outros, cada um deverá, segundo essa análise, agir no interesse coletivo, tendo um comportamento solidarista que se impõe a todos os homens¹⁴⁰².

Uma vez consagrado como patrimônio comum, compreende-se com isso que os bens que lhe integram submetem-se a um regime especial. Sobre os bens comuns convergem interesses privados e públicos. A noção que o próprio termo “patrimônio” expressa liga-se ao sentido de hereditariedade, de transmissão. Nesse sentido, os bens que integram o patrimônio comum devem atender à coletividade presente e também ser transmitidos às gerações futuras. Desse ponto de vista, conclui-se que cada geração recebe um conjunto de elementos ambientais e culturais como herança e deve assegurar a transmissão destes àqueles que sobreviverem¹⁴⁰³.

Canotilho e Vital Moreira¹⁴⁰⁴, ao comentar a Constituição portuguesa, afirmam que o direito de fruição e criação cultural é um direito individual e coletivo, cujas principais dimensões são: a) acesso a todos os bens, meios e instrumentos culturais e a todos os níveis; b) participação na cultura, possibilitando aos cidadãos e comunidades o direito de conformação do processo de produção cultural, como titulares de participação democrática activa (criação) e não meramente passiva (fruição); c) comparticipação na defesa e enriquecimento do patrimônio cultural comum.

Nesse sentido, pode-se afirmar que aquela Carta Constitucional contempla uma dupla vertente no que tange aos interesses culturais. Por um lado, consagra a matéria sob a ótica subjetiva e, por outro lado, como interesse coletivo ou difuso.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras reconhecem, ainda, a existência de interesses difusos e coletivos no campo das relações entre homem/cidade – próprias do urbanismo e de seu complexo de normas jurídicas correlatas.

Nesse sentido é a atuação do Ministério Público naquele país, onde se admite a interposição de Ação Civil Pública para a defesa de interesses metaindividuais identificados, por exemplo, no loteamento de um novo bairro residencial. O loteamento é um patrimônio da coletividade, pois essa nova realidade urbanística afeta a cidade, sobrecarregando seus equipamentos urbanos, sua malha viária e infraestrutura, bem como comprometendo os serviços públicos da urbe. Sua implantação transcende, assim, os direitos subjetivos dos proprietários dos lotes, podendo-se falar na “existência de um direito comunitário de todo o povo, ao desfrute do novo bairro, como unidade urbanística do todo que é a Cidade. O loteamento, sobe essa visão, não é patrimônio de um conjunto de pessoas, mas sim, núcleo urbano de interesse comum de todos”¹⁴⁰⁵.

Em decorrência desse entendimento, tem-se admitido que caberá ao Ministério Público legitimidade para postular regularização de loteamentos clandestinos, uma vez que o

¹⁴⁰¹ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116.

¹⁴⁰² Nesse sentido os comentários à obra de DUGUIT em ATTARD, Jérôme. Le Fondement Solidariste du concept “environnement – patrimoine commun”. **Revue Juridique de L’environnement**, Strasbourg, n.2, p. a, 2003.

¹⁴⁰³ A ideia de patrimônio que se assume no mundo ocidental moderno tem origem na concepção da Roma antiga de *patrimonium*. Nessa época, dispor de um patrimônio representava ter a obrigação de transmiti-lo, da forma como foi recebido, à geração futura. Tem-se aqui a fonte de inspiração dos autores solidaristas. Cf. ATTARD, Jérôme. Le Fondement Solidariste du concept “environnement – patrimoine commun”. **Revue Juridique de L’environnement**, Strasbourg, n. 2, p. a, 2003.

¹⁴⁰⁴ CANOTILHO, J. Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 886 e ss.

¹⁴⁰⁵ Cf. FREITAS, José Carlos. Dos interesses Metaindividuais Urbanísticos. In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: CAOHURB, 1999. p. 281-303.

descumprimento das normas que regulam a ocupação do solo não atinge somente aquelas pessoas que, diretamente, estão inseridas no contexto, como moradores e ocupantes locais, mas, de certa forma, à toda comunidade. A ocupação ordenada e obediente às posturas públicas atinge a todos, inclusive sob a ótica das influências sócio-culturais. A coletividade, no seu todo, padece com a degradação, consequência da desobediência aos comandos normativos¹⁴⁰⁶.

5.2. Dos princípios comuns

Além de possuir por objeto bens patrimoniais, cuja proteção se fundamenta na teoria dos direitos difusos, as disciplinas do direito ambiental, patrimonial e urbanístico compartilham alguns princípios jurídicos.

Desenvolvidos a partir de questões tipicamente ambientais, ligadas aos bens da natureza e a ameaça que lhes impõe a sociedade do risco em que vivemos, os princípios da prevenção e da sustentabilidade aplicam-se subsidiariamente ao patrimônio cultural e aos fins do direito urbanístico.

Da mesma maneira, princípios que se aplicam amplamente no direito urbanístico são, também, comuns aos bens culturais, como é o caso da função social da propriedade.

Centremo-nos nos princípios da prevenção e da sustentabilidade, por sua relevância, lembrando que o princípio da função social já teve desenvolvimento em capítulo próprio (capítulo III, título I).

Os princípios da prevenção e da sustentabilidade são aplicáveis aos bens culturais, por se tratarem de bens cuja fragilidade e constante ameaça justificam um tratamento diferenciado. Não se trata, aqui, de assumir esses bens enquanto objetos da disciplina do direito ambiental. Esses princípios são comuns aos bens naturais e culturais, mas se constroem e se aplicam a cada qual, de maneira diferenciada.

É certo que princípios como o da prevenção e da sustentabilidade são muito mais evidenciados e mais célebres no contexto do direito ambiental. Porém, a ideia que preconizam e os objetos dos quais se ocupam não se limitam aos bens naturais, sendo também apreendidos pelo direito do patrimônio cultural, conforme se verifica da legislação produzida nesse ramo jurídico.

Como assinala Silva¹⁴⁰⁷, o princípio da prevenção, que assume particular importância no direito do ambiente, deve ser aplicado aos bens que integram o patrimônio cultural com algumas adaptações. Essa aplicabilidade se justifica na medida em que a conservação desses bens não poderá se restringir a apenas recuperá-los, mas sim a prevenir o seu desaparecimento, a sua depreciação ou ainda a permitir que a realização de empreendimentos ligados ao “progresso” socioeconômico das populações não coloque em causa a sua existência.

Da legislação pertinente aos bens culturais é possível identificar os princípios da prevenção e da sustentabilidade, o qual trataremos com maior atenção.

5.2.1. Do princípio da prevenção

A recomendação da Unesco, de 1972, constata que “patrimônio cultural e o patrimônio natural são cada vez mais ameaçados de destruição, não somente pelas causas tradicionais de degradação, mas

¹⁴⁰⁶ Apelação Cível n. 20.081-5/3, Estado de São Paulo, Município de Presidente Venceslau, 6ª Câmara de Direito Civil, j. 22/06/1998. Relator. Des. Afonso Faro.

¹⁴⁰⁷ SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Patrimônio Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, p. 69-93, ano V, 2002.

também pela evolução da vida social e econômica, que se agrava com fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais temíveis”.

Essa ameaça de destruição está na origem das medidas de proteção ao patrimônio cultural e se assenta no fato de tais bens serem “incomparáveis e insubstituíveis”, o que lhes confere uma “irrepetibilidade”, um valor de “únicos”. A proteção desses bens será, essencialmente, uma medida que deve “evitar” o dano, que se concretizará a partir da “prevenção”.

Prevenir é identificar as possíveis ameaças e firmar atos que evitem a concretização dos danos previstos.

Especificamente no âmbito do direito ambiental, o “Traité de Maastricht”¹⁴⁰⁸, que trata da União Europeia, estabelece no art. 130, R. 2:

2. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté.

Segundo os desenvolvimentos doutrinários do princípio da prevenção¹⁴⁰⁹, esta consiste em impedir a ocorrência de atentados danosos a um bem, por meio de medidas apropriadas ditas preventivas tomadas em consideração na ocasião da elaboração de planos ou na realização de obras ou atividades. A ação preventiva “antecipa” eventos, deixando claros os possíveis resultados de uma atividade. “Prevenir é preferível que remediar”. O ditado popular resume aquilo que se adota como princípio no trato das questões envolvendo o patrimônio cultural. Nesse sentido, todas as medidas preventivas são privilegiadas e devem ser tomadas para evitar os danos a esses bens.

Nesse contexto enquadram-se os “estudos de impacto”¹⁴¹⁰, que realizam uma pesquisa preventiva, de maneira científica e imparcial acerca da inserção de uma ação ou atividade (projeto) e seus efeitos no meio cultural, ambiental e urbanístico.

Para Teixeira¹⁴¹¹, o

princípio básico em matéria de patrimônio cultural é o princípio da prevenção. Com efeito, o levantamento, o estudo e a inventariação dos bens visam a despoletar e oficializar a informação necessária para acautelar situações antes da ocorrência de danos ou do desaparecimento dos objetos susceptíveis de proteção, funcionando

¹⁴⁰⁸ Cf. TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE - *Journal officiel n. C 191 du 29 juillet 1992* “TITRE XVI - ENVIRONNEMENT - Article 130 R .1. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants: - la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, - la protection de la santé des personnes, - l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, - la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement.

¹⁴⁰⁹ Cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 71.

¹⁴¹⁰ Nesse sentido também reconhece Frier, ao afirmar que “os estudos de impacto devem tomar em consideração uma noção de ambiente mais ampla possível, no sentido de estudar os efeitos dos projetos sobre a natureza e sobre o patrimônio cultural”. Trata-se, conforme se pode concluir de seus posicionamentos, de utilizar os estudos de impacto com fins de prevenção do patrimônio cultural. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris: Puf, 1997. p. 74. Da mesma maneira, Larrouy-Castera e Ourliac desenvolvem a aplicação desse instrumento na medida em que o urbanismo também se ocupa da prevenção de riscos. Cf. LARROUY-CASTERA, Xavier; OURLIAC, Jean-Paul. **Risques et Urbanisme**. Risques naturels – risques technologiques, prévention, responsabilités. Paris: Le Moniteur, 2004. Para uma análise dos estudos de impacto e seus elementos recomendamos, por fim, a leitura de PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 71 e ss.

¹⁴¹¹ Teixeira ainda aponta como princípios do direito do patrimônio cultural o da informação e divulgação, assim como da sensibilização e educação do público em geral. O primeiro aspecto anda associado ao direito constitucionalmente reconhecido de informar, ser informado e informar-se e sustenta a ideia de conhecer para proteger melhor. E o segundo aspecto encontra-se ligado ao comprometimento estadual na formação e elevação dos índices culturais da população em geral como condição de democraticidade. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da Proteção do Patrimônio Cultural. **Textos. Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. III, p. 61-107, 1996.

como operadores de prevenção. Por outro lado, a classificação visa em larga medida preventivamente, a conferir um estatuto especial ou mesmo pôr a salvo os bens que mereçam especial proteção.

5.2.2. *Da sustentabilidade do bem cultural*

A sustentabilidade é mais que um princípio dos bens culturais, é um elemento essencial para a sua existência.

No momento em que o bem cultural é assim declarado, a sua imutabilidade e o dever de conservação se estabelecem. Em consequência, surgem os principais problemas relacionados ao património cultural. Não basta estabelecer a tutela do bem, incluindo-o no rol de bens culturais. A sua manutenção e conservação representam elementos de relevância central, sem os quais não se poderá falar em “transmissão” ou em acesso a esses bens às “gerações futuras”¹⁴¹².

Nesse sentido, é necessário regulamentar o uso ou como se dará o aproveitamento dos bens culturais, de maneira que estes não se tornem “insustentáveis”, ao mesmo tempo em que não percam seu caráter originário.

Algumas legislações se manifestam expressamente sobre a questão da utilização dos bens culturais, outras, como é o caso da legislação brasileira de âmbito federal, silencia a respeito, deixando a cargo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) a avaliação de eventuais usos ou alterações do bem cultural.

Segundo Silva¹⁴¹³, a legislação bávara estabelece no art. 5º, que deve ser dada preferência a um aproveitamento do bem idêntico ao seu uso originário; se este não for possível, deve aceitar-se preferencialmente um aproveitamento que mantenha substancialmente o uso originário do bem.

Não existe, ainda segundo Silva, na Legislação de Bases Portuguesa (LPC), nenhuma disposição semelhante ou aproximada, pelo que se conclui que não foi do interesse do legislador ordinário regulamentar essa matéria, deixando a cargo dos técnicos e órgãos da Administração responsáveis pela área do património, que determinem, caso a caso, se uma tal solução é viável ou não.

Entretanto, ainda que não encontremos expressamente na legislação ordinária dos países sob análise uma determinação acerca da utilização dos bens culturais com vistas a sua sustentabilidade, as normas de caráter internacional indicam um caminho a traçar no momento de estabelecer o uso desses bens.

A *Carta de Atenas* de 1931 já recomendava que se mantivesse “a ocupação dos monumentos que assegure a continuidade da sua vida, consagrando-os sempre a afetações que respeitem o seu caráter histórico ou artístico”¹⁴¹⁴.

No mesmo sentido, a *Carta de Veneza* desenvolve conceitos, atentando para o fato de que “a conservação é sempre favorecida pela sua adaptação a uma função útil à sociedade”. E acrescenta que esse aproveitamento ou afetação do bem cultural deve ser efetuado “mas não pode nem deve alterar a disposição e a decoração dos edifícios”¹⁴¹⁵.

¹⁴¹² A Lei espanhola n. 16/1985, de 25 de junho, que trata do Patrimônio Histórico Espanhol, assume em seu artigo 1º como objetivo “la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español”. O compromisso intergeracional implica, portanto, em sustentabilidade dos bens culturais. Cf. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código Del Patrimonio Cultural**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 311.

¹⁴¹³ Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Patrimônio Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, p. 69-93.

¹⁴¹⁴ Cf. Doutrinas, princípios gerais da *Carta de Atenas* de outubro de 1931. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 17

¹⁴¹⁵ Cf. Art. 5º, *Carta de Veneza* de 1966. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 26.

Há, nesse contexto, que se identificar quais são os limites da conservação ou dos aspectos a serem conservados do bem cultural, para então se concluir acerca das possibilidades de uso desse patrimônio.

A sustentabilidade desses bens estará diretamente relacionada a esses limites. Quanto mais restritiva a compreensão desse conceito (de conservação e imutabilidade do bem), menores serão as variações do uso dos bens culturais.

A questão é de grande relevância, sobretudo, quando tratamos das políticas de renovação e do planejamento local urbanos. Diversas propostas conjugadas com políticas de habitação e de valorização patrimonial podem ser observadas no Brasil e em Portugal. Todas têm por objetivo comum recuperar um patrimônio em processo de desgaste físico e social que ameaça a sua integridade ao mesmo tempo que visam responder a questões sociais.

Trataremos dessa questão em nova oportunidade a seguir, na ocasião em que analisaremos aspectos da Renovação Urbana e sua função de salvaguarda do patrimônio cultural.

5.2.3. *Da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana*

Como já mencionamos, o patrimônio cultural beneficia-se de considerável atenção do constituinte brasileiro (art. 215, 216). As disposições constitucionais visam a garantir que os bens culturais de relevância para o país sejam conservados e transmitidos aos nossos descendentes.

Essa tutela implica uma série de medidas, que vão desde o reconhecimento, proteção, passando pela manutenção dos bens para que não se deteriorem com o tempo, a prevenção de riscos que eventualmente possam atingi-los e a valorização dos mesmos.

Prevenção, proteção e sustentabilidade são medidas associadas que se aplicam na medida da necessidade de que cada bem cultural com o objetivo maior de transmitir, às futuras gerações, um patrimônio cultural¹⁴¹⁶ autêntico e em condições de representar a expressão identitária daquela sociedade.

Esse compromisso com as gerações futuras se identifica expressamente no artigo 225 da Carta Constitucional brasileira. O compromisso ou solidariedade intergeracional se aplica ao patrimônio cultural, visto que essa transmissibilidade está na essência desses bens.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as *presentes e futuras gerações.*”

(...)

V - *controlar* a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem *risco* para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Por outro lado, tanto o patrimônio cultural, quanto o ambiental integram o conceito de “qualidade de vida”¹⁴¹⁷, noção que temos desenvolvido rapidamente em comentários esparsos desde o primeiro capítulo deste trabalho.

¹⁴¹⁶ Como já mencionamos, trata-se de uma perspectiva que se desenvolve entre as presentes e futuras gerações, como tem desenvolvido o direito internacional: “*the intergenerational equity*”. Cf. WEISS, Edith Brown. O Direito da biodiversidade no interesse das gerações presentes e futuras. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero8/confer%C3%AAncia.htm>. Acesso em: 11 mar. 2008.

¹⁴¹⁷ Segundo Prieur, o termo foi utilizado pela primeira em seu senso atual por B. De Jouvenel, em 1958, que reconhecia que “o problema essencial das formas futuras do progresso residem na qualidade de vida”. Nesse sentido, as orientações do comércio e do artesanato deveriam contribuir para melhorar a qualidade de vida. O termo abarcaria uma noção mais ampla que “meio ambiente” e consagraria os fins de uma política estatal comprometida. Cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 4

As constituições escritas do século XX avançaram em relação às precedentes no que se refere aos direitos individuais. Para além de se garantir o direito à vida, passa a integrar a noção desse direito, as condições que se devem garantir, para que o exercício do direito de viver seja realizado plenamente.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente realizada em 1972, na cidade de Estocolmo concebe e formaliza em sua declaração a noção de que o homem tem direito fundamental a “adequadas condições de vida, em um meio ambiente de qualidade” (princípio 1). Em sequência, a Declaração do Rio de Janeiro, fruto da Conferência das Nações Unidas conhecida como Eco/92, afirma que os seres humanos “têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (princípio 1).

A noção abrange diversos elementos da vida do ser humano e é, sem dúvida, ampla e muitas vezes vaga.

Na Constituição brasileira encontramos diversas menções aos termos “bem-estar” e “qualidade de vida”, tomados pelo constituinte como conceitos equivalentes¹⁴¹⁸.

Essas noções são amplas e se realizam no meio ambiente natural, urbano, no meio do trabalho e no meio cultural. A amplitude do conceito é tal que abarca toda envolvente do ser humano e, por essa razão, liga os objetos do direito do patrimônio cultural, do direito do trabalho, do direito urbanístico e do direito ambiental¹⁴¹⁹.

Para a maioria da doutrina brasileira, esse conceito justifica a defendida ligação de todos os objetos mencionados sob um único e amplo ramo jurídico: o direito do ambiente. Entretanto, conforme já defendemos, não se trata de um conceito suficientemente aglutinador e, tampouco denota a unidade do tratamento das disciplinas do direito ambiental, cultural, do trabalho e urbanístico. Ele é desenvolvido em termos vagos e dispersos e sua efetividade depende de uma série de elementos práticos.

A ONU anualmente faz uma classificação dos países e da qualidade de vida garantida nas cidades. Para concluir e classificar, são utilizados índices relacionados com a saúde, a educação e o produto interno bruto. Entretanto, tal classificação também merece críticas, visto que a vida é um elemento complexo e muitas vezes os índices de qualidade de vida não se compatibilizam com interesses ecológicos (o elevado nível de consumo consequência natural do aumento do produto interno bruto, por exemplo).

Não se pode negar, em todo caso, que a ótica da qualidade de vida influenciou muitos países e suas constituições, que passam a afirmar um direito a um ambiente sadio, o que reforça a ideia de que o homem deve se integrar à natureza e não ver esta enquanto objeto de apropriação. O equilíbrio entre

¹⁴¹⁸ “PREÂMBULO – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...) Art. 79. ° instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (...) 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. (...) Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (...) Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. (...) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1° - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.” Cf. MEDAUAR, Odete. *Coletânea de Legislação Administrativa*. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁴¹⁹ Nesse sentido, MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91.

as necessidades humanas e a capacidade de regeneração do meio ambiente deve ser observado, sob pena de um desequilíbrio que leva à perda ou diminuição da qualidade de vida.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu art. 11 que: “1. Toda pessoa tem direito de viver em um ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”¹⁴²⁰.

Diretamente ligada à noção de qualidade de vida, está a de *dignidade da pessoa humana*. Princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), assume-se que cada homem é fim em si mesmo¹⁴²¹. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas, e não estas em função do Estado¹⁴²². Aliás, de maneira pioneira o legislador constituinte, para reforçar a ideia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Toda e qualquer ação do ente estatal deve estar coordenado com tal princípio sob pena de inconstitucionalidade. A dignidade da pessoa humana é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

A pessoa é, nessa perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza¹⁴²³. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito, o que não implica um conceito “fixista” da dignidade da pessoa humana, o “*homo clausus*”, ou o “antropologicun fixo”. Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma “integração pragmática”¹⁴²⁴.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”¹⁴²⁵, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais¹⁴²⁶, o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais”, “*el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos*”¹⁴²⁷. “*Los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidade humana*”¹⁴²⁸. Daí falar-se, em consequência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo mas também cumprem funções estruturais; são “*conditio sine qua non del Estado constitucional democrático*”¹⁴²⁹.

¹⁴²⁰ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54-55.

¹⁴²¹ Nesse sentido Ascensão, ao anotar que “o homem é digno porque é pessoa. A dignidade não lhe é atribuída de fora, não é um *a mais*, é intrinsecamente decorrente da própria característica de ser pessoa, que é dialecticamente unitária desde a concepção até a morte. O homem é pois digno porque é dele constitutivo um projecto a realizar. Alardear dignidade sem atender à essência do homem é girar no vácuo. Por isso a universalizada referência à eminente dignidade da pessoa humana só ocorre, enquanto estiver esvaziada da sua essência. Devemos antes afirmar que o homem é um universo único e irrepetível, com liberdade e potencialidade de auto-realização. Sintetizando: o homem tem dignidade porque é pessoa. É um ser ético, porque é auto-consciente e dotado antes de mais de auto-determinação e consciência moral. Não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: é um ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua dignidade”. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 68, p. 97-124, janeiro, 2008.

¹⁴²² Nesse sentido, também, SILVA, José Afonso. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun., 1998.

¹⁴²³ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393 e ss.

¹⁴²⁴ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393 e ss.

¹⁴²⁵ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 54

¹⁴²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomos IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 162 e ss

¹⁴²⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 318.

¹⁴²⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 31 n. 121, p. 69-102. jan./mar., 1994.

¹⁴²⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 31 n. 121, p. 69-102. jan./mar., 1994.

Outrossim, a fundamentalidade desses direitos¹⁴³⁰, tanto formal como material. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos difíceis de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Com razão, Canotilho¹⁴³¹ aponta “que a interpretação da Constituição compreende uma teoria dos direitos fundamentais”. E, nas palavras de Pérez Luño¹⁴³²,

*para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectar-se, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Así, nuestro Tribunal Constitucional há reconocido, de forma expressiva, que los derechos fundamentales son el parámetro de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento*¹⁴³³.

Pérez Luño¹⁴³⁴ destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva. A *dimensão negativa* significa que a pessoa não venha ser objeto de ofensas ou humilhações. Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF/88). Com efeito, “a dignidade — ensina Miranda¹⁴³⁵ — pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável, a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade, a libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas¹⁴³⁶.

Por sua vez, a *dimensão positiva* presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, que supõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza¹⁴³⁷. Nesse sentido, deverá haver também uma ação positiva do Estado, afim de garantir entre os diversos aspectos das condições mínimas de vida digna, o bom e pleno acesso à moradia, aos benefícios da urbanização, à justa e plena distribuição das riquezas e também à cultura em suas diversas manifestações¹⁴³⁸.

É o que preconiza o art. 215, caput, da nossa Carta fundamental: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Tal preceito constitucional estabelece uma

¹⁴³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 503.

¹⁴³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 531 e ss.

¹⁴³² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: tecnos, 1990.

¹⁴³³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: tecnos, 1990. p. 310

¹⁴³⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: tecnos, 1990. p. 318.

¹⁴³⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 162 e ss.

¹⁴³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393 e ss.

¹⁴³⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 318.

¹⁴³⁸ Nesse sentido também os comentários aos princípios fundamentais da Constituição Portuguesa, art. 1º, por Canotilho e Moreira. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 195 e ss.

obrigação positiva ao Estado, que se realizará através dos diversos níveis de governo e através de medidas múltiplas.

Nesse sentido, acompanham expressamente leis infraconstitucionais portuguesas ligadas à salvaguarda do património cultural. A começar pela Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, que a assume enquanto tarefa fundamental do Estado. Segundo o art. 3º da Lei portuguesa, “através da salvaguarda e valorização do património cultural, deve o Estado assegurar a transmissão de uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações num percurso civilizacional singular” (art. 3º, 1). E, ainda, “o Estado protege e valoriza o património cultural como instrumento primacial de realização da *dignidade da pessoa humana*, *objecto de direitos fundamentais*, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais” (art. 3º, 2). Para tanto, promover-se-á “o conhecimento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural” uma vez que esses atos constituem um dever do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (art. 3º, 3).

Da mesma forma, em Portugal, o recente Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, assume em seu preâmbulo que “é tarefa fundamental do Estado proteger e valorizar o património cultural como instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e identidade nacionais”.

5.2.4. *Dos princípios gerais do direito do património cultural*

Para além dos princípios que destacamos, vale trazer aqui, ainda que resumidamente, os desenvolvimentos acerca dos princípios gerais do direito do património cultural elaborados por Nabais¹⁴³⁹.

O primeiro princípio destacado pelo jurista português é o da **fruibilidade universal dos bens culturais**. Fundamentado na Constituição portuguesa (art. 73, n. 3 e 78, n. 1), este princípio integra: um *elemento objetivo* – a fruibilidade, que assegura a suscetibilidade de o bem cultural ser fruído (gozado/usado) como meio de valorização cultural das pessoas na dupla vertente de sua conservação/valorização e concomitante/subsequente criação de condições para a sua fruição (integra o conteúdo da noção de valorização dos bens culturais); e um *elemento subjetivo* – a universalidade, que implica a abertura do aproveitamento/fruição dos bens culturais a um universo indeterminado de sujeitos.

Em seguida, o autor destaca o **princípio da tutela pública** dos bens culturais e do desdobramento desta em ações de proteção e valorização. Tal princípio fundamenta-se na Constituição portuguesa e na Lei de Bases da Política e do Regime de proteção e valorização do património cultural (art. 78, itens 1º, 3º, 11, 12, n. 2, da CP, e 70 e 71 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). Tal princípio é dirigido às entidades (públicas ou privadas) que tenham ao seu cargo funções públicas voltadas à salvaguarda do património cultural. Trata-se de um conjunto de obrigações a serem exercidas pelas referidas entidades, traduzidas em conhecimento, identificação, estudos, proteção, valorização e divulgação do património cultural. Ressalte-se o caráter dinâmico que a tutela pública deverá assumir em nossos dias, não se limitando a proteção estática do património, mas também à sua valorização, que implica em “visão dinâmica preocupada com o enriquecimento, o engrandecimento do património cultural, de modo a que cada geração transmita à geração seguinte um património cultural maior, mais rico, do que aquele que recebeu da geração que a precedeu”.

Em terceiro lugar, o princípio da **unidade do regime de proteção dos bens culturais** Tal princípio expressa-se no art. 165, n. 1, g), da Constituição portuguesa, o qual é dirigido sobretudo ao legislador no sentido de este estabelecer uma disciplina jurídica para o património cultural que se pautará pela unidade. A unidade mencionada refere-se a um ideal de regime unificado, afastando-se de uma estratégia de regimes diferenciados baseados na titularidade pública ou privada dos bens

¹⁴³⁹

Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 98 e ss.

culturais, como já ocorreu no passado, naquele país. O referido princípio não obsta que existam regimes relativamente especializados no que se refere a determinados bens culturais. No Brasil, o art. 23 do Decreto-Lei n. 25/37 expressa o mesmo princípio português.

Em quarto lugar, o princípio da **ponderação de bens jurídicos**, segundo o qual os bens jurídico-constitucionais são ou não suportes de direitos fundamentais, não constituindo valores absolutos, mas antes relativos. Tais valores poderão por vezes colidir com outros igualmente constitucionais, devendo ser ponderados e colocados em equilíbrio. O princípio da ponderação é um superprincípio que se concretiza através dos princípios seguintes: a) da *graduabilidade*, b) da *concordância prática* e c) da *proporcionalidade*.

O princípio da **graduabilidade** refere-se ao fato de que o interesse público presente nos bens culturais não tem o mesmo peso, o mesmo valor. Daí a opção pelo legislador português pelos: 1) dois níveis de formas de proteção dos bens culturais – a inventariação e a classificação; 2) os três níveis de bens classificados, assente na escala gradativa que vai dos bens de interesse nacional, os monumentos ou tesouros nacionais, passa pelos bens de interesse público e termina nos bens de interesse municipal; 3) a correspondência com essa escala quer da entidade competente para a sua classificação, a qual, consoante o tipo de bem classificado, será o Estado, a respectiva região autónoma ou o respectivo município, quer da forma que devem assumir os correspondentes atos, que será a de decreto, portaria ou outra, quer da gravidade dos comportamentos atentatórios aos bens culturais e das correspondentes sanções, que serão crimes ou contravenções; 4) a previsão de níveis em matéria de limites aos direitos dos proprietários e detentores dos bens culturais, concretizados em restrições de utilidade pública, em servidões administrativas ou em expropriação etc.

Esse princípio é também assumido pela ordem jurídica brasileira, na medida em que admite a graduação dos meios de salvaguarda do património (tombamento e inventário) e do interesse em seus três níveis de governo (federal, estadual e municipal). O princípio também é adotado no direito do património cultural do Brasil, no momento em que o legislador brasileiro estabelece uma diversidade de meios de salvaguarda (art. 216, §1º, da CF/88), assim como distribui entre os três níveis de governo (Federal, Estadual e Municipal) competências correspondentes ao nível de interesse cultural que o bem apresenta (art. 24, VII, IX e §2º, art. 25, art. 30, I e IX, todos da CF/88).

Por sua vez, o princípio da **concordância prática** revela-se na solução dos conflitos ou colisão entre os valores consubstanciados na proteção e valorização dos bens culturais e no direito fundamental à sua fruição universal com outros valores constitucionais. Os conflitos mencionados geralmente se dão com os valores ínsitos nos direitos dos proprietários ou detentores desses bens, como são os direitos à intimidade da vida privada, à habitação, à saúde, à inviolabilidade do domicílio, de propriedade, e nos direitos de terceiros, como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Para além desses, destaquemos o princípio da **proporcionalidade**, que orienta em que medida cada um dos bens jurídicos cederá para a solução de conflitos.

Em quinto lugar, o princípio da **cooperação**, o qual, em rigor, se desdobra em três outros princípios: o da *colaboração da administração do património cultural com os particulares* proprietários ou detentores dos bens culturais (art. 8º, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro); o *princípio da cooperação em sentido estrito* ou princípio da cooperação institucional, designadamente através da contratualização da administração do património cultural, isto é, da administração pública com os parceiros institucionais (municípios, igreja católica etc) nos termos do art. 4º, 13, e e 93 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, e o *princípio da cooperação internacional*, com expressão nos arts. 6º, i e 4º, n. 4, da mesma Lei n. 107/2001, de 8 de setembro.

Em sexto lugar, Nabais aponta o princípio da **participação**, a participação interessada e cívica, individual e associativa, procedimental e extraprocedimental, formas de participação que são específicas concretizações do princípio constitucional da participação, cujas manifestações visam a temperar a democracia representativa. A Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, expressa esse princípio em artigos como o 9º, n. 2, art. 10º, art. 25, n. 2, art. 27 e outros. Da mesma maneira, no Brasil a participação democrática é princípio que atinge todo o sistema e especialmente o direito do património cultural, que não só implica possibilidade de atuação de todos, como dever de cooperar e participar nos processos envolvendo a tutela, proteção e valorização dos bens culturais.

Deve-se mencionar, ainda, os princípios da **inventariação** e **informação** previstos no art. 6º, alíneas *a* e *f* da lei portuguesa. A inventariação é tomada no sentido de assegurar o levantamento sistemático atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes com vistas à sua identificação. E o princípio da informação é assumido com vistas a promover a recolha sistemática de dados, facultando o respectivo acesso aos cidadãos e organismos interessados, assim como às organizações internacionais.

Enquanto o princípio da inventariação está a serviço da identificação dos bens culturais, o da informação tem em vista recolher e divulgar o maior número possível de dados relativos a esses bens. Esses princípios são consequência de uma noção universal de patrimônio cultural, e também são assumidos pelo Estado brasileiro na medida em que se garantirá a todos a “acessibilidade” desses bens, o que também implica disponibilidade das informações que lhes configuram.

Outros princípios de relevância e que nos cabe destacar significativamente são os do **planejamento** e da **eficiência** previstos no art. 6º, alíneas *b* e *d* e da **sustentabilidade**, com suporte relevante nos artigos 7º, n. 2 a 4, 70, *i*, e art. 71 *e, i, j e l*. O princípio do *planejamento* implica que os instrumentos e recursos a mobilizar e as medidas a adotar sejam resultantes de uma prévia planificação e programação. Esse princípio aporta duas dimensões: uma estratégica, relacionada com a preservação e valorização do patrimônio cultural, e uma mais ampla, de proteção com incidência direta no *ordenamento do território*. Enquanto a primeira se concretiza na aprovação de linhas de ação para assegurar a preservação e sobretudo lograr uma valorização adequada dos bens culturais, a segunda dimensão prende-se com o urbanismo, mais especificamente com o ordenamento do território, vigiando e incentivando a este nível o destino dos bens culturais imóveis. Daí a Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, dedicar uma específica categoria de planos: *os planos de pormenor de salvaguarda*¹⁴⁴⁰ ou, em alternativa, *os planos integrados*. No Brasil, o princípio do planejamento está em franco desenvolvimento e adoção, uma vez que nos deparamos com medidas especiais ligadas à salvaguarda do patrimônio cultural cada vez mais amplas (programas de recuperação do patrimônio etc) e leis de caráter urbanístico mais comprometidas com esse mesmo patrimônio (Cf. XII, art. 2º, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

Por sua vez, o princípio da *eficiência* vai no sentido de assegurar os padrões adequados de cumprimento das imposições vigentes e dos objetivos previstos e estabelecidos (art. 6º, *d*).

Por fim, o princípio da **sustentabilidade**, já mencionado no item anterior e sobre o qual falaremos em diversos momentos, que apela a um entendimento do patrimônio cultural e a formas de utilização dos bens culturais que permitam o seu suporte financeiro sem ser a expensa dos contribuintes, através, portanto, dos orçamentos públicos, o que abre a porta a instrumentos e mecanismos de rendibilização dos bens culturais que proporcionem sobretudo a sua autosustentação financeira. Princípio este que, em rigor, comporta duas acepções ou dois subprincípios: 1) o princípio da sustentação econômica e 2) o princípio do patrimônio sustentável ou da rendibilização dos bens culturais. Do princípio da sustentação econômica, decorre a necessidade, imposta por lei, de o Estado auxiliar os proprietários e demais titulares de direitos reais de gozo sobre os bens culturais classificados ou inventariados (art. 99, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). Por seu turno, o princípio do patrimônio sustentável (ou da rendibilização dos bens culturais) deriva da necessidade de trabalhar com um conceito dinâmico de patrimônio cultural capaz não só de dar resposta às necessidades financeiras, mas também de desenvolver aproveitamentos alternativos dos bens culturais que cumpram a função de valorização ou enriquecimento cultural dos mesmos¹⁴⁴¹.

Aplica-se, ainda, o princípio da **equidade** ou da **justa repartição de encargos e benefícios** segundo art. 6º, alínea *g* da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Trata-se de expressão do princípio

¹⁴⁴⁰ Concretizando parte dos fins da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, analisaremos o Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, que estabelece o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime jurídico das zonas de proteção e do plano de pormenor de salvaguarda.

¹⁴⁴¹ Nesse sentido, também o direito do patrimônio cultural em Espanha, ao assumir como objeto deste a proteção dos bens culturais e, para além disso, o acrescentamento dos mesmos, em um movimento de contínuo reconhecimento de novos elementos, assim como a transmissão desse mesmo patrimônio às gerações futuras. Cf. Art. 1º, Lei n. 16/1985, de 25 de junho, In: ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código Del Patrimonio Cultural**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 311.

constitucional da igualdade perante os encargos públicos, que, via de regra, conduz à adoção de técnicas de perequação, isto é, de técnicas que levam à compensação entre os onerados com encargos e os contemplados com benefícios.

Outro princípio é o da **coordenação de políticas**, que se exprime na articulação e compatibilização da política do patrimônio cultural com as políticas de ambiente, de ordenamento do território, de educação e formação, de criação cultural e de turismo, como impõem claramente o art. 6º, *c* e art. 13, *e*, da Lei 107/2001, de 8 de setembro, e que o sistema brasileiro também assume, ainda que de maneira menos elaborada. Trata-se de coordenar e integrar essa política setorial nas políticas daquelas áreas que interferem ou se sobrepõem a do patrimônio cultural¹⁴⁴².

O art. 6º da Lei n.107/2001, de 8 de setembro, destaca, ainda, em suas alíneas *e* e *h* os princípios da **inspeção** e **prevenção** e o princípio da **responsabilidade**. Princípios que visam em essência a evitar que os bens culturais sejam descaracterizados, perdidos, destruídos ou degradados.

Por fim, os artigos 100 a 110 assumem os princípios da **tutela penal** e **contraordenacional** do patrimônio cultural, estabelecendo certos comportamentos que se qualificam como crimes, sejam eles próprios do patrimônio cultural, como os crimes de deslocamento, exportação ilícita e destruição de vestígios, sejam crimes comuns agravados em virtude do desvalor que os correspondentes comportamentos implica para o patrimônio cultural, como são os crimes de furto, roubo e dano, ou contraordenações, especialmente graves, graves ou simples. Trata-se da sanção penal, própria da natureza da salvaguarda dos bens culturais.

6. A noção de patrimônio cultural

Antes de passar à análise das normas que lhe compõem, chamamos à atenção, novamente, ao fato de que os termos que envolvem a disciplina sob análise inspiram reiteradamente dúvidas e dimensionamentos equivocados.

Tais distorções atingem a doutrina brasileira e internacional e se justificam pela juventude da disciplina da cultura em nosso também jovem Estado Social de Direito.

A escolha do termo “patrimônio cultural” é a primeira dúvida a ser enfrentada. Por que a escolha de um instituto de origem civil, como é o “patrimônio”, para a construção de uma teoria dos bens sobre os quais repousam interesses de natureza pública?

A concepção tradicional de patrimônio é construída no âmbito do direito privado. Nessa perspectiva, o patrimônio é definido como “complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”¹⁴⁴³. Esse complexo de relações jurídicas compõe-se de direitos e obrigações de um titular de direito e tem vocação hereditária. Conforme a sua origem latina, o *patrimonium* denota o que vem do pai e da mãe¹⁴⁴⁴.

O patrimônio é assim um conceito que permite globalizar os elementos constitutivos da propriedade de uma pessoa. Por consequência, em direito privado, patrimônio e propriedade são estreitamente associados, designando aquele os valores econômicos que possui um sujeito de direitos. O patrimônio é o corolário da personalidade jurídica¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴² Algumas noções sobre a articulação entre as políticas urbanas e os interesses culturais podem ser observados em ALI, Titouche. Planning the Articulation Between the Historical City Centre and the New Urban Extensions. In: **The Planned City?** ISUF – International Conference, Bari, v. III, p. 923-926, 2003.

¹⁴⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 391.

¹⁴⁴⁴ Cf. LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006. p. 2.

¹⁴⁴⁵ Como bem reconhece Labarre, assim como a maioria dos doutrinadores, a definição tradicional de patrimônio é diretamente ligada ao direito civil e pode ser definido como “l’ensemble des droits et obligations possédés par un sujet de droit et qui ont vocation à être transmis, conformément à son origine latine selon laquelle le *patrimonium* désigne ce qui vient du père et de la mère”. Cf. LABARRE, , Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006. p. 2.

Existe, portanto, uma multiplicidade de patrimônios, como também existe uma multiplicidade de sujeitos de direito¹⁴⁴⁶.

Choay¹⁴⁴⁷ assinala que a denotação do termo “patrimônio” em matéria cultural é assimilado enquanto ordem genealógica, ou seja, tem o sentido de “herança”, de transmissão de um conjunto de bens dos pais aos filhos.

Mas é da “mutação” desse sentido originário de patrimônio que surge a noção de patrimônio em direito público.

A noção contemporânea de patrimônio é, no direito público, o oposto da concepção romana e civilista do patrimônio. Ela é, para Labarre¹⁴⁴⁸, “*la symétrique inverse*”. Em direito público, a noção de patrimônio é uma noção estreitamente ligada aquela do interesse público ou do interesse geral. O fundamento do patrimônio como tal não é seu valor econômico, mas seu valor social. Assim, ao contrário do direito civil, que reserva a palavra “patrimônio” para qualificar os bens que pertencem a um sujeito de direito, a qualificação patrimonial no sentido público pode se aplicar a bens que são insusceptíveis de apropriação privada ou cuja apropriação privada não é desejável. Assim, a qualificação é aplicável aos monumentos arqueológicos¹⁴⁴⁹, a todos os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico¹⁴⁵⁰, sejam eles bens culturais naturais ou artificiais, segundo anuncia o Decreto-Lei n. 25/37¹⁴⁵¹.

A noção atual de patrimônio tende, ainda, a desassociar radicalmente patrimônio e propriedade, patrimônio e personalidade jurídica.

Na nova concepção de patrimônio, pouco importa a pessoa proprietária do bem. Em outras palavras, ao limite desse entendimento, o patrimônio pode ser a propriedade de nenhum sujeito de direito propriamente dito, a menos que ele seja a propriedade de todos os sujeitos de direito ao mesmo tempo.

É nesse sentido que os textos legislativos atribuem os patrimônios às entidades as quais jamais foi reconhecida a qualidade de pessoas morais/jurídicas. É o caso dos textos que reconhecem “a

¹⁴⁴⁶ No mesmo patrimônio podem haver acervos distintos pela origem, natureza ou destinação. Essa regra geral de direito civil também se aplica à teoria do patrimônio cultural. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 395.

¹⁴⁴⁷ CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Évora: Casa do Sul Editora, 2005.

¹⁴⁴⁸ Cf. LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006. p. 2.

¹⁴⁴⁹ Cf. Lei n. 3.974, de 26 de julho de 1961, Lei do Patrimônio Arqueológico Brasileiro, “Art. 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos: a) As jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos da cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico, a juízo da autoridade competente; b) Os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; c) Os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, ‘estações’ e ‘cerâmios’, nos quais se encontrem vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; d) As inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios. (...) Art. 5º Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos a que se refere o art. 2º desta lei, será considerado **crime contra o Patrimônio Nacional** e, como tal, punível de acordo com o disposto nas leis penais 4. (...) Art. 7º As jazidas arqueológicas ou pré-históricas de qualquer natureza, não manifestadas e registradas na forma do art. 4º e 6º desta lei, são consideradas para todos os efeitos, **bens patrimoniais da União**”. Disponível em: <<http://www.monumenta.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/01/lei-3924-de-260761.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2009.

¹⁴⁵⁰ Cf. Lei n. 4.717/65, que estabelece a Ação Popular: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de *atos lesivos ao patrimônio da União*, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. § 1º - **Consideram-se patrimônio público** para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (Redação dada pela Lei n. 6.513, de 1977).”

¹⁴⁵¹ Cf. Decreto-Lei n. 25/37: “Artigo 1º - Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.(...)Artigo 21 - Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o *patrimônio nacional*.”

nação” ou “o Brasil” como titular de um patrimônio. Esse é o caso, na França, da lei de 1994¹⁴⁵², que atribui à França um patrimônio cujo elemento essencial seria a língua. O artigo 10, da Lei das Águas de 1992¹⁴⁵³ afirma que “a água faz parte do patrimônio comum da nação”. A lei de 1995¹⁴⁵⁴, sobre o ambiente não hesita em afirmar, em seu art. 1º (13), que “*les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibre biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation*”. Mais detidamente acerca do patrimônio imóvel/arquitetural, o artigo L. 110, do “*Code de l’urbanisme*”¹⁴⁵⁵ francês, que enuncia que “*le territoire français est le patrimoine commun de la nation*”.

Somente existe um patrimônio, pois o patrimônio é um bem coletivo. Em direito público, o patrimônio é uma palavra que se declina apenas no singular.

As noções construídas pela doutrina desaguam em três valores de referência do patrimônio cultural: o patrimônio como *herança do passado*; como *identidade do presente* e como *bem de todos*¹⁴⁵⁶.

Enquanto *herança do passado*, o patrimônio (como já comentado: do latim *patrimonium*, significando “bens de herança do pai”) carrega em si uma noção de objeto transmitido pelo passado e que, administrado corretamente por um bom pai de família, será delegado intacto às gerações futuras. É um legado que evoca uma responsabilidade dos seus atuais possesores em face das gerações passadas e futuras. Para Bourdin¹⁴⁵⁷, “o patrimônio cultural é essa coleção de bens exemplares que nos deixaram nossos ancestrais”.

É preciso lembrar, ainda, que, apesar de o patrimônio cultural se compor essencialmente de um saber fazer ou de elementos notórios pela repetição, significado e relevância que se adquirem com o tempo e lhes conferem uma anterioridade, não são somente esses os bens transmitidos que o integram. Assim é porque o “patrimônio cultural é o conjunto de fontes das quais todos somos tributários, que nos fazem ser como somos”¹⁴⁵⁸, o que inclui também manifestações do presente, obras de arte e maneiras de agir e de pensar atuais.

Enquanto *identidade do presente*, o patrimônio estabelece no tempo uma ligação de continuidade entre o passado e o futuro. Em efeito, o patrimônio é por vezes a essência mesmo do passado prestigioso da nação e o futuro de nosso espaço. Nessa ótica é correto dizer que o papel do patrimônio será “fundamentar a identidade de uma comunidade uma vez que esse patrimônio é concretamente e continuamente parte de nosso presente”¹⁴⁵⁹.

O patrimônio, elemento de nossa memória, do conhecimento do passado, nos permite a posse do passado como uma parte viva de nosso ser: o passar do tempo se opõe à durabilidade do patrimônio e “nós não seríamos mais nós mesmos se perdêssemos todo traço visível de tudo que produzimos”¹⁴⁶⁰. Por fim, como anuncia Querrien¹⁴⁶¹, o patrimônio “é o conjunto de vestígios que nos deixaram, sob

¹⁴⁵² Lei n. 94.665, relative à l’emploi de la langue française: JO 5 Août, 1994.

¹⁴⁵³ Lei n. 92-3, sur l’eau, JO 4 janvier, 1992.

¹⁴⁵⁴ Lei n. 95-101, relativa au renforcement de la protection de l’environnement: JO 3 févr. 1995 e JO 21 Févr. 1995.

¹⁴⁵⁵ CRISTINI, René. **Code de L’urbanisme commenté**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009.

¹⁴⁵⁶ Elaboração teórica de DOUBLON, Michel. **Le patrimoine Architectural au regard du droit de l’urbanisme et de la decentralisation**. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991. p.10.

¹⁴⁵⁷ “Le patrimoine culturel est cette collection de biens exemplaires que nous ont laisses nos ancêtres” cf. BOURDIN, Alain. **Le patrimoine culturel et les systèmes de valeur**. In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 9-55.

¹⁴⁵⁸ Cf. QUERRIEN, Max. La politique de valorisation du patrimoine culturel: intérêt et limites de la réutilisation du patrimoine. In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 123.

¹⁴⁵⁹ Cf. DOUBLON, Michel. **Le patrimoine Architectural au regard du droit de l’urbanisme et de la decentralisation**. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991. p. 11

¹⁴⁶⁰ Cf. DOUBLON, Michel. **Le patrimoine Architectural au regard du droit de l’urbanisme et de la decentralisation**. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991. p. 12

¹⁴⁶¹ QUERRIEN, Max. La politique de valorisation du patrimoine culturel: intérêt et limites de la réutilisation du patrimoine. In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 123.

formas diversas, as mensagens genéticas que, parte por parte, faz com que nossa civilização seja o que ela é”.

Além de herança do passado, reflexo cultural do presente e identidade de um povo, o patrimônio é um *bem de todos*.

Legados do passado, elementos de nossa identidade presente, os componentes do patrimônio cultural “nos pertencem globalmente, sem que sobrevenha em razão disso atos precisos de apropriação”. O patrimônio enquanto suporte da memória social é um bem coletivo e, além disso, a coletividade que a herdou e que é, portanto, sua depositária, tem, em contrapartida de uma fruição temporária, o dever fundamental de assegurar um futuro para as gerações futuras que poderão exigir-lhes conta.

É preciso, entretanto, distinguir a propriedade jurídica ligada à pessoa (pública ou privada, física ou moral) a quem pertence o patrimônio e todas as prerrogativas que decorrem desse direito real da propriedade do espírito (não consagrado juridicamente) cujo conjunto da coletividade se reclama em nome do patrimônio cultural, com uma legítima reivindicação das memórias que ali se aderem.

Assim, se os monumentos protegidos fazem parte do patrimônio coletivo, sua apropriação privada não é portanto excluída. Victor Hugo¹⁴⁶² anunciou de maneira memorável uma fórmula dessa dicotomia a ser lembrada nesse momento: “Existem duas coisas em um edifício. Sua utilidade e sua beleza. Sua utilidade pertence ao proprietário, sua beleza a todo mundo. Será, portanto, ultrapassar seu direito, destruí-la”.

As noções precitadas que compõem o patrimônio enquanto conceito assumido no Direito Público destacam-se de seu sentido original e consagram-se no direito internacional. A acepção atual de patrimônio cultural nesse âmbito se verificou pela primeira vez na Conferência de Atenas, que gerou a célebre *Carta de Atenas* de 1931.

Sua consolidação foi se adquirindo em meados da década de 1930 quando se instituíram os primeiros órgãos estatais para a proteção especial do patrimônio cultural nacional no Brasil (IPM – Inspeção de Monumentos Nacionais, em 1933)¹⁴⁶³. Antes disso, falava-se em monumentos históricos, sítios, objetos culturais, utilizando-se de designações muito restritas. O termo “patrimônio” introduziu uma noção muito evolutiva e cada vez mais lata à disciplina¹⁴⁶⁴.

Nesse mesmo sentido, a Constituição portuguesa de 1976, após a revisão de 1982, introduziu no ordenamento jurídico daquele país a expressão “patrimônio cultural”, determinando expressamente a tarefa do Estado de “proteger e garantir o patrimônio cultural do povo português” e tornou mais abrangente o seu conteúdo (alínea c, n. 2, artigo 78º)¹⁴⁶⁵. É assim que, regulamentando aquela Carta Fundamental, a Lei de Bases reconhece o patrimônio cultural enquanto conjunto de “bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objeto de especial proteção e valorização” (artigo 2º da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro)¹⁴⁶⁶.

Da mesma maneira, o constituinte brasileiro adota a noção de patrimônio cultural, estabelecendo uma seção dedicada à cultura que se inicia com o art. 215 e onde se definem as

¹⁴⁶² Cf. HUGO, Victor. Note sur la destruction des monuments en France. In: Littérature et philosophie mêlées. 1825. Apud: DOUBLON, Michel. **Le patrimoine Architectural au regard du droit de l'urbanisme et de la décentralisation**. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991. p. 13

¹⁴⁶³ A Inspeção de Monumentos Nacionais (IPM), instituída pelo Decreto n. 24.735, de 14 de julho de 1934, tinha como principais finalidades impedir que objetos antigos, referentes à história nacional fossem retirados do País em virtude do comércio de antiguidades, e que as edificações monumentais fossem destruídas por conta das reformas urbanas, a pretexto de modernização das cidades. A primeira iniciativa da Inspeção foi, ainda em 1934, o decreto de tombamento da cidade de Ouro Preto, antiga Vila Rica, principal cidade do ciclo do ouro em Minas Gerais, atualmente considerada como um dos principais exemplos do patrimônio histórico nacional.

¹⁴⁶⁴ Cf. MESNARD, André-Hubert. Política e direito do patrimônio cultural em França: Situação atual e perspectivas. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1996. p. 181-201.

¹⁴⁶⁵ Cf. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do Patrimônio Cultural em Portugal. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.) **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1996. p. 205-251.

¹⁴⁶⁶ Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Almedina: Coimbra, 2003. p. 223.

obrigações do Estado enquanto promotor da cultura. O art. 216, por sua vez, se estabelece um conceito de patrimônio cultural brasileiro, identificando-o como os

bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – As formas de expressão; II – Os modos de criar, fazer e viver; III – As criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

6.1. Da natureza do patrimônio cultural

O termo “patrimônio cultural” e os bens que lhe dão conteúdo consagram-se definitivamente nas Cartas Constitucionais e seguem ao lado de uma noção amplamente desenvolvida da função social da propriedade.

A patrimonialização de bens cujos titulares são, em boa parte, particulares, consagra uma ideia bem captada pela doutrina de Orozco Pardo e Pérez Alonso¹⁴⁶⁷, segundo os quais não basta ser proprietário, há que ser diligente, sob pena de incorrer em responsabilidade seja por danos ou por deterioração da coisa própria quando essa contenha um valor conectado com o interesse da comunidade, pelo que as facultades-deveres de conservação, manutenção, modificação e destinação estão moldadas pela diligência exigível em cada caso concreto. Essa diligência do proprietário está diretamente vinculada à ideia de um exercício do direito acorde com a natureza da coisa. Há de se promover um exercício racional, não contrário à essência e funcionalidade natural da coisa (é a natureza de cada coisa que dita seu uso), máxime quando o bem é objeto vinculado a uma função ou interesse da comunidade.

Dessa observação surgem, entretanto, dúvidas. Os bens que compõem o patrimônio cultural são públicos ou privados?

Como já mencionamos no item anterior, no que se refere ao seu reconhecimento enquanto tal e na concretização dos limites daí decorrentes, “pouco importa” a titularidade do bem cultural (se público ou privado). É de se identificar, por outro lado, em que consiste, então, a natureza desses bens.

A doutrina divide-se em duas correntes: aquela que pretende incluir os bens culturais em uma categoria especial de bens a de *bens de interesse público*, e aquela que apenas amplia a noção de *função social da propriedade*, aglutinando nesta todo tipo de condicionamento da propriedade, motivada por um interesse público assumido pela constituição.

Entre nós, Silva¹⁴⁶⁸ constata que os bens que integram o patrimônio cultural não se enquadram nem unicamente sob o título de públicos, nem exclusivamente privados, visto que o termo “patrimônio cultural” abarca ambas as categorias de bens. E anota: “ora, então se trata de uma categoria de bens diversos dos meramente públicos e dos meramente privados, porque ficam sujeitos a um regime jurídico especial”.

¹⁴⁶⁷ “Hoy no basta con ser propietario, sino que se ha de ser diligente, so pena de incurrir en responsabilidad, ya sea por daños, o por deterioro de la cosa propia cuando ésta contenga un valor conectado con el interés de la comunidad, por lo que las facultades-deberes de conservación, mantenimiento, modificación y destinación están modalizadas por la diligencia exigible en cada caso concreto. Esa diligencia del propietario está directamente vinculada con la idea de un ejercicio del derecho acorde con la naturaleza de la cosa, de tal forma que ha de tratarse de un ejercicio ‘racional’ no contrario a su esencia y funcionalidad natural a la misma (É la naturaleza de cada cosa dicta su uso?), máxime cuando se trate de un objeto vinculado a una función o interés de la comunidad.” Cf. OROZCO PARDO, Guillermo; PEREZ ALONSO, Esteban. **La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico**. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 21-22.

¹⁴⁶⁸ Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 154.

Trata-se de uma nova categoria já identificada por Sandulli¹⁴⁶⁹ e posteriormente desenvolvida e sustentada por Giannini¹⁴⁷⁰, de *bens de interesse público*, os quais, mesmos pertencendo a entes privados, têm em comum com os bens pertencentes aos entes públicos, sujeitos a regime publicístico, a característica de realizar diretamente um interesse público inerente a valores significativos para a coletividade como, por exemplo, a cultura.

Os bens culturais destacam-se dos demais bens por seu elemento central, caracterizante, ou seja, o elemento cultural. Nesse sentido Alibrandi e Ferri¹⁴⁷¹ reportam-se ao caráter funcional de que é dotado o bem cultural, enquanto voltado intrínseca e originariamente à aptidão de satisfazer um público interesse e, portanto, reconduzível à categoria geral de *bens de interesse público*.

Por sua vez, Souza Filho¹⁴⁷² define o bem cultural como uma nova categoria que não se opõe aos conceitos de privado e público, nem afeta essa dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou ambiental se agrega um bem imaterial, cujo titular é toda a comunidade. Esse novo bem, de titularidade difusa, é considerado como bem socioambiental, “porque tem de ter qualidade ambiental humanamente referenciada”.

Em estudo posterior, Souza Filho¹⁴⁷³ vem a adensar ainda mais a noção da natureza dos *bens de interesse público* ao expor que o direito sobre o bem cultural se apresenta como se ostentasse camadas. Na primeira, como um direito de titularidade individual, que é o direito e propriedade (pública ou privada); na segunda, com o direito coletivo à sua preservação para garantia da qualidade de vida (ambiental, cultural etc). Ambos os direitos não se anulam, mas se complementam e se subordinam na integralidade do bem “como se fossem seu corpo e sua alma”.

A construção dessa posição passa pelo desenvolvimento da teoria de direito público (limitações administrativas e função social da propriedade), dos institutos de direito civil (propriedade e obrigações de prestação de fato negativa) e configura-se como uma mistura de todas elas (teorias, institutos) porque limita administrativamente o bem, impõe-lhe uma função social diferenciada, cria sobre ele uma propriedade imaterial e coletiva e lhe constrange a uma obrigação de prestação de fato negativa, independente de se tratar de um bem cultural ou natural protegido.

Pérez Moreno¹⁴⁷⁴, em excelente artigo sobre o patrimônio cultural espanhol, simplifica a questão da natureza dos bens culturais, não lhes atribuindo uma característica ou categoria diferenciada. Segundo o autor,

a imissão pública na propriedade cultural se fundamenta no próprio conceito de direito de propriedade como poder funcionalizado em cuja essência convergem o interesse particular e o interesse público distinto, em cada caso, em função da diferente natureza do bem. A configuração atual desse direito legitima, sem necessidade de acudir a nenhum outro recurso, uma intervenção pública nos bens históricos fazendo desnecessário desde seus próprios pressupostos, toda teoria que intente justificar o que, com clareza, se consagrou na própria norma fundamental, teorias que, desde logo, tem o valor de evidenciar em que medida interesse público e interesse privado concorrem nesses bens, assim como a superioridade do primeiro em relação ao segundo.

Nesse mesmo sentido, Casini¹⁴⁷⁵ admite que o caráter público do bem cultural transcende a tradicional dicotomia propriedade pública e privada, mas aporta em uma noção de função social, baseada na fruição e gozo dos valores imateriais por parte da coletividade.

¹⁴⁶⁹ Cf. SANDULLI, Aldo. Beni pubblici. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1959, v. 5, p. 279.

¹⁴⁷⁰ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. I Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

¹⁴⁷¹ ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. **I beni culturali e ambientali**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 24

¹⁴⁷² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997. p. 18.

¹⁴⁷³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O dano socioambiental e sua reparação. In: FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (Org.). **Direito ambiental em debate**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. p. 70.

¹⁴⁷⁴ Cf. PÉREZ MORENO, Alfonso. El Postulado Constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico Artístico. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 119, p. 713-741, júlio-agosto-septiembre, ano XXIV, 1990.

Segundo essa corrente, a função social pertence à própria essência do direito, da mesma maneira que pertence a um sujeito, um determinado âmbito de poderes sobre os bens. É na própria Constituição Federal que se encontram a justificação e legitimação da intervenção pública no direito de propriedade privada, fazendo desnecessárias outras formas de fundamentação, ainda mais que a carta fundamental só reconhece a existência de dois tipos de propriedade: a pública e a privada.

Nesse sentido, a particular função cultural dos bens que integram o patrimônio representa não só o pressuposto legitimante de uma intervenção pública que limite ou funcionalize o direito de propriedade, como o valor imanente de uma determinada classe de bens. A razão da proteção desses bens está nas “características interiores” e se assenta em uma propriedade conformada pelo princípio da função social, assumido expressamente pela Constituição Federal Brasileira.

Ambas as teorias buscam justificar as limitações ou novo estatuto a que a propriedade virá a se submeter a partir da declaração do interesse cultural que ela personifica. Parece-nos que, atualmente, com a propriedade configurada a partir de legislações diversas, destaquem-se, as leis urbanísticas, não se poderia mais falar em um direito de propriedade totalmente desvinculado a um interesse coletivo. Tratar dos bens culturais como se portassem uma natureza especial, poderia levar a conclusões equivocadas. Desassociar o regime da propriedade cultural de sua função social ou buscar outro fundamento para as restrições que incidem sobre tais propriedades poderia soar como se antes da sua incorporação ao patrimônio cultural, essas propriedades tivessem uma configuração privada de caráter liberal, desconectada com os interesses e fins coletivos.

Por essas razões, aderimos à segunda corrente, por não parecer necessária a alusão a uma nova categoria de bens, tendo em vista o já avançado desenvolvimento da teoria da função social da propriedade¹⁴⁷⁶.

6.2. Alguns conceitos

É necessário abordar os conceitos a partir dos quais desenvolvemos nossas análises. Diversos são os termos adotados na disciplina do patrimônio cultural e inúmeros são os significados que encontramos acerca de cada um deles, conforme variam as fontes legais e doutrinárias dos diversos países do mundo ocidental.

Sem pretender tratar aqui de todos os termos que conformam a disciplina, nos ateremos àqueles que consideramos de maior relevância no trato do tema proposto, considerando prioritariamente o contexto legal brasileiro: 6.2.1. *Bem cultural*; 6.2.1.1. *Do bem cultural propriamente dito*; 6.2.2. *Bem cultural imóvel*; 6.2.3. *Bem cultural construído ou arquitetônico*; 6.2.4. *Bens arqueológico, paleontológico e espeleológico*; 6.2.5. *Patrimônio quilombola*; 6.2.6. *Bem paisagístico*; 6.2.7. *Bens eclesiásticos*; 6.2.8. *Centro histórico*; 6.2.9. *Locais e lugares de referência*; 6.3. *Tutela, Proteção; valorização e conservação dos bens culturais*.

6.2.1. Bem cultural

Identificar o que se compreende por “bem cultural” nos obriga a esclarecer sua construção teórica, que guarda origem na evolução do entendimento dos conceitos de “monumento” e “monumento histórico”. O monumento histórico, nesses termos e com a configuração que conhecemos na atualidade, foi consagrado pelas primeiras legislações internacionais produzidas acerca da matéria (Carta de Atenas, 1931; Convenção de Haya, de 1954; Carta de Veneza, de 1964, e Carta da Unesco, de 1972), mas sua origem remonta épocas mais distantes.

¹⁴⁷⁵ Cf. CASINI, Lorenzo. La Valorizzazione dei Beni Culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, n. 3, p. 651-707, 2001.

¹⁴⁷⁶ Essa também é a posição de uma doutrina relevante no Brasil. Cf. MUKAI, Toshio. A degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 234, p. 33-41, out./dez., 2003.

Essa origem remota do termo e da noção de “monumento”¹⁴⁷⁷, também chamado de “antiguidade”, é de difícil identificação, mas a doutrina reconhece que houve desde a civilização romana (século III) sensibilidade e interesse pela coleção de objetos de arte decorativa (sobretudo gregas) e pelos monumentos arquitetônicos¹⁴⁷⁸. Essa nova experiência com a beleza, mediada pela consciência, se desenvolve nesse período e revela-se, em um primeiro momento, enquanto uma via de obter prestígio entre os conquistadores romanos, esnobismo entre os que tinham conseguido ascender na escala social, lucro ou prazer do jogo entre os restantes. Em sua origem, o “monumento” ou a “antiguidade”, não se caracterizava como hoje. Falta aí uma noção distante que só viria com a construção da ideia de “monumento histórico”, falta a esses tempos o distanciamento da história, sustentado por um projeto deliberado de preservação. Os objetos colecionados nessa fase não se destinavam ao deleite público, mas ao deleite privado.

A noção mais atual de “monumento histórico” nasce apenas no século XV em Roma, por volta do ano de 1420. Como anota Choay¹⁴⁷⁹,

depois do exílio de Avinhão (1305-1377) e após o fim do Grande Cisma (1379-1417), Martinho V restabelece a sede do papado na cidade desmantelada à qual deseja restituir o seu poder e o seu prestígio. Um novo clima intelectual desenvolve-se em torno das antigas ruínas que, a partir daí, falam de história e confirmam o passado fabuloso de Roma, de que Poggio Bracciolini e os seus amigos humanistas choram o esplendor e condenam o saque.

Ao lado de um pensamento de essência humanista, as “antiguidades” instigavam às sociedades ocidentais e foram tratadas por diversas nomenclaturas, assim como foram diversas as abordagens teóricas que lhes fizeram referência. É de se afirmar, no entanto, que desde sua primeira aceção, a noção de “antiguidade” e de “monumento” aportava em si um valor a um produto humano que se expressava materialmente, que denotava uma arte, uma sabedoria que antecedia um observador admirado. Faltava, como já dito, a evolução da ideia de tutela desse bem.

A construção da ideia de “monumento histórico” enquanto elemento de repercussões e interesse público viria a seguir, a partir de experiências europeias desenvolvidas por mentes sensíveis ao “belo” e ao “artístico”. Desde 1820, nota-se na produção literária francesa a constatação de um esgotamento irremediável dos monumentos, explícito na obra de Nodier e Taylor¹⁴⁸⁰: “os monumentos da antiga França têm um caráter e um interesse particulares; eles pertencem a uma ordem de ideias e de sentimentos eminentemente nacionais e que, no entanto, já não se renovam”.

Autores de relevo como Riegl¹⁴⁸¹ centraram seus conceitos na ideia de monumento enquanto “obra criada pela mão do homem e edificada com o objetivo preciso de conservar sempre presente e vivo na consciência das gerações futuras a lembrança de tal ação ou tal destino (ou da combinação de uma e outro)”.

Para além de refletir uma contemplação do passado, a noção de monumento, e com ela o interesse em sua preservação, surgiram como resposta a certas ameaças. A era da industrialização marca o nascimento de uma segunda fase na proteção do patrimônio cultural. Se dantes, o monumento

¹⁴⁷⁷ O sentido original do termo “monumento” é do latim *monumentum*, ele próprio derivado de *monere* (advertir, recordar), o que interpela a memória. A natureza afética do destino é essencial, não se trata de fazer verificar, de fornecer uma informação neutra, mas de excitar, pela emoção, uma memória viva. Cf. CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Évora: Casa do Sul Editora, 2005. p. 16

¹⁴⁷⁸ No século III a. C., os objetos gregos foram espoliados pelos exércitos romanos e começaram a integrar o contexto das habitações patrícias. Seu estatuto altera-se no momento em que Agripa exige que as obras entesouradas no segredo dos templos sejam expostas à vista de todos, à luz do dia e nos grandes espaços públicos. Cf CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Évora: Casa do Sul Editora, 2005. p. 29 e ss.

¹⁴⁷⁹ CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Évora: Casa do Sul Editora, 2005. p. 29.

¹⁴⁸⁰ NODIER, Charles. TAYLOR. *Voyages pittoresques et romantiques dans l’ancienne France*. 1820. Apud: CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Tradução: Teresa Castro. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 14 e 111.

¹⁴⁸¹ “Par monument, au sens, le plus ancien et véritablement originel du terme, on entend une oeuvre créée de la main de l’homme et édifiée dans le but précis de conserver toujours présent et vivant dans la conscience des générations futures le souvenir de telle action ou telle destinée (ou des combinaisons de l’une et de l’autre).” RIEGL, Alois. **Le culte moderne des monuments**. Son essence et sa genèse. Paris: Éditions du seuil, 1984. p. 35

era garantido enquanto “reliquia”, após a revolução provocada pela industrialização do ocidente, o monumento surge enquanto espelho de uma civilização que teme ser radicalmente substituída por uma cultura e uma forma de viver que se mostravam ameaçadoras.

Passa-se a fazer referência à cidade enquanto um bem cultural. Identifica-se nos conjuntos e no tecido urbano um elemento destacado de interesse cultural. Abandona-se a concepção individualista dos monumentos construídos e desenvolve-se a ideia de continuidade¹⁴⁸² e de “patrimônio urbano”¹⁴⁸³.

A cidade passa a abarcar em si valores paradoxais. Ao mesmo tempo em que deve atender a uma demanda contemporânea de estruturas, passa a ser objeto, enquanto tecido contínuo, de um interesse histórico e cultural. As delicadas e artísticas manifestações arquitetônicas na cidade se contrapõem aos prédios de concreto, de estilo modernista, “feios” e demasiadamente amplos, criados para atender a demanda crescente de uma população que aumenta em progressão e ritmos cada vez mais intensos.

Em um terceiro momento, as teorias acerca do patrimônio cultural se densificam e as ideias promovidas pelo “velho mundo” atingem outros povos com formação ocidental recente (América, por exemplo). Fala-se em “monumentos históricos”, “conjuntos”, “sítios”, “patrimônio arquitetônico”, “centros históricos”, “continuidade”, “tutela internacional”, todos eles referindo-se ao objeto de um interesse que, em sua origem, equivale a um valor eminentemente histórico, para em seguida abarcar valores diversos (artísticos, arqueológicos etc).

Essa constatação traduz uma mudança de mentalidade, e por volta de 1964 consagra-se a noção de “monumento histórico”, a partir da redação da Carta de Veneza¹⁴⁸⁴, trabalho elaborado no segundo Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos (CIAM)¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸² Nesse sentido, Ruskin, da Inglaterra, foi o primeiro a traçar alertas e opiniões contra intervenções que lesam a “estrutura das cidades antigas”, aos tecidos urbanos. Para Ruskin, essa textura é a essência da cidade, sendo um objeto patrimonial intangível, a proteger incondicionalmente. Trata-se, nesse momento, das cidades pré-industriais, “ameaçadas” pela nova estrutura industrial que se impôs em toda Europa e no mundo ocidental em geral. Da mesma forma, levanta-se Camilo Sitte, que defende a cidade pré-industrial como um objeto pertencente ao passado e a historicidade do processo de urbanização que transforma a cidade contemporânea é assumida na sua dimensão e positividade. Sitte condena a arquitetura contemporânea pela falta de qualidade estética e lança bases para um culto ao passado, que teria sido a ocasião onde a cidade se produzia artisticamente e não tecnicamente. Seus conceitos foram rechadados por Le Corbusier e os modernistas. Cf. CHOAY, Françoise. **Patrimônio e Mundialização**. Évora: Casa do Sul Editora, 2005. p. 155 e ss e RUSKIN, John. **A Lâmpada da Memória**. Salvador: Mestrado em Arquitetura e Urbanismo, UFBA, 1996, 49 p. A continuidade é elemento da conservação do patrimônio imóvel construído reconhecida desde a primeira carta internacional (Atenas, 1931), encontrando um maior desenvolvimento e amplitude na Carta de Veneza (art. 14º) e consagração definitiva na Convenção da Unesco, de 1972 (art. 1º). Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹⁴⁸³ O patrimônio urbano é aquele formado pelos monumentos, conjuntos e sítios de valor cultural, localizados nos núcleos urbanos. Notadamente de caráter arquitetônico, são privilegiados pela política de preservação cultural, e seus contornos se formaram a partir da noção desenvolvida de “conservação integrada”, “visão de conjunto do patrimônio arquitetônico”, da necessidade de um “planejamento integrado de ordenamento do território e urbanismo”, da tomada de consciência de seu valor enquanto elemento de equilíbrio das sociedades, enquanto testemunho de épocas, do seu valor educativo. Cf. Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico, Amsterdã, Outubro de 1975. In: FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 33. Nesse sentido também é a Legislação italiana, Lei n. 765/1967, que trata do bem cultural urbanístico ou os centros históricos. Cf. SALVIA, Filippo. La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici. **Diritto e Società**, Verona, n. 3, p. 367-378, 2003.

¹⁴⁸⁴ Carta de Veneza. “Artigo 1º - A noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural”. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 25.

¹⁴⁸⁵ O primeiro Congresso Internacional de Arquitetos e técnicos dos Monumentos Históricos (CIAM) teve como resultado a célebre Carta de Atenas, documento que se dedica, pela primeira vez, a tutela do patrimônio cultural. É em Veneza, contudo, que as ideias lançadas em Atenas, em 1931, tomam maior solidez e contornos, tendo ali mobilizado um número de países consideravelmente superior ao antecedente. O CIAM I teve como adeptos países europeus e apenas três países em desenvolvimento: Peru, México e Tunísia. Cf. CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Tradução: Teresa Castro. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 14 e 111 e ss.

A partir daí assiste-se à produção de convenções internacionais que “mundializam” o conceito de “monumento” (Unesco, 1972), ampliam-se as visões dos elementos a tutelar, constrói-se de maneira mais complexa a noção de “conjunto de monumentos” e do “patrimônio urbano” e estabelecem-se compromissos de integração destes bens com a cidade que lhes acolhe (NAIROBI, 1976)¹⁴⁸⁶.

A relevância e peso do termo “monumento histórico”, é, pois, evidente. Não obstante, a teoria e a legislação têm privilegiado o termo “bem cultural”, pelas razões que exporemos rapidamente a seguir.

A essência da escolha pelo termo “bens culturais” está em sua amplitude, sua precisão técnica e, para além disso, também encontra fundamento em normas internacionais: a Convenção de Haya, de 1954, e de documentos preparatórios da Unesco, 1962¹⁴⁸⁷.

Segundo aquela Convenção, são bens culturais

os bens móveis ou imóveis que apresentam grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou história, religiosos ou laicos, os sítios arqueológicos, os conjuntos de construção, que enquanto tais apresentam um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as coleções importantes de livros, arquivos ou reproduções dos bens definidos acima¹⁴⁸⁸.

O “bem cultural”, nesse sentido, consegue englobar a diversidade dos elementos e dos valores respectivos a que faz referência.

Como sabemos, a terminologia “bem”¹⁴⁸⁹, no contexto jurídico, compreende objetos de diversas naturezas. Distinção primária, os bens podem ser materiais e imateriais, o que engloba a produção humana e os bens da natureza. A abrangência aqui, não deixa dúvidas da oportunidade de sua utilização.

Por outro lado, o termo “cultural” denota um valor amplo que confere conteúdo múltiplo ao bem que se pretende tutelar. Ele é mais abrangente que o adjetivo “histórico”, visto que o que é “cultural” engloba o que é histórico, bem como outros aspectos de interesse como o valor arquitetônico, artístico etc¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁶ A recomendação de Nairobi inaugura uma nova etapa da tutela do patrimônio cultural. Aquela que reconhece a importância do conjunto monumental, ou do “conjunto histórico”, natural ou construído, que, pela continuidade e valor cultural, implicam proteção globalizada. O conceito de “conjunto histórico” trazido na recomendação é “todo o grupo de construções e de espaços, incluindo as estações arqueológicas e paleontológicas, que constituam um estabelecimento humano, tanto em meio urbano como em meio rural, e cuja coesão e valor são reconhecidos do ponto de vista arqueológico, arquitetônico, pré-histórico, histórico, estético ou sócio-cultural. Entre esses “conjuntos”, que são muito variados, podem distinguir-se em especial: os lugares pré-históricos, os antigos bairros urbanos, as aldeias e os casarios, bem como os conjuntos monumentais, homogêneos, ficando entendido que estes últimos deverão como regra, ser conservados cuidadosamente sem alteração”. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 314.

¹⁴⁸⁷ Cf. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da proteção do Patrimônio Cultural. **Textos. Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. III, p. 61-107, 1996.

¹⁴⁸⁸ Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 185 e ss.

¹⁴⁸⁹ Sem pretendermos esgotar toda teoria acerca dos “bens” para o direito, nos limitaremos a mencionar o conceito de Abbagnano, que é também tomada pelo direito: “Bem é a palavra tradicional para indicar o que, na linguagem moderna, se chama valor. Um bem é um livro, um cavalo, um alimento, qualquer coisa que se possa vender ou comprar; um bem também é beleza, dignidade ou virtude humana, bem como uma ação virtuosa, um comportamento aprovável”. Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 107-109.

¹⁴⁹⁰ A expressão linguística “bem cultural” teve êxito, sobretudo, no ordenamento internacional, que a utiliza em numerosos acordos e convenções. Esses acordos e convenções podem ser distintos em dois grupos: o primeiro obriga as partes contratantes a estabelecer planos de tutela dos bens a proteger, a introduzir medidas de salvaguarda e incentivos para sua restauração e conservação, a contrastar com os adequados aparatos a exportação e o comércio ilegal, a facilitar a circulação dos conhecimentos científicos, a desenvolver a investigação nos setores idôneos para melhorar a restauração e a conservação, assim como a empreender as adequadas atividades de educação social (Convenção de Paris, de 1979, de 1971, Granada, 1985); o segundo grupo de normas internacionais tem por objeto a proteção dos bens culturais no caso de conflito

O conceito e o termo “monumento” não é, contudo, excluído da abordagem que se propõe, ao contrário, há de se reconhecer que este se encontra, ainda hoje, em franca utilização pelos países sob análise. O que se quer evidenciar, porém, é que ele denota, na atualidade, uma espécie do gênero “bem cultural”, e não se confunde com este, referindo-se apenas aos bens imóveis construídos e naturais¹⁴⁹¹.

Nesse sentido, a legislação portuguesa assume o termo “bens culturais” enquanto gênero, no qual insere o “monumento” enquanto espécie de bem imóvel, cujo conteúdo é aquele definido na legislação nacional e internacional (art. 15, n. 1, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro)¹⁴⁹².

Bem cultural é, pois, o conceito mais amplo no qual se inserem os bens imóveis e móveis e dentre estes se encontram diversas categorias que variam de acordo com as definições assumidas em cada país.

Há, como demonstramos, uma evolução dos conceitos. Considerando o exposto, chega-se ao seguinte esquema temático, que adotamos:

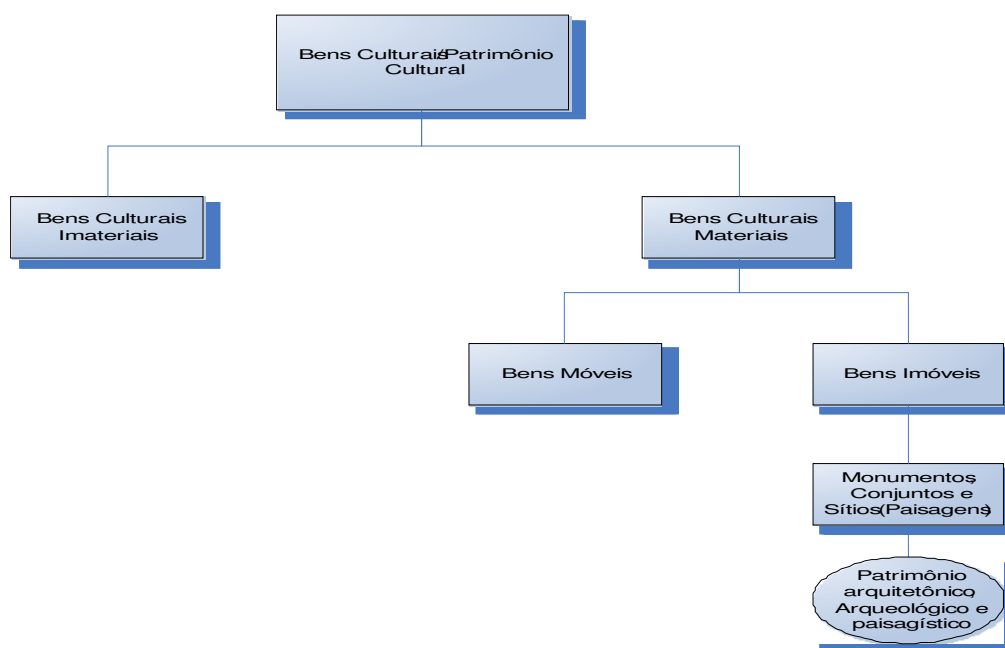


Tabela 3 - Bens Culturais e seus elementos

6.2.1.1. Do bem cultural propriamente dito

Superados os esclarecimentos acerca dos termos utilizados, lembremos que já afirmamos, ainda que rapidamente, a existência de um valor cultural que se identifica em bens de diferentes naturezas (materiais e imateriais¹⁴⁹³). Por outro lado, a noção de bem cultural será necessariamente variável conforme o “valor cultural” assumido em cada ordem jurídica.

armado (Haya, 1954). Cf. ROLLA, Giancarlo. Bienes Culturales Y Constitucion. **Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 2, p. 163-180, enero-abril, 1989.

¹⁴⁹¹ Conceito adotado em atenção à legislação internacional (Convenção da Unesco, 1972). Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹⁴⁹² “Lei n. 107/2001. (...) Art. 15. 1. os bens imóveis podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos em que tais categorias se encontram definidas no direito internacional (...)” (destacamos)

¹⁴⁹³ Os bens materiais e imateriais são aqueles tratados pela doutrina civilista por “bens corpóreos e incorpóreos” que advêm, por sua vez, da expressão *res corporales* e *incorporales*, de origem romana. Significa dizer que uma relação jurídica poderá ter por objeto uma coisa de existência material ou de existência abstrata. Maiores desenvolvimentos desses conceitos serão apresentados a seguir, por agora reportamo-nos às críticas elaboradas por PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições**

É evidente que a “internacionalização” do patrimônio cultural levou os Estados de Direito a elaborarem normas que se assemelham em razão de apresentarem concepções construídas originariamente na Europa¹⁴⁹⁴. Não se trata, somente, de uma uniformização do entendimento de valor cultural¹⁴⁹⁵, mas sim de uma projeção global de que a manifestação cultural de relevo (seja municipal, estadual, nacional ou internacional) reveste-se de interesse público a ser tutelado¹⁴⁹⁶.

O bem cultural, nesses termos, é o objeto do direito do patrimônio cultural, elemento de natureza múltipla que apresenta em si aspectos valorativos que lhe conferem relevância jurídica¹⁴⁹⁷.

No Brasil, o Decreto-Lei n. 25/37, de 30 de novembro, assume como tais (bens culturais) todo aquele bem que possui referências à vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, equiparando, nesse sentido, os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (art. 1º, caput e §2º).

A Constituição Federal, por sua vez, também confere elementos e conteúdo material ao bem cultural, ampliando o sentido do Decreto-Lei n. 25/37, de 30 de novembro. Segundo o art. 216 da Carta fundamental brasileira:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Em Portugal, a noção é estabelecida pela legislação de bases daquele País. Partindo da ideia de patrimônio cultural, a legislação portuguesa estabelece como bens culturais aqueles em que “sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização (art. 2º, “1”); a língua portuguesa, enquanto

de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 405 e ss.

¹⁴⁹⁴ A primeira conferência internacional para a conservação dos monumentos históricos foi realizada em Atenas, em 1931 (Conferência sobre conservação artística e histórica dos monumentos, organizadas pela Sociedade das Nações, com a cooperação do Conselho Internacional dos Museus – ICOM), e reuniu apenas europeus. Na segunda, realizada em Veneza, em 1964, participaram três países não europeus: Tunísia, México e o Peru. Quinze anos mais tarde, 80 países pertencendo aos cinco continentes (entre eles o Brasil) tinham assinado a Convenção do Patrimônio Mundial. As noções originárias do direito do patrimônio cultural (monumento histórico e artístico) são invenções ocidentais, designadamente Europeias, e foram progressivamente exportadas a partir da segunda metade do século XIX. Cf. CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Tradução: Teresa Castro. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 14 e 21.

¹⁴⁹⁵ Como bem anota Choay, “na medida em que se tornou uma instituição planetária, o patrimônio confronta a prazo todos os países do mundo com as mesmas interrogações e as mesmas urgências”. Cf. CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Tradução: Teresa Castro. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 25.

¹⁴⁹⁶ “Le patrimoine culturel est mondialement reconnu. Le patrimoine culturel apparaît, au début du XXIe siècle, comme un bien commun à une population, à une nation, et, dans de nombreux cas, à toute l’humanité. Cependant s’il représente encore le plus souvent un génie national avec ses spécificités, il sert à qualifier aussi un site naturel remarquable dans un pays”. Cf. BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager: classement, conservation, valorisation**. Paris : Delmas, 2002. p. 12.

¹⁴⁹⁷ A questão de se saber quais bens destacam-se entre os bens culturais em geral é de extrema relevância e mobiliza infinita doutrina patrimonialista. Trata-se de “escolher quais bens serão preservados”. Essa questão será desenvolvida com maiores detalhes a seguir. Neste momento, apenas ressaltamos o fato de que um bem escolhido reflete uma opção que na maior parte das vezes é apenas técnica no Brasil. A reflexão acerca do valor cultural não passa, neste momento, por uma ampla discussão junto à comunidade. Por essa razão, entendemos ser relevante o desenvolvimento de uma proteção secundária, via planejamento urbano, no sentido de que, a partir desse instrumento, é possível garantir uma mobilização francamente popular em relação a bens imóveis que apresentem relevância cultural, para determinada comunidade, ainda que não tenha sido identificadas tecnicamente enquanto “exemplo relevante de arte ou cultura”.

fundamento da soberania nacional, é um elemento essencial do património cultural português (art. 2º, “2º”). Para além disso, a mesma lei tutela o

interesse cultural relevante, designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, dos bens que integram o património cultural reflectirá valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade (art. 2º, “3º”); bens imateriais que constituam parcelas estruturantes da identidade e da memória colectiva portuguesas (art.2º, “4º”); quaisquer outros bens que como tal sejam considerados por força de convenções internacionais que vinculem o Estado Português (art.2º, “5º”); e outros (ver os demais números “6”, “7” e “8”, do art. 2º da Lei nº 107/2001, de 8 de Setembro)¹⁴⁹⁸.

Na Itália, a noção de bem cultural avançou após a aprovação do Decreto n. 42/2004, de 22 de janeiro¹⁴⁹⁹. A Comissão Ministerial encarregada de elaborar o texto do novo “Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio”, adota uma noção mista de bem cultural, “resultante da síntese da noção elencativa disposta no Art. 2, da Lei 1089 de 1939”, com a noção “ampla” já proposta nas considerações da Comissão Franceschini de 1966¹⁵⁰⁰. O Art. 2º, “2”, traz a seguinte definição:

*2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico, e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*¹⁵⁰¹.

O “Code du patrimoine” em vigor na França define de forma ampla os bens culturais, a partir da noção de património, em seu artigo L1: “Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique.”¹⁵⁰²

A Lei n. 16/1985, de 25 de junho, do Patrimonio Histórico Español, por sua vez, assume no art. 15º como

1. (...) **monumentos** aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social ;2. **Jardín Histórico** es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos; 3. **Conjunto Histórico** es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su

¹⁴⁹⁸ Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Património Cultural**. Legislação. Almedina: Coimbra, 2003. p. 224.

¹⁴⁹⁹ Nesse sentido é o comentário à lei, elaborado por LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 5-32.

¹⁵⁰⁰ O trabalho da Comissão Franceschini concluiu-se com a elaboração de 84 declarações que indicam a diretiva a seguir pela regulamentação da matéria do património cultural. Sobre a Comissão Franceschini, ver comentários em: CORTESE, Wanda. **I beni culturali e ambientali**. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 446 e ss.

¹⁵⁰¹ Cf. CARLETTI, D. et tal. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 7. Acerca da noção de bem cultural enquanto valor de civilização, Giannini anota que para o jurista esse conceito é simplesmente aberto, em cujo conteúdo é dado por outras disciplinas. E acrescenta que o aparecimento desse conceitos abertos é um fenómeno natural do direito. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. **I Beni Culturali**. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

¹⁵⁰² Le Code du patrimoine francês agrupa diversas disposições do direito francês concernentes ao património e a certos serviços culturais. A França escolheu a técnica da codificação por meio do agrupamento de textos dispersos em vez de criar um novo Código da Cultural, Trata-se de uma codificação de um direito constante, formada a partir de textos já existentes. Acerca da Codificação e evolução do direito do património francês, PONTIER, Jean-Marie. Codification et Évolution du droit du patrimoine. Le Code du Patrimoine. **L'Actualité Juridique**, Paris, n. 25, p. 1330-1337, juillet, 2004. Disponível em : <www.legifrance.gouv.fr>.

*cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado; 4. Sitio Histórico es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico; 5. Zona arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas*¹⁵⁰³.

Sem querer aqui esgotar os termos e elementos que adensam o conteúdo do bem cultural ou o valor que este aporta, podemos afirmar, resumidamente, que os bens ou objetos culturais, “são coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores”¹⁵⁰⁴, assumindo-se nesse conceito não somente a “criação” mecânica, mas também o sentido de vivência espiritual do objeto. Os valores projetados sobre os bens serão, portanto, elementos fundamentais na sua identificação. Tais valores aliados à uma noção de “representatividade” formatam os requisitos de identificação do bem cultural.

A Convenção da Unesco de 1970 sobre as medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência da propriedade ilícita dos bens culturais, ratificada no Brasil pelo Decreto 72.312, de 1973, estabelece, para seus fins, que a expressão “bens culturais” significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a Arqueologia, a Pré-História, a Literatura, a Arte ou a Ciência e que pertençam às seguintes categorias:

- a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objetos de interesse paleontológico;
- b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional;
- c) o produto de escavação arqueológica (tanto as autorizadas quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas;
- d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares de interesse arqueológico;
- e) antiguidades de mais de 100 anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados;
- f) objetos de interesse etnológico;
- g) os bens de interesse artístico, tais como: I – quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente à mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados decorados à mão); II – produções originais de arte estatutárias e de escultura em quaisquer materiais; III – gravuras, estampas e litografias originais; IV – conjuntos e montagens artísticas em qualquer material;
- h) manuscritos raros e incunábulo, livros, documentos e publicações antigos de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário etc), isolados ou em coleções;

¹⁵⁰³ cf. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del Patrimonio cultural**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p.327

¹⁵⁰⁴ SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.26.

- i) selos postais, fiscais ou análogos, isolados ou em coleções;
- j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos;
- k) peças de mobília de mais de 100 anos e instrumentos musicais antigos.

Caberá a cada Estado signatário a estruturação dos meios de salvaguarda, o que inclui a definição de critérios para identificar esse patrimônio.

Os conceitos assumidos pelas legislações expostas denotam que um bem pode portar um valor representativo para uma determinada sociedade, por diversas razões. O fundamento da patrimonialização de um bem será, portanto, variável e múltiplo, assim como são múltiplos os bens aos quais a normativa se destina. Uma noção que se depreende e que se ressalta é de que o bem cultural não é somente aquele que testemunhou eventos ou que se assegura pela antiguidade. Ao contrário, o bem cultural pode ser assim reconhecido em um objeto que aporte um valor diverso (artístico, estético, científico etc), independente da sua “idade”, como é comum observarmos em interpretações menos refletidas do tema. O que lhe confere relevância é sua representatividade histórica, artística, científica etc.

O que dá consistência ao bem a ser protegido é, de outra forma, o caráter “cultural” e “representativo”, pois o aspecto cultural se encontra em todas as ações humanas, sendo, entretanto, apenas algumas aquelas que denotam uma representatividade a ser destacada, protegida e transferida às gerações futuras. Esse caráter cultural não está, por outro lado, engessado em representações estéticas clássicas. Ao contrário renova-se a cada dia, pois que a cada geração caberá contribuir com a cultura através da arte e suas próprias interpretações da vida e do mundo. Assiste-se, nesse sentido, a tendência a ampliar o sentido de cultura para incluir, sobretudo no que se refere aos bens imateriais, manifestações populares legítimas da comunidade¹⁵⁰⁵.

Ainda acrescentando conceitos, podemos simplificar a concepção jurídica de bem cultural a fim de considerá-lo como todo bem que detém um valor cultural representativo de uma sociedade em determinado momento, sobre o qual recai ou recairá¹⁵⁰⁶ uma medida asseguratória primária (classificação, tombamento, leis, sentença etc) que o integra ao patrimônio nacional, passando a ser objeto de um regime especial que determina sua proteção, conservação e valorização, garantindo-se o seu acesso à sociedade atual e sua transmissão às gerações futuras.

A identificação e o reconhecimento do valor cultural de um bem não é, por outro lado, simples. Diversas são as problemáticas que podem ser levantadas. Uma pintura de um artista como Francisco Vieira de Matos (Vieira Lusitano) é tão relevante em termos culturais quanto uma obra como a de Damien Hirst, artista inglês que em 1992 espantou a todos com uma escultura de tubarão em meio a um bloco de vidro (título da obra: *The Physical Impossibility of Death in the Mind of*

¹⁵⁰⁵ Nesse sentido também o n. 8, do art. 2º, da Lei n. 107/2001 de 8 de setembro, em Portugal, ao assinalar que “a cultura tradicional popular ocupa uma posição de relevo na política do Estado e das Regiões Autónomas sobre a protecção e valorização do património cultural e constitui objecto de legislação própria”. Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Património Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 224.

¹⁵⁰⁶ Cumpre reconhecer que o patrimônio cultural brasileiro compõe-se de ao menos três tipos de bens: a) os bens tutelados (por medidas primárias); b) os bens em vias de tutela (objetos de estudos preliminares etc) e c) os bens simplesmente valiosos, por seu valor artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico ou técnico, que não tenham sido declarados como tais através de medidas primárias ou secundárias de tutela. Os bens tutelados são aqueles que aportam uma característica extrínseca do próprio bem: a declaração administrativa (o tombamento, ou qualquer outra medida primária ou secundária de tutela). Os bens em vias de tutela são aqueles que já foram identificados e passam por um processo de patrimonialização (classificação); os bens valiosos, são todos aqueles que possuem o valor cultural, porém não foram ainda objeto de uma tutela primária ou mesmo secundária. O reconhecimento de que esses “bens valiosos” integrem o que se conceitua por patrimônio cultural fundamenta a adoção de medidas diversas dos meios primários de tutela. É assim que os bens culturais poderão ser objeto de tutela de medidas judiciais (Ação Popular e Ação Civil Pública), bem como objeto de leis diversas (leis municipais, estaduais, nacionais, de caráter urbanístico ou não). Esses aspectos são bem lembrados pela doutrina espanhola em PAU, Antonio. **Cuatro Ensayos sobre el patrimonio cultural Español**. Madrid: Centro de Estudios, 2005. p. 18 e ss.

Someone Living)?¹⁵⁰⁷ Em que termos falamos de valor cultural e representatividade? Um bem cultural que atinge um valor fenomenal no mercado das artes é ele “representativo” de uma categoria?

Como já verificado das legislações anteriormente mencionadas, é tarefa fundamental dos Estados brasileiro e português a salvaguarda e a valorização do patrimônio cultural, devendo-se garantir a transmissão de uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações.

Porém, identificar o bem cultural passa por uma análise que supera o conteúdo meramente jurídico. É antes uma avaliação que se dará empiricamente pelas ciências que se ocupam da noção dos bens arquitetônicos, históricos, artísticos e arqueológicos, cujas características lhes conferem o *status* de bem de interesse cultural.

Diante disso, questiona-se: a conformação da norma diante dos diversos tipos de bens culturais é tarefa extrajurídica?

Giannini¹⁵⁰⁸ ensina que a noção de bem cultural como testemunho material que sugere valor de civilidade pode também ser entendida como noção juridicamente válida, sendo, entretanto, uma noção relativa ou noção tal que a normativa jurídica não confere um conteúdo próprio, uma definição juridicamente precisa, mas que se opera mediante referência a disciplinas não jurídicas. Isso se dá porque o número de noções juridicamente relativas é crescente no ordenamento contemporâneo em que resta comum os conceitos gerais e genéricos, abrindo-se ao intérprete da norma grande mobilidade interpretativa.

Ao mesmo tempo em que o conteúdo valorativo atribui a um bem a consistência cultural, o atributo que define o bem cultural como “testemunho do valor de civilização” rende idônea a noção predominante e atual sobre a coisa, conferindo-lhe novo *status* jurídico.

Através dos órgãos administrativos ter-se-á a avaliação do conteúdo dos bens culturais e concretizar-se-á uma posterior tutela. É fundamental, portanto, a realização de estudos ou a demonstração documental de que o bem aporta um valor cultural representativo e que deve ser tutelado nesses termos.

Muitas dúvidas podem ser suscitadas nesse contexto, e o contencioso administrativo que poderá tramitar quando do início de um processo de tombamento (por exemplo) tratará de questões para além da técnica jurídica. Diversos elementos de caráter multidisciplinar conferem o *status* de bem cultural ao bem e o conceito jurídico resta vazio até a sua demonstração.

Desse processo se depreende que o patrimônio cultural é o direito público aplicado à cultura. Não existe um patrimônio por natureza, mas apenas um patrimônio por determinação de uma autoridade administrativa. Em outros termos, a patrimonialização de um bem se perfaz em via de decisão unilateral.

No mesmo sentido, Frier¹⁵⁰⁹ aponta que toda atividade desde sua realização ou todo objeto, desde sua produção, é a princípio suscetível de tornar-se patrimonial. A patrimonialização é, assim, o que distingue o bem cultural do bem patrimonial¹⁵¹⁰. A partir de um mecanismo social, que lhe confira certo valor, o bem é “selecionado” e “apropriado”, simbolicamente. Passa a integrar o patrimônio cultural e por conta disso, suportar restrições e encargos que constituem em sacrifício que sua conservação pressupõe e exige.

Não se poderá negar, por outro lado, que a tutela ou a declaração pública do valor cultural que o bem possui poderá vir tardiamente ou sequer ocorrer. Muito do patrimônio cultural no Brasil se perdeu por conta de inércia e omissão administrativa. Daí existirem as formas diversificadas de tutela (inventários, lei, sentença, plano diretor etc), que garantem a salvaguarda do bem, para além do processo de tombamento, este formalmente constituído por autoridade administrativa.

¹⁵⁰⁷ Nesse sentido são os estudos recentes de Gratton, que busca uma aproximação entre a noção de cultura construída pelas ciências da arte, da arquitetura, do cinema e aquela apreendida pelo Direito internacional (Unesco e OMC) por meio de convenções e tratados internacionais. Cf. GRATTON, Louis Philippe. **Culture et Droit: une relation à concrétiser**. Rencontres informelles de l'Institut Suisse de droit comparé. Lausanne, 9 Février 2010.

¹⁵⁰⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **I Beni Culturali**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

¹⁵⁰⁹ FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du Patrimoine Culturel**. Paris: PUF, 1997, p. 15.

¹⁵¹⁰ Nesse sentido a distinção de CHASTEL, A. e BABELON, J. P. **La notion de patrimoine**. Paris: Liana Levi. 1995. p. 101.

Bem se nota que o reconhecimento desses valores culturais é tarefa de competência da administração, segundo seu campo de atuação. No Brasil, esse campo de atuação administrativa pressupõe a divisão federativa de atribuições públicas.

Em seus diversos níveis (Federal, Estadual e Municipal), a iniciativa para o reconhecimento dos elementos tuteláveis será especial, conforme graduar o interesse que reveste o bem cultural.

Os estudos que se devem apresentar para justificar a patrimonialização de um bem ficam, entretanto, a cargo de outras ciências que não o Direito (pareceres, estudos etc compõem um processo de fundamentação da tutela do bem cultural). A ciência jurídica, por sua vez, presta-se a estabelecer critérios, mas é de se admitir que a normativa adotada é plena de conceitos a serem preenchidos, o que gera uma folgada margem de discricionariedade.

Nesse sentido a Lei de Bases Portuguesa n. 107/2001, de 8 de setembro¹⁵¹¹, estabelece em seu art. 17 um rol de critérios genéricos de apreciação que serão tidos em conta no momento em que se promove a classificação ou inventariação. Observar-se-á um ou alguns dos seguintes requisitos:

- a) o carácter matricial do bem; b) o génio do respectivo criador; c) o interesse do bem como testemunho simbólico ou religioso; d) o interesse do bem como testemunho notável de vivências ou factos históricos; e) o valor estético, técnico ou material intrínseco do bem; f) a concepção arquitectónica, urbanística e paisagística; g) a extensão do bem e o que nela se reflecte do ponto de vista da memória colectiva; h) a importância do bem do ponto de vista da investigação histórica ou científica; i) as circunstâncias susceptíveis de acarretarem diminuição ou perda da perenidade ou da integridade do bem.

A apreciação da relevância cultural dos bens no contexto brasileiro não conta com as mesmas orientações encontradas no contexto português. O processo de identificação ou tutela deverá, por outro lado, guiar-se por estudos e investigações que visem a identificar os elementos consagrados pela legislação enquanto reveladores desses bens culturais.

6.2.2. Bem cultural imóvel

As legislações dos países analisados assumem o carácter múltiplo do bem cultural ao propor a proteção de todos os tipos de bens, desde que estes apresentem certas características e certos valores culturais. Sua natureza poderá ser material ou imaterial, constituindo uma ruína romana ou uma festa popular, uma igreja ou um modo de fazer...

O patrimônio imóvel é normalmente reconhecido pelos bens construídos: casas, praças, igrejas, prédios, fazendas etc¹⁵¹², mas seu sentido também abarca aquilo que se encontra no subsolo e, da mesma forma, os bens paisagísticos.

O patrimônio cultural do subsolo é essencialmente aquele que se caracteriza por ser um vestígio material da história da humanidade, constituindo-se dos bens arqueológicos ou patrimônio

¹⁵¹¹ Cf. NABAIS, José Casalta ; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Património Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 223 e ss.

¹⁵¹² No Brasil e em Portugal, assim como na legislação produzida em nível internacional (Carta de Atenas e Carta de Veneza), os bens culturais imóveis foram os primeiros a serem objetos de medidas significativas de proteção cultural. Essa mobilização parece ser comum aos demais países ocidentais, como se observa da construção legislativa da matéria do patrimônio cultural que se expandiu, em segundo momento, para garantir a proteção de bens móveis e em um terceiro momento, também tutelar os bens imateriais. Nesse sentido, também reconhece a doutrina francesa, acerca da centralidade do patrimônio construído: "le patrimoine bâti est la partie la plus ancienne et la plus connue du patrimoine français". Cf. BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager** : classement, conservation, valorisation. Paris: Delmas, 2002. p. 22.

arqueológico¹⁵¹³. A distinção desses elementos mereceu na doutrina francesa a referência de bens do “*sur-sol*” e do “*sous-sol*”¹⁵¹⁴.

Nesse sentido, desenvolveremos a seguir, a noção de bens arqueológicos. Para já é de se observar que estes se incluem no conceito de bens imóveis aos quais nos referimos no presente trabalho e, como tal, devem ser considerados na medida em que integram os fins e medidas urbanísticas.

Na Espanha, o bem imóvel é tratado separadamente, no Título II, Artigo 14 e ss, da Lei 16/1985, de 25 de junio, *del patrimonio histórico español*. Segundo os termos daquele artigo,

1. os bens imóveis são aqueles enumerados no artigo 334 do Código Civil e, para além destes, todos os elementos que se incorporam aos edifícios e formam parte dos mesmos ou sejam ornamentos destes, ou , ainda que possam ocasionalmente serem separados, os que constituem um todo perfeito. 2. Os bens imóveis integrados no Patrimônio histórico español podem ser declarados “monumentos, jardins, conjuntos e sítios históricos, assim como zonas arqueológicas, todos eles como bens de interesse cultural”¹⁵¹⁵.

Na Itália, o *Codice dei beni Culturali e del Paesaggio* estabelece no art.2, “2”:

são bens culturais as coisas imóvel e móvel que, no sentido dos artigos 10 e 11, apresentem interesse artístico, histórico arqueológico, etnoantropológico, arquivístico, e bibliográfico e as outras coisas individualizadas pela lei ou em base da lei enquanto testemunho com valor de civilidade¹⁵¹⁶.

Os artigos 10 e 11 do referido código italiano estabelecem critérios objetivos da tutela, elencando a tipologia das coisas que podem constituir objeto de reconhecimento para fins de aplicação da normativa.

¹⁵¹³ É o que define a Lei n. 3.974 de 26 de julho de 1961, sobre o patrimônio arqueológico brasileiro: “Art. 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal 1. Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição 2. Art. 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos: a) As jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos da cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico, a juízo da autoridade competente; b) Os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; c) Os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, nos quais se encontrem vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; d) As inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios”.

¹⁵¹⁴ BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager**: Classement, conservation, valorisation. Paris: Delmas, 2002. p. 14.

¹⁵¹⁵ Na redação original: “artículo 14. Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos. 2. Los bienes inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español pueden ser declarados monumentos, jardines, conjuntos y sitios históricos, así como zonas arqueológicas, todos ellos como bienes de interés cultural” (os conceitos de monumentos, jardins, conjuntos etc estão estabelecidos no artigo 15 da mesma lei). Cf. ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del patrimonio cultural**. Navarra: Civitas, 2007. p. 325.

¹⁵¹⁶ “Art.2. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. (...) 2. sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico archeologico, etnoantropologico, archivistico, e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà.” Cf. CARLETTI, D. et tal. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n.º.42. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 7 e ss, e 31 e ss.

Em Portugal o “bem imóvel”, como é chamado, é tratado em seção apartada dos artigos 40 a 54, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro¹⁵¹⁷. No artigo 15, a referida lei estabelece as três categorias de classificação dos bens culturais imóveis dispondo-os como: a) monumentos; b) conjuntos; c) sítios¹⁵¹⁸.

A legislação portuguesa manteve-se fiel ao termo construído na legislação internacional e estabelece o “monumento”, como um dos bens culturais imóveis a tutelar¹⁵¹⁹.

Por outro lado, sistematiza coerentemente os termos e insere os monumentos no contexto dos “bens culturais”, gênero que equivale ao termo “patrimônio cultural”, quando tomado em sua totalidade e que tem como espécies os bens móveis e imóveis.

A legislação brasileira assume no Decreto-Lei n. 25/37¹⁵²⁰ os conceitos de “bens móveis e imóveis” para identificar todos os bens que integram a noção de patrimônio cultural brasileiro. Por bens imóveis visa a identificar tudo aquilo que se liga por natureza ou por destinação ao solo¹⁵²¹.

Considerando que o Brasil é signatário de diversas normativas internacionais, dentre elas a Resolução da Unesco de 1972, ratificada em 1977, pelo Decreto n. 80.978 de 12 de dezembro, compreendemos que aquele País também adota os conceitos ali definidos como monumento, conjuntos e os locais de interesse ou lugares notáveis¹⁵²².

Assim, o sentido dos bens imóveis para fins do presente trabalho, considerados enquanto tais pela normativa especializada do patrimônio cultural, inclui *os bens construídos ou arquitetônicos* (casas, prédios, igrejas, praças, pontes etc); *os bens da natureza de valor paisagístico* (paisagens notáveis, conforme veremos a seguir) e *os bens arqueológicos e similares* (vestígios da civilização, conforme conceituaremos a seguir).

¹⁵¹⁷ Cf. NABAIS, José Casalta ; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 223 e ss.

¹⁵¹⁸ O revogado DL n. 120/97, de 16 de maio, fixa também um conceito de “patrimônio arquitetônico de interesse cultural”. Em seu preâmbulo dispõe que “considera-se patrimônio arquitetônico de interesse cultural ou, em equivalência, bens culturais imóveis integrantes do patrimônio cultural português ou patrimônio cultural arquitetônico, as estruturas imóveis criadas e implantadas no território pelo homem, ou que o homem produziu transformando a natureza, dotadas de um valor simbólico”. Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Actual Regime Jurídico da Protecção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetónico Português. Patrimônio /Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p.9-39, dezembro 2002/junho 2003.

¹⁵¹⁹ O monumento, naquele país, assume o conteúdo estabelecido na legislação internacional ratificada, estando expressamente na Lei de Bases essa vinculação (art. 15, item 1). Essa legislação internacional mencionada refere-se a Resolução da Unesco, de 1972, ratificada no país pelo Decreto n. 49/79, de 6 de junho. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 239.

¹⁵²⁰ A ideia se depreende do art. 1º, do referido Decreto-Lei n. 25/37: “Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos *bens móveis e imóveis* existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. As noções de bens móveis e imóveis serão desenvolvidas a seguir, com base na doutrina e legislação civil. Por agora apenas nos ocuparemos de identificar os conceitos adotados na legislação cultural.

¹⁵²¹ O conceito é retirado, por sua vez, da doutrina e legislação civis. A questão dos “bens imóveis por destinação” foi tratada pela doutrina francesa tendo em vista a problemática situação dos bens móveis que “integram” bens imóveis. A noção mais aceitável é da conservação desses bens no local original e, portanto, a teoria da destinação apresenta-se como via adequada para a caracterização desse patrimônio. Entretanto, o código do patrimônio cultural em vigor na França não adere ao sentido fictício de bem imóvel (por destinação), elaborado pela doutrina civilista. Nesse sentido, o legislador se ateve ao caráter concreto dos bens (imóveis ou móveis) e abre margem, com essa opção, a situações de risco ao patrimônio cultural. Cf. LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006. p. 29 e ss.

¹⁵²² Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. Artigo 1º. - os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; - os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; - os lugares notáveis: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

6.2.3. Bem cultural construído ou arquitetônico

No que tange aos bens construídos, devemos anotar que encontramos na legislação alguma terminologia que vale reportar nesta oportunidade.

Para além dos já citados bens imóveis (monumentos, conjuntos e sítios), alguma legislação se dedica à construção de uma ideia de “patrimônio urbano” e “patrimônio arquitetônico”. Esses conceitos são introduzidos internacionalmente pela Carta de Veneza, de 1964; pela Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico, de outubro de 1975, e, por fim, pela Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas, de 1987¹⁵²³. Em Portugal, o Decreto-Lei n. 380/99 faz menção expressa do “patrimônio arquitetônico” nos artigos 4º, 10º e 15¹⁵²⁴.

Na medida em que analisamos tais documentos, verificamos que se trata de uma abordagem diferenciada dos bens imóveis. Centrando-se, sobretudo, na ideia de “continuidade” as cartas internacionais mencionadas buscam ampliar as noções de proteção do patrimônio imóvel partindo de uma concepção global do conjunto desses bens. Trata-se de uma nova visão do patrimônio voltada à tutela de um conjunto arquitetônico extenso, que engloba muitas vezes toda a cidade, ainda que nem todos os elementos individualmente considerados tragam em si um valor cultural. Trata-se de um valor reconhecido à globalidade desses bens, formados por espaços cheios e vazios, por curvas e estradas, por elementos de diversas épocas que se complementam em uma harmonia singular.

Essa abordagem é de relevância inquestionável para o tratamento urbanístico do patrimônio cultural e importa em comprometimento amplo das planificações. A exemplo dessas situações encontraremos as “cidades históricas”, assim declaradas em conformidade com a Carta Internacional para a salvaguarda das cidades históricas, de 1987.

Também a doutrina se dedica a conceituar o patrimônio arquitetônico. Para Querrien¹⁵²⁵, “o patrimônio arquitetônico, inscrito no solo, é um conjunto de sinais deixados aí, com a solidez da construção, por uma história que podemos decifrar graças a um tipo de braille arqueológico sobre o qual passeiam nossos dedos”. Um patrimônio é uma arquitetura, mas também uma história. Como a arquitetura ocupa o espaço, o patrimônio atravessa o tempo¹⁵²⁶.

A Constituição brasileira fala em “conjuntos urbanos” no inciso V, do art. 216, dando a entender que se constituem de bens construídos e, portanto, arquitetônicos, inseridos no contexto urbano das cidades.

Mais recentemente, o IPHAN tem se reportado a esses bens como “sítios históricos localizados em áreas urbanas”, o que também deve ser entendido como patrimônio construído ou arquitetônico¹⁵²⁷.

Durante todo o trabalho utilizaremos os termos mencionados, na medida em que sua amplitude e sentido se tornem mais adequados.

¹⁵²³ Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹⁵²⁴ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁵²⁵ Cf. QUERRIEN, Max. La politique de valorisation du patrimoine culturel: intérêt et limites de la réutilisation du patrimoine. In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 123.

¹⁵²⁶ Cf. DOUBLON, Michel. **Le patrimoine Architectural au regard du droit de l'urbanisme et de la decentralisation**. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991. p. 14 e ss.

¹⁵²⁷ Nesse sentido Brito, ao comentar as políticas nacionais de reabilitação urbana dos sítios históricos brasileiros. Cf. BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos – Urbis – IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

6.2.4. *Bens arqueológico, paleontológico e espeleológico*

A Constituição brasileira de 1988 define patrimônio cultural brasileiro como: “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, incluindo-se entre outros, “V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, artístico, paisagístico, *arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*” (inciso V, art. 216, CF/88). Da mesma maneira, a Carta Fundamental brasileira declara como bens da União: “as cavidades naturais e os sítios arqueológicos e pré-históricos” (inciso X, art. 20, CF/88).

A Lei Federal n. 3.924/61, de 26 de julho, regulamenta, por sua vez, a nível nacional, a disciplina da propriedade e salvaguarda dos bens arqueológicos e pré-históricos brasileiros.

A referida lei estabelece, em primeiro lugar, que todo bem arqueológico e pré-histórico aporta um interesse nacional e é um bem patrimonial da União (art. 7º), de maneira que a propriedade da superfície não inclui os bens do subsolo que se caracterizem como tais (parágrafo único, art. 1º)¹⁵²⁸.

O conceito detalhado e conteúdo de bens arqueológicos estão definidos no art. 2º da mesma lei e inclui: a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente; b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

A lei proíbe qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos, considerando-os crime contra o patrimônio nacional e, como tal, punível de acordo com o disposto nas leis penais (art. 5º).

As jazidas arqueológicas ou pré-históricas de qualquer natureza, por sua vez, são manifestadas e registradas junto ao IPHAN, órgão responsável pela sua gestão.

As descobertas podem ser fruto de pesquisas e iniciativas de órgãos nacionais, estaduais e municipais da cultura ou fortuitas, a partir de trabalhos de escavação promovidos por particulares. Todas as descobertas deverão ser comunicadas ao IPHAN e os sítios imóveis ou jazidas de grande relevo poderão ser objeto de desapropriação (art. 15 e 17).

É importante comentar que o IPHAN manterá um cadastro dos monumentos arqueológicos e pré-históricos do Brasil, no qual serão registradas todas as jazidas relevantes (art. 27) e é o órgão central para a promoção da tutela dos bens arqueológicos. As atribuições conferidas ao Ministério da Cultura, porém, para o cumprimento da lei, poderão ser delegadas a qualquer unidade da Federação que demonstre dispor serviços técnicos, administrativos, recursos suficientes e especialmente organizados para a salvaguarda e estudo dos sítios arqueológicos (art. 28).

A normativa federal não trata, por outro lado, especificamente, de um plano territorial que cubra os sítios reconhecidos como portadores de traços arqueológicos, voltando-se em grande parte à regulamentação objetiva das escavações e descobertas de bens móveis com valor cultural dessa natureza¹⁵²⁹.

¹⁵²⁸ “Art 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal. Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição.” Cf. Lei n. 3.924/61, de 26 de julho. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/128682/lei-3924-61>>. Acesso em: 8 jan. 2009.

¹⁵²⁹ Podemos dizer que a Lei Federal é desatualizada e reflete um tempo em que os bens arqueológicos são conservados fora do espaço em que são encontrados (museus etc). A tendência atual é a da conservação in loco.

A tutela desses bens centra-se na inscrição de “sítios arqueológicos, paleontológico e espeleológico” junto ao IPHAN, onde encontramos mais de 16 mil sítios arqueológicos cadastrados¹⁵³⁰.

A título ilustrativo comentamos que dentre os sítios cadastrados, estão também tombados: Sambaqui do Pindaí, em São Luis (MA); Parque Nacional da Serra da Capivara, em São Raimundo Nonato (PI); Inscrições Pré-Históricas do Rio Ingá, em Ingá (PB); Sambaqui da Barra do Rio Itapitangui, em Cananéia (SP); Lapa da Cerca Grande, em Matozinhos (MG); Quilombo do Ambrosio: remanescentes, em Ibiá (MG); e Ilha do Campeche, em Florianópolis (SC).

Dentre os referidos sítios destaca-se o parque Nacional Serra das Capivaras, tombado por seu patrimônio arqueológico (com 920 sítios no mesmo local). A Serra das Capivaras, no Piauí, município de São Raimundo Nonato, é um dos locais mais importantes e significativos para a História do homem americano, com datações que remontam mais de 40 mil anos¹⁵³¹.

Nota-se que a estratégia de tutela dos bens arqueológicos centra-se na inscrição cadastral dos bens junto ao IPHAN. O tombamento também é uma medida utilizada para garantir a salvaguarda do bem arqueológico e poderá ser implementado ao lado do cadastramento. Não há, entretanto, na legislação nacional qualquer comentário expresso acerca da necessária integração entre a salvaguarda do bem arqueológico e a planificação territorial, restando ao legislador estadual e municipal complementar tal lacuna. Tal aspecto será comentado novamente a seguir.

Em Portugal, a proteção do patrimônio arqueológico conta com a legislação de bases e um instituto especializado. O Título VII da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, dispõe sobre os regimes especiais de proteção e valorização de bens culturais, estabelecendo quanto ao patrimônio arqueológico seu conceito, formas de proteção, deveres especiais das entidades públicas, definição de trabalhos arqueológicos, a obrigação de notificação de achado arqueológico e a elaboração de instrumentos de planejamento territorial que respeitem as informações arqueológicas contidas no solo e no subsolo dos aglomerados urbanos.

É, assim, considerado patrimônio arqueológico e paleontológico português todos os vestígios, bens e outros indícios da evolução do planeta, da vida e dos seres humanos:

- a) cuja preservação e estudo permitam traçar a história da vida da humanidade e a sua relação com o ambiente;
- b) cuja principal fonte de informação seja constituída por escavações, prospecções, descobertas ou outros métodos de pesquisa relacionados com o ser humano e o ambiente que o rodeia.¹⁵³²

Nesse sentido, deve ser “tido em conta, na elaboração dos instrumentos de planejamento territorial, o salvamento da informação arqueológica contida no solo e no subsolo dos aglomerados urbanos, nomeadamente através da elaboração de cartas do patrimônio arqueológico” (art. 79º)¹⁵³³.

O Decreto-Lei n. 131/2002, de 11 de maio estabelece, ainda, “a forma de criação e gestão de parques arqueológicos, bem como os objetivos, o conteúdo material e o conteúdo documental do plano de ordenamento de parque arqueológico” (art. 1º)^{1534,1535}.

¹⁵³⁰ Cf. Lista de sítios arqueológicos cadastrados pelo IPHAN. Site oficial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?retorno=paginaIphan&sigla=Institucional&id=12944>>. Acesso em: 8 fev. 2009.

¹⁵³¹ HORTA, Maria de Lourdes Parreiras. **Os lugares da memória**. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/Educadores/Artigos/lugares_memoria.html>. Acesso em: 20 jan. 2009.

¹⁵³² Artigo 74, Lei n 107/2001, de 8 de setembro, Lei de Bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural. Cf. NABAIS, José Casalta ; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 224-225.

¹⁵³³ Cf. RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Patrimônio . Inquérito aos PDMs de “1ª geração”. **Al-madan**, Almada, II série, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003.

¹⁵³⁴ Cf. NABAIS, José Casalta ; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 401 e ss.

¹⁵³⁵ Comentários relevantes são trazidos por Correia quando da natureza jurídica dos planos de ordenamento de parque arqueológico, tendo em vista que seus objetivos, conteúdo material e documental. O Decreto-Lei n. 131/2002 amplia a

Entende-se por “parque arqueológico” qualquer monumento, sítio ou conjunto de sítios arqueológicos de interesse nacional, integrado num território envolvente marcado de forma significativa pela intervenção humana passada, território este que integra e dá significado ao monumento, sítio ou conjunto de sítios, cujo ordenamento e gestão devam ser determinados pela necessidade de garantir a preservação dos testemunhos arqueológicos aí existentes (art. 2, Decreto-Lei n. 131/2002, de 11 de maio).

Trata-se de plano especial de ordenamento do território, cuja disciplina formal segue os ditames do Decreto-Lei n. 380/99, onde se define o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (RJICT) e o conteúdo material define-se no Decreto-Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, normativa de caráter cultural. Observe-se que a legislação patrimonialista exige, ela própria, a planificação integrada.

Além da legislação citada, O Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitetónico e Arqueológico, I. P., abreviadamente designado por IGESPAR, I. P., tem por missão a gestão, a salvaguarda, a conservação e a valorização dos bens que, pelo seu interesse histórico, artístico, paisagístico, científico, social e técnico, integrem o patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico classificado em Portugal. Esse universo abrange todos os bens materiais imóveis de natureza arquitetónica e de interesse cultural, classificados segundo as leis em vigor, e conforme a aceção do n. 1 do artigo 1º da Convenção de Granada de 1985, esta última integrada à ordem jurídica portuguesa através do Decreto n. 5/91, de 23 de janeiro, do presidente da República¹⁵³⁶.

No quadro das orientações definidas pelo Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), e de acordo com o Decreto-Lei n. 215/2006, de 27 de outubro, que aprovou a lei orgânica do Ministério da Cultura, foi criado pelo Decreto-Lei n. 96/2007, de 29 de março, o Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitetónico e Arqueológico¹⁵³⁷, IP (IGESPAR, IP), que resultou da fusão do Instituto Português do Patrimônio Arquitetónico (IPPAR) e do Instituto Português de Arqueologia (IPA) e da incorporação de parte das atribuições da extinta Direção-Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais (DGEMN).

Na França, a sensibilidade do Estado em face desse patrimônio arqueológico concretizou-se na Lei de 27 de setembro de 1941¹⁵³⁸. Essa norma tem por fim proteger os vestígios de ocupação passada e obriga a declaração aos serviços do Estado das descobertas arqueológicas ocorridas na ocasião de escavações feitas em função de construções de novos edifícios, renovação ou buscas com fins científicos.

Para além da legislação, uma Associação para as escavações arqueológicas nacionais foi criada nos anos 1975 (*Association pour les fouilles archéologiques nationales* - AFAN), constituindo-se o primeiro organismo profissional a serviço da arqueologia e, particularmente, a serviço de uma

numeração taxativa do artigo 42 do Decreto-Lei 380/99, incluindo os parques arqueológicos como objeto de plano especial de ordenamento do território. O autor critica a classificação de tais planos, uma vez que a matéria trata de assunto de interesse nacional, típico dos planos Setoriais. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. v. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 374.

¹⁵³⁶ NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 309.

¹⁵³⁷ São atribuições do IGESPAR, I. P.: a) propor a classificação e inventariação de bens de interesse nacional e de interesse público de relevância arquitetónica e arqueológica e estabelecer zonas especiais de proteção, bem como a respectiva revogação; b) elaborar, em articulação com as Direções Regionais de Cultura Ministério da Cultura, planos, programas e projetos para a execução de obras e intervenções de conservação, recuperação, restauro, reabilitação e valorização de imóveis classificados ou em vias de classificação ou situados nas respectivas zonas de proteção, bem como proceder à respectiva fiscalização ou acompanhamento técnico; c) assegurar, em articulação com as Direções Regionais de Cultura, a gestão e valorização do Patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico que lhe esteja afeto e promover, executar e fiscalizar as obras necessárias com esse fim; d) promover a inventariação sistemática e atualizada dos bens que integram o Patrimônio cultural na respectiva área de atuação, bem como assegurar o registo patrimonial de classificação e o registo patrimonial de inventário dos bens culturais objeto de proteção legal; e) pronunciar-se, nos termos da lei, sobre planos, projetos, trabalhos e intervenções, de iniciativa pública ou privada, a realizar em imóveis classificados ou em vias de classificação, respectivas zonas de proteção, designadamente, em monumentos, conjuntos e sítios; f) dar cumprimento às normas da Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Patrimônio Cultural e demais legislação complementar, no âmbito do Patrimônio Cultural arquitetónico e arqueológico. Cf. Artigo 3º, 3, do Decreto-Lei n. 96/2007, de 29 de março.

¹⁵³⁸ Cf. Loi du 27 septembre 1941 modifiée portant réglementation des fouilles archéologiques. Disponível em: <<http://www.vie-publique.fr/documents-vp/faloi.pdf>>. Acesso em : 20 fev. 2008.

arqueologia preventiva. Tal organismo atua sob o controle do Estado francês e impõe aos trabalhos de construção realizados em “sítios sensíveis”, escavações especiais com vistas a identificar esses bens e protegê-los.

A dimensão arqueológica é cada vez mais introduzida nos trabalhos de engenharia civil e construção. A Lei francesa n 2001-44, de 17 de janeiro de 2001, relativa à arqueologia preventiva, estende o campo de investigação nos trabalhos de construção e autoriza o Estado a realizar diretamente estudos prévios e operações arqueológicas de terrenos pré-determinados¹⁵³⁹. O subsolo escapa, assim, à propriedade privada¹⁵⁴⁰.

A atenção que se dedica à pesquisa arqueológica tem como fundamento os crescentes riscos de destruição que acometem esse patrimônio. A partir dos anos 60 o crescimento econômico da França gerou a multiplicação de grandes trabalhos que alteraram os espaços rurais e urbanos. Esse crescimento também veio acompanhado de uma crescente consciência de que as mudanças que ocorriam poderiam levar a um desastre arqueológico irreversível. É assim que, atualmente, perto de 1.500 campos arqueológicos são abertos todos os anos naquele País e mais da metade corresponde às “*fuilles de sauvetage*”, que têm por objetivo estudar o solo antes que novas construções sejam ali instauradas¹⁵⁴¹¹⁵⁴².

Da mesma forma, a nível internacional, a Convenção Europeia sobre a proteção do patrimônio arqueológico assinada em Londres, em maio de 1969, revisada em Malte em janeiro de 1992, estabelece uma consulta prévia entre urbanistas e arqueólogos e, nos estudos de impacto, a consideração dos sítios arqueológicos. A convenção prescreve, ainda, que o acesso do público aos sítios arqueológicos não deverá atentar contra suas características arqueológicas nem a seus valores científicos.

No Brasil, a competência para proteção e salvaguarda do interesse cultural arqueológico recai sobre o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)¹⁵⁴³, vinculado ao Ministério da Cultura e que se dedica (entre outros) à referida disciplina especial, consagrada em âmbito nacional pela Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961¹⁵⁴⁴.

No que se refere à salvaguarda dos bens arqueológicos no contexto em que se quer desenvolver no presente trabalho, ou seja, no contexto urbanístico, é possível afirmar que os legisladores nacionais brasileiro e português se mobilizaram no sentido de lhes dedicar alguma atenção¹⁵⁴⁵. É importante assinalar que, como temos verificado em regra, o legislador português desce a maiores detalhes e dedica maiores desenvolvimentos a respeito da interseção entre as disciplinas, firmando um regime integrado entre planejamento territorial e proteção do patrimônio arqueológico.

¹⁵³⁹ Nesse sentido já comentava Jegouzo, quando tratou especificamente do tema ao lado de Frier, em 1995. Cf. JÉGOUZO, Yves, FRIER, Pierre Laurent. *Archéologie et droit de l'urbanisme en Europe*. Paris: Sirey, 1995. p. 313 e ss.

¹⁵⁴⁰ Trata-se de uma teoria da propriedade pública sobre os vestígios arqueológicos, de maneira que o Estado é proprietário universal do “passado nacional”, este já conhecido ou ainda objeto de pesquisa. O monopólio é estabelecido pela lei de 1941 e é, de fato, uma forma de apropriação por antecipação dos produtos da pesquisa. Cf. CARON, Rémi. *L'état et la Culture*. Paris: Economica, 1989, p. 18 e ss e BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. *Patrimoine Culturel bâti et paysager: classement, conservation, valorisation*. Paris: Delmas, 2002. p. 15.

¹⁵⁴¹ Cf. CARON, Rémi. *L'état et la Culture*. Paris: Economica, 1989. p. 19.

¹⁵⁴² Especificamente sobre o direito francês da arqueologia: SAUJOT, Colette. *Le Droit Français de L'archéologie*. Paris: Editions CUJAS, 2004.

¹⁵⁴³ Atualmente, cerca de 10 mil sítios arqueológicos já foram identificados pelo IPHAN. São tombados: Sambaqui do Pindaí, em São Luis (MA); Parque Nacional da Serra da Capivara, em São Raimundo Nonato (PI); Inscricões Pré-Históricas do Rio Ingá, em Ingá (PB); Sambaqui da Barra do Rio Itapitangui, em Cananéia (SP); Lapa da Cerca Grande, em Matozinhos (MG); Quilombo do Ambrosio: remanescentes, em Ibiá (MG); e Ilha do Campeche, em Florianópolis (SC). Cf. Patrimônio Arqueológico. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=12944&retorno=paginaIphan>>. Acesso em: 29 set. 2008.

¹⁵⁴⁴ A legislação nacional começa a se sensibilizar diante do patrimônio arqueológico brasileiro na década de 1960. Após a lei federal, a nova Carta Constitucional, de 1967 estabelece expressamente o dever de tutela do Estado em relação a esses bens: “Art. 172 – O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único – ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”. Cf. PIRES, Maria Coeli. *Da proteção ao patrimônio cultural*. O tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey. 1994, p. 44.

¹⁵⁴⁵ Cf. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Proteção jurídica do patrimônio arqueológico no Brasil: Fundamentos para efetividade da tutela em face de obras e atividades impactantes*. Erechim: Habilis, 2007.

No Estatuto da Cidade brasileiro, os bens arqueológicos apresentam-se ao lado dos demais bens culturais no inciso XII, do art. 2º, conforme ditam as diretrizes do planejamento urbano no Brasil:

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: (...) XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e *arqueológico*¹⁵⁴⁶ (destacamos).

A inclusão do bem arqueológico no Estatuto da Cidade é genérica, simples, mas já significativa. Não há no instrumento uma medida especificamente dedicada à inclusão dos bens arqueológicos na dinâmica das cidades, mas é de se lembrar a todo momento a necessidade de uma interpretação integradora na medida em que assumimos um planejamento urbano multidisciplinar.

Na Lei de Bases da política de ordenamento do território português, por outro lado, encontramos vários artigos que comprometem a atuação urbanística com a tutela do patrimônio cultural em termos gerais e arqueológicos, especificamente. A começar pelo artigo 3º, *d*, onde se estabelece como um dos fins daquela política do Estado “assegurar a defesa e valorização do patrimônio cultural e natural”.

Para além desse dispositivo, no artigo 6º, *a, b, h e i* assume-se como objetivos do ordenamento do território e do urbanismo:

a) A melhoria das condições de vida e de trabalho das populações, no respeito pelos valores culturais, ambientais e paisagísticos; b) A distribuição equilibrada das funções de habitação, de trabalho, de cultura e de lazer; (...); h) A reabilitação e a revitalização dos centros históricos e dos elementos de patrimônio cultural classificados; i) A recuperação ou reconversão de áreas degradadas¹⁵⁴⁷.

Ainda mais detidamente, o Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, que regula a referida Lei de Bases, estabelece, nos artigos 4º, 10º e 15, o tratamento do patrimônio arqueológico.

Os artigos 4º e 10º referem-se às necessárias medidas de identificação que devem estar presentes no planejamento do território. É de se identificar, a partir dos instrumentos de gestão territorial, os recursos territoriais, dentre eles, o patrimônio arquitetônico e arqueológico.

Da mesma forma, o Decreto-Lei reconhece a relevância desse patrimônio enquanto “testemunhos da história da ocupação e do uso do território”, dedicando-lhes artigo mais detalhado:

Artigo 15. Patrimônio arquitetônico e arqueológico. 1 - Os elementos e conjuntos construídos que representam testemunhos da história da ocupação e do uso do território e assumem interesse relevante para a memória e a identidade das comunidades são identificados nos instrumentos de gestão territorial. 2 - Os instrumentos de gestão territorial, designadamente através do programa nacional da política de ordenamento do território, dos planos regionais e planos intermunicipais de ordenamento do território e dos planos setoriais relevantes, estabelecem as medidas indispensáveis à proteção e valorização daquele patrimônio, acautelando o uso dos espaços envolventes. 3 - No quadro definido por lei e pelos instrumentos de gestão territorial cuja eficácia condicione o respectivo conteúdo, os planos municipais de ordenamento do território estabelecerão os parâmetros urbanísticos aplicáveis e a delimitação de zonas de proteção.

¹⁵⁴⁶ Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁵⁴⁷ CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Por fim, o regime dos planos especiais de ordenamento do território definido pelo Decreto-Lei n. 380/99 e no qual está enquadrado o parque arqueológico estabelece alguns dos critérios formais a observar na medida da elaboração do “plano de ordenamento de parque arqueológico”, estabelecidos no Decreto-Lei n. 131/2002, que regula a forma de criação e gestão dos mesmos, bem como seus objetivos, conteúdo material e conteúdo documental.

Resta evidenciado que o património arqueológico encontra-se indissociavelmente ligado à dinâmica da utilização dos solos, devendo ser identificado pelos instrumentos de gestão e, em seguida, tutelado, na medida em que o planeamento urbano poderá lhe garantir uma proteção eficaz por meio dos condicionantes urbanísticos (parâmetros urbanísticos e zoneamento).

Em Portugal essa associação é mais evidente, tendo em vista a disciplina detalhada dos planos especiais de ordenamento do território de parques arqueológicos anteriormente mencionada.

No Brasil, por se tratar de bem integrante do património da União, a municipalidade deverá necessariamente promover a inscrição do sítio arqueológico junto ao IPHAN, o que lhe garantirá a tutela.

O cadastro junto ao IPHAN, por outro lado, não será única medida a dedicar ao bem cultural arqueológico. Em nosso entendimento, o município também deverá estabelecer em seu Plano Diretor medida de salvaguarda que reconheça o valor daquele sítio atuando como uma segunda via de salvaguarda, integrando-o ao contexto das políticas urbanas locais.

É de se anotar, conforme temos defendido durante toda a tese, que o cadastro junto ao IPHAN não é condição para o reconhecimento do bem arqueológico enquanto elemento cultural integrante do território municipal. O planeamento territorial poderá reconhecê-lo paralelamente, devendo portanto comprometer o plano diretor com esse património, inclusive estabelecendo condicionantes que garantam a proteção, conservação e valorização do sítio identificado. Essas condicionantes observarão orientações do instituto responsável, mas poderão ser mais restritivas que estas últimas, se a dinâmica do território assim demandar.

É de se mencionar, ainda, no âmbito internacional, a Carta Internacional do Património Arqueológico estabelecida em 1990, em Lausanne, pelo Icomos. Nesse documento define-se o património arqueológico como a

parte de nosso património material, por qual os métodos de arqueologia fornecem os conhecimentos de base. Ele engloba todos os traços de existência humana e concerne aos lugares onde são exercidas as atividades humanas quaisquer que sejam, as estruturas e os vestígios abandonados de toda sorte, em superfície ou em subsolo, ou sob as águas¹⁵⁴⁸, assim como o material que lhes é associado¹⁵⁴⁹.

Para além de consolidar um conceito de património arqueológico, a Carta adensa a ideia de “conservação integrada”, que pressupõe uma regulamentação coordenada do uso agrícola e urbano do solo e a proteção dos bens arqueológicos que ele abriga. Dessa forma é que “as políticas de proteção do património arqueológico devem ser levadas em consideração pelos planificadores em âmbito nacional, regional e local”¹⁵⁵⁰.

Como verificamos, não faltam numerosas iniciativas legais acerca dos bens arqueológicos. A mesma afirmação não pode ser feita, entretanto, no que se refere à aplicação prática desses fins louváveis pelos quais o legislador se mobilizou¹⁵⁵¹. Não é difícil identificarmos no contexto brasileiro

¹⁵⁴⁸ Grande parte do património arqueológico brasileiro encontra-se sob as águas oceânicas. Cf. inúmeros artigos do Centro de arqueologia náutica e subaquática brasileiro. Disponível em: <<http://www.arqueologiasubaquatica.org.br/news/index.html>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

¹⁵⁴⁹ Art. 1º, Carta Internacional do Património Arqueológico, Lausanne, 1990, Icomos. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Património Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 68.

¹⁵⁵⁰ Cf. Art. 2º, Carta Internacional do Património Arqueológico, Lausanne, 1990, Icomos. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Património Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 69.

¹⁵⁵¹ Sob o benefício da Lei 3.924 (26/07/1961), todos os sítios são considerados bens patrimoniais da União e, supostamente, contam com proteção especial. O tombamento, entretanto, reforça essa proteção e impede a destruição ou

um descaso por esses bens culturais, ameaçados diariamente pela falta de medidas de preservação eficientes¹⁵⁵². Ademais, ainda que se verifique uma expressiva referência desses bens na legislação de bases da política urbana brasileira (art. 2º, XII, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade), poucos planos diretores municipais fazem referência à tutela do patrimônio arqueológico¹⁵⁵³ e em nenhum dos documentos analisados adotam-se medidas de “exploração de salvaguarda” a serem observadas antes do empreendimento de novas construções em áreas de expansão urbana¹⁵⁵⁴.

Ademais, não são apenas os bens arqueológicos que merecem tutela. Largo patrimônio *paleontológico* e *espeleológico* encontra-se no território brasileiro e merece atenção detida.

O patrimônio paleontológico é tutelado expressamente pela Constituição Federal (art. 216, V)¹⁵⁵⁵ e compõe-se de fósseis, vestígios de seres vivos contidos em rochas sedimentares. O fóssil pode ser considerado como qualquer registro de vida pré-histórica, preservado em rocha, inclusive partes de organismos, suas atividades fisiológicas, tais como ovos e coprólitos, bem como pegadas e pistas.

Dom Pedro II já manifestava o interesse pelos fósseis no Brasil. Sua consciência cultural fez com que incentivasse a formação de uma comissão científica para pesquisar o patrimônio paleontológico da região de Araripe, no Ceará. A Chapada do Araripe é um conjunto de rochas calcárias de 9 mil km² no sul do Estado do Ceará. A região era uma laguna no Cretáceo, daí a enorme quantidade de peixes fossilizados descoberta ali. A região é atualmente um dos principais sítios paleontológicos do planeta, ocorre que, por ser também uma das regiões mais miseráveis do Brasil, a chapada sofre constantemente com contrabando de fósseis, sendo a legislação nacional sobre o patrimônio fossilífero considerada insuficiente para garantir a sua salvaguarda (Lei n. 4.146/1942, de 4 de março)¹⁵⁵⁶.

descharacterização dos sítios arqueológicos de grande interesse para a preservação da memória coletiva. Entre os 20 mil sítios arqueológicos do país somente seis são tombados: Sambaqui do Pindaí, em São Luís, no Maranhão; Parque Nacional da Serra da Capivara, em São Raimundo Nonato, no Piauí; Inscrições Pré-Históricas do Rio Ingá, no município de Ingá, na Paraíba; Sambaqui da Barra do Rio Itapitangui, em Cananéia, São Paulo; Lapa da Cerca Grande, em Matozinhos, Minas Gerais, e a Ilha do Campeche, em Florianópolis, Santa Catarina. Cf. Sítios desprotegidos significam história ameaçada. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/arqueologia/arq03.shtml>>. Acesso em: 28 mar. 2008.

¹⁵⁵² Em alguns artigos publicados em jornais do Brasil, verificamos notícias correntes ligadas aos riscos de depredação, vandalismo e mesmo omissão dos órgãos responsáveis. Sobre o patrimônio cultural arqueológico mineiro: SILVEIRA, Carolina et tal. **Pré-história passada a limpo. Falta de preservação ameaça importante conjunto de sítios arqueológicos**. Disponível em: <<http://www.manuelzao.ufmg.br/jornal/jornal30/historial.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2008.

¹⁵⁵³ Registramos na oportunidade nosso descontentamento ao descobrir que até os dias atuais (2010) o município de São Raimundo Nonato, do Estado do Piauí, detentor do maior parque arqueológico do Brasil (Parque das Capivaras) não possui um Plano Diretor aprovado.

¹⁵⁵⁴ A Lei n. 7.165, de 27 de agosto de 1996, institui o Plano Diretor de Belo Horizonte (MG). Art. 3º - São objetivos do Plano Diretor: (...) **VI** - Preservar, proteger e recuperar o meio ambiente e o patrimônio cultural, histórico, paisagístico, artístico e arqueológico municipal; **Art. 4º** - O ordenamento da ocupação e do uso do solo urbano deve ser feito de forma a assegurar:(...) **VI** - A preservação, a proteção e a recuperação do meio ambiente e do patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assegurado, quando de propriedade pública, o acesso a eles; **DO ZONEAMENTO Art. 50** - É diretriz do zoneamento a divisão do território em zonas, em função de suas características ou potencialidades, na forma do disposto neste Capítulo. (...) **Art. 52** - Devem-se identificar áreas em que haja interesse público na proteção ambiental e na preservação do patrimônio histórico, cultural, arqueológico ou paisagístico. O Plano Diretor de São Paulo (SP), aprovado pela Lei n. 13.430, de 13 de setembro de 2002, também dedica o zoneamento como um dos instrumentos para a proteção dos bens arqueológicos e os bens culturais imóveis. “Art. 168 – As Zonas de Preservação Cultural (ZEPEC) são porções do território destinadas à preservação, recuperação e manutenção do patrimônio histórico, artístico e arqueológico, podendo se configurar como sítios, edifícios ou conjuntos urbanos”. Embora os planos diretores não ignorem a questão dos bens arqueológicos, não identificamos um procedimento sistemático para sua identificação prévia, sendo mais comum a exploração esporádica e causuística dos bens arqueológicos. A descoberta de bens arqueológicos se dá em muitas vezes pelos proprietários dos terrenos onde estes se localizam e apenas os mais conscientes anunciam o fato (ainda que seja obrigatório) às autoridades a fim de promover alguma medida de proteção. Cf. Art. 18, da Lei n. 3.974, de 26 de julho de 1961.

¹⁵⁵⁵ Ademais, a legislação infraconstitucional também trata do tema através das seguintes fontes: Portaria n. 55/90 do Ministério da Ciência e Tecnologia (regulamenta a coleta de materiais por estrangeiros); Código Penal (arts. 163 e 180 tratam dos crimes de destruição de coisa alheia e receptação); Lei n. 7.347/85 (trata da ação civil pública em virtude de danos contra o meio-ambiente); Lei n. 8.176/91 (art. 2 trata do crime de usuração do patrimônio da União quando explorado em desacordo com o título); Lei n. 9.605/98 (arts. 63 e 64 estabelecem crimes ambientais contra o Patrimônio Cultural).

¹⁵⁵⁶ Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.78-79.

Da mesma maneira, embora não expressamente previstos no texto constitucional, os *bens espeleológicos* inserem-se no conceito de bens de valor ecológico e científico a que se refere o inciso V, do art. 216, da CF/88.

O patrimônio *espeleológico* (do grego *spelaiou* = caverna) é constituído pelo conjunto de ocorrências geológicas que criam formações especiais e cavidades naturais no solo, tais como grutas, cavernas, lapas, abrigos sobre rochas etc, que são considerados bens da União, conforme o disposto no art. 20, X, da nossa Constituição Federal em vigor.

A proteção desses locais sob a ótica da tutela do patrimônio cultural se justifica pelo fato de se encontrar nesses locais inúmeros elementos informativos de caráter arqueológico e paleontológico de grande relevância para a compreensão do passado da vida sobre a terra.

No Brasil, a proteção específica para esse patrimônio se encontra na Portaria do Ibama n. 887, de 15/06/1990, e no Decreto n. 99.556, de 1/10/1990. Segundo o referido decreto,

é obrigatória a elaboração de estudo de impacto ambiental para as ações ou os empreendimentos de qualquer natureza, ativos ou não, temporários ou permanentes, previstos em áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico, os quais, de modo direto ou indireto, possam ser lesivos a essas cavidades, ficando à sua realização, instalação e funcionamento condicionados à aprovação, pelo órgão ambiental competente, do respectivo relatório de impacto ambiental¹⁵⁵⁷.

6.2.5. Patrimônio quilombola

A Carta Fundamental brasileira dedicou atenção especial à cultura negra que está na essência da formação do Brasil e destacou as comunidades originárias de quilombos, também chamadas de quilombolas.

A palavra “quilombo” é originária do quimbundo, quicongo e do umbundo lumbu, significando “muro”, “paliçada”. Kilumbu vem a ser “recinto murado”, “campo de guerra”, “povoação” ou, do umbundo kilombo, “associação guerreira”. No Brasil, o termo designa esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações onde se abrigavam os escravos fugidos¹⁵⁵⁸.

Essas comunidades formadas no período escravagista brasileiro passam a ter, de acordo com o artigo 216, §5º da Constituição Federal, e artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seu valor histórico-cultural reconhecido expressamente, restando tombados por lei todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências dos antigos quilombos.

O Decreto Federal n. 4.887/2003 regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento e delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo como tais considerados os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (art. 2º).

Segundo o referido decreto, compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 3º).

As comunidades quilombolas enfrentam, para além de inúmeros outros problemas, questões e litígios ligados à demarcação e titulação de terras¹⁵⁵⁹. No âmbito da tutela cultural, compete ao

¹⁵⁵⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 80-81.

¹⁵⁵⁸ Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 85.

¹⁵⁵⁹ Achamos por bem juntar aqui o manifesto das comunidades quilombolas de Alcântara, no Brasil: “Pela garantia do direito ao território das comunidades quilombolas de Alcântara. As comunidades quilombolas do Território Étnico de Alcântara e as entidades abaixo assinadas, integrantes do Fórum de Defesa de Alcântara, apresentam a seguinte manifestação.

Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Incra nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto naquele decreto (art. 5º).

As comunidades quilombolas integram a noção de bem imóvel cultural e, devido as suas características, poderão representar grande parcela territorial de um município.

6.2.6. Bem paisagístico

Os bens paisagísticos são aqueles formados essencialmente por elementos naturais, com ou sem intervenção humana, que se destacam pela beleza que expressam e pela representatividade cultural que aportam.

O conceito de paisagem cultural foi aprovado pela Conferência Geral da Unesco em sua 17ª reunião em Paris, no dia 16 de novembro de 1972¹⁵⁶⁰. Na ocasião, se constatou que o patrimônio

A publicação do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), em 04 de novembro de 2008 pelo INCRA, representa o reconhecimento pelo Estado Brasileiro de que as comunidades quilombolas de Alcântara formam um território étnico dotado de trajetória própria e relações territoriais específicas com presunção de ancestralidade escrava relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. O relatório, entretanto, retirou do território quilombola quase nove mil hectares para ser utilizado pelo Centro de Lançamento de Alcântara. Lembre-se que o Território Étnico de Alcântara, tal como delineado pelo antropólogo que realizou o laudo, totalizava 85 mil ha aproximadamente e não 78 mil como apontados no RTID. O reconhecimento do território étnico pelo RTID é consequência de quase trinta anos de luta das comunidades quilombolas de Alcântara, intensificada no ano de 2007, diante da invasão das terras pela empresa binacional Brasil-Ucrânia, Alcântara Cyclone Space (ACS), para construção de sítios de lançamento de foguetes. Diante da agressão das empresas, os quilombolas de Mamuna construíram barricadas e fizeram vigílias por dias seguidos, para impedir o ingresso de máquinas e tratores em sua comunidade. O ajuizamento de uma ação cautelar pelo Ministério Público Federal do Maranhão reforçou a resistência das comunidades que culminou com decisão favorável pela Justiça Federal, determinando a paralisação das ações ilegais da ACS no território das comunidades, em 11 de setembro de 2008. Além disso, lideranças quilombolas participaram de audiência na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, realizada no dia 27 de outubro passado, quando denunciaram os graves impactos e a violenta destruturação sociocultural sofridos pelas comunidades, em virtude da instalação do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA) na década de 80, processo que se intensificou em 2001 quando o Estado Brasileiro decidiu abrir o centro espacial para utilização comercial de outros países. Entretanto, a publicação do RTID não representa a concessão definitiva da titulação às comunidades quilombolas de Alcântara. É apenas mais uma etapa do processo administrativo no âmbito do INCRA para concessão do título de propriedade. As comunidades e entidades integrantes do Fórum de Defesa de Alcântara esperam que a Agência Espacial Brasileira (AEB), a empresa Alcântara Cyclone Space e outros órgãos federais, cumpram o acordo estabelecido na audiência de conciliação do dia 5 de novembro, e não apresentem qualquer obstáculo ao bom andamento do processo que possa gerar uma demora ainda maior na titulação de território étnico. Considerando que o RTID publicado pelo INCRA delimita a área a ser titulada como território étnico quilombola e que o reconhecimento destes limites foi resultado do entendimento entre diversos órgãos do governo federal afetos à questão, as comunidades de Alcântara têm a expectativa de que a AEB ou a ACS não contestarão o referido relatório. As comunidades exigem ainda que o Estado Brasileiro repare efetivamente as famílias expulsas de suas terras para agrovilas pelas Forças Armadas, nos anos 80; execute políticas públicas para garantir que os quilombolas de Alcântara tenham acesso efetivo à educação, saúde, segurança alimentar, sempre com respeito ao seu modo de vida e a sua dinâmica social; que instaure um canal de diálogo com as comunidades para o estabelecimento de uma reparação em virtude da utilização da área do Centro de Lançamento de Alcântara, que é parte integrante do território quilombola. Tudo em respeito a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção 169 da OIT. Exigem, ainda, a reparação dos danos ambientais causados às comunidades de Baracatuiua e Mamuna, pelas máquinas da ACS e suas contratadas. Este Fórum mantém também sua preocupação quanto à implantação do porto de cargas pesadas pretendido pela AEB e suas consequências danosas ao meio ambiente e às comunidades das agrovilas Espera e Cajueiro. Pela titulação do Território Étnico de Alcântara! Pelo respeito aos direitos das comunidades quilombolas de Alcântara!⁷ de novembro de 2008. Comunidades Quilombolas do Território Étnico de Alcântara; Movimento dos Atingidos pela Base Espacial – MABE; Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Alcântara; Sindicato dos Trabalhadores na Agricultura Familiar de Alcântara; Movimento das Mulheres Trabalhadoras Rurais de Alcântara - MOMTRA ;Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – ACONERUQ; Centro de Cultura Negra do Maranhão – CCN; Sociedade Maranhense de Direitos Humanos; Justiça Global; GERUR/PPGCS/ Universidade Federal do Maranhão; Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos – COHRE; Rede Social de Justiça e Direitos Humanos; Igreja Católica de Alcântara; Irmãs Notre Dame de Namur em São Luís; Fórum Carajás; Caritas Brasileira.

¹⁵⁶⁰ Nesse sentido, a Convenção da Unesco, de 1972, ao conceituar os “locais de interesse”, onde se identifica a primeira noção de “paisagem”, na medida em que considera aqueles enquanto “obras do homem, ou obras conjugadas do

cultural e o patrimônio natural são cada vez mais ameaçados de destruição, não somente pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica, que se agrava com fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais temíveis. No artigo 1º do item I – “Definição do Patrimônio Cultural e Natural”, afirma-se que

para os fins da presente convenção serão considerados como patrimônio cultural: os lugares notáveis: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

E no seu artigo 2º temos a seguinte afirmação: “para os fins da presente convenção serão considerados como patrimônio cultural: entre outros, os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais estritamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural”.

Os bens paisagísticos são, em essência, bens imóveis formados por componentes naturais¹⁵⁶¹.

A tal conceito devemos somar os valores estabelecidos na legislação nacional que se dedica ao patrimônio cultural.

Em Portugal, já o Decreto-Lei n. 28.468, de 15 de fevereiro de 1938, criara a figura do bem de “interesse público”, que passou a abranger árvores notáveis pela idade, dimensões, raridade e significado histórico que tenham. Na sequência desse ato, foram classificadas 14 árvores que possuíam as características enunciadas naquele diploma¹⁵⁶².

A Constituição da República portuguesa, por sua vez, estabelece no art. 66 o direito ao ambiente e a qualidade de vida afirmando:

1. Todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...) c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; (...) e) promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas¹⁵⁶³.

A noção de bem paisagístico recebeu atenção especial da Convenção Europeia da Paisagem, firmada em Firenze, em outubro de 2000. Segundo a referida Convenção, entende-se por paisagem: “uma parte do território, tal como é apreendida pelas populações, cujo caráter resulta da ação e da interação de fatores naturais e ou humanos”¹⁵⁶⁴.

Nesse sentido, a legislação portuguesa assume o bem paisagístico como objeto integrante do conceito de patrimônio cultural, por força da referida Convenção Europeia. Assim dispõe a Lei de Bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural (Lei nº 107/2001, de 8

homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência”. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 243.

¹⁵⁶¹ “Le patrimoine culturel paysager est d’évidence immeuble par nature. Il ne peut cependant, par essence, être classé dans le même ensemble que le patrimoine bâti. Il comprend les montagnes, les littoraux, les cours d’eau, les forêts, mais aussi les “abords” du patrimoine bâti et certains sites urbains. Il est formé aussi par les paysages uniques, les éléments naturels de grande qualité esthétique ou rares qui peuvent être, par exemple, des arbres, des falaises, des rivages, des dunes.” Cf. BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager**: Classement, conservation, valorisation. Paris : Delmas, 2002. p. 15.

¹⁵⁶² Cf. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da Proteção do Patrimônio Cultural. **Textos. Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. III, p. 61-107, 1996.

¹⁵⁶³ Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Almedina: Coimbra, 2006, p. 12.

¹⁵⁶⁴ Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Almedina: Coimbra, 2006, p. 176 e ss.

de Setembro): “constituem, ainda, património cultural quaisquer outros bens que como tal sejam considerados por força de convenções internacionais que vinculem o Estado Português, pelo menos para os efeitos nelas previstos” (conforme predispõe o art. 2º, “5”, da LBPC)¹⁵⁶⁵.

A Carta Constitucional brasileira, por sua vez, assume o bem paisagístico como elemento integrante do património nacional, segundo se depreende do inciso V, art. 216:

Art. 216. Constituem património cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, *paisagístico*, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (destacamos).

A legislação infraconstitucional, por sua vez, assume como objeto do direito do património cultural os “monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela Natureza ou agenciados pela indústria humana” (§3º, Art. 1º, Decreto-Lei n. 25/37).

A noção que o Decreto n. 25/37 evoca é semelhante aquela trazida na legislação italiana revogada (Legge n. 1497/39 e seu regulamento n. 1357/40). A legislação italiana mencionada apresentava um sistema de tutela da beleza natural fundada, essencialmente, em uma concepção estética de paisagem, à noção de “*non comune bellezza*”, que se apresentava à vista do homem como um “quadro natural”. A tutela se fundava na sugestão emotiva que a paisagem era capaz de suscitar ao observador. Tal noção tem como pressuposto a subordinação da natureza ao homem, considerando aquela como objeto de pura fruição estética¹⁵⁶⁶.

Tal noção estética de paisagem enquanto bem cultural, vem a ser em parte superada pela legislação italiana que se seguiu (Legge n. 431/85, de 8 agosto, e Decreto-Lei n. 42/2004, de 22 gennaio). Ainda que o componente estético mantenha-se na redação do novo Código, a noção resta mais ampla, superando aquela preconizada pela Comissão Franceschini¹⁵⁶⁷.

O atual *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* italiano estabelece o conceito de bem paisagístico como sendo “*gli immobili e le aree indicati all’articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuali dalla legge o in base alla legge*”¹⁵⁶⁸.

Os bens paisagísticos na Itália podem ser coisas imóveis que se caracterizam por: a) uma beleza natural ou por uma singularidade geológica; b) a cidade, o jardim e o parque que se distinguem pela sua “beleza incomum”; c) o complexo de coisas imóveis que compõe um aspecto característico com valor estético e tradicional; d) a beleza panorâmica considerada como quadro e coisa pura do

¹⁵⁶⁵ Portugal aprova a Convenção Europeia da Paisagem, feita em Florença, em 20 de outubro de 2000, através do Decreto n. 4/2005, de 14 de fevereiro, e assume as disposições daquele documento. Cf. Diário da República, n. 31, 14 de fevereiro de 2005.

¹⁵⁶⁶ Cf. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 18-19. Nesse sentido, também é o entendimento de Bachoud, ao mencionar que “à l’orée du troisième millénaire, l’opinion nationale, parfois internationale, décide de conserver en l’état des paysages, des lieux naturels, des arbres même, pour témoigner *des caractères esthétiques de la nature*”. Cf. BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager**: classement, conservation, valorisation. Paris: Delmas, 2002. p. 12.

¹⁵⁶⁷ Como já mencionado em nota anterior, os trabalhos da Comissão Franceschini concluíram-se com a redação de 84 declarações. A matéria ambiental está tratada em dez declarações, da XXXIX a XLIX. Nessas declarações encontramos a noção de *beni culturali ambientali*, estando este, por sua vez, dividido em *beni culturali ambientali paesaggistico* e *urbanistico*. Os bens paisagísticos “*sono o quelli specificatamente naturali aventi carattere geografico ed ecologico o quelli che pur essendo naturali costituiscono una dimostrazione di come l’ambiente naturale possa essere o sia trasformato ad opera dell’uomo*”. Cf. CORTESE, Wanda. **I beni culturali e ambientali**. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 446 e GIANNINI, Massimo Severo. **I Beni Culturali**. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

¹⁵⁶⁸ Cf. CARLETTI, D. et al. **II Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 7.

ponto de vista do acesso ao público, de onde se disfruta o espetáculo de tal beleza (art. 136, 1, *a, b, c e d*, do Decreto Legislativo n. 42, 22 gennaio, 2004)¹⁵⁶⁹.

Aparentemente de fácil apreensão, as noções de bem paisagístico enquanto espécie de bem cultural foram construídas com certa dificuldade. Giannini¹⁵⁷⁰ deparou-se com uma questão que nos parece relevante comentar: por que os bens ambientais são qualificados como bens culturais?

A legislação italiana preza pelo reconhecimento dos bens culturais enquanto bens de valor de civilização. Esses valores refletidos no patrimônio paisagístico revestem-se de caráter estético.

A noção de paisagem é mencionada pelo mesmo jurista italiano, ao comentar acerca da região agrária da Itália. Segundo Giannini¹⁵⁷¹, “a paisagem é resultado de inúmeras obras de anônimos cultivadores, que querendo cultivar, e por razões indecifráveis, promoveram equilíbrio e integração a obra do homem e da natureza”.

Essa integração que tem por resultado uma obra destacável, impressionante, bela, fruto comum entre as ações do homem e o meio natural revela o bem cultural paisagístico.

A noção de bem paisagístico revela uma integração especial entre o homem e a natureza, onde a ação humana não descaracteriza os elementos desta em essência, mas lhe confere contornos e aspecto distinto, representativo, humanizado.

Ainda que originariamente voltado às paisagens rurais ou desurbanizadas, atualmente fala-se na ampliação do conceito de paisagem e bem paisagístico para ali integrar também a “paisagem urbana”, que revela um ambiente especial, contornado por obras humanas e obras da natureza que merecem destaque e salvaguarda distintos¹⁵⁷².

6.2.7. *Bens eclesiásticos*

Grande parte do acervo patrimonial das sociedades ocidentais é composta pelos bens da igreja católica.

Em face dessa relevante parcela, a Lei Portuguesa n. 107/2001, de 8 de setembro, reconhece a Igreja “enquanto detentora de uma notável parte dos bens que integram o patrimônio cultural português” e menciona expressamente a concordata estabelecida entre a República Portuguesa e a Santa Sé, celebrada em 1940¹⁵⁷³. A concordata mencionada estabelece um regime especial para os

¹⁵⁶⁹ Cf. CARLETTI, D. et tal. **II Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 604.

¹⁵⁷⁰ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. I Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

¹⁵⁷¹ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. I Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

¹⁵⁷² De 7 a 11 de dezembro de 2009, o Rio de Janeiro sediou um encontro internacional para debater junto a especialistas internacionais e brasileiros o conceito de paisagem histórica urbana. O encontro aconteceu no Centro Regional de Formação para Gestão do Patrimônio, no Palácio Gustavo Capanema, e teve como objetivo elaborar um documento base sobre o novo conceito. A ideia é que, após revisão e aprovação na 34ª Sessão do Comitê de Patrimônio Mundial da Unesco, a se realizar em Brasília, em 2010, o termo “paisagem histórica urbana” passará a fazer parte das Diretrizes Operacionais da Convenção do Patrimônio Mundial de 1972. A iniciativa decorre da solicitação do Comitê de Patrimônio Mundial da Unesco, feita durante a 33ª sessão, realizada em Sevilha em julho de 2009, para que fosse convocada uma reunião de especialistas com o objetivo de debater o tema e identificar estudos de casos para permanente avaliação. O Brasil, que detém a presidência do Comitê do Patrimônio Mundial até julho de 2010 e é membro ativo com direito a voz e voto, considera esse tema estratégico e fundamental, entre outros, para o avanço conceitual da Convenção do Patrimônio Mundial de 1972. Espera-se também poder contribuir, a partir desse debate, para favorecer o estabelecimento de normas sobre a conservação da paisagem histórica urbana e conseqüentemente de uma gestão adequada de paisagens culturais, enquanto bens culturais que representam as obras conjuntas do homem e da natureza. Informação obtida no site oficial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalleConteudo.do?id=14887&sigla=Noticia&retorno=detalleNoticia>>. Acesso em: 9 fev. 2010.

¹⁵⁷³ Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2006. p. 225.

bens de propriedade da Igreja Católica ou de propriedade do Estado, dando-lhe afetação permanente ao serviço das atividades religiosas.

Antes da concordata de 1940, que consiste em um tratado internacional entre Portugal e a Santa Sé, celebrado em 7 de maio daquele ano¹⁵⁷⁴, os templos católicos estavam integrados ao domínio público, incluindo-se entre os bens do Estado, abertos ao culto público. Após aquela convenção ficou estabelecido que os bens que anteriormente pertenciam à Igreja e que se encontrassem em posse do Estado passariam novamente para a propriedade da Igreja, cabendo exclusivamente a esta sua conservação e valorização. Os imóveis classificados como “monumentos nacionais” ou “imóveis de interesse público”, ficariam ainda sob a propriedade do Estado, e a este caberia a sua conservação, em que pese a afetação permanente dos mesmos ao serviço da Igreja, sendo que a esta caberá definir o regime de visitas e outras formas de valorização (art. VI da concordata)¹⁵⁷⁵.

Nos dias 27 e 28 de fevereiro e 1 de março de 1994, realizou-se em Villa Vigoni (Lago de Como) um encontro promovido pelo Secretariado da Conferência Episcopal Alemã e pela Comissão Pontifícia para os Bens Culturais da Igreja, sob o tema “A conservação do patrimônio cultural como dever do Estado e da Igreja”. Os especialistas participantes neste encontro aprovaram uma recomendação, designada por “*Carta de Villa Vigoni*”, onde se estabelecem princípios ligados à conservação dos bens eclesiais, a serem observados por seus detentores e proprietários, respectivamente¹⁵⁷⁶.

Citemos alguns de seus apontamentos:

2. A Igreja, a sociedade e o Estado têm que se consciencializar da sua enorme responsabilidade perante este valioso patrimônio, cuja responsabilidade lhes foi confiada só temporariamente. Dispõem do patrimônio histórico para o investigar e defender, valorizar o seu significado e transmiti-lo às gerações vindouras.
3. O Estado e a Igreja devem colaborar, portanto, no âmbito das respectivas competências, na defesa e conservação dos bens culturais eclesiais. As entidades privadas podem também dar um contributo importante.
4. A Igreja Católica, em particular, deve considerar os seus bens culturais como recurso primário e instrumento importante da sua atividade pastoral na reevangelização do mundo contemporâneo.
5. Os esforços da Igreja na proteção e manutenção dos seus bens culturais móveis são particularmente urgentes no momento histórico atual, para contrariar processos de secularização, dispersão e profanação que o ameaçam. Com isso, a Igreja pode responder às questões urgentes das santificações, segundo a identidade e a continuidade do patrimônio histórico dos povos.
6. À luz destas considerações, todas as dioceses devem proceder, em primeiro lugar, à elaboração de catálogos e inventários dos seus bens culturais, segundo um sistema unitário e que responda às exigências mais modernas.
7. A continuidade da utilização, segundo a primitiva finalidade, constitui também a melhor garantia para a conservação dos bens culturais. Uma eventual alteração de uso, não evitável, deve ser sempre compatível com o carácter religioso do bem cultural.
8. A manutenção constante dos bens culturais deve ser considerada a obrigação concreta mais importante de cada comunidade responsável pela sua proteção.

¹⁵⁷⁴ Cf. SILVA, Vasco Pereira. O Patrimônio Cultural da igreja. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**, INA: Oeiras, 1996. p. 475-497.

¹⁵⁷⁵ Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Patrimônio Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, p. 69-93.

¹⁵⁷⁶ Carta mais recente foi reconhecida em Portugal, na Conferência Episcopal Portuguesa, ocorrida na cidade de Fátima, em 16 de novembro de 2005, onde se orienta, entre outros que “18. Os templos abertos ao culto bem como as suas imagens e alfaias distinguem-se de museus onde se visita o passado e, para tal, se preservam inalteráveis os objetos expostos. As igrejas cristãs são lugares vivos; as suas imagens, as suas peças, adornos e alfaias são manifestações de vida e testemunho eloquente da fé, ao serviço da qual foram produzidos e conservados. Para que assim continuem, a Igreja aceita transformá-los, respeitando os parâmetros plausíveis das leis do restauro”. Cf. Princípios e orientações sobre os bens culturais da Igreja. Conferência Episcopal Portuguesa. Disponível em: <http://www.patriarcado-lisboa.pt/vidacatolica/vcnum21/2_03_CEP_Bens_Culturais.doc>. Acesso em: 12 nov. 2008.

9. As reparações consideradas necessárias têm que atender à substância cultural dos bens e também ao seu conteúdo religioso. Devem ser confiadas somente a pessoal especializado, com experiência reconhecida. Cada restauro deve ser metodicamente preparado com estudos e com um projeto prévio adequado e acompanhado, em todas as fases, por uma documentação apropriada.

10. O ensino e a formação dos responsáveis do estado e da Igreja pelos bens culturais eclesiásticos, assim como dos colaboradores científicos e técnicos, devem ser considerados uma tarefa intrínseca de todas as administrações competentes. Neste âmbito, a formação dos párocos assume um significado especial.

11. Na proteção dos bens culturais eclesiásticos não se podem também perder de vista as diferentes manifestações de poluição atmosférica e de degradação ambiental. Esta deve relacionar-se igualmente com a ambiência, a envolvente edificada e os espaços livres, explorando, para o efeito, as possibilidades legais.

12. Cada diocese deve contratar um conservador, idoneamente preparado, e outros especialistas. Deve criar um serviço para a proteção dos bens culturais que seja dotado com meios financeiros ajustados.

As dúvidas e problematizações mais frequentes no que tange aos bens eclesiásticos dizem respeito a sua fruição. As visitas e o acesso ao público são particularmente controvertidas em alguns casos. Algumas igrejas não possuem recursos para o estabelecimento de visitas fora dos horários normais das atividades religiosas e outras tantas se veem prejudicadas com o assédio demasiado, o que acarreta maiores despesas com a sua conservação e prejudica o estabelecimento de seus serviços espirituais.

A regra no Brasil e em Portugal tem sido no acordo mútuo entre Estado e entidade religiosa, com fins de garantir a conservação e valorização desse patrimônio.

No Brasil, não existe um acordo expresso como em Portugal e os encargos com a conservação e valorização dos bens eclesiásticos são, em princípio, da própria igreja. É, por outro lado, frequente o auxílio dos entes públicos interessados (secretarias municipais, estaduais e IPHAN) aos trabalhos relacionados à restauração desses monumentos, na medida em que se verifica a ausência de recursos da entidade eclesiástica para efetua-los.

6.2.8. *Centro histórico*

O conceito de centro histórico é volátil e de difícil delimitação. Por maior parte das vezes “intuitivo”, seu significado jurídico não se encontra devidamente delimitado.

Alguns arriscam-se a conceituá-lo em termos gerais, sem deixar de alertar da imprecisão de seus contornos, como fizeram Merlin e Choay¹⁵⁷⁷:

Núcleo de uma cidade antiga de caráter evolutivo. Essa noção recente, solidária do desenvolvimento dos estudos de arte e de história, igualmente evidenciada pelos guias turísticos é ambígua e de tratamento delicado. Ela pode encobrir realidades muito diversas segundo um utilização que se lhe faz, conforme se trate ou não de

¹⁵⁷⁷ Texto traduzido livremente: “Noyau d’une ville ancienne à caractère évolutif. Cette notion récente, solidaire du développement des études d’art et d’histoire, également mise en évidence par les guides touristiques, est ambiguë et d’un maniement délicat. Elle peut en effet recouvrir des réalités très diverses selon l’usage qu’on en fait, selon l’histoire des villes particulières concernées. Dans certains cas, le centre historique d’une ville peut être réduit à quelques monuments symboliques; dans d’autres, il peut coïncider avec la quasi-totalité de l’agglomération. La délimitation spatiale du centre historique est aisée dans le cas de petites villes ayant peu évolué ou dans des murs ou des sites naturels, ou de villes construites d’une pièce. Cette délimitation est au contraire difficile dans le cas de grandes villes appartenant à des périodes historiques multiples, dont les restes sont fragmentés, et où les quartiers du XIX siècle peuvent être légitimement considérés comme historiques. Les centres historiques sont souvent reconnaissables par la structure de leur voirie et de leur parcellaire qui posent à l’urbanisme actuel des problèmes de circulation et d’hygiène. Ils sont au centre même des problématiques du patrimoine architectural et urbain et de la conservation intégrée”. Cf. MERLIN, Pierre; CHOAY, Françoise. **Dictionnaire de l’urbanisme et de l’aménagement**. Paris: Puf, 2005. p. 158

uma entidade legal e administrativa, segundo as características e a história de cidades particularmente consideradas. Em alguns casos, o centro histórico de uma cidade pode estar reduzido a alguns monumentos simbólicos; em outros casos, ele poderá coincidir com a quase totalidade da aglomeração. A delimitação espacial do centro histórico é facilitada nos casos de pequenas cidades que tenham evoluído pouco ou onde o desenvolvimento moderno e periférico, no caso das cidades inseridas entre muros ou os sítios naturais, ou de cidades construídas em uma só peça. Essa delimitação é, por outro lado, difícil no caso de grandes cidades pertencentes a períodos históricos múltiplos, cujos restos são fragmentados e onde os quarteirões do século XIX podem ser legitimamente considerados como históricos. Os centros históricos são frequentemente identificáveis pela estrutura de seus depósitos de dejetos e do parcelamento que impõe o urbanismo atual dos problemas de circulação e de higiene. Os centros históricos estão ao centro das problemáticas do patrimônio arquitetural e da conservação integrada.

A Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades históricas redigida pelo Icomos com vistas a completar a Carta Internacional sobre a Conservação e Restauro dos Monumentos e Sítios (Veneza, 1964) define princípios e objetivos, métodos e instrumentos para uma ação adequada para salvaguardar a qualidade das cidades históricas, sejam grandes ou pequenas, e os centros ou bairros históricos, que “com seu enquadramento natural ou construído, para além da sua qualidade de documento histórico, exprimem valores próprios das civilizações urbanas tradicionais”¹⁵⁷⁸.

Na doutrina e legislação portuguesas é possível identificar, ainda, menções ao termo “centro histórico”, sem que haja, por outro lado, um consenso no que diz respeito ao seu significado ou mesmo da existência de um regime jurídico especial que o destaque enquanto instituto jurídico¹⁵⁷⁹.

A classificação dos bens culturais imóveis em Portugal centra-se no conceito de bem imóvel e na Lei de Bases da política e do regime de proteção e valorização do património cultural (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro) não se verifica um regime específico para os centros históricos. Seguindo a nomenclatura adotada pelo direito internacional da cultura¹⁵⁸⁰, o artigo 15, n. 1, da LPC, diz que os bens imóveis podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, de maneira que se compreende por *monumentos*, as obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência. Os *conjuntos* são grupos de construções isolados ou reunidos que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência. Os *locais de interesse* (sítio) são obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

A Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa assinada em Granada em 3 de outubro de 1985¹⁵⁸¹ apresenta alguns conceitos que auxiliam no esclarecimento do significado de centro histórico. Nos termos do artigo 1º daquela Convenção, os *conjuntos arquitetônicos* são aqueles “agrupamentos homogêneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse

¹⁵⁷⁸ Preâmbulo da Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas. Texto aprovado em Toledo, em reunião de 7 a 9 de setembro de 1986, ratificado pela Assembleia do Icomos em Washington, em outubro de 1987. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹⁵⁷⁹ Nesse sentido: SILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação urbana e valorização do Patrimônio Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

¹⁵⁸⁰ Destaque-se o artigo 1º da Convenção da Unesco para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, concluída em Paris em 16 de novembro de 1972. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 243.

¹⁵⁸¹ A Assembleia da República portuguesa aprovou, para ratificação, a convenção de Granada em 16 de outubro de 1990, passando a integrar o ordenamento jurídico daquele país.

histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objeto de uma delimitação topográfica”¹⁵⁸².

No Brasil, o termo também não é assumido expressamente na normativa nacional que se ocupa da salvaguarda dos bens culturais, entretanto, a nomenclatura é também utilizada em diversos contextos.

O primeiro deles refere-se a situação em que um determinado conjunto arquitetônico central é declarado patrimônio cultural pelos órgãos especializados de salvaguarda dos bens culturais¹⁵⁸³.

Pode ocorrer, também, que a administração local tente ressaltar as qualidades turísticas da cidade incluindo o termo em seus planos estratégicos de turismo e nas divulgações oficiais da cidade, ainda que sobre aquela região não tenha sido aplicada qualquer medida de tutela cultural.

E, por fim, pode ocorrer que nos planos diretores ou, em largo sentido, na planificação urbanística, as cidades venham a mencionar os seus centros históricos, sejam eles já reconhecidos através de medidas especiais (tombamento, classificação) ou não¹⁵⁸⁴¹⁵⁸⁵.

A definição do sentido de “centro histórico” passa, portanto, pela noção de repartição de competências e pela noção de integração e interdisciplinariedade da matéria cultural.

A noção é intrigante sob o ponto de vista jurídico porque expõe uma das facetas daquilo que vimos abordando durante o presente trabalho: a zona de interseção entre o direito do patrimônio cultural e, entre outros, o direito urbanístico. É correto dizer que um centro histórico limita-se àqueles bens devidamente classificados ou tombados como tais? Teria o Município competência e autonomia para declarar um conjunto de bens imóveis “conjunto” ou “centro histórico”? A partir desse reconhecimento, quais as consequências práticas para as propriedades ali envolvidas?

Quando o “centro histórico” é assumido enquanto conjunto de bens culturais, devidamente tombado ou classificado, não há maiores questionamentos e a nomenclatura insere-se no âmbito da tutela dos conjuntos¹⁵⁸⁶. Quando o “centro histórico” é declarado antes da tutela dos bens culturais ali inseridos ou amplia uma área onde se situam bens culturais arquitetônicos já tombados ou classificados, as questões se multiplicam.

Chamar uma região da cidade de “centro histórico” pressupõe uma finalidade, um interesse público de seu reconhecimento enquanto tal. Quem atribui a qualidade de “centro histórico” a uma área, deverá ter por fim medidas de proteção, valorização e conservação dos bens ali inseridos¹⁵⁸⁷. E tais medidas implicam em restrições às propriedades, que só se sustentarão na medida em que estiverem legalmente fundamentadas.

¹⁵⁸² Definição do patrimônio arquitetônico da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa, feito em Granada, 3 de outubro de 1985. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 221.

¹⁵⁸³ Foi o caso do centro histórico de João Pessoa, elevado à categoria de patrimônio cultural nacional, a partir da homologação do tombamento da área correspondente a 370 mil m², em 5 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=14006&sigla=Noticia&retorno=detalheNoticia>>.

¹⁵⁸⁴ A denominação é adotada em alguns planos diretores, que por vezes se ocupam em explicitar o significado do termo. É o caso do plano diretor de Salvador, na Bahia, enumera diversos tipos de “centros”: “Art 171. Os Centros Municipais são zonas multifuncionais para as quais convergem e articulam-se os principais fluxos estruturadores do ambiente urbano, classificando-se em: I - Centro Municipal Tradicional, CMT; II - Centro Municipal Camaragibe, CMC; III - Centro Municipal Retiro-Acesso Norte, CMR. § 1º O Centro Municipal Tradicional, CMT, que inclui o Centro Histórico de Salvador, corresponde ao espaço simbólico e material das principais relações de centralidade do Município, beneficiado pela localização ou proximidade de grandes terminais de transporte de passageiros e de cargas, vinculando-se às atividades governamentais, manifestações culturais e cívicas, ao comércio e serviços diversificados, a atividades empresariais e financeiras, a serviços relacionados à atividade mercantil e atividades de lazer e turismo”.

¹⁵⁸⁵ O plano diretor de Vitória, no Espírito Santo, traz uma série de “áreas especiais”, delimitadas e devidamente mapeadas, onde se verifica um “centro histórico”: “Art. 108 - São áreas especiais de intervenção urbana: I - Área do Centro Histórico”. Nesse caso, a divisão proposta pelo plano diretor parece coadunar-se com a noção de zoneamento da cidade.

¹⁵⁸⁶ Nesse sentido também SILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação Urbana e Valorização do Patrimônio Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

¹⁵⁸⁷ Nesse sentido, conferir em Portugal o Regime Jurídico da Reabilitação urbana estabelecido pelo Decreto-Lei n. 307/2010, de 23 de outubro, bem como os regimes definidos no Decreto-Lei n. 309/2010, de 23 de outubro, no Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro e na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro.

No contexto brasileiro, entendemos que as leis urbanísticas municipais são meios viáveis para a delimitação de áreas centrais de interesse cultural, atribuindo-se a elas o termo “centro histórico” ou qualquer outro que venha a denotar essa característica cultural. Essas normativas poderão vir a suprir a ausência do reconhecimento especial do interesse cultural presente no conjunto urbano verificado ou ampliar o regime de tutela definido por meio de outras vias de salvaguarda desse patrimônio.

A denominação ganhará substância na medida em que os instrumentos que a declaram instituem meios de conservação, valorização e proteção da região afetada. É comum no Brasil a adoção de projetos municipais que instauram “corredores” ou “centros” históricos, de maneira que a intervenção pública no local se realiza com fundamento em ações governamentais convalidadas em lei¹⁵⁸⁸.

Para todos os efeitos, a nomenclatura tende a ser equiparada a noção de “conjunto” e seu contorno ainda resta por ser devidamente delimitado na legislação nacional.

6.2.9. *Locais ou lugares referência*

O historiador Nora¹⁵⁸⁹ definiu como “lugares de memória” locais materiais ou imateriais nos quais se encarnam ou cristalizam as memórias de uma nação e onde se cruzam memórias pessoais, familiares e de grupo: monumentos, uma igreja, um sabor, uma bandeira, uma árvore centenária podem ser considerados “lugares de memória”, como espelhos nos quais, simbolicamente, um grupo social ou um povo se “reconhece” e se “identifica”, mesmo que de maneira fragmentada. Esses “lugares” ou “suportes” da memória coletiva funcionam como “detonadores” de uma sequência de imagens, ideias, sensações, sentimentos e vivências individuais e de grupo, num processo de “revivenciamento” ou de “reconhecimento”, das experiências coletivas, que têm o poder de servir como substância aglutinante entre os membros do grupo, garantindo-lhes o sentimento de “pertença” e de “identidade”, a consciência de si mesmos e dos outros que compartilham essas vivências. “Reconstrói-se, por essas memórias, a representação que um povo faz de si mesmo”.

A noção de local ou lugar é mais ampla do que a de bem arquitetônico ou imóvel porque poderá ser composta de uma variedade de bens culturais, não só o bem material em si mesmo, mas também das manifestações imateriais que lhe configuram como tal.

Nesse sentido, é possível identificar simultaneamente em “lugares” ou em “local” cultural, histórias, lendas, mitos e tradições populares¹⁵⁹⁰.

Essas manifestações ocorrem em ambientes ou lugares da cidade que poderão ser objeto de salvaguarda de instrumentos de planificação territorial.

O planejamento urbano deverá observar as manifestações imateriais, na medida em que estas se realizem em um lugar na cidade e que, portanto, devam ser reconhecidas e salvaguardadas. A ideia de “lugar de memória” amplia a noção de salvaguarda via planejamento territorial e atende à tendência atual de ampliar o sentido de “referência cultural”. O local ou lugar de memória engloba a noção de patrimônio cultural material e imaterial, podendo ocorrer com frequência no território municipal sobre o qual incidem medidas de planejamento urbanístico.

Nesse sentido, o Plano Diretor Municipal de Porto Alegre, Brasil, que analisaremos a seguir, reconhece a relevância cultural de “lugares” específicos em seu território, não pelo que aportam em si próprios (arquitetura, história etc), mas por serem palco para a realização de eventos culturais ou folclóricos atuais que se propagam sobre ele. Nesse sentido, o planejamento urbanístico poderá consagrar a salvaguarda de bens imateriais.

¹⁵⁸⁸ Vide Projeto Corredor Cultural, no Rio de Janeiro. Cf. PINHEIRO, Augusto Ivan de Freitas. Aprendendo com o Patrimônio. In: OLIVEIRA, Lúcia Luppi (Org.). **Cidade: História e Desafios**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. p. 141-155.

¹⁵⁸⁹ Cf. NORA, Pierre. **Les lieux de mémoire** (Dir.). Paris, Gallimard, 1997.

¹⁵⁹⁰ Cf. HORTA, Maria de Lourdes Parreiras. **Os lugares da memória**. In: <http://www.miniweb.com.br/Educadores/Artigos/lugares_memoria.html>. Acesso em: 20 jan. 2009.

6.3. Tutela, proteção, conservação e valorização dos bens culturais

O tratamento jurídico dos bens culturais se volta, em grande parte, ao atendimento de quatro necessidades elementares: tutela, proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural.

Essas necessidades estão na origem da motivação que levou legisladores de diversos níveis (nacionais e internacionais) a estabelecer limitações às propriedades privadas e, com isso, garantir a transferência do patrimônio cultural às gerações futuras.

Ao reconhecer juridicamente que a salvaguarda dos bens culturais é elemento relevante para a civilização atual, inaugura-se um novo aspecto desses bens, que até então submetiam-se apenas aos interesses de seus detentores, proprietários ou não.

Como já se pode deduzir da exposição feita até o momento na tese, para que um bem passe a ser, também, um “bem cultural”, é preciso promover uma série de atos que culminarão no reconhecimento dessa condição e, para além disso, é preciso conferir um regime que reflita os valores atuais do Direito e garanta a transmissibilidade desse mesmo patrimônio.

O Direito como ciência prática assume ele próprio conceitos e noções inspiradas em outras disciplinas reconhecendo a existência de bens culturais cuja relevância e representatividade lhes conferem caráter especial. A esses bens especiais o Direito dedica um regime especial com significativas repercussões, deslocando-os de um *status* de “propriedade individual ordinária” a um *status* de “bens integrantes do patrimônio cultural da nação”.

O reconhecimento do bem cultural enquanto objeto de interesse do direito do patrimônio cultural é, portanto, o primeiro ato a ser promovido.

Reconhecer o interesse cultural de um bem e incluí-lo no rol do patrimônio cultural implicará ou dará ensejo a diversos atos a serem promovidos pelos detentores desses bens e também pelo Estado, todos com o intuito de garantir sua perenidade, o que passa necessariamente por sua conservação e proteção.

Manter as características do bem cultural (ainda que a eles se reconheça uma imutabilidade relativa) não é, contudo, suficiente. Ainda resta garantir que seu uso e acessibilidade estejam de acordo com critérios de valorização e promover uma adequada integração entre esse patrimônio e as diversas dinâmicas que o envolvem (notadamente no caso dos bens imóveis, a dinâmica urbanística).

Falamos rapidamente do que se compreende por salvaguarda dos bens culturais, porém, é visível nas legislações brasileira, portuguesa e internacional uma variedade de termos e nomeclaturas que tendem a confundir-se, ainda que em regra e resumo denotem as noções que mencionamos.

Com o objetivo de construir um núcleo conceitual que servirá de referência a todas as afirmações do presente trabalho, consideramos relevante observar o que assinala algumas legislações e doutrina nacionais e estrangeiras sobre tais medidas e conceitos, para então adensarmos o conteúdo dos atos que compõem o regime de salvaguarda dos bens culturais.

Passemos à análise de alguns elementos trazidos pela doutrina e legislação brasileira e alguma comparação com os regimes estrangeiros.

o) Tutela

O Código italiano inova ao introduzir pela primeira vez¹⁵⁹¹ na legislação daquele País a distinção entre a noção de “tutela” (art. 3º)¹⁵⁹² e de “valorização” (art. 6º)¹⁵⁹³. Esta última é entendida

¹⁵⁹¹ A noção de “valorização”, referindo-se ao bem cultural, já havia sido tratada na Itália em um primeiro momento pela “Legge 26 aprile 1964, n. 310”. Trata-se da lei que instituiu a comissão de investigação para a tutela e a *valorizzazione* do patrimônio histórico, arqueológico, artístico e paisagístico, conhecida como “comissão Fransceschini”, nome de seu presidente. Cf. CAPENTIERI, Paolo. Valorizzazione del patrimonio culturale. In: TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 18-22.

¹⁵⁹² “Art. 3. Tutela del patrimonio culturale. 1. La tutela consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di una adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione. 2. L’esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale.” Codice

como melhoramento, incremento da condição de conhecimento e conservação do bem cultural, em função de uma expansão da fruição pública desse bem. Valorização implica uma gestão eficiente e eficaz do bem cultural para melhorar a fruição¹⁵⁹⁴. Tal noção é o pressuposto de uma evolução da ideia estática da tutela, como reserva dominial do bem cultural e como limite a sua comercialidade e ao seu uso, para uma ideia dinâmica da gestão do bem cultural, baseada no bem cultural, comprometida com a expansão da expressão de seu valor cultural¹⁵⁹⁵, como serviço oferecido ao crescimento cultural do público¹⁵⁹⁶.

Por um lado, a tutela do patrimônio cultural se liga essencialmente ao sentido de conservação, no sentido que a salvaguarda da integridade física da coisa constitui-se um condicionante para a preservação do valor cultural do bem.

É de se observar que o reconhecimento do valor cultural do bem, seguida da sua individualização, apresenta-se indissociável da tutela do mesmo, uma vez que esta visa principalmente a impedir que o bem possa degradar-se em sua estrutura física e, assim, no seu conteúdo cultural. Em outras palavras, a primeira atividade que substancia a tutela é aquela do reconhecimento do bem cultural como tal¹⁵⁹⁷.

Tem-se, assim, na legislação italiana, algumas pistas para adensar os conceitos de tutela, proteção, conservação e valorização dos bens culturais.

Pela lógica da redação do Código italiano, o conceito de tutela abrange as noções de proteção e conservação do bem, porém, afasta-se da ideia de valorização. Não se trata de conceitos completamente distintos, pelo contrário, tais funções tendem a se sobrepor¹⁵⁹⁸, porém é claro um esforço do legislador para estabelecer uma delimitação de competências e atos que garantam um tratamento global eficaz do patrimônio. A valorização e a proteção dos bens culturais são, dessa maneira, matérias distintas¹⁵⁹⁹. Enquanto a tutela¹⁶⁰⁰ engloba a identificação do bem cultural, seguindo

dei beni Culturali e del Paesaggio. Cf. TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè editore, 2005. p. 12-13.

¹⁵⁹³ “Art. 6°. Valorizzazione del patrimonio culturale. 1. La valorizzazione consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. 2. La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze. 3. La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale.” Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio. Cf. CAPENTIERI, Paolo. Valorizzazione del patrimonio culturale. In: TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè editore, 2005. p. 18-22.

¹⁵⁹⁴ O art. 3° deve ser analisado ao lado do art. 111, da mesma lei italiana, onde se determina os princípios da valorização do bem cultural. A saber: “Articolo 111. 1. Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all’esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all’articolo 6. A tali attività possono concorrere, cooperare o partecipare soggetti privati. 2. La valorizzazione è ad iniziativa pubblica o privata. 3. La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. 4. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale”. Cf. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 689.

¹⁵⁹⁵ Como assinala Casini, o vocábulo “valorizzazione”, descrito normalmente como ato de valorizar ou como ato destinado a fazer aumentar os valores inseridos no contexto do bem cultural, adquire uma nova semântica: a valorização do bem cultural não pode evidentemente consistir no acréscimo de valores de cujos bens são portadores, valores que são, por definição, uma realidade independente e preexistente à forma de gestão do bem em si. A função valorizante revela-se ao contrário, em correlacionar o estado dos bens culturais abertos a fruição coletiva, e tal atuação demanda medidas para consentir, facilitar e crescer a possibilidade de acesso aos bens protegidos, cuja percepção e apreendimento dos valores estejam preservados. Cf. CASINI, Lorenzo. La Valorizzazione dei Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 3, p. 651-707, 2001.

¹⁵⁹⁶ Cf. CAPENTIERI, Paolo. Valorizzazione del patrimonio culturale. In: TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 18-22.

¹⁵⁹⁷ Nesse sentido, LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 47-48.

¹⁵⁹⁸ Cf. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 59.

¹⁵⁹⁹ Nesse sentido também ROCCELLA, Alberto. L’évolution du droit de l’urbanisme en Italie en 2003 et 2004. **Droit de l’aménagement de l’urbanisme de l’habitat**, Paris, n. 9, p. 745-756, 2005.

de atos com vista a sua proteção e conservação com fins de fruição pública, a valorização é direta e atinge sobretudo a fruição do bem cultural e implica tanto o melhoramento do estado de conservação, quanto a disciplina de como ocorre tal fruição. Consiste, segundo o texto legal (art. 6º): no exercício da função e na disciplina da atividade direta a promover o conhecimento do patrimônio cultural e a assegurar a melhor condição de utilização e fruição pública do patrimônio em si mesmo. Essa (valorização) compreende ainda, a gestão e o suporte das intervenções de conservação do patrimônio cultural¹⁶⁰¹.

A valorização dos bens culturais deve ser compatível com a tutela e não prejudicar suas exigências (art. 6º, §2º), podendo ser de iniciativa pública ou privada (art. 111, §2º).

Na legislação espanhola (Código del Patrimonio Cultural) o tema também surge com a sua devida relevância, ainda que os conceitos também não sejam ali totalmente desenvolvidos. O art. 2º dispõe que

*sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1 y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28, de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación?*¹⁶⁰².

p) Proteção

A noção de proteção nos remete imediatamente a seguinte questão: “contra o que proteger?”. A resposta, segundo Pontier¹⁶⁰³ seria contra as ações do tempo e, ainda, contra as ações do homem. Os sinais do tempo são fáceis de identificar. O homem não pode esperar construir para a eternidade e é provável que, mesmo protegidos, os monumentos possuem uma duração de vida limitada e, a longo prazo, correm o risco de desaparecer. O ciclo das estações, particularmente as frias, atinge as pedras e construções que tendem a erodir e desagregar-se. Os materiais de certos edifícios, mesmo seu peso, por vezes acabam por modificar-se. Em nossa época é ainda mais acelerada a degradação por conta da poluição do ar, com diversos elementos químicos corrosivos. Nesse sentido, a proteção se equivaleria à conservação, pois se liga em sua essência às técnicas de restauração e manutenção dos bens.

Por outro lado, as ações provocadas pelo próprio homem são ainda mais ameaçadoras. O vandalismo é um dos problemas mais enfrentados pelos monumentos culturais dos nossos dias. Nesse sentido, a *proteção* aproxima-se da noção de *preservação*, pois se evidencia pelas estratégias adotadas com fins de evitar ações lesivas provocadas pelo homem, contra o patrimônio cultural¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰⁰ A jurisprudência italiana acenta-se na ideia de que a tutela “è diretta principalmente a impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale” ,e, a tal fim, como primeira atividade, tal função se consubstancia em “riconoscere il bene culturale come tale”. Cf. LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 59.

¹⁶⁰¹ Cf. “Art. 6º. Valorizzazione del patrimonio culturale. 1. La valorizzazione consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. 2. La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze. 3. La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale.” Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio. cf. CAPENTIERI, Paolo. Valorizzazione del patrimonio culturale. In: TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè editore, 2005. p. 18-22.

¹⁶⁰² Cf. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del Patrimonio Cultural**. Navarra: Civitas, 2007. p. 315.

¹⁶⁰³ Cf. PONTIER, Jean-Marie. La protection du patrimoine monumental. **Revue Française de droit administratif**, Paris, n. 5, p. 757-775, sept/oct, 1989.

¹⁶⁰⁴ A noção de proteção leva a diversas problematizações que não desenvolveremos neste momento. Lembremos das questões ligadas às formas de proteção e aos limites do intervencionismo que se quer implementar junto a esses bens. Cf. PONTIER, Jean-Marie. La protection du patrimoine monumental. **Revue Française de droit administratif**, Paris, n. 5, p. 757-775, sept/oct, 1989.

q) Conservação

Em se tratando do tema em terras lusitanas, Silva¹⁶⁰⁵ observa que a noção de *proteção* é ampla e engloba proteção em sentido estrito, que se compõe da *preservação* e da *conservação* do bem cultural.

Segundo Silva, a *preservação* do patrimônio cultural refere-se ao conjunto de ações e omissões que todos devemos observar para defesa dos bens que integram o patrimônio cultural (nesse sentido a LPC, art. 11, 1º). Por sua vez, a *conservação* do patrimônio exige a adoção de um comportamento por parte daqueles sobre quem recai especificamente o respectivo dever (na maior parte dos casos o proprietário ou titular do bem). Incluem-se na conservação as ações destinadas a impedir a destruição, deterioração ou perda dos bens (art. 11, 2º, da LPC).

A conservação aplicada ao contexto urbano¹⁶⁰⁶ e ao conjunto de bens imóveis que integra uma municipalidade passará, necessariamente, pela tomada de medidas que conciliem interesses diversos, muitas vezes opostos, e promovam uma existência sustentável do bem. Resta comentar, ainda que rapidamente, que a noção de conservação varia conforme o nível de “mudanças” admitidas em relação a um bem cultural. É possível variar de uma preservação do tipo “museológica” de uma cidade, o que impede qualquer alteração, a qualquer efeito, até uma conservação flexível, que admite adaptações ligadas ao uso ou mesmo a transformação interior completa (fachadismo)¹⁶⁰⁷. A “dosagem” dos limites e condições da conservação dos bens imóveis será, portanto, relativa e variável.

Por outro lado, da mesma maneira que há uma pluralidade de bens que o integram, há uma infinidade de funções que se poderá conferir ao patrimônio. As funções podem ser diversas e vão desde a utilização de um bem com fins residenciais ou comerciais, até sua utilização meramente turística ou estética. Essas diversas funções devem estar coordenadas com os interesses culturais, sociais e econômicos que coexistem na cidade, ao mesmo tempo que não devem comprometer a sua conservação¹⁶⁰⁸. Nesse sentido, para além de integrar a noção de valorização, os critérios a serem definidos para o uso e fruição dos bens deverão observar as restrições ligadas à conservação do bem cultural. Um uso não poderá ameaçar a integridade do patrimônio e, portanto, deverá coordenar-se com esse interesse.

r) Valorização

Por fim, a *valorização* do patrimônio cultural aparece como via distinta do conceito de proteção¹⁶⁰⁹ e se caracteriza por ser um conjunto de atividades que podem e devem ser desenvolvidas,

¹⁶⁰⁵ Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Patrimônio Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, p. 69-93.

¹⁶⁰⁶ Nevanlinna, em interessante texto sobre a conservação dos bens imóveis no contexto urbano, chama atenção para esse aspecto e também para as diferenças existentes entre o conceito de conservação na Europa e nos países em desenvolvimento que nos parece ainda atual. A Unesco, por sua vez, tende a impor um padrão de conservação aplicável aos bens de reconhecida relevância mundial, o que não atende, necessariamente, à realidade urbana vivida em cidades onde predominam uma rápida urbanização, especulação imobiliária incontida e noções e apreensões diversas da importância do patrimônio cultural imóvel. Cf. NEVANLINNA, Anja Kervanto. Urban conservation in the Third World. In: **Building conservation**. 88 Symposium. Helsinki: Unesco, 1988. p. 107-113.

¹⁶⁰⁷ A polêmica que envolve o fachadismo é tratada pela arquitetura e relaciona-se com a ideia de conservação e sustentabilidade do patrimônio cultural. Não nos adentraremos, entretanto, nas diversas linhas de discussão envolvendo o tema limitando-nos, nesse momento, a indicar alguma referência bibliográfica. Cf. PINON, Pierre. Les origines du façadisme. **Revue Monumental**, Paris, n. 14, p. 8-15, 1996; SZAMBIEN, Werner. La dialectique du façadisme. **Revue Monumental**, Paris, n. 14, p. 17-27, 1996; SIMEONE, Gian Giuseppe. Le façadisme ou l’amnésie de La ville. **Revue Monumental**, Paris, n. 14, p. 47-53, 1996.

¹⁶⁰⁸ As diversas funções que os bens culturais podem assumir estão na essência da definição econômica do patrimônio. A definição econômica será em verdade condicionada aos serviços e funções agregáveis aos bens culturais e não ao valor cultural intrínseco que ele aporta. A dimensão econômica, como veremos, está ligada ao conceito de sustentabilidade dos bens culturais. Cf. OST, Christian. La conservation du Patrimoine architectural comme outil de développement économique. In: VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine Amérique latine Europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Facultés universitaires notre-dame de la paix, 1996. p. 313-325.

¹⁶⁰⁹ Nesse sentido se aproxima do doutrinador italiano que distingue “tutela” de “valorização”. Conferir notas anteriores.

tendo em vista a divulgação e fruição do patrimônio cultural (art. 11, 3º, da LPC). Essa valorização por vezes se concretiza na questão da sustentabilidade econômica do bem e, por vezes, na valorização cultural (enquanto conjunto de atividades que visem ao aumento dos méritos artísticos e históricos que qualificam o próprio bem). A valorização dos bens é uma dimensão que caberia quase exclusivamente aos respectivos proprietários, ou seja, de iniciativa privada. Nesse ponto, Silva¹⁶¹⁰ questiona se uma ingerência dos poderes públicos quando se trate de bens de titularidade privada poderia representar uma ingerência ilícita no âmbito da garantia da propriedade privada. A questão é tratada de modo diverso pela legislação italiana, conforme já anotamos.

Por outro lado, a valorização pode surgir como assinala Casini¹⁶¹¹, como uma atividade de gestão empresarial do patrimônio cultural, em uma ótica maior de cooperação entre o setor público e o privado, aumentando, por consequência, o grau de conflitualidade entre a conservação e a fruição do bem. Essa conflitualidade encontra sua área crítica na acessibilidade do bem, onde a tutela se preocupa em regulamentar e reduzir e a valorização tende a aumentá-la. Para além disso, no último decênio, a valorização do patrimônio tem assumindo também um papel de defesa da identidade nacional e local, para contrastar os efeitos da homogenização cultural ligados ao fenômeno da globalização¹⁶¹².

s) *Das noções assumidas no Brasil e Portugal*

Em Portugal, o conceito de valorização é definido pela Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, que estabelece as bases da política e do regime de **proteção** e **valorização** do patrimônio cultural, assumindo, em seu preâmbulo, um compromisso não só com a identificação do bem cultural português, mas também com sua conservação, transmissão às gerações futuras e valorização, que implica uma série de atos do governo e seus detentores diretos.

O artigo 11º da referida lei portuguesa apresenta relevante contribuição para a construção dos conceitos de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural.

Segundo esse artigo, “todos têm o dever de preservar o patrimônio cultural, não atentando contra a integridade dos bens culturais e não contribuindo para a sua saída do território nacional em termos não permitidos pela lei” (art. 11º, 1, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). Nesse sentido, compreendemos as noções de *proteção* dos bens culturais¹⁶¹³.

Em sequência, o mesmo artigo dispõe que “todos têm o dever de defender e conservar o patrimônio cultural, impedindo, no âmbito das faculdades jurídicas próprias, em especial, a destruição, deterioração ou perda de bens culturais” (art. 11º, 2, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). Visualiza-se claramente aqui, as noções de *conservação* dos bens culturais.

Ainda segundo o art. 11 da Lei de Bases “todos têm o dever de valorizar o patrimônio cultural, sem prejuízo dos seus direitos, agindo, na medida das respectivas capacidades, com o fito da divulgação, acesso à fruição¹⁶¹⁴ e enriquecimento dos valores culturais que nele se manifestam” (art.

¹⁶¹⁰ Os artigos 70 e 71 da Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Patrimônio Cultural Português (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro) estabelecem o regime geral de valorização dos bens culturais. Dentre eles, Silva destaca os programas de aproveitamento turístico, como via para a sustentabilidade dos mesmos. Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Patrimônio Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 10, p. 69-93.

¹⁶¹¹ CASINI, Lorenzo. La Valorizzazione dei Beni Culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, n. 3, p. 651-707, 2001.

¹⁶¹² Cf. Geertz, Clifford. *O Saber Local: Novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

¹⁶¹³ Para além disso a Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, estabelece um regime de tutela penal e contra-ordenacional no Título XI, art. 100 e ss.

¹⁶¹⁴ Como se verifica, a fruição ou o direito à fruição dos bens culturais está inserido na noção de valorização desses bens. Nas palavras de Gomes, “a fruição dos bens culturais deve ser entendida numa perspectiva dinâmica, de enriquecimento individual e colectivo. Fruir o património é conhecê-lo, apreciá-lo, vivê-lo e para alcançar esses objectivos é necessário, em primeiro lugar, estabelecer o acesso aos bens culturais”. A mesma autora alerta para os conflitos advindos da regulamentação dessa matéria, uma vez que, por vezes, o bem cultural está incorporado numa coisa de titularidade privada. Daí a necessária ponderação entre os interesses culturais e os direitos fundamentais dos proprietários, sobretudo aqueles

11º, 3, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). É aí que se delinham os primeiros elementos da noção de *valorização* dos bens culturais.

Em seguida, a Lei de Bases portuguesa abre título especial sobre o regime geral de valorização dos bens culturais, estabelecendo seus componentes e engloba:

a) a conservação preventiva e programada; b) a pesquisa e a investigação; c) a protecção e valorização da paisagem e a instituição de novas e adequadas formas de tutela dos bens culturais e naturais, designadamente os centros históricos, conjuntos urbanos e rurais, jardins históricos e sítios; d) o acesso e a fruição; e) a formação; f) a divulgação, sensibilização e animação; g) o crescimento e o enriquecimento; h) o apoio à criação cultural; i) a utilização, o aproveitamento, a rendibilização e a gestão; j) o apoio a instituições técnicas e científicas (art. 70, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

São assumidos, ainda, como instrumentos (lista não exaustiva) a utilizar com esses fins: a) o inventário geral do património cultural; b) os instrumentos de gestão territorial; c) os parques arqueológicos; d) os programas e projectos de apoio à musealização, exposição e depósito temporário de bens e espólios; e) os programas de apoio às formas de utilização originária, tradicional ou natural dos bens; f) os regimes de acesso, nomeadamente a visita pública e as colecções visitáveis; g) os programas e projectos de divulgação, sensibilização e animação; h) os programas de formação específica e contratualizada; i) os programas de voluntariado; j) os programas de apoio à acção educativa; l) os programas de aproveitamento turístico; m) os planos e programas de aquisição e permuta (art. 71, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

A noção de *tutela*, por sua vez, está dispersa na Lei de Bases, centrando-se fundamentalmente nas formas de “protecção dos bens culturais” assumidas no artigo 16. Protecção, no sentido desse artigo, corresponde à tutela ou identificação dos bens culturais. Segundo a Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, “a protecção legal dos bens culturais assenta na classificação e na inventariação” (art. 16, 1).

Não verificamos na legislação portuguesa outras formas de tutela dos bens culturais ou abertura para o implemento de medidas diversas da classificação e inventariação com esse fim, ainda que se tenha desenvolvido naquele país uma extensa noção de acautelamento dos bens em vias de classificação (nesse sentido art. 25, 4, da Lei n. 107/2001, 8 de setembro, e art. 14 e ss do Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

No Brasil, o Decreto-Lei Federal n. 25/37, de 30 de novembro, estabelece algumas noções acerca da tutela ou, mais especificamente, do momento a partir do qual os bens são considerados integrantes do património cultural. É o que se depreende do §1º, do art. 1º daquela norma:

Artigo 1º - Constitui o património histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do património histórico e artístico nacional depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o Art. 4º desta lei.

A tutela no Brasil não se realizará apenas mediante o tombamento, mas esse instituto é central da política do património cultural no país. Da mesma maneira, o Decreto-Lei n. 25/37 assume noções de *valorização e conservação*, quando ao definir o regime do tombamento estabelece que:

Artigo 18 - Sem prévia autorização do Serviço do Património Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe

impeça ou reduza a *visibilidade*, nem nela colocar *anúncios ou cartazes*, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto (nesse sentido a visibilidade liga-se à noção de valorização dos bens culturais).

Artigo 19 - O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de *conservação e reparação* que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa (aqui afere-se a noção de dever de conservação do bem cultural).

Artigo 20 - As coisas tombadas ficam sujeitas à *vigilância* permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência (o bem cultural gera o dever de vigilância para o Estado, o que se insere na noção de proteção do bem cultural).

Artigo 21 - Os *atentados* cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional (da mesma forma a normativa tipifica ato criminoso contra o patrimônio, fazendo referência também à noção de proteção do bem cultural).

Para além da norma federal (Decreto-Lei n. 25/37, 30 de novembro) que se aplica aos bens de interesse nacional No Brasil, a instrução normativa n. 1, de 25 de novembro de 2003, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) estabelece conceitos de “preservação”, “conservação” e “restauração”, mas não desenvolve expressamente a ideia de “valorização” do bem cultural. A noção deve identificar-se, de toda sorte, com os atos de gestão do patrimônio cultural, ligados a sua acessibilidade e fruição, respaldados na noção ampla de função administrativa em geral e no condicionamento das propriedades à sua função cultural. Vejamos algumas definições encontradas na IN n. 1:

1.2. (...) d) *Preservação*: Conjunto de ações que visam garantir a permanência dos bens culturais. e) *Conservação*: intervenção voltada para a manutenção das condições físicas de um bem, com o intuito de conter a sua deterioração. (...) g) *Restauração*: conjunto de intervenções de caráter intensivo que, com base em metodologia e técnica específicas, visa recuperar a plenitude de expressão e a perenidade do bem cultural, respeitadas as marcas de sua passagem através do tempo¹⁶¹⁵.

Os conceitos adotados pela Instrução Normativa do IPHAN são avançadas e coerentes com as noções já propostas desde a Carta de Veneza, em 1964. A conservação, segundo este documento, visa a salvaguardar tanto a obra quanto o testemunho histórico que lhe é inerente¹⁶¹⁶.

Parece-nos, ainda, no contexto brasileiro, que os termos “preservação” e “conservação” equivalem ao termo “proteção” e “tutela”, utilizados pela legislação e doutrina estrangeiras. Já o sentido de “restauração” utilizado pela normativa n. 1, guarda maior similitude com o conceito atual de “renovação”, que já desenvolvemos anteriormente.

Dessas noções podemos assumir, para fins deste trabalho, que a *tutela* do bem cultural significa, em primeiro momento, o seu reconhecimento enquanto tal, ou seja, a sua inclusão no rol dos bens integrantes do patrimônio cultural. Esse reconhecimento se dá, em maior medida, através de ato administrativo, reconhecidamente através de tombamento, no Brasil, e da classificação, em Portugal.

Para além de significar o reconhecimento do bem enquanto elemento portador de um interesse cultural, a tutela gera três consequências: o dever de conservação, proteção e valorização do bem. A *conservação* está diretamente relacionada ao dever de agir do proprietário, no sentido de garantir a boa

¹⁶¹⁵ Disponível em: <www.iphan.gov.br>.

¹⁶¹⁶ Art. 3º, da Carta de Veneza, 1962. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 25.

manutenção do bem cultural, a fim de promover a sua perenidade em condições equivalentes ou semelhantes às atuais. Para além disso, o bem passa a integrar o conceito de patrimônio nacional, no sentido de ser objeto de *proteção* de todos, refletindo-se enquanto dever compartilhado pelo Estado e cidadãos. Seu significado é, em suma, evitar que qualquer ato atinja o bem cultural, descaracterizando-o ou o dilapidando em parte ou em toda a sua estrutura. Por fim, o bem cultural deve ser *valorizado*, tendo sua fruição disciplinada, no intuito de garantir seu pleno acesso, a conformização de seu entorno e a garantia de uma plena integração social e cultural.

Todos esses atos compõem o que chamaremos de *salvaguarda* dos bens culturais.

7. Do direito constitucional da cultura

A cultura é uma das dimensões da vida comunitária, e a Constituição, por sua vez, é o estatuto do Estado que espelha os interesses e anseios de uma sociedade. Nesse contexto, a cultura não poderia ficar de fora do texto elementar dos Estados Sociais de Direito.

Da mesma forma que garantiram a propriedade e a liberdade, as constituições do século XIX confirmavam uma ordem econômica de essência liberal e se preocuparam com o exercício pleno das liberdades, que não se poderia concretizar sem educação. Daí a inclusão de certas obrigações estatais voltadas à criação de escolas¹⁶¹⁷.

É com o advento do Estado Social que se introduz plenamente os direitos culturais no contexto constitucional. É no Estado Social de Direito que, para além dos direitos econômicos que favorecem as realizações pessoais e do bem-estar obtido através do trabalho e dos direitos sociais, se assume o dever de garantir o acesso à educação, à cultura.

É na constituição da cultura que se delineiam e estabelecem os princípios da disciplina enquanto objeto jurídico¹⁶¹⁸. É nela que encontraremos o sentido da cultura que se assume em cada sociedade e os aspectos assumidos enquanto obrigações e direitos ligados aos bens culturais, ao acesso a estes e à viabilidade de sua produção.

Em visão retrospectiva da história constitucional do Brasil, podemos verificar que não havia, no século XIX, o interesse e a preocupação com a memória nacional ou com o acervo de bens naturais e culturais de que todos éramos herdeiros. Não havia dispositivos nas Constituições de 1824 e 1891 ou qualquer outro que se reportasse à preservação do patrimônio cultural.

Em 1934, quando o direito de propriedade aparece pela primeira vez vinculado à um exercício condicionado aos interesses públicos, o legislador constituinte finalmente trata da matéria dispondo no artigo 10, item III: “Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁷ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. O Patrimônio Cultural e a Constituição – tópicos . In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1996. p. 253-277.

¹⁶¹⁸ Evidentemente, o texto jurídico não substitui ou exclui os inúmeros aspectos filosóficos, antropológicos e históricos que envolvem a “cultura”. Trata-se de uma forma de apreender o tema, de aprisionar um sentido, ainda que se possa com isso desvalorizar tantos outros sentidos da cultura e tantas outras manifestações ainda não identificadas como tal. O certo é que o legislador preocupou-se em lançar-se sobre o tema e, com isso, tenta reter o que é necessário preservar, o que é necessário fomentar e o que é necessário deixar livre às novas iniciativas. Nota-se a preocupação com o patrimônio cultural herdado, mas também com o presente em ebulição, de maneira que o cultural não seja apenas passado, mas também uma produção genuína e contínua, que se conecta com o passado, mas que exista com identidade própria.

¹⁶¹⁹ Nas palavras de Pires: “O preceito do artigo 34 representou avanço, já que pelo menos inseriu a matéria no elenco dos princípios constitucionais. Apesar disso, a regra estatuída era de curto alcance, porquanto continha conceitos restritivos que, de certa forma a amesquinavam. Por exemplo, empregava a palavra “monumento”, a qual não exprimia todo o conjunto suscetível de preservação. Mais adequado seria o uso do termo patrimônio, de dimensão sensivelmente maior. Além do seu caráter cerceador, outro aspecto negativo sobressai da análise do preceito em tela. Trata-se do emprego da palavra “beleza”, que encerra conceito subjetivo e condiciona a importância de uma paisagem a sua estética. Assim, a proteção às belezas naturais não obedecia a critérios objetivos, ficando exclusivamente ao alvedrio do administrador a definição do que era preservável”. Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 43.

O preceito inaugura nas constituições brasileiras o trato nesse nível do tema cultural. A partir daí, todas as constituições que se seguiram regulamentaram com maior ou menor abrangência a cultura e os deveres do Estado.

A Carta do Estado Novo de 1937 disciplinou o tema da cultura e da preservação do patrimônio cultural trazendo relevantes novidades ao sistema jurídico brasileiro. A matéria era regulada pelo artigo 134, que anunciava:

os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Pela primeira vez, o constituinte assegura uma coercitividade ao artigo dedicado à cultura, tornando-o autoaplicável. Além dessa novidade, o constituinte substituiu a expressão imprópria “belezas naturais” por “paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza”. Dessa forma, o conteúdo da noção de paisagem se ampliou e se afastou de uma análise meramente subjetiva.

A Constituição de 1946, por sua vez, retrocedeu parcialmente em relação a anterior. No artigo 175, dispõe: “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público”. A Carta de 46 apenas dedicou uma norma programática à proteção do Estado aos bens relacionados, sem, contudo, reproduzir o artigo da Constituição de 1937, que dava maior densidade à norma constitucional ao equiparar a crime contra o patrimônio nacional qualquer atentado contra aqueles bens.

Vale anotar que o termo “poder público”, por sua vez, representou avanço importante, pois consolida a competência já prevista em 1937 para a proteção ao patrimônio cultural (União, Estados e Municípios), estendendo-a ao Distrito Federal e aos Territórios.

A Carta seguinte de 1967 reiterou a norma programática de 1946, porém, retoma alguns termos utilizados pelo constituinte de 37, conforme verificamos do artigo 172, que dispunha:

Art. 172 – O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único – ficam sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

Troca-se o termo “paisagens e os locais dotados de particular beleza” por “monumentos e as paisagens naturais notáveis”¹⁶²⁰. Insere-se um conceito que antecede aquele bastante discutido na doutrina de “bem paisagístico”¹⁶²¹, termo ao qual já dedicamos alguns desenvolvimentos (ver item anterior). O novo texto traz, ainda, os bens ou jazidas arqueológicas, integrando-os ao conceito de patrimônio cultural.

A Emenda n. 1, de 1969, reproduziu fielmente os preceitos de 1967, alterando-se apenas sua enumeração.

E, por fim, a constituição em vigor, de 1988, foi extremamente sensível ao tema cultural e inovador em suas disposições¹⁶²².

¹⁶²⁰ Pires anota em relação aos termos utilizados pelo legislador constituinte de 1967, que valor estético não se confunde com valor ecológico. Aquele se depreende da forma, da exterioridade, este corresponde ao valor intrínseco do bem, considerado à sua substância, à sua importância e magnitude, dentro do ecossistema. Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 45.

¹⁶²¹ Relembrando, nesse sentido, a Convenção da Unesco, de 1972, ao conceituar os “locais de interesse”, onde se identifica a primeira noção de “paisagem”, na medida em que considera aqueles enquanto “obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.”

¹⁶²² Segundo Pires, o tratamento dado à matéria é inovador e assenta-se sobre conceito mais abrangente de bem cultural. O constituinte brasileiro de 1988, fugindo à regra usual das constituições estrangeiras, trata a questão de forma minuciosa: define em conceito abrangente o patrimônio cultural e adota a concepção de valor cultural de bens enquanto produto de

Ao percorrermos o texto da Carta Fundamental, encontramos ali diversas passagens com referência à cultura¹⁶²³ e um Capítulo especial dedicado à Educação, Cultura e ao Desporto, e, especificamente referente à Cultura, encontramos a Seção II e seus extensos artigos 215 e 216:

Seção II

DA CULTURA

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I Defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II Produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III Formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV Democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V Valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - As formas de expressão;

II - Os modos de criar, fazer e viver;

III - As criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

cultura coletiva, abandonando a tendência conceitual do histórico e do artístico como produção individual. De igual modo, prevê mecanismos de garantia da eficácia da norma, cometendo ao legislador ordinário competência para estabelecer incentivos para produção e conhecimento dos bens e valores culturais e disciplinar vários institutos que serão utilizados na preservação. Decreta, de forma direta, o tombamento de documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, devendo tais bens serem identificados mediante procedimento administrativo próprio, de caráter complementar, vinculado e especial. Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 45.

¹⁶²³ “A Constituição Brasileira de 1988 refere-se à cultura nos artigos 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, e 220, §§2º e 3º, como manifestação de direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; nos arts. 215 e 216, como objeto do Direito e Patrimônio Brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - Despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - Serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - Qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A Constituição fala em “bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (art. 23, III e IV). Observemos que o texto coloca lado a lado noções que em regra se integrariam à ideia de “bem cultural”, ou seja, não seria um bem histórico também um bem cultural?

No mesmo artigo n. 23, inciso V, fica estabelecido que o Estado, em todos os seus poderes, deverá “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”. A Constituição por acaso distingue cultura de educação e de ciência? O que dizer, então, do artigo 216, que inclui no conceito de patrimônio cultural “as criações científicas, artísticas e tecnológicas”?

Silva¹⁶²⁴ observa, ainda que no artigo 24, inciso IX, a Constituição dá competência concorrente para legislar sobre “educação, cultura, ensino e desporto” e traz em seguida expressões como “direitos culturais”, “fontes da cultura nacional”, “manifestações culturais” ou “manifestações artístico-culturais”, “culturas populares, indígenas e afrobrasileiras”, “patrimônio cultural brasileiro” e até diz que este compreende “bens de natureza material e imaterial”. De onde se conclui que a Constituição não se contenta com um conceito único de cultura, nem de um conceito simplesmente artístico da cultura.

E da doutrina também não se extrai conceitos unos e inquestionáveis. Fala-se em “cultura literária”¹⁶²⁵, “cultura científica”, “cultura de massa”¹⁶²⁶, “contra-cultura”¹⁶²⁷, etc.

¹⁶²⁴ Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19-20.

¹⁶²⁵ A oposição entre cultura literária e cultura científica é correntemente apresentada na França como a mais importante, visto que ela opõe dois mundos que não se reconhecem. A cultura literária era aquela que, até pouco tempo, era a mais considerada, a mais aceita. Ela não ignorava as ciências, mas não as considerava a chave da compreensão da existência e da conduta humana. Face a essa cultura dantes reinante na França, desenvolveu-se a cultura qualificada de científica, ou técnica. Essa cultura se interessa ao concreto ao real. Tudo pra ela é objeto de análise. Ela altera nosso mundo, melhora nossas condições de vida e se tornou prioritária. Cf. PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la Culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 8-9.

¹⁶²⁶ A cultura de massa é um fenômeno do século XX. “Ela corresponde a uma vida onde a fome não representa mais um problema, onde o peso das necessidades primitivas se atenuam, onde o homem consumidor emerge”. A cultura de massa é aquela difundida pelos meios de comunicação de massa: imprensa, rádio, cinema e, sobretudo, a televisão. Ela se caracteriza pela “standardização” das referências culturais que se tornam comuns ao conjunto de consumidores. Cf. DOLLOT, L. **Culture individuelle et culture de masse**. Paris: PUF, 1983.

Consideremos, ainda, o artigo 215, §1º da Constituição Brasileira¹⁶²⁸. Nesse caso, será a cultura “um processo civilizatório”?

Ainda que nem todas essas questões se encontrem respondidas no texto constitucional, podemos dizer que, em um primeiro momento, a Constituição encerra em si diversas opções políticas que se assumiram em face dos elementos culturais identificáveis na sociedade brasileira.

Primeiramente, não se trata de assumir um conceito antropológico de cultura, querendo dizer com isso que não é toda e qualquer manifestação, obra ou ideias humanas que se tutelam enquanto bem cultural. A Constituição ampara aqueles bens que, além de serem frutos de uma ingerência do homem, ou comportem significado natural ou estético relevantes, também são revestidos de valor cultural e de referência social. É esse o sentido do artigo 216, que traz conceito de patrimônio cultural como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, exemplificando, nos incisos que lhe seguem, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O conceito de patrimônio assumido pela atual Constituição brasileira é avançado, abrangente e apto a dar guarida a bens que fazem parte de um processo extremamente dinâmico e mutável.

Em segunda abordagem, o constituinte assumiu a cultura como um dever do Estado (art. 215). Isso significa dizer que todos têm um direito à cultura e, para que se garanta o acesso e a fruição desse direito, é necessário uma mobilização das estruturas políticas-governamentais. Trata-se do direito à cultura¹⁶²⁹.

Esse direito à cultura manifesta-se de diversas formas, contanto que o Estado deverá garantir, segundo a Constituição brasileira, diversos “direitos culturais”.

Já mencionados indiretamente, tratemos de indicar, segundo leciona Silva¹⁶³⁰, quais são esses direitos culturais constitucionalmente garantidos, segundo os artigos 5º, IX, 215 e 216 da Carta Fundamental Brasileira:

- a) Liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica;
- b) Direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas;
- c) Direito de acesso às fontes da cultura nacional;
- d) Direito de difusão das manifestações culturais;
- e) Direito de proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afrobrasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional;

¹⁶²⁷ Nascida na América do Norte, a contracultura designa um movimento de rejeição aos valores da sociedade tradicional e da sociedade ela mesma. A revolta que caracteriza a contracultura não é, entretanto, de um todo original. No passado, indivíduos se revoltaram contra a estrutura de valores estabelecida na sociedade e tiveram em Rimbaud seu maior símbolo. A novidade da contracultura atual se dá pela abrangência que esse movimento tem encontrado em alguns países. Cf. PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la Culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 8.

¹⁶²⁸ “Seção II. Da Cultura. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. §1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. §2º. A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.” Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁶²⁹ O direito à cultura é um direito constitucional fundamental que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial. Sua natureza de direito fundamental decorre, para além da interpretação da Constituição Brasileira, das declarações internacionais e regionais dos direitos humanos. Assim, como já mencionamos, é o art. 27 da Declaração dos Direitos do Homem, itens 1 e 2, e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 13: “toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria”. Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39.

¹⁶³⁰ Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51-52.

f) Direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

Outro aspecto que vale ressaltar diz respeito à aplicabilidade das normas constitucionais em matéria cultural. Como bem assinala Pires¹⁶³¹, a Constituição de 1988 estabelece norma programática de proteção dotada de eficácia no plano formal, a depender de especificações ulteriores, a cargo da legislação ordinária para o seu completo desenvolvimento e adequada disciplina de seu conteúdo, ainda que, desde logo, a CF/88 crie direitos subjetivos públicos, na medida em que prevê o *status* de bem cultural dos documentos e sítios dos quilombos, o qual tem como fonte imediata o texto constitucional e prevê instrumentos específicos de tutela, como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, a inconstitucionalidade por omissão que podem garantir maior efetividade da norma de proteção.

Essas especificações ulteriores deverão ser estabelecidas em lei pelos três níveis de governo, viabilizando-se, assim, a limitação dos direitos de propriedade envolvidos nas questões culturais.

Importante anotar que a disciplina constitucional da preservação abrange, além dos dispositivos específicos da cultura, todos aqueles que, direta ou indiretamente, se relacionem com a propriedade e com as limitações a que se sujeita em função do interesse público (art. 5º, caput, e inciso XXII, XXIII, XXIV e XXV e art. 170, CF). Dentre essas limitações encontramos aquelas provenientes de normas de natureza urbanística.

7.1. A constituição da cultura em outros países

Em rápida comparação, chamamos à atenção para alguns textos constitucionais que guardam semelhança com a Constituição brasileira, em matéria de patrimônio cultural.

O artigo 44 da Constituição espanhola anota que “1. *Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.* 2. *Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*”¹⁶³².

A Constituição italiana, por sua vez, expressamente estabelece que “art.9º. *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica [33, 34]. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*”.

Em Portugal, a Constituição de 1976, em sua versão original, nada dispunha acerca da problemática do patrimônio cultural. Após a revisão constitucional, em 1982, a Carta Elementar Portuguesa considerou ser uma das tarefas fundamentais do Estado, “proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português (...)”, segundo alínea e, do artigo 9º¹⁶³³.

Dispõe, ainda, o art. 66, relativo ao ambiente e a qualidade de vida:

2. para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...) c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico¹⁶³⁴.

Por seu turno, estabelece o art. 73, relativo à educação, cultura e ciência: (...)

¹⁶³¹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 51

¹⁶³² Cf. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del Patrimonio Cultural**. Navarra: Civitas, 2007. p. 29.

¹⁶³³ Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 88 e ss.

¹⁶³⁴ Cf. NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Proteção do Patrimônio Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 34-35.

3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.

O Estado assume, por fim, relativamente à fruição e criação cultural, o dever de “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”, conforme alínea *c*, n. 2, do artigo 78¹⁶³⁵.

A Constituição portuguesa estabelece, ainda, diversas disposições de carácter subjetivo “que consagram posições subjetivas, individuais, universais e permanentes e fundamentais (de carácter ativo = direitos, ou de carácter passivo = deveres) nos arts. 52, n. 3, alínea *a*, e 78, n. 1”¹⁶³⁶. O primeiro preceito consagra uma garantia fundamental concretizada na ação popular¹⁶³⁷ em sede do património cultural. Nestes termos:

conferido a todos, pessoalmente, ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural.

Estabelece, ainda, o art. 78, n. 1, o reconhecimento, de um lado, de um direito e liberdade fundamental e, de outro, um dever fundamental, dispondo que “todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural”.

Nabais¹⁶³⁸ observa que em sede da organização do poder político, a Carta Constitucional Portuguesa dedica três preceitos relativos ao património cultural. São eles: O art. 165, n. 1, alínea *g*, que integra na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República “as bases do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural”, e os arts. 229, n. 1, alínea *c*, e 234, n. 1, na medida em que conferem às assembleias legislativas regionais competência para desenvolverem as leis de bases sobre a proteção do património cultural.

Por outro lado, Teixeira¹⁶³⁹ assinala que a Constituição portuguesa

adota não uma concepção estática de (mera) “proteção” do património do povo português e inerente funcionalização deste como testemunho histórico para as gerações futuras, isto é, como “permanência” da cultura portuguesa através dos tempos, mas uma concepção dinâmica, promovendo-se a valorização do património cultural, a “democratização da cultura”, assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural e apoiando uma maior circulação de obras e bens culturais de qualidade e desenvolvendo as relações culturais com todos os povos.

Da mesma forma Canotilho e Moreira¹⁶⁴⁰, ao comentarem o art. 73 da Carta Fundamental portuguesa comentam que, este, ao lado dos arts. 42 e 43, especialmente, preenchem o que se pode

¹⁶³⁵ Cf. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do Património Cultural em Portugal. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares de. **Direito do Património Cultural**. Oeiras: INA, 1995. p. 205-251.

¹⁶³⁶ Cf. NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Proteção do Património Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 35.

¹⁶³⁷ Verificar a Lei Portuguesa n. 83/95 de 31 de agosto, Lei da participação procedimental e da ação popular (LAP). Conferir, ainda, Gomes, que elabora críticas pertinentes à referida lei em: GOMES, Carla Amado. Nótula sobre a compensação por lesão de interesses de fruição de bens culturais. In: **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 125-133.

¹⁶³⁸ NABAIS, José Casalta. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Proteção do Património Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998. p. 35.

¹⁶³⁹ Cf. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da proteção do Património Cultural. **Textos. Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. III, p. 61-107, 1996.

designar por “constituição cultural” ou a ordem constitucional da cultura em Portugal. Ao incluir uma “constituição cultural”, a Constituição constitui um “Estado cultural ou Estado de cultura”, sendo, por outro lado, um “Estado de direito cultural”, obrigado a respeitar a liberdade e a autonomia cultural dos cidadãos (liberdades culturais); e também um “Estado democrático cultural”, empenhado no alargamento e na democratização da cultura (direitos à cultura). Esses direitos à cultura consubstanciam também o conceito de democracia cultural, que se baseia na generalização do acesso à cultura e à fruição cultural e, por outro lado, na participação social na definição da política cultural.

O conceito constitucional de cultura abrange seguramente a tradição e o património (n. 3, art. 78). Cultura, no sentido normativo-constitucional, além de ser tradição cultural, que deve ser garantida e defendida, é também tarefa e inovação, que exige a promoção positiva da criação e fruição cultural por parte do Estado e de outras estruturas autônomas (n. 2, art. 78). Segundo ainda os referidos comentadores, a densificação normativo-constitucional tem de operar com um conceito aberto e universal de cultura, pois a democratização da cultura significa possibilidade de fruição dos bens culturais de todas as épocas e de todos os povos (coexistência e intercâmbio cultural).

Do ponto de vista da Constituição portuguesa, assim como da Carta Fundamental brasileira, o património cultural é simultaneamente: a) uma tarefa fundamental do Estado, que impõe a este uma série de deveres para sua efetiva realização, defesa, preservação e desenvolvimento; b) um direito e dever fundamental de todas as pessoas singulares e coletivas, que reconhecem a estas determinadas posições (ativas e passivas) fundamentais de carácter subjetivo e individual; c) uma norma de organização do poder político, a impor a intervenção necessária da representação nacional ou parlamento (Assembleia da República, no caso de Portugal) na sua disciplina.

7.2. Das competências em matéria de património cultural

O património cultural é tema destacado na Constituição, como já anotamos. E é em sede constitucional que se estabelecem as competências para o trato da disciplina, em primeiro momento.

A Constituição brasileira distribui as competências em matéria cultural no sistema federativo assumido naquele País apenas envolvendo regras de competência comum e competência concorrente. Não há definição de competência exclusiva nessa matéria.

A outorga de competência comum a entidades da federação, como já se espera, refere-se à prática de atos relativamente à matéria de que se trata, ou, de outra maneira, diz respeito à prestação de serviços envolvendo a matéria outorgada. No que se refere à competência concorrente, por sua vez, refere-se à distribuição de atribuições normativas sobre a matéria entre as entidades federativas.

As previsões de competência comum encontram-se dispostas no art. 23 da Constituição brasileira. Em se tratando da cultura, o artigo 23 prevê expressamente que competem à União, Estados, Distrito Federal e Municípios ao menos três medidas ou providências a serem atendidas ou realizadas¹⁶⁴¹:

- a) Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, inciso III);
- b) Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural (art. 23, inciso IV);
- c) Proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, inciso V).

¹⁶⁴⁰ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 886 e ss.

¹⁶⁴¹ Nesse sentido Silva, o qual seguiremos de perto para tratar das competências em matéria cultural no bojo da Constituição Federal Brasileira. Cf. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42 e ss.

As duas primeiras “providências” referem-se à defesa dos bens culturais, ou seja, do produto da atividade humana, a saber, o patrimônio cultural brasileiro. Desses itens é possível intuir as atividades de tutela, proteção e conservação dos bens culturais, conforme já desenvolvemos anteriormente.

A terceira constitui providência destinada a tornar eficaz a norma do artigo 215, onde está determinado que o Estado garantirá o acesso às fontes da cultura nacional. Nesse caso, “cultura nacional” refere-se a toda cultura reconhecida nos três níveis de Estado (União, Estados e Municípios) e não se contrapõe a estes, mas à cultura de outras nações. Nesse sentido, o constituinte assume que se deve garantir o acesso a todas as formas da cultura brasileira, incluindo, nessa noção, a valorização dos bens culturais.

Já a competência concorrente estabelece-se no artigo 24 da Constituição do Brasil, onde se declara competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- a) Proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII);
- b) Responsabilidade por dano a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) Educação, cultura, ensino e desporto (inciso IX).

Os municípios não foram contemplados nas regras de competência concorrente, como se pode concluir desses dispositivos. Entretanto, a rigor, não se lhes nega a participação no trato dessa matéria.

Segundo interpretação predominante no País, a atuação do Município está garantida com fundamento no artigo 23 da Carta Constitucional, que estabelece competência comum em matéria de tutela da cultura. Seria, em verdade, incoerente que o ente Municipal pudesse atuar no atendimento da competência comum estabelecida no art. 23 (notadamente o inciso III, do art. 23, da CF/88), sem que aprovasse, para tal fim, legislação local específica com tais fins.

Para além disso, a mesma Carta reconhece no art. 30 que aos municípios cabe legislar suplementarmente à legislação federal e estadual no que couber (art. 30, inciso II), admitindo com isso, que se confere aos municípios a possibilidade de tratar, também, do patrimônio cultural local. Esse aspecto está consignado no mesmo artigo 30, IX, onde se lhes reconhece a competência para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federais e estaduais”. Nesse ponto, a doutrina anota que “se se reconhece a existência de um patrimônio cultural local, que só pode ser patrimônio cultural municipal, então é que, por essa via, se lhes outorga competência legislativa para normatizar sobre tal patrimônio”¹⁶⁴²¹⁶⁴³.

A distribuição de competências em matéria de direito do patrimônio cultural é inegavelmente confusa no texto da Constituição Federal brasileira. Teria sido mais coerente se o legislador constitucional tivesse optado pelo reconhecimento expresso das competências de acordo com a graduação dos interesses culturais (notadamente municipais, estaduais e nacionais), sem dispensar a tradicional competência legislativa concorrente que instaura um sistema em cascata de regulamentação da política da cultura e seus aspectos ligados à tutela, proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural.

A Constituição estabelece, por outro lado, no que tange à legislação concorrente, que cabe à União estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados, ao Distrito Federal e, conforme assumimos, aos Municípios, a legislação complementar. No caso de inexistir lei federal geral que trate de algum

¹⁶⁴² Nesse sentido, SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42 e ss.

¹⁶⁴³ Também adotam esse posicionamento: VITTA, Heraldo Garcia. **Tombamento**. Cadernos de Direito 7. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1999. p. 15; TELLES, Antonio A. Queiroz. **Tombamento e seu Regime Jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 93; CASTRO, Sônia Rabelo. **O Estado na Preservação de Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 18-25; PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 104 e ss.

elemento da matéria, o Estado membro passa a ter competência legislativa plena para atender aos seus interesses, nos limites do seu território.

A doutrina brasileira aponta o Decreto-Lei n. 25/37 como norma geral de direito do patrimônio cultural no Brasil. Em nosso entendimento, entretanto, essa normativa não atende plenamente o conceito de norma geral do direito da cultura, uma vez que em uma lei dessa natureza os objetos a serem disciplinados são diversificados, indo desde a produção cultural até a salvaguarda dos bens culturais, excedendo em muito o conteúdo daquele Decreto-Lei aprovado em 1937. O Decreto-Lei n. 25/37 disciplina, na verdade, o regime do tombamento de bens de interesse nacional, devendo ser observado pelos órgãos da cultura destinados à salvaguarda nesse nível de graduação de interesses. Não se deve confundir, portanto, regime de tombamento com regime geral da política cultural, que deverá abordar diversos temas, entre eles o próprio tombamento.

Assistimos, em verdade, a uma omissão legislativa que deveria ser suprida pela elaboração de uma norma geral da cultura onde fossem estabelecidos critérios claros para a salvaguarda do patrimônio cultural, reconhecendo-se, por outro lado, a competência de todos os entes conforme a graduação do interesse cultural verificado, à semelhança do que ocorre hoje em Portugal (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

A ausência da normativa geral não impede, entretanto, que se realize um esforço interpretativo a partir dos preceitos constitucionais em vigor. Nesse sentido, cumpre comentar rapidamente a competência do Município no que tange aos bens culturais imóveis.

Não restam dúvidas de que o ente local possui atribuições constitucionais para atuar em matéria de direito do patrimônio cultural. Ele o fará, outrossim, de diversas formas. Ora será o Município que regulamentará os procedimentos primários de tutela do patrimônio cultural municipal, ora observará as regras estabelecidas pelo Estado que integra, bem como pela União, acerca de monumentos, conjuntos ou sítios declarados enquanto tais, no âmbito da competência dos referidos entes federativos (a saber, conforme a graduação dos interesses culturais verificados).

Em uma primeira atuação, o Município se mobiliza em razão de um dever que lhe foi atribuído: tutelar os elementos culturais que compõem o seu patrimônio. Essa mobilização será tomada a partir de uma estrutura orgânica especializada (secretaria de cultura, órgãos consultivos formados por especialistas etc) e legislação local eficazes¹⁶⁴⁴.

Em uma segunda atuação, o Município coordenará suas atribuições elementares (vide art. 30 e incisos) com os interesses culturais declarados pelo Estado e União. Nessas situações, os Municípios poderão se deparar com a classificação ou tombamento de elementos individuais (monumentos), conjuntos ou sítios. Situações surgirão em que grande parte do Município estará declarado como patrimônio estadual ou nacional e, nesses casos, deverá haver uma inevitável “coordenação” de interesses, não restando muitas dúvidas de que esse patrimônio imporá ao ente municipal uma atuação conjunta com outro ente federativo.

A existência de um patrimônio cultural imóvel municipal, estadual ou nacional encetar, por outro lado, consequências múltiplas para a atividade urbanística local.

A atividade urbanística é fruto de um planejamento local, articulado com interesses de níveis diversos, como já mencionamos rapidamente nos capítulos dedicados ao tema na primeira parte do trabalho. Para além dessa articulação de interesses urbanísticos, é necessário coordenar os interesses culturais identificados em bens imóveis que, em todos os casos, se localizarão no território dessas três entidades públicas, simultaneamente.

Quando se tratam de bens imóveis cuja relevância cultural é graduada como de âmbito local, a questão se torna mais simples. O ente municipal poderá utilizar os meios que dispuser em matéria de direito do patrimônio cultural (a regulamentação local da cultura), no bojo de uma planificação urbanística, ou, como é mais comum, em ambas as esferas, ao mesmo tempo (assim, será na medida

¹⁶⁴⁴

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de reconhecer a legitimidade das leis municipais voltadas a salvaguarda de bens de relevância local: tombamento – ato originário de legislação municipal - competência – direito líquido e certo - inoccorrência - legalidade. Tem o Município competência para legislar sobre a matéria inteligência dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal. Improvado o alegado direito líquido e certo, é de ser denegada a ação mandamental. (Apelação Cível n. 000.221.584-6/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Des. Francisco Figueiredo, j. 05.02.2002, un.).

em que a legislação urbanística deve se reportar aos bens classificados ou tombados, como medida de inventariação do solo existente).

A competência municipal em matéria de patrimônio cultural é, pois, particularmente extensa. Quando se trata de um patrimônio composto por bens imóveis, aquele ente detém a competência para estabelecer instrumentos de grande efetividade prática, como é o caso dos planos diretores municipais, dos projetos de renovação urbana e das leis de parcelamento dos solos.

Essa competência está, por fim, expressamente assumida no Estatuto da Cidade, Lei Geral da Política Urbana do país que estabelece como finalidade da política urbana de todos os níveis a proteção de bens culturais imóveis, incluindo nesse conceito os bens imóveis construídos (monumentos), sejam isolados ou em conjunto, os bens arqueológicos que por ventura se encontrem sob o solo e os bens paisagísticos (Lei n. 10. 257/2001, art. 2º, inciso XII).

8. O patrimônio cultural e sua projeção mundial: principais convenções

Um bem específico poderá ser de interesse apenas local, representativo de uma população limitada em uma cidade determinada. Em certas circunstâncias, porém, o interesse cultural poderá atingir uma graduação maior, deslocando-se e projetando-se enquanto representativo de uma nação ou, ainda, repercutir em todo o conjunto da humanidade¹⁶⁴⁵.

De acordo com a Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural estabelecida em Paris em 16 de novembro de 1972, considera-se que o patrimônio mundial

é constituído por bens de interesse excepcional, de valor universal, por vezes testemunhos únicos, respeitando critérios de autenticidade e de integridade, e que devem ser considerados pertences não apenas do Estado em que se encontram, mas de toda a humanidade, pretendendo-se que toda a humanidade se envolva na sua defesa e salvaguarda de modo a assegurar a sua transmissão às gerações futuras¹⁶⁴⁶.

Entende-se, desse modo, que a perda ou deterioração grave de um bem classificado como patrimônio mundial acarreta um empobrecimento do patrimônio de todos os povos do mundo.

O reconhecimento da relevância dos bens culturais em âmbito mundial ocorreu juntamente com a criação de organismos internacionais, como a Unesco¹⁶⁴⁷.

A Unesco foi criada em 16 de novembro de 1945 para promover a paz e os direitos humanos com base na “solidariedade intelectual e moral da humanidade”. É uma das agências das Nações Unidas para incentivar a cooperação técnica entre os Estados membros.

Ao tempo de sua criação, o mundo acabara de experimentar a maior catástrofe de sua história, a Segunda Grande Guerra Mundial. Os representantes dos países aliados, percebendo a importância e o alcance da cooperação intelectual entre os povos, decidiram criar uma organização para ser um sistema de vigilância e alerta, em defesa da paz, da solidariedade e da justiça.

Como declara o ato constitutivo de sua criação, “se as guerras nascem na mente dos homens, é na mente dos homens que devem ser erguidas as defesas da paz”. Essa frase, que se tornaria antológica, passou a presidir a trajetória de lutas da Unesco, que já passa de meio século.

Se é no espírito das pessoas que se devem construir os alicerces da solidariedade, a cooperação intelectual constituiu desde os primórdios um dos eixos centrais de sua atuação. Não uma cooperação

¹⁶⁴⁵ TOJO, José Fariña. *La Protección del Patrimonio Urbano Instrumentos Normativos*. Madrid: Akal Arquitectura, 2000. p. 26.

¹⁶⁴⁶ GALHARDO, Manuela. As convenções da Unesco no domínio do patrimônio cultural In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). *Direito do Patrimônio Cultural*. Lisboa: INA, 1996, p. 95-110.

¹⁶⁴⁷ A Unesco foi o primeiro organismo internacional a preocupar-se, de uma maneira sistemática e permanente, com o patrimônio cultural como assunto da comunidade internacional, mormente com aquele patrimônio cultural cuja proteção e valorização, por constituir patrimônio comum da humanidade, representa um valor para a própria comunidade internacional. Cf. NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 115.

desvinculada dos problemas sociais que o mundo enfrenta, mas uma cooperação capaz de oferecer uma contribuição efetiva aos países membros em suas políticas de promoção do desenvolvimento da educação, da ciência e da cultura, como forma e estratégia de progresso da cidadania e do bem estar social.

No setor da cultura, a Unesco tem atuado nas questões relativas aos bens culturais sendo responsável pela criação, promoção e divulgação de importantes instrumentos normativos. Dentre esses instrumentos, destacamos as convenções, as recomendações e as resoluções. As recomendações têm um caráter pontual e valem justamente como sugestões de medidas, sem valor vinculativo. As resoluções vinculam os Estados partícipes e visam geralmente medidas concretas e pontuais, não têm um âmbito alargado como as convenções, mas amplas e de aplicação complementar¹⁶⁴⁸.

Em se tratando da proteção do patrimônio cultural, destacamos três importantes convenções da Unesco.

- **Convenção de Haia**, sobre proteção da propriedade cultural nos casos de conflito armado, estabelecida na cidade de Haia, em 14 de maio de 1954, onde 84 países a assinaram. Portugal assinou a Convenção, porém não chegou a ratificá-la. Trata-se de um instrumento que mantém sua atualidade, infelizmente por serem os conflitos ainda uma realidade no contexto europeu e mundial.
- **Convenção da Unesco** sobre as medidas para proibir e impedir a importação, exportação e transferências ilícitas da propriedade cultural, estabelecida em Paris, em 14 de novembro de 1970 (81 Estados assinaram essa convenção, Portugal depositou o correspondente instrumento em 9 de dezembro de 1985).
- **Convenção de Paris**, considerada uma proposta internacional de sucesso, visto que 141 Estados a aderiram e depositaram o instrumento de ratificação. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 2 de outubro de 1980 e o Brasil a ratificou definitivamente em junho de 1977, através do Decreto Legislativo n. 74. Atualmente, inserido no contexto normativo brasileiro, o Decreto n. 80.978 de 12 de dezembro de 1977 traz na íntegra o texto assinado em Paris, fazendo parte integrante da ordem jurídica brasileira. A Convenção de Paris, não pretende substituir-se aos Estados, mas antes complementar a sua ação no que diz respeito à proteção do patrimônio cultural. O documento é louvável pela originalidade de ter trazido em um mesmo instrumento as noções de cultura e natureza, bem como o conceito inovador de patrimônio mundial.

Antes de tratarmos detidamente das convenções mencionadas e de outras que também consagram o direito internacional do patrimônio cultural imóvel, façamos alguns apontamentos gerais sobre a Unesco.

8.1. Unesco

Ao patrimônio normalmente se associa às recomendações da Unesco e o seu papel na preservação dos bens culturais. Sem embargo de sua relevância, não é ele o único organismo que se relaciona com os bens culturais, nem foi o primeiro a existir. A Sociedade das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial e cuja sede era em Genebra, contava com a denominada “Comissão Internacional de Cooperação Intelectual”, com missão, entre outras, de favorecer as relações entre os distintos países, em matéria de arte, educação e criação. Duas instituições filiadas eram provenientes da referida comissão, a “Oficina Internacional de Museus” e o “Instituto de Cooperação Intelectual”. Um dos trabalhos de maior repercussão desenvolvidos pela Oficina Internacional de Museus foi a

¹⁶⁴⁸ GALHARDO, Manuela. As convenções da Unesco no domínio do patrimônio cultural In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Lisboa: INA, 1996, p. 95-110.

preparação e realização da Conferência de Atenas, reunião celebrada na Capital Grega em outubro de 1931 e cujas conclusões integram a chamada “Carta de Atenas”, dedicada à proteção e conservação do patrimônio arquitetônico.

Após a referida reunião, organizou-se um grupo de especialistas de diferentes países aos quais se encarregou preparar o texto de um tratado internacional destinado à proteção das obras de valor histórico e artístico. O projeto se encontrava muito avançado, quando ao estalar da Segunda Guerra Mundial foi preciso paralisar os trabalhos em curso, os quais não foram retomados até a conclusão do conflito bélico. Na elaboração do dito documento contou-se com a experiência de um tratado multilateral que se havia firmado em Washington em 1935 e que se conhece com o nome de “Pacto Roerich”, destinado à proteção, em caso de guerra, dos bens móveis e imóveis aos que se aludia no texto do acordo.

Uma vez finalizada a Segunda Guerra Mundial e mediante a chamada “Carta de São Francisco” criou-se, em 26 de junho de 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja sede se fixou na cidade de Nova York. No citado documento, que reconhece os direitos e deveres dos habitantes do planeta, se encontram os fundamentos das posteriores normativas e políticas internacionais sobre o patrimônio cultural, se bem que a base jurídica que definitivamente sustentaria os acordos e tratados sobre questões sociais, civis, políticas e culturais não se alcançaria até dezembro de 1948 ao adotar a Assembleia Geral da ONU a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Não obstante a existência desse documento, a Organização das Nações Unidas contava já desde o mês de novembro de seu ano fundacional com uma instituição especializada em temas de cultura, a “Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura”, conhecida por Unesco, siglas correspondentes ao seu nome em inglês. Dito organismo, com sede em Paris, tem entre seus cometimentos o de propiciar a conservação do patrimônio cultural, tarefa que desenvolve a partir de distintas ações e para a qual procura celebrar convênios e tratados com os diversos países membros¹⁶⁴⁹.

Para cumprir seus fins, a Unesco conta com diversas organizações internacionais não governamentais, nas quais se agrupam indivíduos e coletividades, inclusive nações especializadas em diversos campos. Uma delas é a “Oficina Internacional de Museus”, que herdou os compromissos do mesmo organismo existente na Sociedade das Nações, conhecido pelas siglas de seu nome em inglês, ICOM. Outro desses organismos é o “Conselho Internacional de Monumentos e Sítios”, o Icomos¹⁶⁵⁰, segundo as siglas de seu nome em inglês, que surgiu do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos em Monumentos Históricos, celebrado em Veneza em maio de 1964 e cuja assembleia constituinte teve lugar no ano seguinte em Varsóvia.

Por outra parte e criada anteriormente ao Icomos, a Unesco havia organizado em 1957 o ICCROM¹⁶⁵¹, “Centro Internacional de Estudos para a Conservação e Restauração dos Bens Culturais”, cuja sede foi estabelecida em Roma. Desde sua fundação, essa instituição tem desenvolvido trabalho preferentemente formativo, procurando a qualificação de profissionais relacionados com o patrimônio cultural. Para levar a cabo essa tarefa, partiu do caráter multidisciplinar que deve apresentar qualquer ação sobre o patrimônio, assim como dos diferentes graus de sensibilidade e preocupação que por dito tema se tem nas diferentes culturas e nações do mundo.

Outro importante organismo, neste caso de âmbito regional em matéria de proteção e conservação do patrimônio, é o Conselho da Europa¹⁶⁵², cuja criação data de 1949. Um dos fins que persegue é a adoção de ações conjuntas entre os países membros no campo social, econômico, científico, jurídico, administrativo e cultural¹⁶⁵³. O organismo está composto por uma Assembleia de

¹⁶⁴⁹ J. MORALES, Alfredo. **Patrimonio Histórico-Artístico**. Madrid: Conocer el Arte, 1996. p. 16

¹⁶⁵⁰ Ver mais em: <<http://www.icomos.org>>.

¹⁶⁵¹ Ver mais em: <<http://www.iccrom.org/eng/about/whats.htm>>.

¹⁶⁵² Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe (STE n. 121). Resume: La Convention vise à renforcer et promouvoir les politiques de sauvegarde et de mise en valeur du patrimoine architectural en Europe. Elle affirme par ailleurs la nécessité d'une solidarité européenne autour de la conservation de ce patrimoine et vise à favoriser une collaboration concrète entre les Parties. Elle pose les principes d'une "coordination européenne des politiques de conservation" afin d'aboutir à une concertation sur les orientations des politiques à mettre en uvre. Ver todos os documentos em: <http://www.coe.int/T/F/Coopération_culturelle/Patrimoine/Ressources/textrefpatcult.asp#TopOfPage>.

¹⁶⁵³ Portugal é membro desde 1976 do Conselho da Europa.

Parlamentários e um Comitê de Ministros, representantes de cada um dos países. Tanto uma como outro têm dado provas de sua constante preocupação com a defesa e conservação do patrimônio mediante uma série de recomendações e resoluções. Por outra parte, tem propiciado numerosas reuniões de ministros, dando lugar a um material que resume a doutrina europeia sobre o tratamento técnico, econômico, jurídico, social e cultural do problema das cidades.

A aludida política de defesa e valorização do patrimônio cultural desenvolvida pela Unesco encontrou um de seus grandes êxitos nas declarações do “Patrimônio Mundial Cultural e Natural”, posta em prática depois da convenção celebrada em Paris, em 16 de novembro de 1972¹⁶⁵⁴. Durante a década de 1960, a construção da grande represa de Asuán fez temer a desapareição de numerosos monumentos e tesouros artísticos, cuja subsistência se considerava decisiva não só para Egito e Sudão, senão para toda a comunidade internacional. A chamada pela solidariedade em favor da salvação de tais obras efetuada pelo Diretor Geral da Unesco obteve uma generosa resposta, expressa em recursos humanos, técnicos e econômicos, favorecendo ademais, uma forma de consciência sobre a necessidade de proteção do patrimônio cultural e natural, que se cristalizou em posteriores decisões da Unesco¹⁶⁵⁵. Entre elas se destacam as adotadas na reunião de Paris antes mencionada, na qual se definiu o que se considera patrimônio cultural digno de receber a categoria de mundial.

8.2. As convenções e recomendações internacionais para salvaguarda do patrimônio cultural imóvel

Analisados os principais organismos internacionais dedicados à salvaguarda dos bens culturais e mencionados alguns documentos e recomendações deles emanados, é preciso proceder a um comentário dos mais relevantes documentos internacionais dedicados ao patrimônio imóvel.

9.2.1. Carta de Atenas (1931)

O primeiro desses documentos é resultado da já mencionada Conferência de Atenas, celebrada em outubro de 1931. Foi convocada pela Oficina Internacional de Museus e congregou numerosos especialistas de todo o mundo e em momento crucial, por coincidir com a adoção, em muitos países, de diferentes iniciativas legais sobre o patrimônio. Tal coincidência permitiu que muitas das conclusões gerais da Conferência passassem a integrar as legislações nacionais. A reunião contou com uma ampla ordem do dia, cujos pontos tratavam dos principais problemas que então se relacionavam aos monumentos. O curioso é que muitos dos temas tratados naquela reunião seguem sendo motivo de debate até os dias de hoje¹⁶⁵⁶. É o que se verifica das sete resoluções principais decorrentes daquele encontro:

1. Devem ser criadas organizações internacionais de caráter operativo e consultivo na área do Restauro;
2. Propostas de projetos de Restauro devem ser submetidas a crítica fundamentada, para prevenir erros que causem perda de características e valor histórico nas estruturas;
3. Os problemas de preservação dos sítios históricos devem ser resolvidos legislativamente ao nível nacional em todos os países;

¹⁶⁵⁴ Texto integral em português in: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 60 e ss. Ou ver texto integral em espanhol em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369s.pdf>>.

¹⁶⁵⁵ J. MORALES, Alfredo. **Patrimonio Historico-Artístico**. Madrid: Conocer el Arte, 1996. p. 18

¹⁶⁵⁶ J. MORALES, Alfredo. **Patrimonio Historico-Artístico**. Madrid: Conocer el Arte, 1996. p. 21.

4. Sítios escavados que não sejam submetidos e programas imediatos de restauro devem ser recobertos para proteção;
5. As técnicas e materiais modernos podem ser usadas no trabalho de restauro;
6. Os sítios históricos devem merecer estritas medidas de custódia e proteção;
7. Uma atenção particular deve incidir sobre as zonas de proteção dos sítios históricos.

Naquele documento, foram elaboradas, ainda, sete conclusões gerais. A primeira toca indiretamente as questões da valorização e sustentabilidade dos bens culturais, na medida em que “a Conferência recomenda que se mantenha a ocupação dos monumentos que assegure a continuidade da sua vida, consagrando-os sempre a afetações que respeitem o seu caráter histórico ou artístico”.

A segunda conclusão espelha a tímida ou embrionária noção de função social da propriedade ao afirmar que:

aprovou-lhes a tendência geral que consagra, nesta matéria, um *certo direito da coletividade* relativamente à propriedade privada. Constatou que as diferenças entre estas legislações provinham de dificuldades na conciliação do direito público com os direitos dos particulares. Conseqüentemente, embora aprovando a tendência geral dessas legislações, entende que elas devem adequar-se às circunstâncias locais e ao estado da opinião pública, de maneira a encontrar a menor oposição possível, tendo em conta os sacrifícios que os proprietários tenham de sofrer no interesse geral.

A terceira conclusão é relevante e toca a questão da integração territorial dos monumentos:

a Conferência recomenda que se respeite, na construção dos edifícios, o caráter e a fisionomia das cidades, sobretudo na vizinhança dos monumentos antigos, cujo enquadramento deve ser objeto de cuidados particulares. Devem mesmo ser preservados certos conjuntos e certas perspectivas especialmente pitorescas. Cabe também estudar as plantas e as ornamentações vegetais que convêm a certos monumentos, para lhes conservar o caráter antigo. A Conferência recomenda sobretudo a supressão de toda a publicidade, de toda a presença abusiva de postes ou fios telegráficos, de toda a indústria ruidosa ou chaminés elevadas, na vizinhança dos monumentos de Arte ou de História.

A quarta conclusão toca a questão dos materiais de restauro, enquanto a quinta conclusão chama atenção para os efeitos nocivos das alterações atmosféricas provocadas pelas atividades industriais humanas.

A sexta conclusão trata de técnicas de conservação e a sétima toca a questão da colaboração internacional, concluindo que

a Conferência, convencida de que a conservação do património artístico e arqueológico da Humanidade interessa à comunidade dos Estados, guardiães da Civilização: faz votos por que os Estados, agindo no espírito do Pacto da Sociedade das Nações, se prestem reciprocamente uma colaboração cada vez mais alargada e mais concreta, em ordem a favorecer a conservação dos monumentos de Arte e de História; Julga altamente desejável que as instituições e agrupamentos qualificados possam, sem de maneira nenhuma pôr em causa o direito público internacional, manifestar o seu interesse pela salvaguarda das obras-primas através das quais a Civilização se exprimiu no mais elevado grau, e que pareçam ameaçadas; Formula o voto de que os pedidos, para este efeito submetidos à Organização de Cooperação Internacional da Sociedade das Nações, possam ser recomendados à atenção benevolente dos Estados.

9.2.2. Carta de Atenas sobre o urbanismo moderno (1933)

Essa Carta foi redigida por Le Corbusier¹⁶⁵⁷ no decorrer do 4º Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), que se realizou a bordo de um cruzeiro que partiu de Marselha a 27 de julho, esteve em Atenas de 2 a 9 de agosto e regressou a Marselha a 14 de agosto. Dentre outros elementos, os pontos 65 a 70 merecem destaque por serem estes os relacionados diretamente com o patrimônio arquitetônico.

Estabelece o ponto 65, acerca dos valores arquitetônicos a serem preservados. Assim, “a vida de uma cidade é um acontecimento contínuo que se manifesta através dos séculos por obras materiais, traçados ou construções, que lhe conferem personalidade própria e das quais emana, pouco a pouco, a sua alma”¹⁶⁵⁸. As obras são, assim, testemunhos do passado a serem respeitados, por um lado, por seu valor histórico ou sentimental, por outro, porque algumas dessas obras têm qualidade plástica na qual encarnou o maior alto grau de intensidade do gênio humano; fazem parte do patrimônio humano, e aqueles que as possuem ou que estão encarregados da sua proteção têm a responsabilidade e a obrigação de fazer o que estiver ao seu alcance para transmiti-la às futuras gerações.

Em outro ponto, estabelece um conceito de utilidade dos bens arquitetônicos, cujo critério para preservação não poderá ser unicamente a idade ou a antiguidade. Isso é, nem tudo que é passado tem, por definição, direito à perenidade; convém escolher com sabedoria o que deve ser respeitado. Se os interesses de uma cidade são lesados pela persistência de certas presenças insígnias, majestosas, de uma era passada, será procurada a solução capaz de conciliar os dois pontos de vista opostos: nos casos em que existam construções repetidas em numerosos exemplares, alguns serão conservados a título documental, os outros serão demolidos; noutros casos, só a parte que constitui uma recordação ou um valor real poderá ser isolada, o resto será modificado de forma útil. Finalmente, é considerada em casos excepcionais, a possibilidade de deslocação total dos elementos incômodos pela sua situação, mas que mereçam ser conservados por seu elevado significado estético e histórico¹⁶⁵⁹.

A Carta estabelece, ainda, no item 67, limites no que tange ao interesse de preservar, quando confrontado com as condições mínimas de salubridade na utilização dos prédios. Nesse ponto, condena o “culto exagerado do passado” que, por vezes, poderá não reconhecer as regras da justiça social. Por vezes, os mais inclinados ao esteticismo podem desconsiderar as condições de higiene, miséria e promiscuidade dos velhos bairros pitorescos, o que seria grave diante da função social das cidades.

Trata-se de colocar a avaliação do patrimônio cultural sob um aspecto social do imóvel. Evidenciando seu papel junto da comunidade a qual serve e as consequências de sua preservação, nos moldes herdados. Em resumo, “o problema deve ser estudado e, por vezes, pode ser resolvido com uma solução engenhosa: mas, em caso algum, pode o culto do pitoresco e da História sobrepor-se à salubridade da habitação da qual depende tão intimamente o bem-estar e a sanidade moral do indivíduo”¹⁶⁶⁰.

A Carta trata, ainda, no item 68, um dos problemas mais comuns das cidades contemporâneas ligadas à circulação. De fato, o crescimento excepcional de uma cidade poderá criar uma situação perigosa, conduzindo a um impasse, de onde não há saída sem alguns sacrifícios. O obstáculo não

¹⁶⁵⁷ Le Corbusier foi um dos grandes arquitetos modernistas e defendia a tese funcionalista do urbanismo. No Congresso Internacional de Atenas, pela primeira vez em conjunto, os arquitetos refletem sobre os pensamentos que predominavam naquela época relativos à proteção do patrimônio cultural. Ver comentários sobre o Congresso também em: MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

¹⁶⁵⁸ Carta de Atenas sobre o Urbanismo Moderno (CIAM), Atenas, 2 a 9 de agosto de 1933. In: LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004, p. 51.

¹⁶⁵⁹ Exemplo dessa técnica é a “Chapelle de la Madeleine” em Bruxelas. Essa pequena igreja ficava no local hoje ocupado pela “Gare Centrale”, estação ferroviária da cidade, tendo sido deslocada pedra a pedra para outro local mais abaixo.

¹⁶⁶⁰ Carta de Atenas sobre o Urbanismo Moderno, CIAM, Atenas, 2 a 9 de agosto de 1933. In: LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004, p. 52.

poderá ser suprimido senão pela demolição. Mas se essa medida acarreta a destruição de verdadeiros valores arquitetônicos, históricos e sociais, mais vale, sem dúvida, buscar ainda uma solução alternativa. Em vez de suprimir o obstáculo à circulação, desvia-se a própria circulação ou, se as condições o permitirem, faz-se uma passagem via túnel. Pode-se, ainda, desviar ou deslocar para outro local um centro de atividade intensa e alterar completamente o regime de circulação de uma zona congestionada.

A Carta trata no item 69 da demolição de bens situados nos bairros pobres que circundam monumentos históricos. Tal renovação seria admitida em favor dos monumentos de valor histórico e em detrimento das casas insalubres e bairros miseráveis. O aproveitamento dos espaços obtidos em lugar das construções seria feito com a introdução de áreas verdes. A sugestão desconsidera, a nosso ver, a análise do conjunto urbano que circunda os monumentos e que, portanto, compõem o patrimônio. De certo que a avaliação social empregada na Carta é um tanto ultrapassada, visto que a valorização dos monumentos também se liga a sua inserção no espaço, e a renovação não necessariamente precisa ser precedida da destruição do bairro.

O item 70 trata do emprego de estilos do passado, sob pretexto estético, nas construções novas erguidas em zonas históricas, como algo de consequências nefastas. “A manutenção de tais práticas ou a introdução destas iniciativas não será tolerada de forma alguma”.

Em resumo, pode-se dizer que, no documento, os bens submetidos à proteção cultural, submetem-se aos princípios genéricos do funcionalismo, nomeadamente:

- O patrimônio edificado (edifício ou conjuntos) deverá ser salvaguardado desde que represente a expressão da cultura de um povo e que tenha um interesse geral;
- Não se deverá conservar se isso implicar uma sobreposição da pedra sobre o homem, ou seja, se implicar em sacrifício das populações mantidas em condições insalubres;
- Deve ser abolida a prática do “Pastiche”, ou seja, da utilização de estilos estéticos do passado com o argumento de que isso facilita a integração em zonas históricas¹⁶⁶¹.

Tais métodos seriam contrários à grande lição da história, uma vez que nunca se verificou um retrocesso, ou o homem repetiu seus passos. As obras primas do passado demonstram que cada geração teve a sua maneira de pensar, as suas concepções, a sua estética, fazendo apelo, para servir de trampolim, a sua imaginação e à totalidade dos recursos técnicos de sua época.

Copiar servilmente o passado seria condenar-se à mentira, erigir o falso como princípio, pois as condições antigas de trabalho não poderão ser reconstituídas e a aplicação da técnica moderna a um ideal que morreu não é mais do que um simulacro sem vida.

Misturando o falso e o verdadeiro, longe de atingir uma impressão de conjunto e de dar o sentimento de pureza de estilo, ter-se-ia por resultado uma reconstituição fictícia capaz de lançar o descrédito sobre os testemunhos autênticos que mais se desejava preservar¹⁶⁶².

9.2.3. Convenção de Haia para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado (1954)

Sobre os escombros da destruição maciça na Europa, e como consequência da constituição da ONU, a Organização para a Educação Ciência e Cooperação (Unesco) promoveu em 1954 a Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado.

¹⁶⁶¹ Segundo MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

¹⁶⁶² Carta de Atenas sobre o Urbanismo Moderno, CIAM, Atenas, 2 a 9 de agosto de 1933. In: LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004, p. 53.

Nessa convenção ficaram consagrados os fins da proteção internacional dos edifícios ligados às artes e às ciências, bem como os monumentos históricos. Ela visa a salvaguardar e a assegurar o respeito pelos bens móveis ou imóveis que representem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário. Para tanto, propõe-se a elaboração de um inventário dos bens culturais com relevância nacional e internacional.

A salvaguarda desses bens implica que os Estados em cujo território eles se encontrem situados tomem em tempo de paz todas as medidas necessárias à sua proteção.

Desse congresso, resultaram as seguintes recomendações:

- Que cada país deve ter uma organização própria que tutele a conservação e proteção dos monumentos;
- Que se deve preparar mão-de-obra especializada para a conservação e restauração (ensino, profissionalização) e como tal remunerada;
- Que os arquitetos e os arqueólogos colaborem estreitamente e que assegurem a integração dos monumentos no ordenamento das cidades¹⁶⁶³.

9.2.4. A Carta de Veneza (1964)

O 2º Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos teve lugar em Veneza, em 1964. Na ocasião, várias decisões foram tomadas em relação à salvaguarda do patrimônio cultural, das quais, interessa acentuar, os seguintes documentos internacionais:

7. A Carta Internacional do Restauro (a Carta de Veneza);
8. A proposta de criação de um fórum internacional que se preocupasse com os monumentos e sítios (o Icomos).

Quanto à Carta de Veneza, deve-se dizer que, algumas noções definidas em ocasiões anteriores foram colocadas em causa ou expandidas, procurando-se verificar a evolução das preocupações dos especialistas quanto à melhor forma de promover a salvaguarda do patrimônio construído¹⁶⁶⁴.

Dentre as questões ampliadas, convém explicitar o conceito de monumento histórico, que passou a englobar não só a unidade arquitetônica isolada, mas também o conjunto urbano ou rural que traduz o testemunho de uma civilização particular, uma evolução significativa ou um acontecimento histórico¹⁶⁶⁵.

Além disso, amplia-se a questão da integração do patrimônio de forma que a sua conservação deva observar sua manutenção útil a sociedade. De toda sorte, a utilização que lhe permitirá uma manutenção permanente não deverá descaracterizar o monumento, em termos de disposição ou decoração dos edifícios, nem deverá impor uma alteração a seu entorno. Ao contrário, a questão do entorno também resta relevante e deve ser protegida de forma que qualquer medida que possa alterar suas relações de volume e cor sejam controlados¹⁶⁶⁶.

Quanto aos restauros, a Carta de Veneza prescreve que eles só deverão ser promovidos em casos de necessidade imperiosa. Não se deve reconstruir, mas antes respeitar a estrutura e a

¹⁶⁶³ Segundo: MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

¹⁶⁶⁴ Segundo: MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

¹⁶⁶⁵ A Carta de Veneza é um referencial principiológico internacional da herança arquitetônica. Suas regras servem como guias para a interpretação ética do patrimônio, enfatizando o significado do valor cultural e da importância de preservação dos bens que contêm tais valores. Cf. JOKILEHTO, Jukka. Ethics in conservation. In: **Building conservation**. 88 Symposium. Helsink: UNESCO, 1988. p. 46-52.

¹⁶⁶⁶ Ver mais em: MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

autenticidade dos materiais originais e todo elemento novo introduzido deve ser facilmente reconhecido. Restringe-se a utilização de técnicas modernas aos casos em que a técnica original se apresente inadequada.

Sem dúvida, trata-se de um passo significativo para o patrimônio cultural e em destaque a criação do Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios (Icomos),¹⁶⁶⁷ que internacionalizou a discussão sobre o patrimônio, bem como sua intervenção. Funciona hoje, entre outras atribuições, como um órgão consultivo da Unesco para o arrolamento de monumentos, conjuntos e sítios no âmbito da convenção do patrimônio mundial.

9.2.5. Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de Paris (1972)

O processo de conscientização em relação à necessária defesa e valorização do patrimônio evoluiu conforme se verifica nos documentos internacionais produzidos na década de 1960 e 1970. À medida que se percorriam etapas, os responsáveis pela ação cultural ganhavam consciência de que não se poderia garantir a manutenção de todo o patrimônio, edificado ou não, sem os esforços técnicos e financeiros.

Nesse contexto, a Unesco promoveu a Conferência Geral reunida em Paris de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972, aprovando a Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. O documento da Unesco responsabiliza a comunidade internacional pela proteção complementar à ação de proteção devida pelo Estado diretamente interessado e onde o patrimônio se encontra, de forma que participe de sua salvaguarda. A convenção considerou que uma das causas mais profundas que ameaçam a manutenção dos bens construídos de interesse cultural não são somente as tradicionais, mas antes a evolução da vida social e econômica que se verifica na atualidade.

Daí que a convenção se destaca pela importância de suas propostas e pela definição mais sistematizada do que são monumentos, conjuntos, sítios e patrimônio natural.

Reproduziremos alguns, segundo os artigos 1º e 2º daquela convenção:

Artigo 1º. Para fins da presente Convenção, serão considerados como patrimônio cultural: *Os Monumentos*: Obras arquitetônicas, obras de escultura ou de pintura monumentais, assim como os elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, cavernas e grupos de elementos que tenham um valor universal excepcional desde o ponto de vista da história, da arte ou da ciência; *Os Conjuntos*: Grupos de construções isolados ou reunidos que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; *Os locais de interesse*: Obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico. *Artigo 2º*. Para fins da presente Convenção, serão considerados como patrimônio natural: *Os monumentos naturais* constituídos por formações físicas e biológicas e por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; *As formações geológicas e fisiográficas* e as zonas estritamente delimitadas que constituem habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; *Os locais de interesses naturais* ou zonas naturais estritamente delimitadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, conservação ou beleza natural¹⁶⁶⁸.

Os Estados que aderem à convenção reconhecem que os bens, conforme definição anterior, constituem um patrimônio universal e toda a comunidade internacional tem o dever de cooperar. Tal

¹⁶⁶⁷ Maiores detalhes sobre o órgão podem ser obtidos no site da Internet: <<http://www.icomos.org>>.

¹⁶⁶⁸ Segundo: MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). *Direito do Urbanismo*. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

cooperação se processará de acordo com dois mecanismos complementares definidos no documento sob análise: 1º. O Comitê Intergovernamental para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, denominado Comitê do Patrimônio Mundial, com as funções essenciais de estabelecer, atualizar e difundir uma lista do patrimônio mundial classificado, bem como analisar e decidir sobre os pedidos de assistência internacional; 2º. O Fundo do Patrimônio Mundial, com especial propósito de angariar fundos que permitam atender aos pedidos de assistência internacional que englobam estudos, missões técnicas, formação de especialistas, fornecimento de equipamento e empréstimos ou subsídios.

9.2.6. Recomendação sobre a salvaguarda dos conjuntos históricos e da sua função na vida contemporânea (1976)

A recomendação sobre a salvaguarda dos conjuntos históricos e da sua função na vida contemporânea foi promovida pela Unesco, em 26 de novembro de 1976, na cidade de Nairobi, no Quênia.

Justificou-se a sua criação tendo em vista que os “perigos reais de uniformização e despersonalização das cidades que o urbanismo contemporâneo tem provocado em todo mundo”¹⁶⁶⁹ e que a conservação dos conjuntos históricos reveste-se de grande importância para as populações que procuram preservar a sua verdadeira dimensão cultural e a sua identidade.

A proposta apela para que os Estados membros adotem uma política de salvaguarda integrada, aplicável em todo o seu território, com vista à preservação dos conjuntos históricos. Sugere, assim, que se tomem medidas legais e administrativas para que um sistema de proteção específico para os conjuntos históricos e as disposições legais referentes ao ordenamento do território, ao urbanismo e à habitação sejam coerentes com as disposições legais referentes à salvaguarda do patrimônio arquitetônico.

Vê-se que a preocupação em inserir o patrimônio imóvel no contexto do planejamento urbano torna-se tema de extrema importância, sendo insuperável sua coordenação. A recomendação chega a propor, em aspectos técnicos, que todos os conjuntos a proteger devam ser primeiramente classificados, elaborando-se inventários analíticos de cada conjunto, que incluam informação arquitetônica, econômica e sociológica necessária para a programação das operações de salvaguarda. Evidencia que o plano de salvaguarda deverá promover a revitalização dos conjuntos históricos, mantendo o comércio e as atividades tradicionais e desenvolvendo atividades culturais apropriadas.

A recomendação, nesse sentido, lança diversos conceitos e apoia-se em valores que prezam pela conservação da utilização costumeira dos imóveis que formam o conjunto histórico. Evidências de que os centros históricos tenham sido transformados ao longo do tempo em objeto de diversas especulações imobiliárias (na Europa) trouxeram à questão o uso do bem, que poderá ser inserido no contexto do plano de salvaguarda ou ainda no plano urbano local.

Preza-se, ainda, pela participação da sociedade no processo de planejamento das operações de salvaguarda, garantindo, ainda, que a renovação de edifícios antigos não provoque alterações no tipo de habitação e cause dificuldades às populações mais carenciadas.

Verifica-se, acima de tudo, uma preocupação justificada nos processos de crescimento e renovação urbana, que ameaçam, em diversas cidades, a integridade cultural dos conjuntos históricos arquitetônicos, agravados pela ausência, em muitos países, de uma legislação suficientemente eficaz e flexível sobre o patrimônio arquitetônico e sobre as suas relações com o ordenamento do território.

A recomendação traz, ainda, conceitos importantes como o de “conjunto histórico”, “salvaguarda” e “enquadramento dos conjuntos históricos”, que transcrevemos¹⁶⁷⁰:

¹⁶⁶⁹ Recomendação Unesco, de 26 de novembro de 1976. In: LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004, p. 175.

¹⁶⁷⁰ Recomendação Unesco, de 26 de novembro de 1976. In: LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004, p. 177.

Considera-se “conjunto histórico” todo o grupo de construções e de espaços, incluindo as estações arqueológicas e paleontológicas, que constituam um povoamento humano, quer em meio urbano, quer em meio rural, e cuja coesão e valor sejam reconhecidos do ponto de vista arqueológico, arquitetônico, pré-histórico, histórico, estético ou sócio-cultural. Nestes conjuntos, que são muito variados, podem distinguir-se em especial: Os sítios pré-históricos, as cidades históricas, os bairros antigos, as aldeias e o casario, bem como os conjuntos monumentais, homogêneos, os quais deverão, regra geral, ser cuidadosamente conservados sem alterações.

Considera-se “enquadramento dos conjuntos históricos” o meio envolvente, natural ou construído, que influencia a percepção estática ou dinâmica desses conjuntos, ou que a eles se associa, por relações espaciais diretas ou por laços sociais, econômicos ou culturais.

Entende-se por “salvaguarda” a identificação, a proteção, a conservação, o restauro, a reabilitação, a manutenção e a revitalização dos conjuntos históricos e do seu enquadramento.

Dentre os princípios gerais elencados pela recomendação, destacamos aquele que se refere à função dos conjuntos históricos, visto que devem ser integrados à vida contemporânea das cidades, devendo, para tanto, o urbanismo atual corroborar para que o aumento na escala e na densidade das construções não implique destruição das construções antigas de interesse histórico. Trata-se, ainda, de atuar de forma que as novas construções não denigrem a visibilidade dos monumentos e que se integrem harmoniosamente a eles.

Manifesta-se, ainda, explicitamente, a preocupação em evitar a uniformização da arquitetura contemporânea, de forma que as novas construções expressem os valores culturais sociais de cada nação, bem como contribuam para o enriquecimento arquitetônico do patrimônio cultural mundial.

Nesse propósito, grande destaque se dá ao planejamento urbano e às técnicas jurídicas e administrativas. As políticas nacionais de salvaguarda dos conjuntos históricos e do seu enquadramento (ambiência) deverão fundamentar-se em princípios válidos para todo o País. Os Estados membros devem, em razão disso, adaptar-se às disposições já vigentes ou, caso seja necessário, promulgar novos textos legislativos, incluindo os de natureza regulamentar, de forma que convém rever o enquadramento legislativo nacional relativo ao ordenamento do território, ao urbanismo e à habitação, para coordenar e harmonizar as suas disposições com as normas relativas à salvaguarda do patrimônio arquitetônico.

A integração do plano de organização territorial e a preservação do patrimônio cultural imóvel é deveras relevante, não cabendo a omissão dos Estados que devem assumir tal responsabilidade.

9.2.7. Convenção para salvaguarda do patrimônio arquitetônico da Europa (1985)

No dia 3 de outubro de 1985 se firmou, pelos Ministros de Cultura dos 16 países membros do Conselho da Europa reunidos em Granada, o Convênio para a salvaguarda do patrimônio arquitetônico da Europa¹⁶⁷¹.

A Convenção de Granada foi um pilar importante na defesa do patrimônio europeu, tanto como inspirador das sucessivas atuações do Conselho da Europa, como de parte importante das legislações estatais dos países membros. Nos 27 artigos de que consta a convenção se estabelece desde a necessidade de inventário até o compromisso de introduzir nas respectivas legislações estatais a possibilidade de expropriação dos bens protegidos. São propostas também medidas destinadas à conservação, apoio financeiro dos poderes públicos, criação de estruturas de informação e consulta,

¹⁶⁷¹ FARIÑA TOJO, José. In: **La protección del Patrimonio Urbano Instrumentos Normativos**. Madrid: Akal Arquitectura, 2000. p. 29.

promoção do mecenato e do patrocínio. Assim mesmo, se insiste na necessidade de incluir a proteção do patrimônio entre os objetivos prioritários da planificação territorial urbana. Sobretudo se ratifica, de forma categórica, a necessidade de proteger o patrimônio das cidades: “que constitui uma expressão insubstituível da riqueza e diversidade do patrimônio Cultural da Europa, um testemunho inestimável de nosso passado e um bem comum de todos os europeus”.

Baseada na doutrina técnica emitida pela Carta de Veneza, a convenção preocupou-se, sobretudo, com a organização administrativa, os apoios financeiros e a divulgação e participação do público em geral.

Nesse sentido, os Estados signatários comprometem-se a introduzir na legislação nacional, normas que disponham acerca da: a) submissão a uma autoridade competente dos projetos de demolição ou de modificação dos monumentos protegidos ou que venham a ser objeto de um processo de proteção, assim como todos os projetos que afetem o território em seu entorno; b) submissão a uma autoridade competente dos projetos que afetem todo ou parte de um conjunto arquitetônico ou de um sítio e impliquem trabalhos de demolição, de construção ou modificações que possam prejudicar o conjunto arquitetônico ou sítio; c) possibilidade das autoridades públicas se substituírem ao proprietário de um bem protegido, na impossibilidade deste, na realização das obras tidas por necessárias; d) possibilidade de expropriação dos bens protegidos¹⁶⁷².

Também propõe conceitos sobre o patrimônio arquitetônico, nomeadamente no artigo 1º:

Monumentos – Todas as realizações particularmente notáveis em virtude do seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos fazendo parte integrante destas realizações.

Conjuntos arquitetônicos – Grupos homogêneos de construções urbanas ou mais notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico e suficientemente coerentes para se constituírem como objeto de uma delimitação topográfica.

Sítios – Obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogêneos para se constituírem como objeto de uma limitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico.

Cada Estado integrante da convenção compromete-se, ainda, a adotar políticas de conservação integrada que prevejam:

- A proteção do patrimônio arquitetônico entre os objetivos essenciais do ordenamento do território e do urbanismo;
- A existência de programas de restauro e de conservação do patrimônio arquitetônico;
- A aplicação e o desenvolvimento, indispensáveis ao futuro do patrimônio, das técnicas e materiais tradicionais;
- A adaptação, desde que possível, de edifícios antigos a novos usos;
- A participação de estruturas de informação, de consulta e de colaboração entre o Estado e as coletividades locais, as instituições e associações culturais e o público;
- O desenvolvimento de associações sem fins lucrativos que se dediquem a esta matéria¹⁶⁷³.

Para assegurar o cumprimento dessa convenção foi instituído, pelo Conselho da Europa, um Comitê de Peritos (art. 13 da referida Convenção), que periodicamente deve apresentar um relatório

¹⁶⁷² Nesse sentido, NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 123 e ss.

¹⁶⁷³ Segundo MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do Patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas. (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989. p. 55-74.

sobre a situação das políticas de conservação do patrimônio arquitetônico nos diversos Estados signatários e propor novas medidas, caso considere necessárias.

9.2.8. *Carta Internacional sobre a salvaguarda das cidades históricas (1987)*

A Carta Internacional sobre a salvaguarda das cidades históricas foi firmada em 15 de outubro de 1987, ficando conhecida como Carta de Washington, em referência à cidade que foi sede da 8ª Assembleia Geral do Icomos, que deu origem ao documento.

Os termos da Carta são propositadamente gerais, uma vez que em âmbito internacional há muitas formas de fazer sentir o impacto do desenvolvimento urbano de cada modelo de sociedade pós-industrial. A diversidade é, pois, abordada no documento, que traz como premissa o fato de que todas as cidades do mundo, por serem o resultado de um processo de desenvolvimento mais ou menos espontâneo ou de um projeto deliberado, são a expressão material da diversidade das sociedades ao longo de sua história.

A Carta refere-se aos conjuntos urbanos históricos, de maior ou menor dimensão, incluindo as cidades, as vilas e os centros ou bairros históricos com a sua envolvente natural ou construída pelo homem, os quais, para além de constituírem documentos históricos, são a expressão dos valores próprios das civilizações urbanas tradicionais. Atualmente, esses conjuntos encontram-se ameaçados de degradação, de deterioração e até de destruição, devido ao impacto do urbanismo nascido da era industrial e que afeta atualmente todas as sociedades do mundo¹⁶⁷⁴.

9. O patrimônio cultural europeu

Está consolidado no texto atual do tratado que institui a União Europeia o interesse e o reconhecimento do bem cultural europeu, podendo-se encontrar naquele documento um Título dedicado à cultura e à salvaguarda desse patrimônio.

Segundo o artigo 151, “1. a comunidade contribui ao florescimento das culturas dos Estados-Membros com respeito pela sua diversidade nacional e regional, colocando em evidência a herança cultural comum”.

A ação da comunidade visa a encorajar a cooperação entre Estados membros e, se necessário, apoiar e completar sua ação no que diz respeito à melhoria do conhecimento, à difusão da cultura e da história dos povos europeus, à conservação e a salvaguarda do patrimônio cultural de importância europeia, às trocas culturais não comerciais, à criação artística e literária, incluindo o setor audiovisual¹⁶⁷⁵.

Para além do tratado da União Europeia, o Conselho da Europa estabeleceu uma Convenção Fundamental sobre o patrimônio cultural europeu, assinada em Faro, em 2005. Tal normativa reconhece que um dos objetivos daquele conselho é a realização de uma união mais estreita entre seus membros, a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios fundados sobre o respeito pelos direitos do homem, da democracia e do Estado de Direito, que são seu patrimônio comum.

O referido documento reconhece a necessidade de colocar a pessoa e os valores humanos no centro de um conceito alargado e transversal de patrimônio cultural, colocando em destaque o valor e o potencial do patrimônio cultural bem administrado enquanto recurso de desenvolvimento sustentável e de qualidade de vida em uma sociedade em constante evolução. A convenção refere-se a vários documentos produzidos anteriormente, entre eles a Convenção Cultural Europeia, de 1954; a Convenção para salvaguarda do patrimônio arquitetural da Europa, de 1985; a Convenção para a

¹⁶⁷⁴ Recomendação Unesco, de 26 de novembro de 1976. In: LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004, p. 215.

¹⁶⁷⁵ Conferir n. 2, do artigo 151 do Tratado Consolidado da União Europeia. Cf. **Union Européenne. Traités Consolidés** (novembre-2006). Luxembourg: Office de publications officielles des Communautés européennes, 2006.

salvaguarda do Patrimônio Arqueológico da Europa de 1992, e a Convenção Europeia da Paisagem, de 2000¹⁶⁷⁶.

A consolidação do interesse cultural de âmbito europeu abre espaço para o implemento de políticas públicas culturais que envolvem diversas medidas¹⁶⁷⁷.

A política do patrimônio cultural compreende as medidas de proteção e valorização das construções e lugares de interesse particular, arqueológico, histórico ou arquitetural. Especificamente sobre os bens imóveis, há um consenso acerca da ameaça que representa o desenvolvimento urbano sobre o patrimônio imobiliário, as dificuldades de financiamento da proteção e da conservação e a importância do financiamento da União Europeia. Em geral, nota-se uma certa uniformidade dentre os Estados membros da maneira como eles apreciam e protegem seus patrimônios, ainda que haja diferenças na aplicação das políticas nacionais¹⁶⁷⁸.

Tais políticas do patrimônio estão geralmente ligadas a outras medidas que se voltam para o desenvolvimento econômico, a ampliação da oferta de lazer, a expansão do turismo e a proteção do meio ambiente.

Todos os Estados membros reconhecem a importância crescente da pressão exercida pela sociedade no que concerne à preservação e conservação do ambiente imobiliário e à rejeição provocada pela gestão dos conjuntos de bens culturais em zonas urbanas praticada nos anos 60 e 70, modelo que não se quer repetir.

O patrimônio é reconhecido atualmente como um elemento importante do desenvolvimento sustentável em matéria econômica e turística, e não um entrave ao desenvolvimento econômico e físico das cidades. Em numerosos países, o reconhecimento da importância dos bens culturais teve por efeito o crescimento das técnicas da cartografia, do inventário e da classificação de edifícios, monumentos e sítios julgados dignos de ser preservados. Ao mesmo tempo, o movimento também teve por efeito uma tomada de consciência de que os recursos, em particular os públicos, não poderiam satisfazer plenamente a demanda pela conservação que tais bens aportam. Em consequência, diversos países recorreram a recursos e mecanismos como incentivos fiscais, subvenções e outras incitações a fim de encorajar o investimento privado nas obras de conservação e na restauração dos bens dignos de serem preservados.

Como já citamos, o artigo 151 do Tratado da União Europeia encoraja a cooperação entre os Estados membros e prevê um apoio da UE para auxiliar a conservação do patrimônio cultural de interesse europeu. A proteção e a valorização do patrimônio histórico das cidades foram um ponto-chave do livro verde sobre o ambiente urbano¹⁶⁷⁹. Sua ligação com a melhoria do ambiente urbano foi

¹⁶⁷⁶ cf. “**Préambule** Les États membres du Conseil de l’Europe, signataires de la présente Convention, Considérant que que l’un des buts du Conseil de l’Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes fondés sur le respect des droits de l’homme, de la démocratie et de l’Etat de droit, qui sont leur patrimoine commun ; Reconnaissant la nécessité de placer la personne et les valeurs humaines au centre d’un concept élargi et transversal du patrimoine culturel ; Mettant en exergue la valeur et le potentiel du patrimoine culturel bien géré en tant que ressource de développement durable et de qualité de la vie dans une société en constante évolution ; Reconnaissant que toute personne a le droit, tout en respectant les droits et libertés d’autrui, de s’impliquer dans le patrimoine culturel de son choix comme un aspect du droit de prendre librement part à la vie culturelle consacré par la Déclaration universelle des droits de l’homme des Nations Unies (1948) et garanti par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) ; Convaincus du besoin d’impliquer chacun dans le processus continu de définition et de gestion du patrimoine culturel ; Convaincus du bien-fondé des politiques du patrimoine et des initiatives pédagogiques qui traitent équitablement tous les patrimoines culturels et promeuvent ainsi le dialogue entre les cultures et entre les religions ; Se référant aux divers instruments du Conseil de l’Europe, en particulier la Convention culturelle européenne (1954), la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l’Europe (1985), la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (1992, révisée) et la Convention européenne du paysage (2000) ; Certains de l’intérêt existant à créer un cadre paneuropéen de coopération qui vienne favoriser le processus dynamique de mise en application effective de ces principes” Texto integral da Convenção sobre o Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade, 2005. Disponível em: <http://www.european-heritage.net/sdx/herein/text_coe/showcontent.xsp?id=1>. Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁶⁷⁷ Nesse sentido conferir, em Portugal, NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 126 e ss.

¹⁶⁷⁸ Compendium des Systèmes et des politiques d’aménagement du territoire dans l’Union européenne. n. 28. Luxembourg: Commission européenne, 2000. p. 124.

¹⁶⁷⁹ Cf. Livro Verde sobre o ambiente urbano: Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento COM(90) 218, junho de 1990.

também reconhecida e a responsabilidade da política do patrimônio pertence aos Estados membros, mas as partilha de experiências e a difusão de inovações e de práticas positivas foram encorajadas através de programas como URBAN e o programa de conservação do patrimônio europeu¹⁶⁸⁰.

As convenções e textos produzidos no âmbito europeu reforçam a ideia de conjugação das políticas territoriais e do patrimônio cultural, ainda que se tenha assistido a uma ampliação da legislação especial dos bens culturais, uma vez que estes englobam inúmeras categorias que não se esgotam no contexto urbano.

Logicamente, em âmbitos de importância maiores deveriam corresponder níveis de proteção mais intensos. Porém, questões poderão surgir em caso de bens de interesse internacional. A esse interesse deveria corresponder todo o esforço das administrações em âmbito de governo local, estadual ou nacional? Em outra circunstância, no caso de bens de âmbito nacional, sua proteção poderia estar exclusivamente a cargo de órgãos locais? As competências para promoção da proteção do patrimônio geram dúvidas relevantes.

No caso de bens de interesse internacional, sempre haverá discussão sobre o problema da soberania nacional: tudo aquilo que não se incorpore à legislação interna de cada país é de difícil aplicação em seu território. Os membros da União Europeia, entre eles Portugal, vivem uma situação diferente, posto que já se estabeleceu uma série de mecanismos que atuam na proteção do patrimônio histórico sem colocar em discussão a questão da soberania, que já foi moldada dentro desse contexto. O mesmo não ocorre com o Brasil e os demais países que detêm bens urbanos de interesse cultural mundial¹⁶⁸¹.

Outro problema é o da escassa quantia de financiamento dos organismos internacionais dedicados a assuntos culturais, uma vez que dependem de contribuições dos Estados membros. Isso faz com que a declaração de uma cidade como patrimônio da humanidade, por exemplo, não traga de forma correlativa os fundos com os que a comunidade internacional deveria ajudar a sua proteção, tornando-se, na maior parte das vezes, uma declaração de mero interesse turístico.

¹⁶⁸⁰ Cf. Compendium des Systèmes et des politiques d'aménagement du territoire dans l'Union européenne. n. 28. Luxembourg: Commission européenne, 2000. p. 124

¹⁶⁸¹ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. La Protection Internationale du Patrimoine Culturel National. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, n. 2, p. 395-409, 1993.

Título II – Direito à proteção do patrimônio cultural imóvel

Capítulo II – A cidade e o bem cultural imóvel

“Das cidades se deveria tombar a atmosfera...”
Mário de Andrade

“Arquitetura é música petrificada.”
Goethe

1. Introdução

Tutelar, proteger, conservar e valorizar o patrimônio cultural são tarefas do Estado de Direito brasileiro¹⁶⁸², à semelhança do que ocorre com os estados modernos ocidentais, dentre eles, Portugal.

Essas tarefas promovidas pelo Estado através de seus diversos agentes são conformadas por meio de disposições legais de ordem jurídica e em diversos níveis¹⁶⁸³.

Na medida em que a salvaguarda dos bens culturais implica ação positiva dos entes públicos (de todos os níveis, como se depreende da Constituição brasileira), o Estado assumirá o papel ora de fiscalizador (no caso das propriedades privadas), ora de responsável direto por esses bens (na ocasião em que a titularidade do bem cultural recai sobre algum de seus entes públicos). Enquanto fiscalizador ou proprietário, o Estado tomará medidas que visem a proteger (evitar danos), conservar (fazer manutenção do bem para que não pereça) e valorizar (dispor sobre a fruição do mesmo e sua acessibilidade) o patrimônio cultural.

Como verificamos no capítulo anterior, o interesse cultural que se identifica em uma pluralidade de bens, em destaque, nos bens imóveis e sua salvaguarda é assumido pelo Estado Social Democrático brasileiro. Em primeiro momento, esses bens são reconhecidos como tais, sendo, nesse sentido, tutelados ou incluídos enquanto portadores de interesses relevantes no rol dos bens do patrimônio cultural.

Em sequência (consequência imediata) aos atos de tutela (reconhecimento do valor cultural), o bem deve ser protegido, conservado e valorizado, a fim de que, dessa maneira, os valores culturais caros à sociedade sejam efetivamente mantidos e transmitidos às futuras gerações.

As distintas acepções conferidas aos vocábulos “tutela, proteção, conservação e valorização” já foram esclarecidas no capítulo anterior. Vale lembrar, neste momento, que as noções não se

¹⁶⁸² Enquanto tarefa do Estado, denota um direito subjetivo público de titularidade difusa, de toda a coletividade. O patrimônio cultural, “uma vez reconhecido através da preservação, é bem de interesse da coletividade, pode-se inferir que esta comunidade de cidadãos passa a ter o direito público subjetivo de tê-lo protegido”. Cf. CASTRO, Sônia Rabelo de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 69.

¹⁶⁸³ No que se refere ao planejamento urbano, o Estatuto da Cidade no Brasil, no capítulo IV, art. 4º, distingue os diversos instrumentos disponíveis com fins de execução da política urbana. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

confundem entre si. A tutela é o ato que reconhece o bem cultural enquanto tal, passando a ser incontestavelmente exigível a sua proteção, conservação e valorização¹⁶⁸⁴.

É de se lembrar que, da mesma forma que são distintas as medidas (atos administrativos de tutela, proteção, valorização e conservação) que se ocupam dos bens culturais, diversos são, também, os meios que poderão garantir os fins por elas perseguidos.

Nesse sentido, chamamos a atenção para o fato de que a tutela, a proteção, a conservação e a valorização do patrimônio cultural se concretizarão por uma pluralidade de instrumentos jurídicos.

No Brasil, o instrumento de maior alcance para os fins perseguidos pelo Estado da cultura reside no ato administrativo do tombamento¹⁶⁸⁵. O tombamento é conhecido entre nós desde 1937, quando da aprovação do Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro, com redação alterada pela Lei n. 6.292/75, normativa federal recepcionada pela atual Carta Constitucional brasileira¹⁶⁸⁶.

Através do Decreto-Lei n. 25/37, o Estado brasileiro dispõe sobre o processo de tombamento a nível federal, que culmina com a inscrição dos bens declarados culturais em livros respectivos do tomo¹⁶⁸⁷. Sem nos alongarmos em detalhes desse instituto (apenas nas pistas para o seu desenvolvimento maior a seguir), é importante retermos, nesse intróito, que o tombamento é, no Brasil, meio de tutela especialmente criado para a composição do patrimônio cultural do País, mas não é o único. Sua interpretação veio a ser ampliada pela nova Constituição e sua essência normativa foi recepcionada sob os ares de um reconhecimento nacional e internacional da relevância inquestionável dos bens culturais. Em atenção à sustentabilidade desses bens, por outro lado, reconhece-se que estes merecem mais do que um único instrumento de tutela¹⁶⁸⁸.

A ampliação dos meios de salvaguarda dos bens culturais pode ser atribuída, em primeiro momento, a nossa atual Constituição Federal de 1988. Se dantes a Constituição de 67 referia-se, no art.172, que “o amparo à cultura é dever do Estado” e anotava em seu parágrafo único que “ficam sob

¹⁶⁸⁴ O bem cultural aporta seu valor independentemente de seu reconhecimento administrativo. Nesse sentido é a jurisprudência e doutrina brasileira. O ato que dá a conotação pública à propriedade de valor cultural poderá se dar de variada maneira, como se verificará adiante. O que se quer ressaltar é que o conceito de bem cultural é admitido em sentido material e não depende de nenhum meio formal que lhe reconheça. Queremos dizer com isso que a proteção, a conservação e a valorização dos bens culturais independem de um prévio procedimento e podem ser perseguidos autonomamente.

¹⁶⁸⁵ O ato administrativo conhecido como tombamento no Brasil equivale à classificação, em Portugal (art. 16, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro), “le classement”, na França (Le Code du Patrimoine, du 20 février 2004), a “Dichiarazione dell’interesse culturale”, na Itália (art. 13 al 17, Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, Dec. Leg. n. 42, de 22 gennaio, 2004) e a “Declaración de bienes de interés cultural” na Espanha (art. 9, Código del Patrimonio Cultural, Lei16/1985, de 25 de junio). Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2006; LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006; LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006; ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del Patrimonio Cultural**. Navarra: Civitas, 2007.

¹⁶⁸⁶ O Decreto-Lei n. 25/37 sofreu alterações relevantes no que concerne ao seu procedimento. Antes da Lei n. 6.292/75, apenas os tombamentos compulsórios, ou seja, aqueles em que não se verificava a anuência do proprietário deveriam ser submetidos à homologação ministerial. Após a norma de 75, todos os tombamentos ficam sujeitos a esse ato. Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 57.

¹⁶⁸⁷ É como estabelece o artigo 4º, do Decreto-Lei n. 25/37, para o tombamento de bens no âmbito federal, ou seja, de bens culturais de interesse nacional: “Artigo 4º - O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber: 1º) No Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º; 2º) No Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica; 3º) No Livro do Tombo das Belas-Artes, as coisas de arte erudita nacional ou estrangeira; 4º) No Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras”.

¹⁶⁸⁸ Embora não sendo o único meio de salvaguarda do patrimônio cultural, o tombamento é tomado por muitos como sua singular medida de tutela, proteção, conservação e valorização. Desse entendimento, nota-se que há uma tendência a centralizar o estudo dos bens culturais tendo como ponto referencial o tombamento, desconsiderando-se, muitas vezes, que esse instrumento é um, dentre outros que, ainda que com forma e procedimento diversos, apresentam-se como vias eficazes de tutela, proteção, conservação e valorização daqueles bens. Como assinala Castro, “comumente costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. Porém, é importante distingui-los, já que diferem quanto aos seus efeitos no mundo jurídico, mormente para apreensão mais rigorosa do que seja o ato do tombamento. Preservação é conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma nação”. Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 5.

a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”¹⁶⁸⁹, a Carta atual prevê expressamente a maneira como isso se dará no art. 216, §1º, na medida em que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, pelos seguintes meios: I – inventário; II – registros; III – vigilância; IV – tombamento; V – desapropriação; VI – *outras formas de acautelamento e preservação*¹⁶⁹⁰.

O *inventário*, os *registros* e a *vigilância* são instrumentos não regulamentados pelo legislador ordinário federal, faltando-lhes, ainda, uma normativa geral de âmbito nacional. Essa omissão legislativa não é, entretanto, obstáculo para sua utilização, visto que os Estados membros, assim como os municípios e o Distrito Federal detêm competência comum no que se refere à disciplina da proteção dos bens culturais, conforme se depreende da interpretação dos artigos 23, III, IV, V, VI; artigo 24, VII, VIII, IX e §2º e artigo 30, I, II e IX, todos da CF/88. A *desapropriação*, por sua vez, é regulamentada através do Decreto-Lei n. 3.365/41, Lei n. 4.132/62, Lei n. 6.602/78, Decreto-Lei n. 1.075/70 e Lei Complementar n. 76/93¹⁶⁹¹. E o *tombamento*, como mencionamos rapidamente, é regulamentado pelo Decreto-Lei n. 25/37 com alterações trazidas pela Lei n. 6.292/75.

A par dos meios anteriormente mencionados, a última forma de salvaguarda do patrimônio cultural expressa no §1º, do artigo 216 da Constituição Federal brasileira é aquela que nos interessa destacar. Trata-se das “*outras formas de acautelamento e preservação*”.

Não querendo restringir os meios pelos quais o patrimônio cultural poderá ser salvaguardado, andou bem o legislador constituinte ao alargar o rol de instrumentos dedicados aos bens culturais na parte final do §1º, do artigo 216, o que vem a admitir uma infinidade de meios através dos quais se poderá atingir os fins perseguidos pela Carta Constitucional.

Desses diversos instrumentos, destaquemos e desenvolveremos a seguir a *sentença*, a *lei* e os planos e instrumentos *urbanísticos*.

Neste momento, observemos rapidamente, guardando para oportunidade seguinte desenvolvimentos mais aprofundados, que as *sentenças* emanadas no bojo de litígios envolvendo os interesses culturais poderão declarar o valor cultural do bem e condenar o proprietário a obrigações diversas que visem a sua conservação, proteção e valorização. A sentença tem, por si só, o poder de tutelar o bem cultural, ainda que gere simultaneamente alguns deveres a autoridade administrativa (dever de tombamento), quando assim constar da petição inicial, ocasião em que o órgão administrativo deverá figurar como parte integrante da lide.

Da mesma maneira, a *lei* poderá estatuir um patrimônio cultural. As limitações ao direito de propriedade são, em regra, determinadas em lei. A tutela do patrimônio, por sua vez, implica a limitação a esse direito, *a priori*, não indenizável. Uma lei que consiga manter seu caráter de generalidade (exemplo: uma lei municipal especial sobre o patrimônio local) é via de tutela do patrimônio cultural e amplamente utilizada no Brasil.

Para além dessas, as *leis de caráter urbanístico*, notadamente os planos diretores, os projetos de renovação urbana, as leis de parcelamento e zoneamento urbanos e diversos instrumentos

¹⁶⁸⁹ cf. Título IV, art. 167 e ss, em específico o art. 172 da Carta Constitucional Brasileira de 1967. cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de; BARRETO, Carlos Eduardo (org.). **Constituições do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1967.

¹⁶⁹⁰ Para além disso, o artigo 216 conceitua o que compreende o patrimônio cultural brasileiro: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – Formas de expressão; II – Os modos de criar, fazer e viver; III – As criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. §1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7º ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁶⁹¹ Já desenvolvemos rapidamente o instituto da desapropriação em capítulo introdutório (Capítulo III, Parte I). No momento fazemos apenas a indicação do texto de NOBRE JÚNIOR acerca dos princípios retores da desapropriação. cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Princípios Retores da Desapropriação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, p. 203-217, Jul./set., 1997.

urbanísticos disciplinados pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) têm em si o potencial de tutela, proteção, preservação, conservação e valorização do patrimônio cultural imóvel.

Os diversos meios de salvaguarda apontados denotam que o patrimônio cultural é assumido enquanto interesse relevante para o Estado e impõe a propriedades (públicas e privadas) um novo regime. Esse novo regime deve ser instaurado através de uma conciliação satisfatória entre os instrumentos jurídicos que reconhecem os valores culturais dos bens e o direito de propriedade. Para tanto, é preciso identificar e classificar os mecanismos coercitivos de natureza múltipla que estabelecem novos deveres aos proprietários, na medida em que seus direitos também se resguardam, refletindo aquela opção feita pelo Estado da cultura ¹⁶⁹².

A tutela do patrimônio cultural em geral está prevista nas constituições dos Estados Modernos ¹⁶⁹³, que, em regra, utilizam instrumentos jurídicos de natureza administrativa identificadas como *instrumentos primários*, ou seja, de tutela propriamente dita, estabelecendo a partir de sua implementação novas obrigações e direitos para os titulares do domínio ou da posse do bem a ser protegido.

Os meios de atuação do “Estado da cultura” brasileiro, que visa à concretização de uma tutela da cultura e suas diversas manifestações, constituem-se, conforme se verifica do texto constitucional, em formas, procedimentos ou instrumentos jurídicos, gerais ou especiais, disponibilizados aos diversos entes da administração, para o exercício de poderes e deveres configurados pelo ordenamento jurídico.

Alguns desses meios são apropriados à formação do patrimônio cultural, destinados a identificar os bens e reconhecê-los, declarando-os como tal e incluindo-os no rol dos bens culturais (meios de tutela). Constituem-se por técnicas jurídicas destinadas a elevar determinado bem à condição de integrante do patrimônio cultural, como é o caso do tombamento, do registro e da desapropriação, indicados expressamente no texto constitucional ¹⁶⁹⁴, e também aquelas “outras formas de acautelamento e conservação”, dentre elas, os planos urbanísticos, que desenvolveremos em detalhes a seguir.

Também não se poderá deixar de mencionar os outros instrumentos que têm finalidade precípua de proteção, conservação e valorização do patrimônio já constituído. São os chamados *instrumentos secundários*, cautelares e repressivos. Nessas categorias enquadram-se a vigilância, a fiscalização, os reparos, a restauração, os projetos de renovação urbana e novamente os planos urbanísticos. Estes últimos se apresentam, como veremos, na maioria das vezes, como vias secundárias de valorização e conservação ¹⁶⁹⁵ dos bens imóveis culturais, mas eles próprios poderão ser a via primária de tutela do patrimônio ¹⁶⁹⁶.

Como já comentamos no capítulo anterior, os três níveis de governo no Brasil detêm competência em matéria de patrimônio cultural. Isso significa dizer que tanto a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal deverão tomar medidas para garantir proteção, valorização e

¹⁶⁹² Na França, assim como no Brasil, os mecanismos coercitivos são em sua maioria assentadas na noção de servidão administrativa que se apoia, por essencial, sobre os poderes conferidos ao poder público: autorizações, intervenções e procedimentos de aquisição derogatórios; autorizações múltiplas ou simples declarações são instrumentos de maior utilização. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris: PUF, 1997, p. 28.

¹⁶⁹³ A legislação comum italiana vem ao acento do artigo 9º, da Constituição daquele País, onde fica estabelecido que “la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale”. Assim, conservar e valorizar o patrimônio significa manter vivo, crescer e difundir o sendo de identidade da coletividade nacional. Cf. FAMIGLIETTI, Gino; CARLETTI, Daniele. *Disposizioni Generali*. Art. 1. Principi. In: TAMIOSSO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè editore, 2005. p. 3-22.

¹⁶⁹⁴ Tais instrumentos incluem-se no rol das “outras formas de acautelamento” mencionado na Constituição Federal. Cf. §1º, art. 216 (CF/88).

¹⁶⁹⁵ A conservação do patrimônio cultural imóvel é hoje uma questão essencialmente de planejamento territorial. Cf. AGUIAR, José. *A Conservação do Patrimônio Urbano e o Lugar das Novas Arquiteturas*. In: COUTO, Célia (Coord.). **Estratégias de Reabilitação de Centros Históricos**. Atas da Conferência realizada em 18 e 19 de junho de 1999, no âmbito do 1º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum n. 4. Lisboa: URBE, 2001. p. 27-46.

¹⁶⁹⁶ Os planos urbanísticos apresentam-se como vias primárias e secundárias de tutela do patrimônio cultural. Por vezes, revelarão um novo bem cultural (apresentando-se como instrumento primário de tutela), por vezes apenas disciplinarão seu contexto envolvente (instrumento secundário), nos casos em que uma medida patrimonializante já o tenha atingido. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156.

conservação dos bens culturais, independentemente da graduação do interesse cultural que se apresenta. No que se refere ao âmbito local, as competências legislativa e executiva em matéria patrimonial são reconhecidas pela Constituição Federal e sua atuação é de extrema relevância ao nos depararmos com as questões envolvendo os bens culturais imóveis. (art. 23, III, IV e 30, I, II, VIII, IX, todos da Constituição Federal). A cidade, bem como o meio rural que a circunda, deve ser administrada tendo em vista seus aspectos físicos, dinâmicos, sociológicos e simbólicos (culturais). E o ente federativo que detém competência de maior destaque em se tratando desses elementos é o município¹⁶⁹⁷.

O Estatuto da Cidade ao estabelecer como fins da política urbana a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (inciso XII, art. 2º), amplia a noção de tutela dos bens culturais e deixa a cargo do administrador municipal a gestão e tutela desse interesse que se verifica no espaço – território sobre o qual incidem as medidas de planejamento urbanístico.

Nesse contexto, as medidas de planejamento podem e devem assumir, por força dos fins da política urbana definidos em sede constitucional e infraconstitucional (art. 182, CF e art. 2º, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade), a tarefa de tutelar (reconhecendo o seu valor cultural), proteger, conservar e valorizar os bens culturais imóveis e coordenar os interesses urbanísticos aos interesses culturais identificados no território¹⁶⁹⁸.

A salvaguarda dos bens culturais via instrumentos urbanísticos não é, entretanto, tradicionalmente adotada pela administração brasileira. É evidente, da leitura dos grandes manuais de administração pública e da jurisprudência de maior relevância, que o ordenamento da cultura repousa ou centraliza-se no instituto do “tombamento”, sendo possível encontrar posições na doutrina de que este é praticamente o “caminho natural” da tutela de todos os bens que compõem o patrimônio cultural no nosso País¹⁶⁹⁹.

A ausência de um desenvolvimento teórico adequado dos “outros meios de proteção dos bens culturais” (art. 216, §1º) talvez justifique as dificuldades em definir a natureza e as repercussões econômicas da aplicação destes, retardando a implementação plena de medidas diversas, porém, eficazes, que se ocupem da tutela do patrimônio cultural.

Uma grande preocupação na doutrina está em identificar o sentido da “indenizabilidade” dos bens tombados ou sujeitos a restrições administrativas de natureza urbanística ou não, que impliquem prejuízos de ordem econômica ao proprietário. O direito de propriedade é o contrapeso do interesse público que se encerra nos bens culturais. Há uma tênue linha que separa a primazia do interesse público da indenizabilidade dos proprietários de imóveis tombados ou tutelados por razão de interesse cultural. A regra é, entretanto, a da demonstração do prejuízo¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁷ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 151, p. 207-230, jul./set., 2001.

¹⁶⁹⁸ Nesse sentido são os primeiros desenvolvimentos na Itália da noção de proteção dos bens culturais no âmbito das leis urbanísticas e culturais. Cf. Gastone. **Disciplina Urbanistica e Tutela del Patrimonio Storico Artistico e Paesistico**. Milano: Giuffè Editore, 1970.

¹⁶⁹⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157.

¹⁷⁰⁰ Nesse sentido, Toledo: “a limitação de certas faculdades do domínio, embora possa colidir com o interesse do proprietário, não representa por si só algo que seja merecedor de reparação pelo Poder Público. O tombamento impõe certos condicionamentos ao exercício dessas faculdades, mas em geral mantém íntegros os elementos essenciais da propriedade, que permitem o seu desfrute perpétuo e exclusivo pelo proprietário. Assim, não nos parece que estejam sob o abrigo do direito os prejuízos virtuais supostos, em razão do não-exercício de determinadas expectativas que jamais se converteram em direito”. Cf. TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões patrimoniais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 4, p. 420-427, abril, 2005.

Ainda é esse o entendimento jurisprudencial dominante: indenização – imóvel incluído em área vizinha de bem tombado – limitação administrativa de submeter ao órgão competente projeto que tenha por finalidade alterar as características ou impedir a visibilidade da serra do curral – esvaziamento de potencial de uso e ocupação do solo – recurso a que se nega provimento. 1. O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio e por isso, não dá, em regra, direito à indenização. 2. Não tendo havido qualquer limitação aos direitos dos apelantes sobre a sua propriedade que importe a desvalorização do bem da demanda, decorrente da inclusão do imóvel na área de entorno da Serra do Curral, não se há falar em pleito indenizatório. 3. Segundo Brocardo Latino: *Prozare oportet non sufficit dicere*. 4. Recurso a que se nega provimento (TJMG – 1.0024.03.152661-9/001(1) – Rel.. Des. Célio César PADUANI – J. 18.11.2004).

Também a jurisprudência tem demonstrado certa inflexibilidade no que tange às medidas de tutela dos bens culturais. Em grande parte dos julgados analisados para fins ilustrativos do presente capítulo¹⁷⁰¹, o tombamento é enaltecido como única via legítima de restrição do sagrado direito de propriedade.

Essas posições interpretativas prejudicam a ampliação do sentido da salvaguarda do patrimônio cultural no Brasil.

Por outro lado, grande parte do patrimônio cultural dos municípios tem-se perdido em decisões monocráticas pouco refletidas, fundamentadas em uma visão restrita de bem cultural e em uma supervalorização do conteúdo do direito de propriedade¹⁷⁰².

Outra questão identificada nos julgados brasileiros foi o fato de que o poder público ao agir (quando o faz), com o objetivo de tutelar um bem cultural (através de atos administrativos como o tombamento), deverá demonstrar com precisão e mesmo minúcia técnica os motivos que o levam a tal “restrição” do direito de propriedade.

Essa motivação fundamentada não é prejudicial para o tratamento do patrimônio cultural, mas deve ser ponderada na medida em que a restrição da propriedade mediante ato administrativo é forjada de maneira diversa daquela promovida por outros meios de tutela, não sendo esta uma medida essencial a todas as formas de salvaguarda do bem cultural¹⁷⁰³.

Outra questão se encerra na “estabilidade” da proteção do bem cultural. A tutela executada via planejamento urbano estará ela sujeita a uma temporariedade limitada? (O plano diretor municipal brasileiro deve ser revisto a cada dez anos)¹⁷⁰⁴.

A par da problematização que se poderá abordar em relação aos meios diversos de tutela do patrimônio cultural, centremo-nos em objetivos do presente capítulo.

Como sequência do capítulo anterior, devemos nos concentrar nos desenvolvimentos de aspectos específicos para concluirmos acerca do tema global do título II deste trabalho monográfico, qual seja: “Do direito à proteção do patrimônio cultural imóvel”.

Com essa perspectiva, nos concentraremos na identificação e categorização dos diferentes meios de tutela do patrimônio cultural imóvel. Não abordaremos profundamente a tutela dos bens culturais via planejamento urbanístico por se tratar de tema central do próximo título do trabalho, entretanto, dedicaremos algumas anotações acerca desses “outros meios de proteção dos bens culturais”, na medida em que o capítulo se dedica a uma classificação metodológica dos instrumentos disponíveis na legislação brasileira, no trato dos bens culturais imóveis.

Passemos, então, a análise dos pontos a que nos propusemos.

¹⁷⁰¹ Realizamos a coleta de acórdãos proferidos em segunda instância sobre o tema tombamento e indenização, do período de 2003 a 2008, nos maiores Tribunais de Justiça Estaduais do Brasil: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça de Porto Alegre.

¹⁷⁰² Quando nos deparamos com julgados em que, na dúvida, o julgador prefere abandonar um possível bem cultural a sua sorte a suspender (ou limitar) a ação de um proprietário em vias de destruí-lo, pensamos que ainda resta muito trabalho a ser desenvolvido pela doutrina para que a lei não seja apenas um papel sem vida, como parece ser da tradição de nosso país. Cf. MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 100.

¹⁷⁰³ Importante conferir as críticas formuladas por Dallari em relação ao tombamento via “lei”. Aquele autor considera o tombamento um ato administrativo que deverá observar o disposto em lei para ter validade. Em suas palavras “o tombamento de um determinado bem é uma atividade jurídica que se caracteriza por ser infralegal, concreta, imediata, ativa e parcial (no sentido de parte em uma relação jurídica) enquadrando-se, pois, perfeitamente na função administrativa e, portanto na área de competência própria do Executivo. (...) Parece evidente que o tombamento só pode emergir de um procedimento administrativo no qual fiquem perfeitamente delineados seus motivos determinantes e no qual o proprietário do bem atingido possa se manifestar, seja para anuir, seja para contestar a qualidade atribuída à sua propriedade. Isso seria impossível se o tombamento fosse feito por lei”. Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Tombamento. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico – 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 7-10.

¹⁷⁰⁴ É o que se depreende da redação do §3º, do artigo 39, do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001: “§ 3 A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

1.1. Meios de salvaguarda do patrimônio cultural imóvel

De acordo com Silva¹⁷⁰⁵, os meios de atuação ditados pela Constituição brasileira podem ser classificados em quatro grupos: I – meios primários, II – meios secundários, III – meios cautelares e IV – meios repressivos.

2. Os meios primários

São aqueles por meio dos quais se constitui o patrimônio cultural ou, em outras palavras, o meio de tutela desses bens.

São eles a *desapropriação*, o *inventário*, o *registro*, o *tombamento* e *outras formas de acautelamento* (art. 216, §1º, CF/88).

2.1.1. A desapropriação

A **desapropriação** é um instrumento administrativo que tem por resultado a transferência coercitiva da propriedade de titularidade privada para um ente público que detenha um interesse social justificável. Esse instrumento está disponibilizado ao Estado para o atendimento de interesses públicos. A desapropriação está prevista nos artigos 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV, e 182, §3º, todos da Constituição Federal e no artigo 1.228, §3º, do Código Civil¹⁷⁰⁶. Seu detalhamento e finalidades especiais estão tratados no Decreto-Lei n. 3.365/41 e na Lei n. 4.132/62.

Enquanto meio para a retirada do bem da propriedade do particular com fins de integrá-lo ao domínio público, justifica-se, entre outras, pelas razões arroladas no art. 5º, do Decreto-Lei 3.365, de 1941 (Lei de Desapropriações).

Em se tratando do tema sob análise, sua utilização se justifica no interesse público que um bem cultural aporta. Segundo o artigo 5º, alínea “k”, considera-se de utilidade pública

a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias para manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza.

Por sua vez, a Lei n. 4.132/62, que trata dos casos de desapropriação por interesse social, considera como tal “a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas” (art. 2º, inc. VIII). Nesse caso, caberá ao órgão voltado à implementação do turismo as desapropriações com essa finalidade.

Resta refletir se a legislação produzida a nível federal, recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 e, portanto, ainda em vigor, está disciplinando plenamente a desapropriação enquanto instrumento primário de tutela do patrimônio cultural. Queremos questionar se a desapropriação por si

¹⁷⁰⁵ Os meios de salvaguarda do patrimônio cultural definidos por Silva são aqui adotados em primeiro momento, sem, no entanto, limitarmos-nos as suas interpretações sobre os mesmos, buscando, por outro lado, expandir as ideias ali desenvolvidas. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156.

¹⁷⁰⁶ A desapropriação disposta no artigo 1.228, §3º, do Código Civil é diversa das demais, regulamentadas por lei federal. Segundo bem esclarece Guimarães, “a verdadeira diferenciação entre este histórico instituto e a nova figura do Código Civil reside no fato de que, naquela primeira espécie de expropriação – fulcrada na necessidade ou utilidade pública ou interesse social – é o Poder Público quem demonstra interesse no bem, e o faz por meio de decreto ou lei (fase declaratória), assim como paga indenização, em títulos da dívida agrária, após a expedição do competente decreto, diferentemente da segunda hipótese, quando o mencionado interesse social é suscitado pelos próprios possuidores, responsáveis, também, pelo pagamento da indenização”. Cf. GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação Judicial no Código Civil. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ano 94, março 2005, p. 97-103.

própria é suficiente para a inclusão dos bens desapropriados naquele rol do patrimônio nacional ou se sua medida é apenas uma etapa, necessariamente seguida por uma segunda medida de tutela primária, que lhes garanta tal *status*.

A nosso ver, a Constituição não exige uma segunda medida para que o bem desapropriado com justificativa cultural venha a ser considerado como tal expressa e definitivamente.

A desapropriação com essa finalidade (tutela do bem cultural) não necessariamente terá que ser seguida de outra medida de tutela, como, por exemplo, o tombamento ou o inventário, para garantir ao bem melhor reconhecimento de seu caráter cultural.

Nesse sentido discordamos de Silva¹⁷⁰⁷, ao indicar que, ao contrário, o “caminho natural” do bem desapropriado seria o tombamento. A desapropriação é medida por si só capaz de incluir o bem no rol do patrimônio cultural, desde que a justificativa para a sua realização seja assim declarada. Ao estar incluída, a partir desse momento, no rol do patrimônio público do Estado (seja ela promovida pela União, Estados ou Municípios), sua utilização deverá atender aos interesses de proteção, conservação e valorização comuns aos bens culturais.

É de se observar, por outro lado, que a desapropriação com fins culturais muitas vezes é realizada em um contexto onde se aplicam diversos instrumentos jurídicos com finalidades semelhantes, ao mesmo tempo. Exemplo é o caso de desapropriações que ocorreram em Curitiba. Naquele Município foi estabelecido um zoneamento, delimitando o centro histórico da cidade, espaço sobre o qual recaem medidas especiais de proteção (limitações das construções, das alterações de fachada etc) e se impõe uma utilização cultural determinada.

Em alguns pontos dessa zona pré-estabelecida (ou seja, já passível de um instrumento primário de tutela), foram escolhidos bens imóveis, desapropriados justificadamente pela municipalidade, com fins de lhes destinar a atividades específicas que compunham um projeto de revitalização daquele espaço¹⁷⁰⁸.

Não se deve, entretanto, desvalorizar a desapropriação enquanto meio primário de tutela dos bens culturais. Sua incidência, por si só, já produz efeitos.

A legislação da desapropriação deveria, por outro lado, ser atualizada e dedicar maior atenção ao tema atendendo, dessa maneira, com mais detalhamento, às necessidades dos bens culturais. Nada impede, por outro lado, que os Estados membros e os Municípios se ocupem da matéria, lhe complementando, como é natural de sua competência (art. 24, CF). A normativa complementar poderia indicar os efeitos gerais da desapropriação com fins culturais e criar medidas para uma eventual inscrição dos bens em livros especiais.

Seja qual for a opção, nos termos atuais da Legislação Federal entendemos que o reconhecimento do valor cultural do bem se dá com a simples justificação da desapropriação, nos termos da alínea *k*, do art. 5º, do Decreto-Lei n. 3.365/41. A partir daí, caberá ao governo respectivo, na medida da graduação do interesse cultural em questão (Nacional, Estadual ou municipal), adotar medidas que regulamentem os demais aspectos envolvendo a proteção, conservação e valorização desse patrimônio.

¹⁷⁰⁷ A doutrina de Silva tende a indicar a utilização do tombamento como única via de tutela dos bens culturais. Entretanto, *data venia*, não nos parece ser esse o entendimento da Carta Constitucional, que coloca o tombamento ao lado dos outros meios primários, não lhe destacando como via exclusiva. Ao contrário, deve ser difundida a ideia de que é suficiente e válida a inclusão dos bens no patrimônio cultural nacional por todos os meios ali definidos e por outros que nem sequer são dispostos expressamente, sem que se atrele a tutela do bem cultural a uma segunda medida primária para confirmá-lo ou o assegurar. Nas palavras de Silva, as quais refutamos: “a desapropriação é apenas um modo de retirar o bem, tido como de valor cultural, da propriedade particular, transferindo-o para o domínio público, nos termos do art. 5º, “k”, do Decreto-Lei n. 3.365, de 1941 (...). Assim desapropriado, o bem será incluído no patrimônio cultural, segundo sua categoria, por sua inscrição *ex officio* no respectivo Livro do Tombo, o que é uma forma de tombamento, ao qual, assim, a desapropriação reconduz o bem”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157.

¹⁷⁰⁸ Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 232.

2.1.2. O inventário

O termo *inventário* admite uma infinidade de acepções. A palavra vem do latim *inventariu* e poderá se referir: 1. à relação dos bens deixados por alguém que morreu; 2. ao documento ou papel em que se acham relacionados tais bens; 3. à lista discriminada, registro, relação, rol de mercadorias, bens etc; 4. à descrição ou enumeração minuciosa; 5. ao levantamento individuado e completo dos bens e valores ativos e passivos duma sociedade mercantil ou de qualquer entidade econômica; 6. ao processo, formado em juízo competente, com o fim de legalizar a transferência do patrimônio do defunto aos seus herdeiros e sucessores na proporção exata de seus direitos mediante a partilha e, por fim, 7. ao inventário cultural, entendido como levantamento sistemático dos bens culturais, visando ao conhecimento e à proteção do acervo de uma determinada cultura¹⁷⁰⁹.

O sentido que se quer desenvolver é aquele em que o termo se liga aos interesses culturais, podendo vir a ser um valioso instrumento de tutela, preservação e conservação do patrimônio cultural.

Inventariar, enquanto método de descrição, de enumeração, de levantamento completo dos bens que compõem um acervo cultural, é prática comum, porém, na maior parte das vezes, é uma prática acessória, não se constituindo meio por si só de tutela do patrimônio cultural.

Essa secundariedade do inventário é motivada pela omissão legislativa brasileira. Expresso na Constituição Federal. Em seu artigo 216, §1º, o inventário é reconhecido como meio primário de tutela do patrimônio cultural, todavia, ainda que tenha *status* constitucional, o instituto não obteve, até o momento, a devida atenção do legislador federal e resta a espera de uma lei nacional que o regulamente no País.

Essa lacuna na legislação infraconstitucional não impede que o instituto tenha aplicabilidade útil (é relevante meio para a identificação dos bens imóveis de interesse cultural), porém, as dificuldades em sua sustentação jurídica são visíveis. Tratemos de identificar, ainda que rapidamente, das suas principais características e de localizá-lo no contexto nacional e internacional.

a. O inventário no direito internacional

Os inventários são medidas de tutela e proteção do patrimônio cultural de amplo reconhecimento internacional. Já na Carta de Atenas de 1931¹⁷¹⁰ o inventário era tratado como instrumento útil aos fins de proteção dos bens culturais. A documentação garante o acesso às informações acerca do patrimônio e viabiliza a conservação integrada. Ela é indispensável para a composição do patrimônio comum da humanidade.

No mesmo sentido é a Carta Internacional pela gestão do patrimônio arqueológico, firmada em 1990, pelo Icomos¹⁷¹¹. Nessa documentação, é dedicado um artigo exclusivo para o inventário, instrumento de proteção do patrimônio arqueológico que viabiliza o conhecimento mais completo possível de sua existência, de sua extensão e natureza. Os inventários são instrumentos de trabalho essenciais para a elaboração de estratégias de proteção e, ao mesmo tempo, constituem um banco de dados que fornecem fontes primárias para pesquisas e estudos científicos.

¹⁷⁰⁹ Conceitos do verbete “inventário”, extraídos do Novo Dicionário Aurélio século XXI.

¹⁷¹⁰ O item VII, “c”, que trata da conservação dos monumentos e a colaboração internacional anuncia a “utilidade de uma documentação internacional”, onde fica acordado o voto de que “1º. Cada Estado, ou as instituições criadas ou reconhecidas como competentes para este efeito, publiquem um inventário dos monumentos históricos nacionais, acompanhados de fotografias e de notícias”. Cf. Carta de Atenas, Conclusões da Conferência de Atenas, realizada de 21 a 30 de outubro de 1931. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 22.

¹⁷¹¹ Carta Internacional pela Gestão do patrimônio arqueológico, Icomos, 1990. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 67.

No ordenamento jurídico português, o inventário é, ao lado da classificação, instrumento essencial da política do património cultural e está regulamentado através da Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Património Cultural, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro¹⁷¹².

Naquela normativa fica estabelecido, no art. 19, que a inventariação se entende como “o levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação”. O inventário inclui os bens classificados e os que atendam aos requisitos do artigo 1º, n. 1, 3 e 5 e artigo 14, n.1, a saber, que tenham um valor cultural relevante e representativo da sociedade portuguesa.

Nesse caso, é possível verificar que, no contexto português, o inventário é meio de tutela dos bens culturais móveis e imóveis, estando, ainda, mencionado no item 5, do mesmo artigo 19, que somente a título excepcional, e mediante despacho devidamente justificado do membro do governo central ou regional responsável pela área da cultura, os bens não classificados pertencentes a pessoas coletivas privadas e as pessoas singulares serão incluídos no inventário sem o acordo destas.

Os bens inventariados gozam de proteção com vista a evitar o seu perecimento ou degradação, a apoiar a sua conservação e a divulgar a respectiva existência (art. 61, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

Há uma diferença entre os regimes da classificação e do inventário, tendo a doutrina portuguesa assumido este último como forma de proteção de nível inferior ao da classificação. Nesse sentido Nabais¹⁷¹³ anota que, atendendo ao “princípio da graduabilidade”, que consiste em reconhecer que o interesse público presente nos bens culturais possuem pesos e valores diferentes, a lei reconhece “dois níveis de formas de protecção dos bens culturais – a inventariação e a classificação”.

O inventário em Portugal será assegurado e coordenado pelo Governo, saliente-se o excelente trabalho de inventário do património imóvel desenvolvido pela Direção Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais (DGEMN), podendo qualquer pessoa requerer a inventariação de um bem de que seja detentor. A inclusão de qualquer bem no inventário geral confere ao respectivo detentor o direito a um título de identidade (artigos 61 e ss). A inventariação processar-se-á com recurso a bases de dados normalizadas e intercomunicáveis, nos termos do disposto pela legislação de desenvolvimento, artigo 94, n. 6. Pretende-se, assim, unificar-se o recurso a instrumentos únicos, evitando a dispersão de critérios ou categorias de inventariação¹⁷¹⁴.

Na Espanha, a graduação dos níveis de interesse e valores culturais também é requisito para a utilização do inventário. Utilizado sobretudo para a tutela de bens móveis, o inventário é meio de salvaguarda mais tênue que a “declaração de interesse cultural” (art. 1º, “1”, “2” e “3”, Lei n. 16/85, de 25 de junho) naquele país.

Sua repercussão, porém, assegura uma válida e eficaz proteção dos bens culturais, conforme se verifica do art. 26, “6”:

6. A los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español incluidos en el Inventario general, se les aplicarán las siguientes normas: a. La Administración competente podrá en todo momento inspeccionar su conservación. b. Sus propietarios y, en su caso, los demás titulares de derechos reales sobre los mismos, están obligados a permitir su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada, y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que se organicen por los organismos a que se refiere el artículo 6 de esta Ley. No será obligatorio realizar estos préstamos por un período superior a un mes por año. c. La transmisión por actos inter vivos o mortis causa, así como cualquier otra modificación en la

¹⁷¹² “Art. 19º - Inventariação. 1 - Entende-se por inventariação o levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação”. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Património Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 233.

¹⁷¹³ Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 101.

¹⁷¹⁴ Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Património Arquitetónico Português. Património/Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

situación de los bienes deberá comunicarse a la Administración competente y anotarse en el Inventario general.

b. O inventário e sua utilização no Brasil

Entre nós, a doutrina esforça-se em elaborar os contornos do instituto. Alguns tomam o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente, o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de defesa ambiental e o Cadastro Técnico Federal de Atividades potencialmente poluidoras previstos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81, art. 9º, incisos VII, VIII, XI e XII) como exemplos de inventários. Na mesma situação estaria o inventário das áreas especiais de interesse turístico, locais e bens culturais e naturais protegidos por legislação específica a que faz referência o art. 6º da Lei n. 6.513/77¹⁷¹⁵.

Outros o conceituam, como Miranda¹⁷¹⁶, ao anotar que

o inventário visa à identificação e ao registro dos bens culturais adotando-se, para sua execução, critérios técnicos de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, antropológica, dentre outras, possibilitando fornecer suporte primário às ações protetivas de competência do poder público.

E conclui, “os resultados dos trabalhos de pesquisa para fins de inventário são registrados normalmente em fichas onde há a descrição sucinta do bem cultural, constando informações básicas quanto a sua importância, histórico, características físicas, delimitação e estado de conservação”.

Embora a omissão do legislador federal acarrete certa insegurança acerca dos contornos do instituto¹⁷¹⁷, a ausência da norma regulamentadora não impede sua utilização pelos entes públicos responsáveis pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, podendo ser aprovada lei estadual ou municipal nesse sentido¹⁷¹⁸¹⁷¹⁹. É a própria Constituição Federal que autoriza esse procedimento ao indicar o inventário como um dos meios de tutela proteção dos bens culturais (art. 216, §1º)¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁵ Cf. CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Patrimônio Cultural: Proteção legal e constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 127.

¹⁷¹⁶ Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 102 e ss.

¹⁷¹⁷ Alguma doutrina ainda oscila e vem a tratar o inventário como uma categoria secundária de tutela do bem cultural, reduzindo-o a uma simples “prova” de interesse cultural. Nesse sentido os comentários de Marchesan, ao analisar a situação do Município de Porto Alegre: “Poucos estados e municípios brasileiros possuem essa relação de bens cuja importância sócio-cultural reconhecida por técnicos especializados nas mais diversas áreas (história, arquitetura, artes plásticas, folclore etc). No município de Porto Alegre, vem sendo realizado um trabalho de atualização do inventário que existia, o qual remonta ao ano de 1979. Até o momento, três bairros foram vistoriados, resultando no inventário de 398 imóveis. Esse arrolamento, que vem sendo por nós acompanhado, é minucioso, envolvendo inclusive plantas dos locais, maquetes dos imóveis, com a participação de uma equipe multidisciplinar composta por arquitetos, engenheiros e historiadores. A despeito disso, Porto Alegre, como de resto todos os municípios do país, não definiu claramente o regime jurídico a que estão sujeitos os bens inventariados, o que é uma necessidade para que se tenha clara, para o proprietário e para o poder público, a necessidade de sua preservação. (...) Essa necessidade de uma clara definição do regime jurídico a que estão sujeitos tais bens, aliás, vem apontada por Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual afirma a carência de uma lei reguladora que aponte os efeitos jurídicos do inventário, não o seu procedimento. Concordamos com Marés e sugerimos que o inventário de um bem tenha o condão de consistir em **prova pré-constituída** de sua importância sócio-cultural, além de sujeitar o proprietário e, subsidiariamente, o Poder Público, à obrigação de conservá-lo, sem direito ao ente autor do inventário de qualquer direito de preferência na hipótese de alienação.” Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Proteção Constitucional ao Patrimônio Cultural**. Doutrina do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Site oficial. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id9.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

¹⁷¹⁸ Os Estados membros e o Distrito Federal estão expressamente autorizados a legislar em matéria de patrimônio cultural. Os municípios, embora não estejam ali nominados, também ostentam competência para legislar a fim de fazer cumprir o dever de proteção do patrimônio cultural local. Esse tem sido o entendimento da jurisprudência. “A Constituição, ao garantir aos Poderes Públicos o encargo da proteção desses bens, atribuiu-o igualmente ao município, dotando-o da mesma potencialidade e virtualidade que a cada um toca, da competência para, na órbita de sua ação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco toda a estrutura das utilidades culturais e ambientais. A gênese dessa competência decorre do inc. II, do art. 15, da EC 1/69 (atual art. 30, I e XI da Carta Política de 88), assecutorio da autonomia municipal, no que

Nesse caso, uma vez que alguma entidade competente (dos três níveis de governo) lança bens imóveis no rol de um inventário ou lista desenvolvida com base em critérios claramente identificáveis (aprovados por lei), esses passam a integrar o patrimônio cultural, devendo ser observadas as limitações daí decorrentes¹⁷²¹. A partir desse momento, o proprietário não poderá alterar ou destruir o bem inventariado, sob pena de submeter-se às penas cominadas na legislação pertinente (Lei n. 9.605/98, artigos 62 e 63)¹⁷²².

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), órgão da esfera federal, utiliza o inventário em diversos projetos, ainda que com o aspecto secundário do qual falamos. É um instrumento que favorece um planejamento e uma futura legislação, porém, não é por si só um anúncio expresso e legal¹⁷²³ de tutela do patrimônio¹⁷²⁴.

tange aos interesses do município. O patrimônio cultural é elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados, e que impõem sejam promovidos pelos órgãos do Estado. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se a eles as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos, o que não impede, por exemplo, que no Rio de Janeiro, se reconheça como patrimônio histórico, o Largo do Botafogo. As três instâncias administrativas se realizam harmonicamente nos limites de atuação de cada uma delas. Assim sendo, tem o Município delegação constitucional para legislar sobre o assunto que releve ser de interesse local e exigir medidas restritivas, consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual. É, pois, de responsabilidade do Município, no âmbito de sua competência, a proteção de logradouros, sítios, prédios, monumentos e outros desse jaez, de relevante valor histórico-artístico-cultural, competindo-lhes as providências que devam ser administradas para que não sejam destruídos ou comprometidos.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 121140-7-RJ. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ 23 ago. 2002. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 set. 2005.

¹⁷¹⁹ Nesse sentido também Marés: “Independentemente da existência de lei regulamentadora, porém, o Poder Público pode e deve promover o inventário de bens móveis e imóveis para se ter fonte de conhecimento das referências de identidade cultural de que fala a Constituição. É evidente que a própria existência do inventário tem, como consequência, a preocupação sobre o bem e o reconhecimento de que ele é relevante. Dessa forma, o inventário pode servir de prova nos processos de ação civil pública. Sua realização criteriosa estabelece a relação dos bens culturais portadores de referência e identidade, cujo efeito jurídico é, no mínimo, prova da necessidade de sua preservação, em juízo ou fora dele”. Cf. MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 19-35, jan./mar., 1992.

¹⁷²⁰ Lembremos ainda que, em se tratando de matéria de competência concorrente, na ausência de norma regulamentadora de âmbito federal, os Estados exercerão a competência legislativa plena, podendo assim suprir a lacuna de uma legislação de âmbito geral, atendendo às suas particularidades regionais (art. 24, inciso VII e VIII e §3º, CF/88). Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁷²¹ A doutrina tem ressaltado a importância de a lei estabelecer todos os reflexos decorrentes do ato de tutela do patrimônio cultural, uma vez que a cada regime corresponderão limitações específicas à propriedade. Na ausência de tais especificações é possível que a lei reporte-se ao regime instaurado pelo Decreto-Lei n. 25/37, ainda que não seja o ideal tendo em vista a singularidade que cada instrumento de tutela possui. Nesse sentido: CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 23.

¹⁷²² Nesse sentido tem se pronunciado alguma jurisprudência brasileira: Agravo de Instrumento. Direito Público não especificado. Ação Civil Pública. Patrimônio Histórico e Artístico do Município de Rio Grande. Sobrado “Hotel Gaúcho”. Inexistência de Tombamento. Demolição. Antecipação de Tutela. Ação Civil Pública para defesa do patrimônio histórico da Cidade do Rio Grande, em face da relevância histórica do sobrado Hotel Gaúcho, conforme inventário desenvolvido pelo IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, IPHAE – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, e Município de Rio Grande. Demonstração de verossimilhança nas alegações do Ministério Público e de efetivo risco de dano irreparável com a possibilidade concreta de demolição do prédio. Multa arbitrada com razoabilidade para as peculiaridades do caso. Agravo desprovido. Decisão mantida. (TJRS – Agravo de Instrumento n. 70008174195 – Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino – J. 27.5.2004)

¹⁷²³ Apesar de não configurar uma medida autônoma na ausência de uma norma estadual ou municipal, o inventário possui efeitos sobre os bens inventariados, tais como o reconhecimento de um relevante valor cultural, que poderá vir a ser fundamento para a defesa judicial desse patrimônio.

¹⁷²⁴ O inventário é instrumento de grande valia para a identificação do patrimônio cultural urbano. Nesse sentido são os trabalhos do IPHAN: “O inventário é um conjunto de ações de pesquisa e documentação voltadas para a identificação e o conhecimento de um determinado bem, território, manifestação cultural etc., ou seja, é realizado um mapeamento a partir de pesquisa e documentação sobre a dinâmica cultural”. Cf. CANTARINO, Catarina. **Onde está o patrimônio da cidade?** Revista do IPHAN, n. 2, nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.revista.iphan.gov.br>>. Acesso em: 16 set. 2008.

O Estado do Rio Grande do Sul tratou da matéria na Lei Estadual n. 10.116/1994¹⁷²⁵, instituindo o inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural, disciplinando sucintamente, mas de forma importante, o seu regime jurídico, nos seguintes termos:

Art. 40 - Prédios, monumentos, conjuntos urbanos, sítios de valor histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, antropológico, paleontológico, científico, de proteção ou preservação permanente, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, não poderão, no, todo ou em parte, ser demolidos, desfigurados ou modificados sem autorização.

§ 1º - Para identificação dos elementos a que se refere este artigo, os municípios, com o apoio e a orientação do Estado e da União, realizarão o inventário de seus bens culturais.

§ 2º - O plano diretor ou as diretrizes gerais de ocupação do território fixarão a volumetria das edificações localizadas na área de vizinhança ou ambiência dos elementos de proteção ou de preservação permanente, visando a sua integração com o entorno.

§ 3º - O Estado realizará o inventário dos bens culturais de interesse regional ou estadual.

Conforme assinala Azevedo¹⁷²⁶, ao tratar dos institutos do tombamento e do inventário em período pré-Constituição de 1988:

Estas duas idéias, nascidas gêmeas, seguiram caminhos distintos. Enquanto a conservação teria um grande desenvolvimento, o recenseamento da nossa cultura seria confundido com o tombamento, aplicado apenas aos bens excepcionais, o que reduziria o inventário a uma atividade limitada e dependente. Cresce, porém, o entendimento de que o inventário, a par de sua função precípua, desempenha um papel próprio na preservação do acervo cultural, podendo ser transformado em um instrumento complementar ao tombamento, possibilitando a vigilância do Estado e da sociedade seja estendida a todo o universo cultura da nação, através da conscientização popular e da adoção de medidas administrativas.

Andrade¹⁷²⁷, também em período pré-Constituição de 1988, já reconhecia o valor do Inventário:

Com efeito, nos livros do Tombo não se inscrevem, em rigor, senão as coisas consideradas de valor excepcional. Conseqüentemente, há no país uma vasta quantidade de bens culturais cuja preservação, embora de manifesta conveniência pública, escapa à alçada do serviço mantido pela União para cuidar do setor. Massas consideráveis de documentos de interesse histórico existentes em arquivos dos órgãos da administração, nos cartórios judiciais, nos arquivos eclesiásticos, nos das associações civis e em recintos particulares. Remanescentes da pilhagem sistemática operada pelos negociantes do gênero, parcelas apreciáveis do espólio de obras de arte antiga e de artesanato tradicional deixado por nossos antepassados, disperso em muitos lugares. Poupados ainda à especulação imobiliária e aos empreendimentos

¹⁷²⁵ Conforme assinala MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1754, 20 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11164>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

¹⁷²⁶ AZEVEDO, Paulo Ormino de. Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Rio de Janeiro, n. 22, p. 82-85, 1987.

¹⁷²⁷ Rodrigo Melo Franco de Andrade, fundador e durante 30 anos diretor da instituição federal do patrimônio histórico e artístico nacional (atual IPHAN), nasceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, a 17 de agosto de 1898. Apud: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1754, 20 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11164>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

mal concebidos das municipalidades, sítios urbanos e rurais em que predominam os traços da ancianidade, de pitoresco ou de beleza de paisagem. Disseminados em locais diversos do litoral e do interior em edificações que, conquanto não assumam a importância de monumentos nacionais, são contudo produções genuínas de arquitetura brasileira, popular ou o seu tanto eruditas, merecendo estudo e conservação.

Com a Constituição Federal de 1988, o inventário passou a integrar, expressamente, o rol dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Ou seja, trata-se de ferramenta protetiva de estatura constitucional, autônoma e autoaplicável por constituir uma das formas de garantia à preservação do patrimônio cultural brasileiro enquanto direito fundamental e difuso¹⁷²⁸.

Logo, pode-se concluir que o bem inventariado como patrimônio cultural submete-se – conforme os ditames da Constituição de 1988 – a medidas restritivas do livre uso, gozo e disposição do bem, tornando-se, por outro lado, obrigatória a sua preservação e conservação para as presentes e futuras gerações.

Tais restrições se coadunam com o princípio constitucional da função sociocultural da propriedade e ainda com o Novo Código Civil¹⁷²⁹, que dispõe:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁷²⁸ Nesse sentido também segue alguma jurisprudência nacional que consideramos de relevante expressão: “Administrativo e Constitucional. Imóvel. Demolição. Alvará. Cadastro de Inventário de Proteção do Acervo Cultural. Inscrição. Direito Líquido e Certo. Inexistência. Para que se posa conceder a segurança pretendida, imprescindível que o direito invocado esteja revestido de liquidez e certeza, tendo em vista que o instituto não comporta fatos passíveis de dúvidas ou de futuras provas. Não assiste direito líquido e certo ao proprietário de imóvel à obtenção de alvará de demolição, na hipótese de o bem estar arrolado no inventário de proteção do acervo do município. Malgrado a Administração não possa postergar, de forma demasiada, a análise do interesse no tombamento do imóvel, a questão deve ser discutida nas vias ordinárias. (TJMG – Apelação cível n. 1.0480.06.082867-4/001 – Comarca de Patos de Minas – Rel. Des. Antônio Sérvulo)” “Administrativo – Preservação do patrimônio histórico-cultural – Limitação do direito de propriedade - Possibilidade – Ausência de violação a direito líquido e certo. As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários determinados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar, e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver” (PIETRO, Maria Sylvia Z. di. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 118). É o caso típico em análise, onde o objetivo é resguardar imóveis de potencial interesse histórico. Ora, mesmo não tendo sido tombado, o imóvel em questão era objeto de uma outra modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada, qual seja a que restringe exatamente o direito de demolir qualquer edificação sem prévia autorização do Poder Público. Esta restrição se agrava, quando se trata de construções antigas, pela probabilidade de se tratarem de imóveis de interesse histórico-cultural. (TJSC – AC-MS 2004.012131-8 – Florianópolis – 3ª CD Púb. – Rel. Des. Luiz César Medeiros – J. 05.09.2006)” ; “Agravo de instrumento. Direito público não especificado. Ação civil pública. Patrimônio histórico e artístico do município de Rio Grande. Sobrado “Hotel Gaúcho”. Inexistência de tombamento. Demolição. Antecipação de tutela. Ação civil pública para defesa do patrimônio histórico da Cidade do Rio Grande, em face da relevância histórica do sobrado Hotel Gaúcho, conforme inventário desenvolvido pelo IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAE – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, e Município de Rio Grande. Demonstração de verossimilhança nas alegações do Ministério Público e de efetivo risco de dano irreparável com a possibilidade concreta de demolição do prédio. Multa arbitrada com razoabilidade para as peculiaridades do caso. agravo desprovido. decisão mantida. (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70008174195 – Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino – J. 27/05/2004).” ; “Apelação cível. Mandado de segurança. Bem cadastrado no inventário do patrimônio histórico e cultural de Pelotas. Pretensão de demolição indeferida pela autoridade administrativa. O direito de propriedade não é absoluto e se sujeita às limitações previstas por lei ou impostas pelo interesse público, não havendo inconstitucionalidade na Lei Municipal n. 4.658/2000 - art. 216, § 1º. (TJRS - Apelação Cível n. 70003797222, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 24/04/2002)”.

¹⁷²⁹

Cf. Novo Código Civil brasileiro, Lei Federal n. 10.406/2002 de 10 de janeiro.

c. *O inventário no contexto do planejamento urbano*

Poderá, outrossim, o inventário vir a ser utilizado no bojo da legislação urbanística, como instrumento de gestão do território, com fins de tutela ao patrimônio cultural.

Esse é o exemplo dado pelo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental de Porto Alegre (RS). A Lei Complementar Municipal n. 434/99 prevê a realização de um inventário (art. 92, §§ 2º e 5º) de bens imóveis que por seus valores atribuem identidade ao espaço, constituindo elementos significativos na estruturação da paisagem onde se localizam. O inventário abrange também os bens imóveis vizinhos àqueles, na medida em que expressam relação significativa com os bens culturais, configurando seu entorno e cuja volumetria e outros elementos de composição requerem tratamento especial¹⁷³⁰.

Em 2005, foi remetido à Câmara de Vereadores do Município de Porto Alegre um projeto de lei prevendo que a inclusão do bem no inventário deverá ser cientificada ao proprietário. Os imóveis identificados naquele instrumento não poderão ser destruídos, mutilados ou demolidos, sendo dever do proprietário a sua preservação e conservação¹⁷³¹.

É preciso estar atento, entretanto, a um fenômeno verificado em algumas cidades brasileiras, na ocasião em que se utilizou o inventário sem uma garantia maior de efetividade jurídica. Pode ocorrer que o simples procedimento, tomado como forma de levantamento do interesse cultural, venha a motivar os proprietários dos bens inventariados a tomar medidas extremas. Rodrigues¹⁷³² lembra o caso do município de Rio Pardo, onde proprietários demoliram seus bens devido à suspeita de que um inventário promovido pela municipalidade levaria ao tombamento ou a limitações ao direito de propriedade. Semelhante fato foi relatado por Mariuzzo¹⁷³³, quando diversas mansões da Av. Paulista, ponto nobre da cidade de São Paulo, foram demolidas por seus proprietários em 1982, após o vazamento da informação de que o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Estado de São Paulo estaria inventariando a área para fins de tombamento.

O risco de dilapidação dos bens que se pretende tutelar não é, evidentemente, privilégio apenas do processo de inventário. O que se quer lembrar é que os instrumentos para a tutela devem atender ao princípio da legalidade, visto que implicam a redução da esfera de faculdades do

¹⁷³⁰ Em dissídios administrativos a Prefeitura de Porto Alegre tem defendido a tese de que a utilização do inventário executado em âmbito municipal, ainda que ausente a lei que lhe detalhe é legítima para a proteção do patrimônio cultural, gerando por si só restrições ao direito de propriedade. Tal posição busca fundamento no fato de que a Constituição Federal e Legislação Estadual prevêem o instrumento enquanto meio de tutela e proteção dos bens culturais (art. 216, §1º, CF/88 e Lei Estadual n. 10116/94, art. 40). A defesa desse entendimento não é simples. Resta claro que, com o inventário dos bens culturais, fica declaradamente reconhecido um interesse público, um valor a um imóvel ou a um conjunto de imóveis. Esse reconhecimento gera, no mínimo, um efeito: o dever de proteção do bem, que inclui evitar que ele seja destruído, ainda mais quando a ameaça é iminente. Em situações em que o interesse cultural apenas carece de formalização para efetiva tutela, somos da opinião de que o melhor é restringir os direitos de propriedade, por uma questão de “prevenção”. A intenção do poder público é clara e os meios de tutela devem ser ampliados. Cf. GUIMARAENS, Maria Etelvina B. Assessora para Assuntos Jurídicos – EAUMA/PGM Parecer n. 1114/05, Assunto: Preservação do Patrimônio Cultural. Imóvel Inventariado de Estruturação. Aplicação do parágrafo 7º do art. 107 da LC 434. Processo n. 02.246681.3. Disponível em: <http://www.anpm.com.br/fotos/pareceres/p1114_05.pdf>. Acesso em: 18 set. 2008. Como assinala, ainda, Silva, o princípio da prevenção, que assume particular importância no direito do ambiente, deve ser aplicado aos bens que integram o patrimônio cultural, com algumas adaptações. Essa aplicabilidade se justifica na medida em que a conservação desses bens não poderá se restringir a apenas recuperá-los, mas sim a prevenir o seu desaparecimento ou a sua depreciação, ou ainda a permitir que a realização de empreendimentos ligados ao “progresso” socioeconômico das populações não coloque em causa a sua existência. Cf. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Patrimônio Sustentável: Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. *Revista do CEDOUA*, Coimbra, n. 10, p. 69-93, ano V, 2002.

¹⁷³¹ Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 230.

¹⁷³² Cf. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: Tombamento, ação civil pública e aspectos criminais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 315-316.

¹⁷³³ Cf. MARIUZZO, Patricia. *Tombamento não é sinônimo de prejuízo*. Disponível em: <<http://www.revista.iphan.gov.br>>. Acesso em: 9 de nov. 2005.

proprietário. Sua regulamentação através de lei (seja municipal, estadual ou federal) é essencial para que as implicações fiquem claramente determinadas e assim o patrimônio que se pretende tutelar fique mais bem assegurado, inclusive com medidas acautelatórias aplicáveis desde a instauração do procedimento de inventário ou tombamento¹⁷³⁴.

O dever de publicidade dos atos da administração pública deverá ser, outrossim, atendido. Não se defende aqui o sigilo dos procedimentos de tutela, mas o contrário, o debate e a conscientização da relevância das medidas a serem implementadas. Da mesma maneira, é de se lembrar que sempre estará disponível ao Poder Público e à comunidade a defesa judicial desse patrimônio, diante de uma eventual ameaça, visto que a inventariação, ainda que em processo de elaboração, já dá ensejo a instauração de eventual Ação Civil Pública, uma vez que demonstra a importância cultural do bem¹⁷³⁵.

É de se notar, ainda, que o risco de depredação se verifica em maior parte das vezes, quando se trata de patrimônio imóvel localizado em zonas privilegiadas das grandes cidades. Quando se executa o inventário com fins de preservação em áreas ou zonas menos favorecidas, o anúncio dos trabalhos das equipes técnicas envolvidas normalmente é bem recebido e a comunidade tende a se envolver e a promover os levantamentos propostos pelos órgãos do patrimônio¹⁷³⁶.

2.1.3. O registro

O registro é instrumento regulamentado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Federal n. 3.551, de 4 de agosto de 2000. Dedicado aos bens imateriais, o instituto viabiliza a proteção dos bens culturais intangíveis que se relacionam à identidade e à ação dos grupos sociais.

O registro implica a identificação e produção de conhecimento sobre o bem cultural pelos meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, permitindo a continuidade dessa forma de patrimônio, assim como sua disseminação.

O processo de registro dos bens culturais em livros se assemelha ao processo de tombamento, mas não produz os efeitos restritivos que são próprios daquele. O registro identifica a referência cultural e, na medida em que contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural. Como forma de tutela do patrimônio imaterial, não desenvolveremos de maneira aprofundada seus elementos. Sua aplicabilidade (indireta) ao patrimônio imóvel pode ocorrer na medida em que “uma forma de construir” ou um “modelo de arquitetura” se possa identificar e registrar no “Livro de Registro dos Saberes”, dando ensejo a um interesse a ser mencionado pelas normativas urbanísticas.

De outra maneira, aplica-se indiretamente ao patrimônio imóvel quando se trata do “registro dos lugares”, onde são inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas (art. 1º, inciso IV, do Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000). Nesse caso, a existência do registro de um evento que se desenrola na cidade ou no meio rural poderá ser utilizada para viabilizar restrições de uso dos bens imóveis dos municípios e de certo influenciará a elaboração dos planos diretores urbanos¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ As medidas acautelatórias são amplamente utilizadas no regime português. A proteção dos bens culturais se dá desde a abertura dos procedimentos de classificação e inventário e denota o amadurecimento do sistema de salvaguarda do país. No Brasil, o Decreto-Lei n. 25/37, de 30 de novembro, estabelece a figura do tombamento provisório, instaurado a partir da notificação do início do processo referido, estendendo aos bens em vias de tutela as limitações próprias do instituto. Nesse sentido o art. 10, do Decreto-Lei Federal.

¹⁷³⁵ Nesse sentido MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 231

¹⁷³⁶ Exemplos podem ser identificados nos trabalhos de inventariação do Bom Retiro, em São Paulo. Cf. CANTARINO, Catarina. **Onde está o patrimônio da cidade?** Revista do Iphan, n. 2, nov./dez., 2005. Disponível em: <www.revista.iphan.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2008.

¹⁷³⁷ Segundo o Decreto Federal: Art.1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. §1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros: (...) IV - Livro de Registro dos

2.1.4. O tombamento

a) Fundamentos legais

O tombamento é meio de proteção do patrimônio cultural brasileiro e se fundamenta, em primeiro plano, na Constituição Federal (art. 216, §1º), regulamentando o instrumento no nível federal temos o Decreto-Lei n. 25/37, norma anterior à Constituição em vigor, porém recepcionado por esta.

É importante apontar, ainda sob o prisma da Constituição Federal brasileira, que a Carta Fundamental nesse País assume o tratamento da preservação cultural em diversos artigos, não só o 216. Ela se refere diretamente a elementos da cultura nos artigos 23 e 24, ao tratar das competências legislativas e executivas dos entes políticos internos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Contudo, não somente aqueles artigos que tratam expressamente da cultura interessam ao estudo do tombamento. Também outros dispositivos ligados indiretamente ao tema, merecem atenção.

Uma vez que o ato do tombamento tem por fim a tutela com consequentes deveres de proteção, conservação e valorização da coisa (bens materiais móveis e imóveis), revela-se importante o estudo do direito de propriedade a fim de delimitar seu contorno. Para além disso, importa fundamentar na Constituição as limitações que aquele instituto implica, em função do interesse público cultural.

Sem nos alongarmos nesse assunto, já desenvolvido no capítulo II, do título I, lembremos que a propriedade é disciplinada na Constituição Federal em diversos dispositivos, dentre os quais destacamos o art. 5º, caput, e seus incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV¹⁷³⁸.

Desses dispositivos auferimos que os direitos ali definidos não são absolutos. Isso quer dizer que todo direito assumido enquanto tal na ordem jurídica é, de certa forma, limitado, pois seu exercício deverá ser adequado à lei que o regula.

Da mesma forma, o direito de propriedade, que nasce com a norma constitucional que assegura a sua existência, deverá observar os limites de seu exercício, visto que existir não significa exercício absoluto.

Ressaltemos o §2º, do art. 5º, da Constituição Federal: “§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo esse dispositivo, nenhum direito individual explicitado, como é o caso do direito de propriedade, pode ser tido como mais fundamental que outro direito, ainda que não explicitamente mencionado. É assim que a constituição faz nascer um direito de propriedade individual, porém limitado em função de outro dispositivo da própria ordem constitucional, que dispendo sobre ordem econômica e financeira determina a necessária presença de interesse público e social para seu exercício:

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:
(...)

Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. Cf. Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em: 17 set. 2008.

¹⁷³⁸ Constituição Brasileira de 1988, que transcrevemos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

- II – Propriedade privada;
- III – Função social da propriedade.

Concluimos, então, como já fizemos anteriormente, que a propriedade nasce obrigatoriamente condicionada a sua função social. O seu exercício em desconformidade com tal função é, pois, inconstitucional.

Nesse sentido são duas as faces do direito de propriedade: a face pública, que necessariamente a condiciona, e a face privada, que se expressa pela apropriação individual da coisa pela sua expressão econômica e pelas relações privadas daí decorrentes. Em relação ao aspecto público, são as normas de direito público derivadas do exercício da competência constitucional de cada um dos entes políticos que vão dar o contorno da função social.

Quanto ao segundo aspecto, são as normas de direito privado que vão orientar as relações entre os cidadãos, concernentes ao direito de propriedade. Portanto,

o direito de propriedade, como princípio estrutural de uma sociedade, não é só um instituto de direito civil, mas um instituto de direito constitucional e administrativo, de ordem pública, cujo desdobramento mostrará seus contornos privados, no que disser respeito às relações entre indivíduos, e seu contorno público, quando o Estado delimitar o sentido daquilo que entende ser sua função social, através de lei ordinária federal, estadual ou municipal, conforme o objeto da disciplina legal¹⁷³⁹.

Sabemos, ainda, que a Constituição não definiu os chamados “elementos” do direito de propriedade, portanto, deixou à lei civil, ou seja, Lei Federal, a tarefa de fazê-lo. Consequentemente, apenas outra lei federal poderia eliminar qualquer dos chamados elementos do direito de propriedade, desde que não afetasse a chamada apropriação econômica da coisa. Isso porque as limitações federais só encontram limites na própria constituição, que garante ao proprietário o direito, contudo, sem especificar seu conteúdo.

O Código Civil é lei ordinária federal, e outra lei federal modificadora dos elementos do direito de propriedade em função de interesse social é uma norma de mesma hierarquia. Assim, se o Código Civil é que define os elementos do direito de propriedade, outra lei da mesma hierarquia, ao contrariá-lo, pode revogá-lo (inclusive para efeitos de hipóteses específicas), definindo novo conteúdo para o direito de propriedade, desde que não o elimine, isto é, inviabilize a apropriação e sua função econômica.

E segundo o §1º, do art. 1.228 do referido Código:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o *patrimônio histórico e artístico*, bem como evitada a poluição do ar e das águas¹⁷⁴⁰ (destacamos).

No que se refere às normas estaduais e municipais, estas podem estabelecer formas de limitação ao seu conteúdo, desde que compatíveis com sua competência constitucional e com os demais princípios e normas que decorrem da Carta Magna.

Uma vez que a Constituição atual impõe ao Estado o encargo de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, bem como de proteger o patrimônio cultural (art. 215 e 216), não restam dúvidas de que este poderá agir, mesmo que as medidas tomadas impliquem novo perfil do

¹⁷³⁹ Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 12-13.

¹⁷⁴⁰ Cf. Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406/2002, de 10 de janeiro.

direito de propriedade. Esse poder fundamenta-se no interesse social que reveste o patrimônio cultural e, portanto, é da essência dos bens culturais, a sua função social.

No que tange à competência dos entes públicos para efetivar o ato do tombamento, devemos dedicar-lhe novamente alguns apontamentos.

A Constituição Federal de 1988 trata no art. 24 da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal e incluiu, expressamente, a matéria pertinente à proteção de patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inc. VII). Ressalte-se que os §§1º e 2º, do art. 24 rezam que, para as matérias dispostas nos seus incisos, a competência da União é de estabelecer as normas gerais, sem excluir a competência concorrente dos Estados. E os municípios? Poderão eles legislar sobre a matéria? O assunto é central, ademais que trataremos da legislação urbanística local e seu papel na proteção do patrimônio cultural imóvel.

Entendemos que os municípios poderão legislar sobre a matéria do patrimônio cultural, com fundamento no disposto do inciso II, do artigo 30, da mesma Constituição: “art. 30. Compete aos Municípios: (...) II – Suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (...)”.

Além disso, cabe aos municípios a competência executiva comum relativa à proteção cultural, sendo que sua competência legislativa é hoje supletiva à legislação federal e estadual sobre o tema¹⁷⁴¹, segundo se depreende do artigo 23, inciso III: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III – Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”.

A competência comum denota que o legislador constituinte preocupou-se com o atendimento ao interesse cultural e ampliou ao máximo a atuação (competência executiva) dos três entes federativos. A doutrina analisada apresenta, por outro lado, algum dissenso no que se refere à atuação de cada um deles, sendo defendido, por alguns, um limite de ação condicionado ao “grau de interesse”¹⁷⁴².

Uma vez reconhecida a tarefa constitucional e distribuídas as competências entre os entes do Estado Federativo Brasileiro, restaria por identificar os limites de ação de cada um desses entes políticos.

A questão se coloca quando se trata de um interesse “concorrente” em relação a um bem a ser protegido. Segundo a norma constitucional, os três níveis de governo são competentes para executar a tutela do patrimônio cultural, porém, qual ente prevalecerá diante de um bem ou bens que possuam valores de representatividade cultural de níveis municipais, estaduais e nacionais? Como se identifica os níveis ou os graus de interesse dos bens culturais?

Para Castro, é de se identificar os graus de interesse na medida da representatividade do bem cultural, o que significa dizer que a União terá competência para proteger bens que tiverem importância nacional; os Estados, bens que tiverem significado regional, e os Municípios, aqueles bens de interesse local. Trata-se do regime de graduação de interesses também adotado pelo sistema português¹⁷⁴³.

É evidente, por outro lado, que tendo um bem importância nacional, sua importância regional e municipal é quase que subjacente. O contrário, entretanto, já não se verifica de plano. Nem sempre um bem de relevância local atingirá uma importância regional ou nacional¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴¹ Cf. A constituição não situou os municípios na competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência comum executiva estabelecida no art. 23 da mesma carta, o que vale possibilitar-lhes dispor especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União a normatividade geral. Segundo, ainda, Castro, a nova sistemática de distribuição de competência da Constituição de 88 reduziu a autonomia legislativa dos municípios, não obstante estes continuem a ter competência executiva para a proteção de seus bens culturais, perdendo a autonomia legislativa ampla que lhes era atribuída pelas Constituições anteriores, já que terão que observar as normas gerais para proteção, de âmbito federal, bem como as normas estaduais sobre o assunto; resta-lhes, portanto, observadas as normas referidas, suplementar a legislação no que lhes for especificamente local. Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 20-21.

¹⁷⁴² Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 201.

¹⁷⁴³ Cf. Art. 3º, Decreto-Lei Português n.309/2009, de 23 de outubro.

¹⁷⁴⁴ Um determinado bem pode ter vinculação estreita à cultura de uma região ou de um local, isto é, ser característico de determinada área; nem por este motivo passa a ter significado nacional (isto porque a cultura de um País não é uma, nem

Segundo Castro, o limite que se verifica de plano é o territorial. É princípio constitucional que cada um dos entes federativos dispõe unicamente no âmbito de seus limites territoriais. De fato, ainda que alguma doutrina defenda que a “unidade do patrimônio”¹⁷⁴⁵ implique uma atuação indiscriminada de todos os entes federativos em suas mútuas esferas, pensamos que o Estado de Minas Gerais, ainda que componha a União Federativa, não poderia desapropriar ou mesmo tombar um bem cultural que se situe no Estado de Santa Catarina, por lhe faltar interesse. Há que se reconhecer a relevância do limite territorial na aplicação das medidas de tutela dos bens culturais, sem que com isso se enfraqueça ou relativize o conceito de unidade do patrimônio cultural.

Ao contrário, porém, parece-nos coerente que, com base no território, os Estados possam atuar em face de patrimônio cultural situado em qualquer de seus municípios e que a União, por sua vez, possa atuar em todo território nacional¹⁷⁴⁶.

Por outro lado, alguma doutrina discorda de Castro¹⁷⁴⁷ no que se refere ao grau de interesse. Esse entendimento funda-se no fato de que se não há, na Constituição Federal, uma explícita especificação quanto ao grau de interesse ao dispor que cabe ao poder público a promoção e a proteção dos bens de interesse cultural, ela estabelece a concorrência da competência executiva.

Essa competência concorrente deve, segundo essa ótica, ser compreendida a partir da sistemática que deflui de outros princípios constitucionais de maneira que a atuação deverá ser a mais ampla por parte dos entes federativos, respeitados os limites territoriais que mencionamos.

Assim, ao contrário do que Castro defende, ainda que um bem não tenha importância cultural nacional, a União poderia atuar, com fins de sua proteção, uma vez que o texto constitucional não condiciona a identificação do bem ou o alcance do valor cultural que ele aporta a uma unidade federativa¹⁷⁴⁸. Ao contrário, a competência comum implica a ação conjunta, coordenada ou no mínimo subsidiada, sem que com isso importe em invasão de esfera de competência alheia¹⁷⁴⁹.

A relevância dos bens culturais impulsiona essa interpretação extensiva das competências. É uma tendência que encontra fundamento em uma interpretação extensiva do modelo de federalismo cooperativo que se assume no Brasil e que garantiria uma atuação coordenada. A regra do grau de interesse é aceita, sob esse enfoque, na medida em que amplia e não exclui a atuação dos entes federativos. Essa interpretação leva a crer que “nem mesmo em relação ao patrimônio histórico-cultural qualificado pela Constituição como ‘local’ (art. 30, inc. IX) há competência privativa do Município para a respectiva proteção”¹⁷⁵⁰.

uniforme, mas uma composição, um somatório de culturas regionais ou locais, com elos comuns). Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 20-21.

¹⁷⁴⁵ A questão da unidade do patrimônio importa em interpretação do art. 216, §1º, no sentido de que “o patrimônio cultural brasileiro é uno, e não apenas Federal, Estadual e Municipal”. Cf. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: Análise de alguns aspectos polêmicos, **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, p. 175-191, jan./mar., 2001.

¹⁷⁴⁶ Nesse caso, significa dizer que não caberá ao estado ou ao município tombar bem móvel que, embora a eles estejam vinculados culturalmente, localizem-se fora de suas fronteiras. Somente a União poderá atuar em todo o território do país, com fins de tutela de interesses culturais de âmbito nacional. Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 20-21.

¹⁷⁴⁷ CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 23.

¹⁷⁴⁸ Nas palavras de Castro: “Parece-nos evidente que, se determinado bem não tem importância para a cultura nacional, falece à União competência para agir na sua proteção por falta de interesse jurídico; conseqüentemente, esta proteção poderá estar na órbita de interesse do Estado, ou do Município. Por outro lado, não há impedimento legal para a atuação conjunta dos três entes governamentais. Esta poderá ser a alternativa para os casos em que determinado bem apresente importância para as três esferas. Cada um deles poderá estabelecer medidas diversas, porém compatíveis de restrição. Em se tratando de medidas incompatíveis, prevalecerá aquela segundo o princípio do maior interesse: Do ente federal sobre o estadual e deste sobre o municipal”. Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 23.

¹⁷⁴⁹ Nesse sentido SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997. p. 92.

¹⁷⁵⁰ Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 201.

As posições doutrinárias acerca da competência dos entes políticos são, como visto, variáveis¹⁷⁵¹.

Há que se reconhecer que há uma corrente doutrinária com a tendência a ampliar os meios de tutela do patrimônio cultural. Essa tendência faz crer que seria possível a tutela dos bens de interesse municipal pela União, da mesma forma, a ação do Estado em relação aos bens de interesse da União ou do Município, do ente local em relação aos bens do Estado e da União e a ação da União em relação aos bens de interesse dos demais entes, indistintamente, como se todos fossem simultaneamente competentes para agir na defesa desse patrimônio, independentemente da predominância do interesse verificado no bem objeto da tutela.

Essa posição nos parece bastante interessante, mas nem sempre de fácil aplicabilidade. Como verificamos, o interesse nacional é, por certo, o que traz maiores dificuldades de identificação. Saber se um bem repercute e agrega valores a uma cultura nacional requer uma maior amplitude do que identificar em um bem a sua relevância local e mesmo regional.

Considerando, porém, que todos os bens de repercussão nacional assentam-se, necessariamente, em um solo Municipal e Estadual, não nos parece coerente, também, que este bem fique ao abandono das políticas de proteção de âmbito local e regional, à espera de uma ação de âmbito federal.

Nesse sentido, ainda que o bem detenha uma representatividade nacional, certamente trará em si uma relevância municipal e estadual que justificam a atuação dos entes locais e estaduais, de acordo com suas legislações especiais, na tutela, proteção, conservação e valorização desse patrimônio, sobretudo, quando se verifique a omissão daquele que, *a priori*, deveria lhe garantir a tutela.

Essa interpretação se aplica a todos os instrumentos reconhecidos pela Constituição na proteção do patrimônio cultural, não se restringindo, nesses termos, ao tombamento.

Nesse contexto, é possível admitir que, no bojo de uma normativa municipal de natureza urbanística, fruto da planificação do município, poderá ocorrer a proteção do bem cultural imóvel, independentemente do seu grau de representatividade, ou, em outras palavras, ainda que sobre o patrimônio identificado se identifique uma relevância/interesse cultural regional ou nacional. Os atos que integram a planificação darão ensejo a uma medida de proteção de natureza urbanística, de âmbito local, podendo vir, em um posterior momento ou simultaneamente, a concorrer com outros atos do Estado ou da União.

As dificuldades existem, em verdade, quando se trata da situação contrária. Patrimônio cultural de relevância local, situado em município cuja administração é omissa. Nesse caso, poderá a União ou o Estado intervir?

Segundo as razões de Castro¹⁷⁵², as quais perfilhamos, em se tratando de aplicação do instrumento do tombamento, a resposta é negativa. A atuação da administração pública, na medida em que executa o tombamento, deverá ser motivada. A motivação dos atos, nesse caso, não dispensa a demonstração do “interesse”. A União e os Estados não teriam, nesses termos, “interesse” para a instauração do processo de tombamento.

Nada obsta, entretanto, a União e os Estados de promover a tutela do patrimônio de interesse local via legislação genérica que atinja diretamente os bens municipais.

De outra forma, os bens culturais municipais poderão, a todo tempo, ser objeto de Ação Civil Pública e Ação Popular com vistas a sua tutela, diante da omissão do ente competente municipal ou estadual.

Em conclusão às anotações precedentes, devemos nos reportar, ainda que rapidamente, à atuação municipal no contexto da tutela do patrimônio cultural em Portugal. Lembremos que o sistema especial de tutela do patrimônio centra-se na classificação e inventariação dos bens culturais¹⁷⁵³, sendo a primeira a equivalente ao tombamento, do qual tratamos neste capítulo.

¹⁷⁵¹ Nesse sentido é, para além dos já citados autores, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 131.

¹⁷⁵² Cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p.

23.

¹⁷⁵³ Cf. Artigo 16, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006. p. 223 e ss.

Após a aprovação da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, Portugal assiste a uma tendência “descentralizadora” das tarefas inerentes à salvaguarda do patrimônio cultural e de algumas competências ali previstas.

Norteadas pelos princípios da coordenação e apoio mútuo, a nova Lei de Bases procura delimitar as atribuições do Estado e Municípios, transferindo para estes últimos competências ditas, na vigência da Lei n. 13/85, “excessivamente estatizantes”¹⁷⁵⁴.

Para além do dever atribuído às autarquias locais de conhecimento, estudo, proteção, valorização e divulgação do patrimônio cultural, salvaguardado desde a lei anterior e igualmente consagrado no artigo 3º do novo regime estabelecido pela Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, os Municípios podem classificar imóveis de interesse municipal – prevista expressamente no art. 94, item 2¹⁷⁵⁵. Essa competência, embora encontrasse desde 1999 uma previsão legal nos regimes que antecedem o atual, por ausência de regulamentação nesse sentido, nunca os órgãos autárquicos (locais) exerceram essa competência, persistindo o Governo em classificar “valores concelhios”.

Após a aprovação do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, assiste-se a uma superação de dificuldades anteriormente enfrentadas pela ausência de regulamentação nessa matéria. Apesar disso, até o momento, a Lei n. 107/2001 demonstrou certa “suficiência” e exequibilidade, o que têm permitido a atuação dos poderes locais na classificação dos seus bens culturais, a semelhança do Brasil, ainda que, por um “resquício de centralidade”. O n. 2, do artigo 94, da Lei n.º. 107/2001 dispõe que tal ato (classificação) deve ser antecedido de parecer dos competentes órgãos e serviços dos Estados, sendo que o silêncio do mesmo vale como parecer favorável (n. 3, artigo 94).

As distinções observadas entre os regimes brasileiros e portugueses se justificam pelas já tratadas formas de governo assumidas no Brasil e em Portugal. Este, de tipo unitário, tem superado a tendência centralizadora de determinadas tarefas estatais através de medidas de descentralização administrativa, atendendo o que preconiza o legislador constituinte daquele País (art. 6º, 237, 267 da Carta Constitucional portuguesa)¹⁷⁵⁶. Aquele, de regime federativo, tem visto crescer as competências do ente local que induz a uma “municipalização” progressiva que está na base de uma também ampliação da competência municipal em matéria de salvaguarda do patrimônio cultural.

b) *Conceito*

Como se depreende da centralidade que esse instituto ocupa na legislação e doutrina brasileiras, o *tombamento* dos bens culturais é o regime especial tradicional de tutela dos bens

¹⁷⁵⁴ Nesse sentido comentário de Araújo, a qual seguiremos de perto. Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. Patrimônio/Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

¹⁷⁵⁵ Assim disciplina a lei: Art. 94º - Atribuições em matéria de classificação e inventariação. 1 - A classificação de bens culturais como de interesse nacional incumbe, nos termos da lei, aos competentes órgãos e serviços do Estado, a classificação de bens culturais como de interesse público incumbe aos competentes órgãos e serviços do Estado ou das Regiões Autónomas quando o bem ali se localizar, nos termos da lei e dos estatutos político-administrativos, e a classificação de bens culturais como de interesse municipal incumbe aos municípios. 2 - A classificação de bens culturais pelos municípios será antecedida de parecer dos competentes órgãos e serviços do Estado, ou das Regiões Autónomas se o município aí se situar. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006. p. 223 e ss.

¹⁷⁵⁶ Artigo 6º (Estado unitário) 1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública e Artigo 237º (Descentralização Administrativa) 1. As atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa. Artigo 267º (Estrutura da Administração) 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. 2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 234. Comentários ao artigo 6º.

culturais. A tutela dos bens culturais assenta-se no reconhecimento de seu valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico (valor cultural, enfim) pelos órgãos competentes¹⁷⁵⁷. Esse reconhecimento poderá vir a ser feito através do tombamento, que se traduz em inscrição do bem em livro especial, o Livro do Tombo, ato que os “transforma” em patrimônio cultural nacional, estadual ou municipal. Todas as entidades governamentais do Brasil (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) têm competência para utilizar do instrumento de tombamento, uma vez que todos são competentes para a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, conforme citado no art. 216, 1º, da CF/88.

A *inscrição no Livro do Tombo* é, pois, o tombamento¹⁷⁵⁸. Tombar significa lançar nos Livros do Tombo, livros em que se anotam a denominação, a situação, os limites e outras características do bem tombado. Esses livros ficam na repartição pública competente para promover o tombamento. O IPHAN¹⁷⁵⁹ possui quatro deles, nos quais são inscritos os bens mencionados segundo sua categoria (Decreto-Lei 25, de 1937, art. 4º):

- 1º) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, no qual se inscrevem as coisas pertencentes às categorias de bens arqueológicos e etnográficos e os monumentos e paisagens notáveis;
- 2º) Livro do Tombo Histórico, em que se inscrevem as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
- 3º) Livro do Tombo das Belas Artes, no qual se inscrevem as coisas de arte erudita;
- 4º) Livro do Tombo das Artes Aplicadas, em que se inscrevem as obras que incluem na categoria das artes aplicadas.

Nos Estados e Municípios brasileiros, o número de livros também é, em regra, quatro, seguindo os parâmetros do Decreto-Lei 25 de 1937.

Daí que Meirelles define o tombamento como a “declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁷ No Brasil, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), no âmbito federal, ou órgãos semelhantes nos Estados e Municípios. O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi criado em 13 de janeiro de 1937 pela Lei n. 378, no governo de Getúlio Vargas. Já em 1936, o então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, preocupado com a preservação do patrimônio cultural brasileiro, pediu a Mário de Andrade a elaboração de um anteprojeto de Lei para salvaguarda desses bens. Em seguida, confiou a Rodrigo Melo Franco de Andrade a tarefa de implantar o Serviço do Patrimônio. Posteriormente, em 30 de novembro de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei n. 25, que organiza a “proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”. O IPHAN está hoje vinculado ao Ministério da Cultura. Cf. Histórico da Instituição. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12149&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>>. Acesso em: 29 set. 2008.

¹⁷⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 158.

¹⁷⁵⁹ O IPHAN atua em âmbito nacional possuindo 21 superintendências regionais: 1ª Superintendência Regional – Amazonas e Roraima; 2ª Superintendência Regional – Pará e Amapá; 3ª Superintendência Regional – Maranhão; 4ª Superintendência Regional – Ceará; 5ª Superintendência Regional – Pernambuco; 6ª Superintendência Regional - Rio de Janeiro; 7ª Superintendência Regional – Bahia; 8ª Superintendência Regional – Sergipe; 9ª Superintendência Regional – São Paulo; 10ª Superintendência Regional – Paraná; 11ª Superintendência Regional – Santa Catarina; 12ª Superintendência Regional – Rio Grande do Sul; 13ª Superintendência Regional – Minas Gerais; 14ª Superintendência Regional – Goiás, Mato Grosso e Tocantins; 15ª Superintendência Regional – Distrito Federal; 16ª Superintendência Regional – Acre e Rondônia; 17ª Superintendência Regional – Alagoas; 18ª Superintendência Regional – Mato Grosso do Sul; 19ª Superintendência Regional – Piauí; 20ª Superintendência Regional – Paraíba e Rio Grande do Norte; 21ª Superintendência Regional – Espírito Santo. De acordo com o Decreto n. 5.040, de 7 de abril de 2004, “às Superintendências Regionais compete executar as ações de identificação, inventário, proteção, conservação e promoção do patrimônio cultural, no âmbito da respectiva jurisdição, e, ainda: Analisar e aprovar projetos de intervenção em áreas ou bens protegidos; exercer a fiscalização, determinar o embargo de ações que contrariem a legislação em vigor e aplicar sanções legais, bem como proceder à liberação de bens culturais, exceto os protegidos; participar, com os Departamentos, da elaboração de critérios e padrões técnicos para conservação e intervenção no patrimônio cultural; e instruir as propostas de tombamento de bens culturais de natureza material e, eventualmente, de registro de bens culturais de natureza imaterial”.

¹⁷⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 557.

O tombamento é um *ato de administração ativa*, concreto, discricionário, declaratório e restritivo. Ato de *administração ativa* porque visa a criar, produzir, uma utilidade pública, qual seja, o reconhecimento do interesse cultural do bem. *Concreto* porque dispõe de um único e específico caso, esgotando-se em cada bem que declara como objeto de interesse cultural. *Discricionário* porque é praticado no exercício de competência discricionária e existe um espaço para o administrador verificar a existência do interesse cultural do bem a ser tombado. *Restritivo* pois diminui a esfera jurídica do sujeito titular do bem. E, quanto ao efeito, *constitutivo*¹⁷⁶¹, pois faz nascer uma nova situação jurídica em torno da propriedade.

Para Cretella Jr., o tombamento é o “conjunto legal de restrições parciais que o Poder Público faz a bem particular, móvel ou imóvel, por motivo de interesse público, mencionado em lei”¹⁷⁶². Tal conceituação é passível de crítica, uma vez que também são tombados bens de titularidade pública (tombamento de ofício) e não só bens particulares. Para Figueiredo¹⁷⁶³, é “o ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem”. Contudo, o tombamento não é mera manifestação de vontade pública.

Para Silva¹⁷⁶⁴, o tombamento

é o ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade.

Finalmente, sem querer esgotar todos os conceitos relevantes da doutrina brasileira, Pires¹⁷⁶⁵ anota que o tombamento

o ato final de um procedimento administrativo, resultante de poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público, intervindo na propriedade, institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação da cultura ou da natureza.

Em relação à natureza jurídica do tombamento dois aspectos são levantados: 1) saber se trata-se de um ato exclusivamente declaratório ou constitutivo ou ainda se trata-se de um ato misto e 2) verificar se é apenas limitação administrativa, servidão administrativa ou desapropriação.

c) *Tombamento: ato declaratório constitutivo ou misto?*

O tombamento é ato administrativo, emitido por autoridade competente, no exercício de prerrogativas públicas, cujos efeitos recairão sobre a esfera de liberdade do titular do direito de propriedade. Os efeitos do ato administrativo em geral poderão ser de duas espécies, declaratório e constitutivo, como já mencionado. Os atos constitutivos são aqueles que fazem nascer uma situação

¹⁷⁶¹ Atos constitutivos: atos que fazem nascer uma situação jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior. Ex: demissão de funcionário. Ato declaratório: os que afirmam a preexistência de uma situação de fato ou de direito. Ex: conclusão de vistoria em edifício, afirmando que o mesmo não está em condições habitáveis, certidão de matrícula de alguém de uma escola. Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 389.

¹⁷⁶² CRETELLA Jr. Apud: SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 159.

¹⁷⁶³ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 16.

¹⁷⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 159.

¹⁷⁶⁵ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 81.

jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior. Os atos declaratórios afirmam a pré-existência de uma situação de fato ou de direito¹⁷⁶⁶.

Assim, tal como está previsto no Decreto-Lei n. 25/37 do ordenamento jurídico brasileiro, o tombamento é ato administrativo, cuja competência para praticá-lo está determinada pela lei a órgãos do Poder Executivo. A norma, com sua característica de abstratividade e generalidade, previu as hipóteses genéricas nas quais caberá o exercício do poder de polícia pelo órgão competente da administração federal. Caberá à administração pública praticar, mediante ato administrativo, a proteção dos bens que julgar inseridos nos critérios genericamente previstos na lei, a partir de estudos técnicos. Tais estudos técnicos (discricionariedade técnica) identificarão os motivos que sustentam o ato administrativo, justificando a medida administrativa¹⁷⁶⁷.

Observemos o que se compreende por atos declaratórios, para em seguida tratarmos dos atos constitutivos de direito.

A função própria dos atos administrativos meramente declaratórios é a de verificar a existência de certas qualidades jurídicas pré-existentes. Uma vez que as qualidades já existem, a verificação promovida pelo ente público terá apenas o sentido de tornar certa e indiscutível tal existência. As qualidades, portanto, não nascem com o ato administrativo. O ato, por outro lado, não acrescenta qualquer qualidade às coisas cuja situação jurídica é constituída diretamente pela lei¹⁷⁶⁸.

Para alguns autores italianos é esse o caso do ato de classificação (ato equivalente ao tombamento no Brasil) que, segundo eles, seria vinculado quanto aos pressupostos e quanto ao conteúdo, visto que, com ele, “se trata apenas de verificar na essência concreta de certa coisa a presença do valor ou interesse cultural estatuído pela lei”¹⁷⁶⁹. Bem cultural seria a coisa enquanto possuir as características indicadas pela lei e que, por isso, se encontra submetida pela lei a uma disciplina própria. Nesse sentido, a autoridade administrativa competente para a classificação/tombamento, opera um mero “acertamento” da existência, na coisa singular, das características fixadas pela lei. Essa autoridade não constitui em concreto o caráter de bem cultural por seus próprios atos. É a lei que o faz. Nesse sentido, a administração pública estaria diante de um ato vinculado, sem qualquer espaço de discricionariedade.

Contra essa visão puramente cognoscitiva do ato de tombamento, há quem advogue que o tombamento introduz efeitos de direito no ordenamento jurídico, transformando, no plano jurídico, a situação real da vida sobre a qual incide. Essa transformação se dá, em princípio, porque o ato administrativo de tombamento/classificação de bens constitui “um efeito direto e um efeito reflexo”. Como efeito direto compreende-se aquele que consagra a natureza jurídica do bem cultural, como efeito reflexo, o ato submete o bem a um regime jurídico especial.

Ao criar uma certeza jurídica o ato cria desde logo a sujeição de todos os intervenientes em situações que tenham a coisa como objeto a um regime especial, onde não se questiona a qualidade ou as propriedades do bem cultural.

Esse aspecto não exclui, em todo caso, o fato de que o tombamento não se resume a uma verificação declaratória, porque *envolve um juízo de valor criativo* que não está totalmente determinado pela lei. Os atos que declaram o valor ou o interesse cultural de um bem envolvem uma *valoração* efetuada pela Administração. “Valor arqueológico”, “valor etnográfico”, “valor artístico” e outras expressões semelhantes utilizadas pelo legislador brasileiro são *conceitos indeterminados*. Trata-se de conceitos cuja aplicação ao caso concreto envolve uma apreciação (valoração) que

¹⁷⁶⁶ MELLO, Celso António Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 389.

¹⁷⁶⁷ A motivação do ato administrativo se fundamenta no valor do bem a ser protegido. Segundo a professora Sonia Rabello Castro, o bem jurídico, objeto de proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si, é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 33.

¹⁷⁶⁸ Cf. CORREIA, José Manuel Sérvilo. Procedimento de classificação de bens culturais. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**, INA: Oeiras, 1996. p. 329-351.

¹⁷⁶⁹ Cf. CORREIA, José Manuel Sérvilo. Procedimento de classificação de bens culturais. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**, INA: Oeiras, 1996. p. 329-351.

inevitavelmente contém elementos subjetivos. O preenchimento de conceitos indeterminados confere à Administração uma margem de livre decisão. Essa liberdade de decisão não significa uma completa desvinculação do governo às normas, mas repercute no regime jurídico dos bens culturais, notadamente nos casos levados à juízo.

A valoração do ato de tombamento será, entretanto, fundamentada por análises e pareceres técnicos, já que o preenchimento desses conceitos indeterminados deverá ser motivado por um convencimento, uma operação de subsunção valorativa, a qual a doutrina chama de “discricionariedade técnica”¹⁷⁷⁰. A Administração especialmente vocacionada ao trato da matéria cultural, emitirá opiniões avalizadas por técnicos com formação especializada, para fundamentar as escolhas (liberdade) que fará no sentido de tombamento determinados bens¹⁷⁷¹.

Não se poderá negar que o sentido do Decreto-Lei n. 25/37 não induz a concluirmos que a atuação administrativa é meramente a de subsumir indutivamente o bem à norma. É preciso uma tomada de decisões que criam uma qualidade de bem cultural a certa coisa.

Considerar o ato administrativo meramente declaratório seria, por outro lado, desconsiderar que o bem cultural ao ser reconhecido como tal, integra uma política de valorização que implica uma fruição cultural. Seu caráter de bem cultural não é uma mera realidade isolada ou estática, ele integra um contexto e uma funcionalidade observados à luz das finalidades de promoção da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da comunidade.

O tombamento constitui o bem tombado em patrimônio cultural nacional, estadual, municipal ou do Distrito Federal. Ele produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, e cria um novo regime jurídico de caráter especial, transformando a coisa tombada em bem de interesse público, sujeito a vínculos de diversas espécies, conforme visualizaremos quando do estudo dos efeitos do tombamento.

Entretanto, é de se admitir que mesmo antes da incidência de atos municipais que consagram a tutela do patrimônio, sua essência cultural já existe, o bem adquire esse valor por razões diversas e estranhas à vontade da lei. É graças à história, aos costumes, aos aspectos culturais infundáveis que um objeto, resultado de um engenho humano ou deste em associação com a natureza (bem paisagístico) possui relevância e adquire *status* de bem cultural. A simples ação estatal não faz nascer, por milagre, um valor. Este, na verdade, é precedente e condição para o ato restritivo da propriedade. De outra forma, a discricionariedade a que faz jus o administrador não prescinde da verificação desses valores, sob pena de poder ser o ato anulado em juízo. Isso porque em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados (valor cultural), a indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação de sua aplicação¹⁷⁷², a qual apenas permitirá uma única solução justa para a situação concreta, obtida mediante uma atividade de cognição e não de vontade e livre apreciação do administrador/aplicador da

¹⁷⁷⁰ Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. Patrimônio/Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

¹⁷⁷¹ O conceito de ato discricionário tem sido tratado pela doutrina brasileira e portuguesa em todos os manuais de direito administrativo. Sem esgotar todos, trazemos alguns, para ilustrar o tema: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 100: “São aqueles que, embora regulados em lei, permitem ao agente público certa margem de liberdade ao serem editados. (...) é aquele praticado pela Administração dentro dos limites da liberdade que a lei concede”; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 396. “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

¹⁷⁷² “É que mesmo estes conceitos chamados ‘fluidos’ possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 399.

norma¹⁷⁷³. Não basta uma vontade estatal, é preciso que se verifique a existência de um valor cultural em cada bem objeto de tombamento¹⁷⁷⁴.

É de se concluir, portanto, que o tombamento é *ato complexo*,

de um lado, declara ou reconhece a pré-existência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento¹⁷⁷⁵.

Quanto ao novo regime da propriedade, é ato constitutivo.

Nesse sentido, devemos admitir que, embora altere a situação presente do bem, criando uma nova circunstância jurídica, colocando-o em uma posição na qual o proprietário terá que observar diversas condutas jurídicas que antes não existiam¹⁷⁷⁶, os valores que o bem aporta desde antes da aplicação de qualquer medida de tutela produzem efeitos e geram responsabilidades aos seus proprietários. Esses valores, por si só são justificativas para as medidas cautelares de proteção dos bens culturais (tutela judicial) e também motivam as medidas urbanísticas de tutela (zoneamento e o planejamento urbano em geral). Daí admitimos que o ato nem é meramente declaratório, nem é meramente constitutivo, mas possui um caráter complexo ou misto, congregando ambas as características mencionadas.

d) Da natureza jurídica do tombamento: servidão ou ato sui generis?

O efeito mais evidente do tombamento consiste em reconhecer a existência de valores culturais juridicamente relevantes contidos na coisa. Trata-se da tutela, propriamente dita, do reconhecimento do bem enquanto integrante do patrimônio cultural do País. O proprietário do bem, por sua vez, exerce seu domínio sobre os aspectos materiais e econômicos da coisa. A coisa, no entanto, pode ter funções diversas de interesse público, dentre elas, uma função cultural, devido ao seu valor imaterial de caráter representativo da sociedade brasileira.

Uma vez admitido que a propriedade tem, não só na legislação civil delimitações básicas do seu conteúdo, mas também delimitações de ordem pública que estabelecem sua função social, é de se concluir que o exercício do direito individual de propriedade está regulado em lei e cabe à administração limitar o seu exercício.

Não há contradição entre a face privada e a pública do direito de propriedade, uma vez que compreendemos que o direito de propriedade, necessariamente, nasce com esses dois aspectos, não havendo qualquer contraposição entre a sua função social e o seu desfrute individual.

A norma civil não exclui em momento algum essa abordagem, ao contrário, é explícita ao reconhecer que o direito de propriedade se exercerá, observadas limitações diversas, como já anotamos:

¹⁷⁷³ Cf. CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. Ato Administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 47-91.

¹⁷⁷⁴ Teoricamente os atos formados a partir da discricionariedade técnica que preenche o conceito indeterminado somente admitem reforma judicial se demonstrado um erro de fato, por exemplo, se o ato de tombamento determina que um prédio possui valor cultural por pertencer ao período da colonização brasileira, quando na verdade aquele prédio foi construído em época mais recente

¹⁷⁷⁵ Cf. MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 101-102.

¹⁷⁷⁶ Esse também é o ensinamento de José Cretella Júnior, para quem o tombamento é “ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo”. **Regime Jurídico do Tombamento**. RDA, 112/62. Apud SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 159.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406/2002, de 10 de janeiro).

Na classificação de Silva¹⁷⁷⁷, em relação à natureza das limitações ao direito de propriedade é possível distinguir três tipos: *restrição*, *servidão* e *desapropriação*, conforme atinjam, respectivamente, o caráter *absoluto*, *exclusivo* ou *perpétuo*¹⁷⁷⁸ do direito de propriedade.

A restrição atinge o caráter absoluto da propriedade, uma vez que limita a faculdade de decisão sobre a conveniência e o modo do seu aproveitamento, impondo medidas que variam desde a proibição de alteração de seus elementos constitutivos (reformas, pinturas etc), que poderá gerar a restrição do uso do bem, até o direito de preferência no caso de sua alienação.

A servidão é o direito real que sujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente todos os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo. A servidão administrativa não se confunde, assim, com a limitação administrativa ao direito de propriedade. O tombamento de um bem poderá gerar a servidão de outro, por ser um bem dominante¹⁷⁷⁹ mas não é, tal instituto jurídico, uma modalidade de servidão. Tal posicionamento discorda da posição de Mello^{1780/1781}, para quem o tombamento de bens em favor do patrimônio histórico “é uma das importantes figuras da servidão”. Para o ilustre jurista, o tombamento consiste em uma intervenção administrativa na propriedade, destinada a proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, pela qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não o alterar, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação. O ilustre professor entende que o tombamento não seria instituto jurídico especial, classificando-o como servidão, que, ao lado da desapropriação, comporia os dois institutos jurídicos que se distinguem das limitações administrativas.

As limitações administrativas, ainda no entendimento de Mello, por sua vez, alcançariam apenas uma categoria abstrata de bens ou, ao menos, todos os que se encontrem em uma situação abstratamente determinada, enquanto as servidões atingiriam bens concretamente definidos e determinados. Dentro dessa premissa, a limitação administrativa não é senão o perfil do direito, enquanto que, toda vez que uma propriedade sofre restrições em decorrência de um ato concreto da Administração, estar-se-ia diante de uma servidão. A Administração, no momento em que impõe um gravame, criando uma situação nova, atinge o próprio direito, sendo nesse caso, uma hipótese de servidão.

Em uma terceira classificação, Di Pietro¹⁷⁸² identifica o tombamento como modalidade especial da categoria geral de “restrições do Estado sobre a propriedade privada”, lhe conferindo uma categoria híbrida de direito administrativo, não se enquadrando “nem como simples limitação administrativa, nem como servidão”.

¹⁷⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160.

¹⁷⁷⁸ E, diga-se, o direito de propriedade caracteriza-se, em teoria clássica, por ser um direito “*unitário*”, porque só há um tipo de propriedade ou domínio, embora passível de conteúdos diversos. *Absoluto*, porque deixa ao arbítrio do seu titular a decisão sobre a conveniência e o modo de seu aproveitamento. *Perpétuo*, porque não se extingue pelo não uso, é a duração física da coisa que determina a duração do direito. *Exclusivo*, porque *erga omnes*, tendo o proprietário direito de impedir qualquer invasão na esfera do seu poder. *Ilimitado*, no sentido da indeterminação do exercício das faculdades que lhe compõem, e por isso mesmo elástica, porque suscetível de contração e distensão, conforme privada ou não, de qualquer das suas faculdades”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 142.

¹⁷⁷⁹ Ver efeitos ou “entorno” dos bens culturais.

¹⁷⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 800.

¹⁷⁸¹ No mesmo sentido, é a posição de Figueiredo, ao entender que o ato administrativo em relação a um bem cultural será sempre uma desapropriação ou uma servidão, sendo esta última indenizável ou não, conforme o prejuízo efetivamente demonstrado. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: RT, 1980. p. 16 e ss.

¹⁷⁸² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2001. p. 118.

A ocupação temporária e a requisição de imóveis são as medidas que impõem ao proprietário ou possuidor do bem a obrigação de suportar a utilização temporária do imóvel pelo Poder Público, para realização de obras ou serviços de interesse coletivo. Afetam a exclusividade do direito de propriedade¹⁷⁸³.

A servidão administrativa¹⁷⁸⁴, por sua vez, implica a instituição de direito real de natureza pública, impõe ao proprietário obrigação de suportar um ônus parcial sobre o seu imóvel, em benefício de um serviço público ou de um bem afetado a um serviço público. Além disso, afeta a exclusividade do direito de propriedade, porque transfere a outrem faculdades de uso e gozo e tem caráter perpétuo.

A desapropriação e a requisição de bens móveis e fungíveis afetam o caráter perpétuo e irrevogável do direito de propriedade, pois atingem a faculdade que tem o proprietário de dispor da coisa segundo sua vontade e implicam a transferência compulsória, mediante indenização, para satisfazer interesse público.

A edificação e o parcelamento compulsórios¹⁷⁸⁵ são impostos ao proprietário que não utiliza adequadamente a propriedade. Nesse caso, os caracteres absoluto e perpétuo da propriedade são atingidos.

O tombamento, por fim, implica a limitação perpétua do direito de propriedade em benefício do interesse coletivo, afeta o caráter absoluto do direito de propriedade, mas acarreta ônus maior do que as limitações administrativas, porque incide sobre imóvel determinado. Não se confunde com a servidão nem com as limitações administrativas.

Esse é, ainda, o entendimento de Castro¹⁷⁸⁶, para quem o tombamento, como ato administrativo, visa à proteção do interesse público genérico, que é a cultural nacional, inserindo o bem identificado na classe dos bens culturais e, portanto, de interesse público, de forma que

o exercício das faculdades do domínio passa a estar modulado pelas limitações impostas pela Administração Pública, visando à proteção e conservação daquele bem; não tira o tombamento, em momento algum, a exclusividade do proprietário sobre a coisa, mas condiciona a forma do exercício das faculdades do domínio.

E conclui:

no caso do tombamento, o ato administrativo traduz não a serviência da propriedade, visando à realização de determinado serviço público, mas a qualidade intrínseca de determinada propriedade que, além da sua simples existência material, retrata e materializa um interesse público. Não é, pois constituição de direito real público, como a servidão, trata-se de interesse público geral, inegociável e inalienável pelo ente político que a impõe, no caso sobre a coisa móvel ou imóvel.

Por fim, conceituamos o tombamento como ato administrativo discricionário que importa em restrição ao direito de propriedade em função do interesse cultural do bem, estabelecendo regime

¹⁷⁸³ Segundo o artigo 1.231 do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

¹⁷⁸⁴ Observe-se que a servidão é instituto jurídico tem origem no direito privado, porém seu conceito pertence à teoria geral do direito. Seus elementos inerentes comuns em qualquer tipo de servidão são: I – a natureza de direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*), no qual alguns dos poderes do domínio se destacam e se transferem a terceiros; II – a situação de sujeição em que se encontra a coisa serviente (*res serviens*) em relação à coisa dominante (*res dominans*); III – o conteúdo da servidão é sempre uma utilidade interente à *res serviens*, que dá ao titular do direito real o direito de usar, ou de gozar ou, ainda, o de extrair determinados produtos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2001. p. 140-141.

¹⁷⁸⁵ Trata-se de figuras típicas do direito do urbanismo. Ver Lei do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, Aart. 5º: “Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. 1º Considera-se subutilizado o imóvel: I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente”.

¹⁷⁸⁶ CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 136-137.

jurídico especial para sua utilização e disposição, criando obrigações de conservação e preservação a cargo do seu detentor e, na ausência de condições deste, do ente de governo responsável pelo ato. Trata-se de ato complexo declaratório e constitutivo de direito, modalidade especial de interveniência estatal, fundado na premissa da utilidade social do patrimônio e do interesse coletivo na proteção, conservação e valorização dos bens culturais que o integram.

e) Objeto do tombamento

Empregando o vocábulo tombamento, o direito brasileiro seguiu a tradição do direito português¹⁷⁸⁷, que utiliza a palavra *tombar* no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos próprios, “guardar na torre do tomo”¹⁷⁸⁸.

Pelo ato do tombamento, o Poder Público interessado em salvaguardar e preservar determinado bem determina sua inscrição nos livros do tomo para fins de sua sujeição a restrições parciais. Em razão dessa medida, o bem, independente do titular do domínio, passa a ser considerado bem de interesse público. O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo o proprietário particular de exercer direitos inerentes ao domínio. Não há, dessa feita, em regra, o direito à indenização, uma vez que a restrição não comporta em princípio prejuízo. Tal regra poderá ser revista em se tratando de situação particular. Caberá ao Poder Público responsável analisar se, para a proteção do bem, deve ser feita a restrição total dos direitos do proprietário, nesse caso, devendo promover a desapropriação¹⁷⁸⁹, e não o tombamento.

Quanto ao objeto, o tombamento no Brasil poderá atingir bens de qualquer natureza, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados. Nos termos do §2º, do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, são sujeitos a tombamento “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”.

O Decreto-Lei em seu artigo 3º exclui, ainda, as obras de origem estrangeira, segundo certas condições:

Artigo 3º – Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

- 1º) Que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no País;
- 2º) Que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no País;
- 3º) Que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução ao Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;
- 4º) Que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- 5º) Que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- 6º) Que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

¹⁷⁸⁷ É de se esclarecer que essa referência advém de uma época longínqua, não sendo atualmente adotado o termo “tombamento” na legislação cultural portuguesa. Esta, ao contrário, adquire um perfil mais influenciado pela tradição francesa da “classificação” e do “inventário”. Cf. SANTOS, António Marques dos. A proteção dos bens culturais em Portugal, incluindo a Madeira e os Açores. In: JAYME, Erik; SCHINDLER, Christian (Coord.). **Rechtentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau**. Heidelberg: Baden-baden, 2002. p. 19-37.

¹⁷⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 490.

¹⁷⁸⁹ Lei da desapropriação por utilidade pública em vigor no Brasil é a n. 3365, de junho de 1941. “Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública: (...) 1) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza.”

f) *Da forma e do procedimento*

Em se tratando do tombamento de bens de interesse nacional, o Decreto-Lei 25/37 previu apenas alguns aspectos relacionados a seu processo e a sua forma.

O ato do tombamento é uma manifestação positiva da vontade, feita pelo Conselho Consultivo, no sentido de que determinado bem integre o patrimônio cultural. Essa decisão, entretanto, se sujeita ao controle mediante homologação.

Para promover o tombamento são necessários estudos técnicos complexos e aprofundados relacionados com o sentido cultural do bem a ser protegido. Apesar de não haver exigência expressa na lei nesse aspecto, entendemos que tais levantamentos coadunam-se com a necessidade de motivação justificada que leva a Administração a estabelecer tal restrição de ordem pública.

Os estudos, os pronunciamentos e os encaminhamentos da matéria até esta chegar à decisão do Conselho Consultivo formam o processo administrativo de tombamento. Não obstante ser a decisão do Conselho o ato de manifestação de vontade do poder público, a instrução do processo de tombamento é de grande importância, uma vez que subsidia sua decisão, e também informa aspectos elementares do tombamento, isto é, precisa seu objeto, determina sua característica e sua expressão enquanto bem de valor cultural.

Em se tratando das modalidades, o tombamento poderá ser:

1. em relação ao procedimento: de *ofício*, *voluntário* ou *compulsório*;
2. em relação à eficácia: *provisório* ou *definitivo*.

O tombamento de ofício ocorre quando o tombamento atinge um bem público. Realiza-se por ordem do diretor do IPHAN (ou órgão competente na esfera de governo correspondente), devendo-se, entretanto, promover a notificação da entidade a que o bem pertencer ou sob cuja guarda estiver, a fim de produzir os efeitos previstos no Decreto-Lei n. 25¹⁷⁹⁰.

O tombamento que recai sobre bens particulares poderá ser voluntário ou compulsório. *O tombamento voluntário* recai sobre bem privado e se realiza pela simples anuência de seu proprietário, podendo ser seu próprio pedido ou em atendimento de notificação proposta pela Administração, conforme disciplina o artigo 7º do Decreto-Lei 25¹⁷⁹¹.

O tombamento compulsório ocorre quando, da notificação da iniciativa Administrativa para a preservação do bem, há recusa do proprietário particular. O procedimento do tombamento compulsório é regulado pelos artigos 8º e 9º do Decreto-Lei 25 e estabelece o seguinte desenvolvimento: 1) o órgão competente deverá notificar o proprietário particular para anuir ou não ao tombamento em um prazo de 15 dias; 2) no caso de não haver impugnação no prazo assinalado, que é decadencial, a autoridade competente mandará por simples despacho, que se inscreva o bem no livro de tomo correspondente; 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo, o órgão responsável pela notificação fará vista e sustentará a inscrição; 4) em seguida, independentemente de custas, o processo será remetido ao Conselho Consultivo do IPHAN, quando tratar de tombamento de sua competência (ou a órgão correspondente nos demais níveis de governo), que proferirá decisão a respeito, dentro de 60 dias, a contar do seu recebimento; 5) em qualquer caso, determinado o tombamento, sua eficácia fica dependendo de homologação do Ministro da Cultura; 6) quando realizado pelo IPHAN, cabe recurso para o Presidente da República (Decreto-Lei 3.866, de 1940)¹⁷⁹².

¹⁷⁹⁰ Decreto-Lei 25. “Artigo 5º – O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício por ordem do Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.”

¹⁷⁹¹ Decreto-Lei 25. “Artigo 7º – Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.”

¹⁷⁹² SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 163

Esse procedimento é revestido de princípios e interesses jurídicos. O Decreto-Lei n. 25/37 não escolheu o sistema de proteção *ex vi legis*, isto é, decorrente automaticamente da lei. Poderia a lei federal ter escolhido fórmula vigente em alguns países pela qual coisas com certo tempo de existência ficam imediatamente protegidas. Entretanto, o decreto-lei previu o processo administrativo¹⁷⁹³, pelo qual cabe ao órgão do Executivo avaliar quais bens merecem proteção federal. Com essa previsão abriu-se ao Executivo o espaço legal necessário ao exercício de poder de política nessa área, já que lhe caberá determinar os bens passíveis de proteção¹⁷⁹⁴.

O artigo 10º, do Decreto-Lei 25 ainda distingue o tombamento *provisório* e o *definitivo*.

O *tombamento provisório* estabelece-se no momento em que o proprietário é notificado pela Administração competente. Ele produz os mesmos efeitos do tombamento definitivo, salvo quanto à transcrição no registro de imóveis, somente exigível para o tombamento definitivo. Em verdade, os tombamentos provisório e definitivo são “subespécies do compulsório. Provisório, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação. Definitivo, consoante esteja o processo concluído, pela inscrição do bem no Livro do Tombo (Decreto-Lei 25, de 1937, art. 10)”¹⁷⁹⁵. Vale dizer que a notificação que inicia o tombamento compulsório tem eficácia de tombamento provisório, que é equiparada ao definitivo para todos os efeitos, como já dito.

O tombamento torna-se *definitivo* com a inscrição do bem no livro do tomo correspondente e sua homologação pelo ministro da Cultura ou autoridade prevista na legislação estadual ou municipal nos tombamentos de sua iniciativa.

Embora o procedimento se encerre com inscrição no livro do tomo, a lei exige ainda que, em se tratando de imóveis se faça a transcrição no registro de imóveis, averbando-se o tombamento ao lado da transcrição do domínio, segundo artigo 13 do Decreto-Lei 25/37. Em se tratando de bens móveis, embora a lei federal não tenha norma semelhante, deduz-se do §2º do mesmo dispositivo que a transcrição deve ser feita em registro público, no caso o Registro de Títulos e Documentos. No Estado de São Paulo, essa exigência está expressa no artigo 13, §1º, do Decreto-Lei n. 149, de 15 de agosto de 1969¹⁷⁹⁶.

Como se nota, o tombamento compulsório é ato culminante de um procedimento que se integra de atos de relevância, dentre tais, destacamos a *notificação*, que dá início ao curso do tombamento definitivo e estabelece os efeitos do tombamento provisório; a *inscrição*, que conclui o procedimento e lança finalmente o bem no rol do patrimônio cultural e a *homologação*, que o torna definitivo e eficaz, salvo recurso.

g) *Repercussões do tombamento*

O bem imóvel está tombado. Isso significa dizer que o procedimento administrativo apropriado foi concluído e o bem foi reconhecido como integrante do patrimônio cultural. Qual será, a partir de então, o exercício do direito de propriedade do bem tombado? Quais são, por fim, as repercussões do tombamento para o mundo jurídico?

De plano, nota-se que a maior repercussão do tombamento se encontra na delimitação do direito de propriedade. O direito sobre bem, que antes gozava de uma configuração geral, sofrendo limitações genéricas mormente vinculadas a sua existência urbanística (seja em meio urbano ou rural) e civil (limitações de vizinhança), passa a agregar elementos novos. Daí o caráter constitutivo do tombamento. Constitui-se uma nova realidade jurídica, com um novo perfil da propriedade.

¹⁷⁹³ Observado o princípio do devido processo legal. Cf. FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Tombamento e o Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 1-34, abr./jun., 1997.

¹⁷⁹⁴ Cf. CASTRO, Sonia Rabello. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 34/35.

¹⁷⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 163

¹⁷⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2001. p. 135.

O tombamento gera, ainda, restrições para a propriedade sobre a qual recai e também sobre as propriedades vizinhas. É o que a doutrina chama de efeito reflexo, quando as restrições se estendem a terceiros.

Pires¹⁷⁹⁷ aponta os efeitos do tombamento segundo o Decreto-Lei n. 25/37, de 30 de novembro, a partir de cinco perspectivas. Tomaremos emprestados aqueles efeitos que dizem respeito aos bens culturais imóveis, seguindo de perto os comentários daquela autora.

i. Em relação ao objeto

Em relação ao objeto, podemos afirmar que o primeiro efeito é a integração do bem ao patrimônio cultural. A partir desse momento, o bem passa a ser equiparado aos bens do patrimônio nacional, estadual ou municipal, ainda que se trate de propriedade privada.

A tutela é, pois, concretizada e o bem passa a ser submetido a um novo regime, onde se poderá verificar ou não uma diminuição do seu valor econômico¹⁷⁹⁸.

As restrições à propriedade em si próprias estão ligadas, também, aos seus elementos de modificabilidade e conservação e à liberdade de disposição da coisa.

- Não é possível alterar aspectos do bem sem a devida autorização de agente administrativo competente (art. 17¹⁷⁹⁹).
- Para além de não poder alterar-lhe em essência, o proprietário do bem deverá promover ações com o fim de lhe garantir a conservação (art. 18¹⁸⁰⁰). Caso não tenha recursos para tanto, tem a obrigação de informar ao serviço de patrimônio correspondente, para que este assumam as despesas com as reparações necessárias.
- O bem tombado permanece de titularidade do proprietário particular, ainda que o seu uso e destinação possam vir a ser completamente alterados para atender ao interesse público¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁷ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 156 e ss.

¹⁷⁹⁸ A redução do valor econômico do bem tombado gera direito a indenização do proprietário. Comprovados os danos, o ente público interessado no tombamento deverá reequilibrar sua situação econômica. É o entendimento pacífico na jurisprudência nacional de maior relevo: (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) ED cl no Ag Rg no Resp 757673 / SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial; órgão julgador: T1 – Primeira Turma 2005/0094709-0 – Relator: Ministro Francisco Falcão (1116), data do julgamento: 09/05/2006; Processual Civil e Administrativo. Limitação Administrativa. Acórdão que Considerou Ausentes os Pressupostos para a Indenização Pleiteada. Inexistência da Supressão do Valor Econômico do Bem. Incidência da Súmula 7/STJ. Embargos de Declaração. Omissão. Inexistência. I - Inexiste a omissão apontada pelo Embargante porquanto restou assentado a inexistência de contradição no acórdão recorrido, uma vez que o Tribunal *a quo*, valendo-se das perícias apresentadas, deixou explícito que a área que sofreu tombamento, *rectius*, limitação administrativa, não teve esvaziamento de seu valor econômico. II - No panorama apresentado, para rever a convicção plasmada com base no conjunto probatório, far-se-ia impositivo reexaminar tais elementos, o que é vedado a esta Corte Superior na via do Recurso Especial. Neste particular, também não existiu qualquer pecha a dar ensejo à oposição dos aclaratórios. III - Embargos de declaração rejeitados.

¹⁷⁹⁹ Artigo 17 - As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado. Cf. Decreto-Lei n. 25/37.

¹⁸⁰⁰ Artigo 19 - O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. Cf. Decreto-Lei n. 25/37.

¹⁸⁰¹ A conservação do bem pode levar à mudança de sua destinação, em busca de seu aperfeiçoamento primitivo ou de uso compatível com suas características. Nesse sentido também são os interesses ligados à acessibilidade do bem, que por vezes implicará o estabelecimento de horários de visitação pública e em utilização restrita do bem, para certos fins. É como disciplina a primeira parte do artigo 215 da Constituição Federal brasileira: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (...)”. Cf. Constituição Federal do Brasil. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

- Toda alienação onerosa promovida pelo proprietário particular do bem deverá observar o princípio da preferência (art. 19¹⁸⁰²) em favor do poder público, observadas a seguinte ordem: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.
- Em se tratando de coisas tombadas cujo titular é pessoa jurídica de direito público, submetem-se à inalienabilidade especial e relativa; só podem ser transferidas de uma pessoa jurídica de direito público interno para outra.
- O bem poderá ter de ser reparado por determinação do ente público interessado no tombamento, a expensas do proprietário ou do próprio ente, na ocasião de impossibilidade financeira desse.
- O bem poderá ser declarado desapropriado indiretamente pelo poder judiciário, nos casos em que o tombamento não se apresente como via apropriada, eliminando todo o conteúdo econômico da propriedade¹⁸⁰³.
- A partir do ato do tombamento, passa a ser obrigação de todos a sua proteção, conforme estabelece a constituição federal, na primeira parte do §1º, do art. 216: “o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”, daí o bem passar a poder ser objeto de Ação Civil Pública ou Ação Popular (ainda que antes do tombamento também o seja).
- O bem continua passível de gravação, pelo proprietário, de penhor, anticrese ou hipoteca¹⁸⁰⁴.
- Em se tratando de tombamento em conjunto, os bens individualizáveis podem sofrer restrições diferenciadas de acordo com sua posição ou papel no conjunto.
- Os bens tombados ou em vias de o ser não estão sujeitos à aquisição via usucapião, pois integram o conceito de patrimônio nacional¹⁸⁰⁵.
- Em caso de tombamento provisório, os efeitos são os mesmos, salvo com relação às restrições à alienação do bem.

¹⁸⁰² Artigo 22 - Em face da alienação, onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. Cf. Decreto-Lei n. 25/37

¹⁸⁰³ Casos há em que o tombamento não é via adequada para a tutela que se pretende realizar. O equilíbrio entre o interesse público e o direito de propriedade, mais uma vez, deverá ser atendido. Caso o uso e a destinação, cumuladas com a impossibilidade de alteração do bem e dever de conservação importem em perda sensível das faculdades inerentes ao direito de propriedade, bem como reduzam consideravelmente seu valor econômico, o poder judiciário poderá declarar a desapropriação indireta, condenando em sequência o ente público a indenizar o proprietário do bem, na totalidade de seus prejuízos. Nesse sentido, alguma jurisprudência: Processo REsp 220983 / SP ;curso especial; 1999/0057694-2 ; Relator(a); Ministro José Delgado (1105) Órgão Julgador ; T1 - Primeira Turma ; Data do Julgamento 15/08/2000 ; Data da Publicação/Fonte; DJ 25.09.2000 p. 72; RSTJ vol. 140 p. 97; Ementa; Administrativo. Tombamento. Indenização. Bem Gravado em Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade, Impenhorabilidade, Usufruto e Fideicomisso. 1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado. 2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogo. 3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, ao esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria. 5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art.31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. 6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames. 7. Recurso improvido.

¹⁸⁰⁴ Conforme define o §3º, do art. 22, do Decreto-Lei n. 25/37: “§ 3º - O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca”.

¹⁸⁰⁵ Nesse sentido a legislação portuguesa, que expressamente a declara no artigo 34, da Lei n 107/2001, de 8 de setembro. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 239.

ii. *Em relação ao ente de direito público interno*

O ente estatal tem, desde já, o dever de tutelar os bens que apresentem interesse cultural relevante. Isso significa dizer que, ainda que reste sempre certa discricionariedade, a normativa constitucional é explícita ao apontar como “dever”, e não mero “poder” dos três entes do governo, a realização de atos de tutela e preservação de bens culturais, dentre esses atos, o tombamento¹⁸⁰⁶.

- A partir do momento em que o ente público é sujeito ativo do tombamento, este passa a ter obrigações no que se refere à gestão do bem. “Com efeito, o regime jurídico do tombamento estabelece, de imediato, a co-responsabilidade da Administração na gestão da coisa, obrigando-se a protegê-la, conservá-la, repará-la em certos casos, até mesmo a suas expensas, como na hipótese de o proprietário não dispor de recursos para tanto”¹⁸⁰⁷.

- O tombamento gera, ainda, consequências para os três entes de direito público, na medida em que se insere no contexto da gestão do solo e na disciplina do uso e utilidade da propriedade. Um bem tombado integra-se ao meio territorial e as medidas de gestão desse meio devem levar em consideração (desde a notificação do procedimento do tombamento) os interesses culturais envolvidos. Os planos municipais, estaduais e nacionais de urbanismo devem lhe ter, por fim, em conta. Em Portugal, o artigo 42 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, prevê como efeito da abertura do procedimento de classificação: “1 - A notificação do ato que determina a abertura do procedimento de classificação de bens imóveis nos termos do artigo 15º, da presente lei opera, além de outros efeitos previstos nesta lei, a suspensão dos procedimentos de concessão de licença ou autorização, demolição, movimento de terras ou atos administrativos equivalentes, bem como a suspensão dos efeitos das licenças ou autorizações já concedidas, pelo prazo e condições a fixar na lei”¹⁸⁰⁸. Significa dizer que as implicações do tombamento na esfera urbanística são bastante consideráveis, parecendo-nos aplicáveis, as mesmas observações, ao regime brasileiro.

- Na mesma medida, o tombamento também é ele um instrumento de gestão urbanística, podendo ser utilizado como via para o estabelecimento de uma maior e mais profunda interferência no direito de propriedade cultural. É o que já assume o Estatuto da Cidade no Brasil (art. 4º, V, “d”).

- O Estado reveste-se de poder de polícia e deve agir tomando medidas de inspeção, fiscalização permanente dos bens tombados, bem como coibindo a ação deletéria que venha a interferir no estado da coisa. Essa posição gera obrigações e privilégios para a entidade pública.

- O tombamento gera em favor do Poder Público o direito de preferência para aquisição dos bens assim onerados¹⁸⁰⁹.

- No caso de o tombamento gerar para o particular uma significativa e comprovada perda econômica, este também gera o dever de indenização por parte do Estado, em favor do particular prejudicado.

- Atribui-se a ele, ainda, o poder-dever de impor penalidades administrativas e penais a

¹⁸⁰⁶ Nesse sentido é o entendimento de Santos, ao recordar que “a norma do art. 180 (CF/88) como de resto toda a constituição, constitui preceito jurídico diretamente aplicável, que vincula os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (...) podemos concluir que, não há discricionariedade, isto é, a autoridade fica obrigada a dar aquele bem a proteção e o amparo mínimos suficientes à preservação do valor cultural”. E assevera, “este mínimo, pode não ser o tombamento, e, sim, outra medida”. Cf. SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Tombamento – uma análise constitucional. Aspectos da Discricionariedade aplicáveis ao instituto*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico – I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 52-136.

¹⁸⁰⁷ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 157 e 158.

¹⁸⁰⁸ Cf. NABAIS, José Casalta ; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 223 e ss.

¹⁸⁰⁹ Para o exercício do direito de preferência, é fundamental que se tenha dado publicidade do ato pelo Diário Oficial e procedido ao registro do tombamento em cartório.

todos àqueles que destruírem, inutilizarem, deteriorarem ou alterarem os bens tombados, bem assim àqueles que retirarem as características que justificaram a proteção especial.

- Estabelece-se, também, em favor do poder público o poder-dever de desapropriar, se a via do tombamento se mostrar inapropriada ou inócua para a conservação do bem. Ressalva há que ser feita para o fato de que o município não poderá desapropriar bens do Estado e da União e o Estado, os bens da União.

- Quando o objeto do tombamento for um bem da União, dos Estados ou dos Municípios, recairá sobre ele uma inalienabilidade especial e relativa, eis que todos já se sujeitam à regra geral de inalienabilidade. A inalienabilidade disciplinada no Código Civil é liberada por lei autorizativa da alienação editada na mesma esfera. Já a inalienabilidade especial, decorrente do Decreto-Lei n. 25/37 e imposta mediante tombamento levado a efeito pela União, só poderá ser liberada mediante a aprovação de uma lei federal do mesmo nível. Por outro lado, as coisas tombadas que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades (art.11, do Decreto-Lei n. 25/37).

iii. Em relação ao proprietário

A maior parte dos efeitos do tombamento recai sobre o sujeito passivo da relação, o proprietário. Segundo o sistema brasileiro, desde iniciado o processo de tombamento com a notificação, momento a partir do qual se lhe considera temporário, até a efetiva inscrição em um dos livros do tomo¹⁸¹⁰, o bem sofre as restrições atribuídas pelo ente público, na medida do interesse cultural ali verificado.

As restrições impostas atingem as faculdades de usar, dispor e gozar o bem¹⁸¹¹, em maior ou menor intensidade, na medida das necessidades identificadas. Nesse contexto, é o proprietário quem se submete a um novo regime do exercício de seus direitos ou, melhor dizendo, passa a ter um novo direito, delimitado pelo interesse público cultural.

O tombamento não deve significar subtração do bem, sob pena de ter que ser substituído pela desapropriação. Ocorre que as restrições impostas afetam o desfrute pleno do bem, na medida em que o encargo de conservação e preservação, somado à imutabilidade do bem, implica ônus social a ser assumido pelo proprietário. Esse ônus não é, em regra, indenizável, pois integra o que se compreende por função social da propriedade.

Nesse sentido, afirma Pereira¹⁸¹²:

o tombamento do bem, resultante de sua classificação como de valor histórico, artístico ou paisagístico, não importa, em princípio, na sua retirada do acervo patrimonial do seu proprietário. Não importa, mesmo, na sua inalienabilidade, senão na sua sujeição a um regime peculiar de restrições. A coisa não sai do uso e do gozo do *dominus*, e nem mesmo perde a disponibilidade. Mas sofrem todas estas qualidades dominicais uma diminuição do valor jurídico, que frequentemente reflete na redução do valor econômico.

Ainda em relação ao proprietário, Cretella¹⁸¹³ assinala que o tombamento importa em efeitos divisíveis em dois grupos: restrições negativas, de natureza de *non facere* (os bens não poderão ser

¹⁸¹⁰ Cf. Decreto-Lei n. 25/37: “Artigo 10º - O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.”

¹⁸¹¹ Conferir o quadro apresentado por TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, p. 231-247, jul./set., 2004.

¹⁸¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Parecer da Consultoria-Geral da República: Patrimônio Histórico – tombamento. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 5, jul./set., 1961.

destruídos, demolidos, reparados, restaurados, pintados, consertados, alienados, alterados, modificados), e restrições positivas, verdadeiras imposições do Poder Público, de natureza de um *facere* (os bens deverão ser consertados, vigiados, cuidados pelo proprietário, que nesse mister procederá como um *bonus pater familias*).

Sujeita-se o proprietário, portanto, a uma série de restrições, mesmo quando este age com fins de conservar e reparar o bem. A forma e a medida de como as intervenções direcionadas ao bem se darão, deve ser previamente autorizada¹⁸¹⁴. O proprietário passa a ser *dominus* e administrador. Como *dominus*, a atividade do proprietário sobre o bem deverá ser absoluta; como administrador, o bem não está mais vinculado à vontade ou personalidade do agente, mas, à finalidade impessoal e objetiva que essa vontade deve servir, porque administração designa, também, em direito público, a atividade de quem é proprietário. O sujeito mantém-se como titular da propriedade, mas lhe incumbe o ônus da conservação da coisa tombada¹⁸¹⁵.

Podemos sistematizar os efeitos do tombamento em relação ao proprietário e sua propriedade, da seguinte forma:

a) *Efeitos relativos às faculdades de usar e fruir o bem*

- O tombamento restringe a faculdade de usar o bem na medida em que as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do serviço do patrimônio responsável, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa, elevada ao dobro em caso de reincidência (art. 20, do Decreto-Lei n. 25/37).
- O proprietário tem a obrigação de informar ao serviço de patrimônio responsável da necessidade de qualquer medida de conservação do bem cultural. Tem, por outro lado, um benefício: poderá vir a ser favorecido por essas medidas de conservação (obras, restauros, reformas) tomadas às custas da administração pública, nos casos e situações em que demonstrar não possuir recursos próprios para empreendê-los¹⁸¹⁶¹⁸¹⁷.
- Caso o poder público responsável não venha a agir tomando as medidas de conservação

¹⁸¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. Tombamento no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 70-88, 1975.

¹⁸¹⁴ Assim também ocorre em regime estrangeiro. Na Itália, o novo *Code dei beni culturali* (Lei de 22 janeiro de 2004) estabelece regime semelhante, ao determinar no artigo 30, 3. “os proprietários privados, possuidores ou detentores dos bens culturais são obrigados (tenuti) a garantir-lhes a conservação”. Essa obrigação deverá observar, entretanto, as orientações das entidades públicas competentes, conforme se depreende do Artigo 31 do mesmo Código Italiano. Da mesma maneira ocorre em Portugal, onde a Lei n° 107/2001, de 8 de Setembro determina no item “b”, 2, artigo 21°, como dever especial do detentor de bens culturais: “executar trabalhos ou as obras que o serviço competente, após o devido procedimento, considerar necessários para assegurar a salvaguarda do bem”. Cf. Nesse sentido é o comentário à Lei, elaborado por LEONE, Giovanni; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006. p. 319-320. No mesmo sentido, em Portugal, NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁸¹⁵ Cf. Acórdão prolatado em Recurso Especial n. 25.371, do Supremo Tribunal de Justiça, em 19 de abril de 1993. Relator Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

¹⁸¹⁶ “Artigo 19 - O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º - Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.” Cf. Decreto-Lei n. 25/37.

¹⁸¹⁷ “A aplicação de recursos públicos a bens do domínio privado objeto de tombamento tem a justificá-la o próprio regime especial em que se insere o bem. O poder público no processo de co-gestão do imóvel deve assumir essa posição extremada toda vez que, por ausência de condição por parte do proprietário, esteja o bem ameaçado e assim o interesse público de que se acha revestido. Acrescente-se, também, que a constituição do regime especial do tombamento acaba por alterar a própria natureza do bem, que tem aumentada a área de publicização.” Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 160.

anteriormente mencionadas, terá, ainda, o proprietário, o direito de pedir o cancelamento do tombamento¹⁸¹⁸.

- Os bens tombados não poderão ser destruídos, demolidos ou mutilados nem reparados, pintados ou restaurados sem prévia autorização especial do serviço de patrimônio competente, sob pena de multa de 50% do dano causado (art. 17, Decreto-Lei n. 25/37). Em se tratando de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa (art. 17, parágrafo único, Decreto-Lei n. 25/37).
- O proprietário deverá observar as restrições relativas ao uso do bem tombado. A valorização do patrimônio cultural integra as políticas conservacionistas e deverá refletir um comprometimento com o uso e as características tradicionais do bem cultural imóvel, evitando-se dar a ele uma utilidade incompatível com sua história.

b) Efeitos relativos às faculdades de dispor do bem

- Sujeita-se o proprietário às restrições à alienação: deve averbar junto ao Registro de Imóveis as transferências de domínio, comunicar ao órgão do patrimônio responsável acerca da transferência do bem e observar o direito de preferência dos entes públicos no caso de alienação.
- Terá, ainda, o proprietário, o direito de requerer judicialmente indenização¹⁸¹⁹ nos casos de comprovada redução do valor econômico de sua propriedade, advinda do ato do tombamento. Poderá, ainda, questionar o próprio ato do tombamento, levantando provas da inexistência de interesse cultural que justifique a medida de tutela. O direito de requerer judicialmente a indenização é privilégio do proprietário que sofre o tombamento. Não se concederá indenização ao adquirente de bem já tombado¹⁸²⁰. A seguir discutiremos de maneira mais detida acerca desse

¹⁸¹⁸ “§ 2º - À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.” Cf. Decreto-Lei n. 25/37.

¹⁸¹⁹ É o que se depreende de jurisprudência analisada: “O tombamento, qualquer que seja a natureza jurídica que lhe se atribua: a) Servidão administrativa (CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, p. 363, item n. 35, 4. ed. 1993, Malheiros; RUY CIRNE LIMA, Revista de Direito Público, v. 5/26); b) Limitação administrativa ao direito de propriedade (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, Tratado do Domínio Público, p. 451, item n. 208, 1984, Forense; HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, p. 485, 17. ed. 1992, Malheiros; DIÓGENES GASPARINI, Direito Administrativo, p. 298, 1989, Saraiva; PINTO FERREIRA, Comentários à Constituição Brasileira, v. 7/172, 1995, Saraiva; c) Instrumento de submissão da propriedade privada a regime jurídico de tutela pública (PAULO AFONSO LEME MACHADO, Ação Civil Pública e Tombamento, p. 68, 1986, RT) ou d) Categoria híbrida de direito administrativo, não se enquadrando nem como simples limitação administrativa, nem como servidão (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Direito Administrativo, p. 114, 1990, Atlas), ou, então, qualificando-se ora como desapropriação, ora como servidão administrativa (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, Curso de Direito Administrativo, p. 200, item n. 6, 2. ed., 1995, Malheiros), ou, ainda constituindo limitação administrativa apta a converter-se, quando presente o dever de indenizar, em servidão administrativa (FERNANDO ANDRADE OLIVEIRA, Limitações administrativas à Propriedade Privada Imobiliária, p. 236, item n. 32.1, 1982, Forense) – Impõe poder estatal a ineliminável obrigação de indenizar o proprietário do bem tombado, sempre que esse instituto de direito público, ao incidir sobre as diversas faculdades jurídicas em que se pluraliza o domínio, comprometer e afetar a própria substância econômica do direito de propriedade.” Cf. Despacho Prolatado em Agravo de Instrumento Dirigido ao Supremo Tribunal Federal, n. 127.174, Relator Sr. Ministro Celso de Mello., em 10 de maio de 1995.

¹⁸²⁰ Nesse sentido alguma jurisprudência: Apelação Com Revisão 2769135400. **Relator(a):** Teresa Ramos Marques **Órgão julgador:** Oitava Câmara de Direito Público de Férias. **Data de registro:** 11/03/2003. **Ementa:** VOTO N. 2893 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO APELAÇÃO CÍVEL: 276.913.5/4-00 APELANTE: CAIXAGERAL SOCIEDADE ANÔNIMA SEGURADORA APELADO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Limitação Administrativa - Ilhabela - Prescrição Vintenária - Interrupção - Reconhecimento do Direito - Ato Inequívoco - Aquisição Posterior - Não configura ato inequívoco de reconhecimento do direito de indenização. **Ementa:** VOTO N. 2893 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO APELAÇÃO CÍVEL: 276.913.5/4-00 APELANTE: CAIXAGERAL SOCIEDADE ANÔNIMA SEGURADORA APELADO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Limitação Administrativa - Ilhabela - Prescrição Vintenária - Interrupção - Reconhecimento do Direito - Ato Inequívoco - Aquisição Posterior - Não configura ato inequívoco de reconhecimento do direito de determinado proprietário particular, ato normativo de caráter geral que nem sequer descreve o imóvel de forma individualizada - Não sofre o dano ensejador da indenização, aquele que adquire o imóvel já sujeito à limitação administrativa, posto que a ciência desta lhe permite negociar

efeito do tombamento.

iii. Em relação à vizinhança: o entorno do bem cultural

Tradicionalmente, o tombamento gera uma servidão em relação a terceiros, construções vizinhas ao bem cultural. Essa servidão se configura na abstenção de atos que possam levar a obstrução visual, dificultar o acesso do bem cultural e, segundo uma interpretação mais atual, retirar a harmonia arquitetônica do entorno daquele patrimônio¹⁸²¹.

A proteção do monumento (imóvel) não seria totalmente eficaz se não adotasse medidas para evitar que nas áreas circundantes se realizassem obras que viessem a descaracterizar ou diminuir-lhe o valor cultural que implicou seu tombamento. Assim, um efeito reflexo, que se justifica a partir da notificação que inicia o processo de tombamento, é aquele que atinge a vizinhança que está no entorno do bem cultural: a servidão.

A servidão que se impõe em razão do tombamento está prevista na Lei Federal n. 25/37, em seu artigo 18. Não há, na lei federal, uma definição do momento em que essa restrição passa a ser exigível, mas a doutrina tem entendido que isso ocorrerá a partir de sua averbação no registro de imóveis, que onerará o bem circunvizinho com a servidão, restrição real, no caso, coativa, visto que fundada em lei¹⁸²²¹⁸²³. A partir do momento da averbação, que deverá ser encaminhada pelo órgão público interessado (Instituto Nacional do Patrimônio – IPHAN e demais Secretarias de Estado e do Município) no tombamento (União, Estados e Municípios), o vizinho fica condicionado à autorização para construir, ficando impedido de colocar anúncios ou cartazes que prejudiquem a sua visibilidade. A desobediência desse preceito gera o dever de levantar os cartazes e destruir a obra, bem como autoriza o poder público à aplicação de multa pecuniária.

Em nossa opinião, entretanto, a servidão é efeito do tombamento e medida essencial para sua salvaguarda, notadamente sua valorização. Nesse sentido ela deve ser exigível também nos casos do tombamento provisório, ou seja, a partir da notificação do início do processo de tombamento.

Essa é a postura adotada em Portugal, conforme se verifica do art. 14, n. 2, “h”, do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, que estabelece dentre os efeitos da abertura do procedimento de classificação que “2 - Um bem imóvel em vias de classificação fica ao abrigo, designadamente: (...) h) Das restrições previstas para a zona geral de protecção ou zona especial de protecção provisória, nos termos do artigo 43 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro;”

preço que neutralize as restrições ou impedimentos de uso e gozo - Negado provimento ao recurso. Sentença, cujo relatório se adota, extintiva do processo, reconhecendo a prescrição, nos termos da Súmula 119 do Superior Tribunal de Justiça, fixando os honorários em R\$ 1.000,00. Apela a autora, alegando que deve ser indenizada pela terra nua e pela cobertura vegetal de seu imóvel, nos termos dos arts. 75, 159, 524 e 623 do Código Civil, assim como do art. 182, par.3º, da Constituição Federal, incidindo ainda as Súmulas 114 e 167 e 618 do Supremo Tribunal Federal, além de outras disposições legais. O Decreto Estadual 9.414/77 criou o Parque Estadual de Ilhabela, considerando o Decreto Federal 44.890/58 que protegeu as florestas nativas existentes naquele município. Posteriormente, a Resolução 40/85 do Secretário Estadual da Cultura tombou a área, seguida da Portaria.

¹⁸²¹ “Artigo 18 - Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.” C. Decreto-Lei n. 25/37.

¹⁸²² Nesse sentido Pires, ao afirmar que “as restrições a proprietários da área vizinha podem ser depreendidas do art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37. Entretanto, conforme já defendemos, tais restrições só podem ocorrer a partir da averbação no registro de imóveis, de acordo com o Código Civil, no que dispõe sobre a instituição e eficácia de direitos reais sobre imóveis (atuais art. 1378 e ss). Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 161.

¹⁸²³ Nesse sentido a doutrina civil de Nader, que anota “tratando-se de direito real, a constituição da servidão se efetiva mediante registro em Cartório de Registro de Imóveis. Tal exigência atende ao princípio da segurança jurídica da coletividade, o que deve ter acesso ao conhecimento da existência da servidão”. Cf. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 4. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 399.

Para além da dificuldade em identificar na legislação federal o momento em que a servidão é exigível, o Decreto-Lei Federal não determina os perímetros dessa servidão que beneficia os monumentos tombados ou em vias de tombamento. A legislação estadual e municipal, entretanto, poderá fazê-lo. Assim afirma Machado¹⁸²⁴:

a proteção da vizinhança ou do entorno do monumento tombado revela a necessidade de uma previsão, principalmente no âmbito municipal, dessa tutela jurídica, para que o art. 18 do Decreto-Lei n.25/37 não seja fonte de conflito entre o órgão de proteção cultural e o órgão licenciador de construções ou de atividades agrícolas ou florestais (...).

O legislador local, detentor de maior competência em matéria do entorno do bem cultural de todos os níveis, deverá, por outro lado, ter a preocupação com a proteção da visibilidade da coisa tombada para que se possa permitir uma fruição estética, mesmo à distância, não devendo, entretanto, restringir o conceito de visibilidade aos seus aspectos objetivos. Ela deverá ser entendida do ponto de vista físico (distância, perspectiva, altura...), como também finalístico e qualitativo (harmonia, interação e ambiência)¹⁸²⁵¹⁸²⁶.

As interpretações ao artigo 18 do Decreto-Lei n. 25/37 tendem a ser ampliativas, no sentido de se coadunarem com as interpretações mais atuais de entorno e valorização do bem cultural. A tendência é, pois, de se abandonar uma concepção restrita de proteção e valorização do patrimônio passando a se reconhecer uma relevância cultural dos ambientes que os circundam. Hoje se fala muito mais em “harmonização” dos monumentos e seu entorno e de uma “servidão” que consiga compatibilizar o monumento individual e seu meio, de forma que o referido dispositivo legal¹⁸²⁷ deve ter seu sentido ampliado¹⁸²⁸.

¹⁸²⁴ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento, instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 18. Apud: PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 162.

¹⁸²⁵ Nesse sentido PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p.162.

¹⁸²⁶ Em relação à visibilidade podemos dar como exemplo a situação do Convento da Penha, monumento declarado pelo IPHAN como bem cultural nacional. O Convento da Penha é um dos santuários mais antigos do Brasil, fundado por Frei Pedro Palácios no ano de 1558, na cidade de Vila Velha, Espírito Santo. O bem fica localizado no alto de um penhasco, a 154 metros de altura e pode ser visto da cidade de Vitória, onde seus reflexos visuais são mais evidentes que na própria cidade de Vila Velha, onde este se situa. Em conversa com uma das Arquitectas do IPHAN em Vitória (Letícia Von Krüger), fomos informados da existência de um projeto que instaura limites para a construção de prédios em uma das principais avenidas da cidade, a Av. Nossa Senhora da Penha, de onde se pode ver o Convento, desde o alto até o final, tudo com fins de preservar a sua visibilidade integral. A visibilidade é, em nosso entender, integrante do conceito de valorização do bem cultural e sua aplicação dependerá sempre do grau de repercussão que este possuir em face das áreas que lhe circundam. A noção de entorno é, dessa feita, mais complexa que uma simples e limitada metragem ao redor do bem cultural.

¹⁸²⁷ Nesse sentido a doutrina espanhola, quando afirma que “a necessidade de salvaguardar os bens integrantes do patrimônio histórico imóvel vai mais além de sua estrita dimensão física para compreender uma área mais extensa, até onde se mantenham certas relações de perspectiva com o marco ou espaço em que surgiram ou em que se tenham desenvolvido no decorrer do tempo. A este espaço se denomina em linguagem jurídica ‘entorno’”. Essa ampliação do sentido da proteção do patrimônio cultural arquitetônico se dá na medida em que “a realidade especial que os rodeia influi diretamente no aspecto exterior do bem e em sua capacidade de representar um valor cultural”. Cf. ALONSO IBAÑEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 77.

¹⁸²⁸ Nesse sentido a crítica elaborada por Machado, em suas palavras: Pela leitura do dispositivo legal citado (art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37), deixa-nos claro que se procurou proteger a visibilidade da coisa tombada (...). Poderíamos aqui levantar três indagações: Qual seria a chance do art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37? Poderia, então, fazer-se construção na vizinhança do bem tombado, mesmo que não lhe impeça a visibilidade, mas haja uma quebra abrupta do estilo arquitetônico a que se protegeu? O que seria considerada área vizinha? Em todos esses pontos aventados, a legislação federal foi omissa (...). Com relação ao alcance da restrição imposta aos prédios vizinhos do bem tombado, acharemos que a interpretação do dispositivo legal em apreço não pode ser feita de uma forma tão acanhada. O que se protege não é apenas a visibilidade física do bem? Pode a vizinhança deixar de apresentar homogeneidade com a coisa tombada ou ser alterada de modo prejudicial a ela? Cf. MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento. Um instituto Jurídico. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico – I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 23-51.

Na doutrina européia, é possível verificar as origens dessa tendência que se deverá assumir no Brasil, em nosso entender, de maneira mais expressiva. Castilho Ruiz¹⁸²⁹, ao expor sobre a racionalidade arquitetônica e a formação histórica da noção de entorno dos bens culturais na Europa, comenta que existe uma constatável conexão ou relação dos monumentos com seu espaço circundante, conexão de efeitos negativos ou destrutivos, porém, derivados. Em um período onde se executou uma racionalidade construtiva do gótico, outorgava-se ao edifício uma unidade formal cerrada e articulada em sua singularidade, permitindo-se atuações destinadas a recuperar dita unidade, destruindo todos aqueles elementos que impediam essa individualização, o que forjou um conceito “negativo” de entorno. Essa concepção foi alterada no momento em que as exigências de atuação nos monumentos se viram modificadas. A destruição foi substituída pela conservação dos bens envolventes dos monumentos e pelo controle arquitetônico e urbanístico de seus elementos.

A definição de entorno como “ambiente” dos monumentos e, portanto, suscetível de interesse cultural encontra fundamentos teóricos na doutrina italiana de Giovannoni¹⁸³⁰, arquiteto italiano que concebe o importante conceito, segundo o qual a salvaguarda dos bens culturais “não se deve limitar a considerar o monumento singular, mas estender o conceito de conservação ao ambiente circunstante”. Dessa afirmação geral se depreende que o conceito de entorno deve ser compreendido como o conjunto de imóveis que circunda um monumento, o qual é necessário proteger por sua decisiva influência na valorização e configuração histórico-artística do patrimônio cultural, o que por si só lhes confere um valor cultural relevante.

O entorno não poderá ser desprezado pelos órgãos especializados do patrimônio cultural e, tampouco, poderá ser ignorado pelas normativas de direito urbanístico, estas que, no mínimo, observarão as limitações já anunciadas por aqueles órgãos.

Sabendo, ainda, da dificuldade enfrentada pela maior parte dos órgãos especializados na salvaguarda do patrimônio cultural no Brasil e das dificuldades de coordenação entre órgãos e serviços públicos ligados à tutela do bem cultural e ao planejamento territorial, consideramos oportuno defendermos que o planejamento urbanístico é, em realidade, o meio mais eficaz para assegurar a valorização dos bens culturais, evento que se realizará através de um comprometimento pleno de seu entorno, geralmente através da técnica do zoneamento.

Nesse contexto, é possível afirmar que nos casos de tutela de patrimônio cultural imóvel de interesse local, estadual ou nacional, o município deverá se valer de instrumentos urbanísticos para a definição dos limites às propriedades circunvizinhas, estabelecendo ali um regime especial que decorre do bem tutelado. Essa atuação poderá garantir um valor reflexo ao conjunto de bens que confere harmonia ao bem cultural identificado, ainda que não haja dentre estes (bens do entorno) nenhum outro elemento de destaque cultural.

É quando tratamos das questões relativas ao entorno dos bens culturais que observamos os elementos que se tocam ou a interseção que liga as duas políticas (territoriais e culturais). A Normativa Federal Brasileira trata da proteção do entorno no art. 18 (Decreto-Lei n. 25/37), anunciando uma servidão automática ligada, a princípio, à visibilidade do bem cultural. A interpretação ampliada desse artigo, considerando as normas de caráter internacional que densificam o tema nos permite afirmar que ao conceito de visibilidade deve-se somar a busca por uma harmonização dos bens dispostos ao redor do bem cultural, para além de apenas evitar que as construções e alterações realizadas no entorno prejudiquem seu acesso visual.

A política territorial, por outro lado, deverá ir mais além e determinar zonas de proteção dos bens culturais, onde estarão incluídos os bens tombados e aqueles que lhes circundam, estabelecendo um regime especial para a área, a exemplo do que já ocorre em Portugal, conforme disciplina especificamente o Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro (art. 36 e ss e art. 63 e ss).

¹⁸²⁹ RUIZ, José Castillo. **El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural**. Granada: Monográfica Arte y Arqueología, 1997. p. 20-21.

¹⁸³⁰ Cf. GIOVANNONI, Gustavo. *Questioni di architettura nella storia e nella vita*. 1925. Apud: RUIZ, José Castillo. **El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural**. Granada: Monográfica Arte y Arqueología, 1997. p. 20-21

A planificação territorial assume um papel de extrema relevância, assumindo-se como via secundária de salvaguarda de bens culturais. Os bens da zona determinada passam a suportar, a partir daí, ônus especiais decorrentes da salvaguarda do património cultural.

Essa interpretação nos parece coerente com a noção de limitações ao direito de propriedade em função de interesses públicos culturais, na medida em que se impõe uma tutela, proteção, conservação e valorização executáveis em sintonia com as tendências e noções contemporâneas e internacionais do património cultural.

Por outro lado, o comprometimento do entorno dos bens culturais estende o regime de tutela a um nível ideal de salvaguarda que poderá vir a ser um primeiro passo para a implementação do tombamento de um conjunto¹⁸³¹¹⁸³².

Apesar da evidente relevância, não há na legislação nacional que se ocupa do património cultural e da planificação territorial um regime para as zonas especiais de proteção e nem sequer a consideração de planos territoriais especiais de salvaguarda, como ocorre, por exemplo, em Portugal¹⁸³³.

Portugal, por sua vez, atendendo os preceitos da Carta Europeia do Património Arquitetónico reconhece que

o património arquitetónico europeu é formado não apenas pelos nossos monumentos mais importantes, mas também pelos conjuntos que constituem as nossas cidades antigas e as nossas aldeias com tradições no seu ambiente natural ou construído. Durante muito tempo só se protegeram e restauraram os monumentos mais importantes sem ter em conta o seu enquadramento. Ora, os monumentos podem perder uma grande parte do seu carácter se esse enquadramento for alterado. Por outro lado, os conjuntos, mesmo na ausência de edifícios excepcionais, podem

¹⁸³¹ Já lamentava Machado sobre a “tímida proteção do bem tombado, pois só se lhe resguarda a visão, podendo a vizinhança deixar de apresentar homogeneidade com a coisa ou ser alterada de modo prejudicial a ela, sem que se deixem à Administração meios para impedir a alteração ou exigir adaptação integrativa da vizinhança”. Em nossa opinião, não há que se falar em falta de meios da Administração na atualidade tendo em vista os amplos desenvolvimentos dos conceitos de entorno e do reconhecimento da ordem urbanística comprometida com a tutela do património cultural. Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento, instrumento jurídico de proteção do património natural e cultural. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 18. Apud: PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Património Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 162.

¹⁸³² A Carta de Atenas, de 1931, já previa em suas conclusões gerais a necessidade de se respeitar na construção dos edifícios, o carácter a fisionomia das cidades, sobretudo, na vizinhança dos monumentos antigos, cujo enquadramento deve ser objeto de cuidados particulares. Devem mesmo ser preservados certos conjuntos e certas perspectivas especialmente pitorescas. (...) A conferência recomenda, sobretudo, a supressão de toda a publicidade, de toda a presença abusiva de postes ou fios telegráficos, de toda a indústria ruidosa ou chaminés elevadas, na vizinhança dos monumentos de arte ou de história. De outra forma, o património urbano é aquele formado pelos monumentos, conjuntos e sítios de valor cultural, localizados nos núcleos urbanos. Notadamente de carácter arquitetónico, são privilegiados pela política de preservação cultural, e seus contornos se formaram a partir da noção desenvolvida de “conservação integrada”, “visão de conjunto do património arquitetónico”, da necessidade de um “planejamento integrado de ordenamento do território e urbanismo”, da tomada de consciência de seu valor enquanto elemento de equilíbrio das sociedades, enquanto testemunho de épocas, do seu valor educativo. Cf. Carta Europeia do Património Arquitetónico, Amsterdã, Outubro de 1975. In: FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Património Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹⁸³³ O ato de classificação de um bem cultural imóvel tem como efeito automático a criação de uma zona de proteção com uma extensão de 50 metros, contados a partir dos limites exteriores do imóvel (art. 42, “1”, Lei n. 107/2001). Essa zona geral de proteção subsiste apenas enquanto não for criada uma zona especial de proteção, a qual deve ser fixada pelo membro do Governo responsável pela área da cultura, podendo ser nela incluída uma zona *non aedificandi* (art. 42, “3”, Lei n. 107/2001). As zonas de proteção são servidões administrativas, nas quais não podem ser concedidas pelo município, nem por outra entidade, licenças para obras de construção e para quaisquer trabalhos que alterem a topografia, os alinhamentos e as cêrceas e, em geral, a distribuição de volumes, coberturas ou o revestimento exterior dos edifícios sem prévio parecer favorável da administração do património cultural competente (art. 42, “4”, Lei n. 107/2001). Nesse sentido veio regulamentar o Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, que disciplina as Zonas Especiais de Interesse (art. 36 e ss) e os Planos de Pormenor de Salvaguarda (art. 63 e ss), que a seguir trataremos. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Património Cultural**, INA: Oeiras, 1996. p. 393-418.

oferecer uma qualidade de ‘atmosfera’ que faz deles obras de arte diversificadas e articuladas. São estes conjuntos que importam também conservar como tais¹⁸³⁴.

Resta mencionar que Portugal assume um regime integrado entre a tutela do patrimônio cultural imóvel e a planificação territorial, através de instrumentos especialmente desenvolvidos com esse fim. É o caso das Zonas Especiais de Proteção e dos Planos de Pormenor de Salvaguarda, aquelas disciplinadas em primeiro momento na Lei de Bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural (art. 43, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro), estes em sede do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (art. 90 e ss, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro).

A aprovação do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, por sua vez, veio a estabelecer o regime detalhado desses instrumentos, passando a tratar especificamente das Zonas Especiais de Proteção (art. 36 e ss) e dos Planos de Pormenor de Salvaguarda (art. 63 e ss), confirmando as noções de coordenação e integração entre os regimes jurídicos especiais do patrimônio e do planejamento territorial. Trataremos da normativa portuguesa em maiores detalhes a seguir.

h) O Tombamento enquanto instrumento da política urbana no Brasil

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) estabelece os instrumentos jurídicos a serem utilizados pelo administrador urbanístico no trato de interesses diversos.

Em se tratando dos fins de salvaguarda do patrimônio cultural, podemos identificar no texto da lei, que o inciso V, do art. 4º traz extenso rol de instrumentos que podem ser utilizados com esse fim. Em primeiro lugar, destaca-se o tombamento (inciso “d”)¹⁸³⁵.

Outros institutos jurídicos gerais também são incluídos no rol de instrumentos colocados à disposição para a execução da política urbana. Citemos todos na forma que a lei dispõe:

V – Institutos jurídicos e políticos: a) Desapropriação; b) Servidão administrativa; c) Limitações administrativas; d) Tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) Instituição de unidades de conservação; f) Instituição de zonas especiais de interesse social; g) Concessão de direito real de uso; h) Concessão de uso especial para fins de moradia; i) Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) Usucapião especial de imóvel urbano; l) Direito de superfície; m) Direito de preempção; n) Outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) Transferência do direito de construir; p) Operações urbanas consorciadas; q) Regularização fundiária; r) Assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) Referendo popular e plebiscito¹⁸³⁶.

Nesse contexto, devemos identificar o que o Estatuto da Cidade traz de novo na implementação desses instrumentos, agora sob a ótica urbanística. O tombamento é diferente se executado por uma autoridade administrativa urbanística? Qual o perfil dos instrumentos tradicionais indicados no Estatuto da Cidade?

O Estatuto da Cidade é a lei central do direito urbanístico brasileiro. Ela vem a identificar um novo tipo de propriedade, *a propriedade urbanística*, afetada por uma transformação nos valores e princípios constitucionais atuais, já muito distantes da noção civilista clássica, em que a propriedade era tida como simples direito individual.

A primeira noção que se deve ter é a de que a referida propriedade urbanística será delineada de acordo com uma “política urbana” (caput do artigo 182 do Estatuto) comprometida com as

¹⁸³⁴ Cf. Carta Européia do Patrimônio Arquitetônico. In: FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

¹⁸³⁵ Nesse sentido, PIRES, Maria Coeli Simões. Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 189-217, jul./dez., 2001.

¹⁸³⁶ Artigo 4º, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade.

“funções sociais da cidade”. Tal política deverá ser realizada por um Município que detém a competência para implementar o “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, da Constituição Federal). E a política urbana, deverá, ainda, coordenar-se com as políticas gerais do Estado e com inúmeras políticas setoriais. A política urbana, enquanto política espacial, precisa necessariamente estar sintonizada com as políticas econômicas, culturais, de transportes, saneamento, energia, agrária etc.¹⁸³⁷.

A aplicação de instrumentos de política urbana elencados no Estatuto da Cidade dependerá, portanto, das estratégias coordenadas e das opções que o poder público competente (União, Estados e Municípios) assumir, na medida de sua respectiva alçada.

E as opções políticas que dão substrato à utilização dos instrumentos jurídicos observarão sempre os princípios constitucionais que regem a política urbana no Brasil. Dentre tais, o princípio da função social da propriedade se destaca, na medida em que é “a ideia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam à organização conveniente dos espaços habitáveis”¹⁸³⁸.

Diante do caso concreto sempre haverá necessidade de conjugar preceitos estabelecidos por diversas leis, editadas por diferentes níveis de governo, além das normas e princípios constitucionais. Não será possível extrair o exato conteúdo de qualquer disposição normativa isolada sem examinar o contexto no qual está inserida. Toda norma, para ser aplicada, deve ser interpretada, devendo o aplicador valer-se de uma análise ampliativa.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos¹⁸³⁹.

Alguns instrumentos mencionados no artigo 4º são disciplinados pelo próprio Estatuto, como é o caso do parcelamento, edificação ou utilização compulsória, a usucapião especial de imóvel urbano, o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas.

Para além desses, cujo regime é disposto no próprio Estatuto, incluem-se instrumentos de tradicional utilização no ordenamento jurídico brasileiro: a desapropriação, a instituição de servidão administrativa, as limitações administrativas e o *tombamento*.

A inclusão dos instrumentos jurídicos tradicionais, entre eles, o tombamento, no rol dos institutos jurídicos e políticos no Estatuto da Cidade vem a reforçar e explicitar toda uma gama de potencialidades aberta aos poderes públicos em todos os níveis envolvidos com o planejamento urbano no Brasil. Trata-se de um alargamento e de uma afirmação positiva no sentido de que todos os principais agentes públicos e privados devem agir no intuito de dirigir as propriedades a sua função social, seja ela uma função ligada ao atendimento de direitos essenciais de moradia e habitação, seja ela uma função envolvendo interesses culturais, ou ainda uma função mista, onde se deverá converter a propriedade a uma utilização social, compatível com seus valores culturais.

O tombamento, nesse sentido, é um instrumento clássico da tutela do patrimônio cultural e sua utilização deverá ser conjugada com os interesses sociais e ambientais proclamados na ordem urbanística brasileira, passando a ter uma interpretação multidisciplinar e conjugada com todos os interesses que envolvem a gestão das cidades.

Em síntese, quando a Lei do Estatuto da Cidade menciona os instrumentos de política urbana, ela pretende identificar meios e instrumentos, de diferentes espécies, por meio dos quais o governo

¹⁸³⁷ A coordenação das políticas públicas está evidente em diversos dispositivos constitucionais como os dos artigos 174, §1º (“A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”). Cf. Constituição Federal do Brasil.

¹⁸³⁸ Nesse sentido, DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Mallheiros, 2006. p. 75.

¹⁸³⁹ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60.

municipal (estadual e nacional) deve implementar suas decisões de mérito, suas opções quanto a objetivos que devam ser atingidos para assegurar a realização dos fins da política urbana, estes que incluem, necessariamente, a tutela dos bens culturais.

2.2. Do regime de salvaguarda do patrimônio cultural em Portugal

Em Portugal, os instrumentos administrativos consagrados para a proteção dos bens culturais são a classificação e a inventariação¹⁸⁴⁰. Segundo a Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Patrimônio cultural, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, cada forma de proteção dá lugar ao correspondente nível de registro, pelo que existirá: a) o registro patrimonial de classificação e b) o registro patrimonial de inventário.

Entende-se por classificação “o ato final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possua um inestimável valor cultural”.¹⁸⁴¹ Entende-se, ainda, por inventariação, “o levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a âmbito nacional, com vista à respectiva identificação”¹⁸⁴².

As categorias de bens culturais se dividem em móveis e imóveis e em qualquer uma delas serão tidos em conta algum ou alguns dos seguintes critérios (art. 17)¹⁸⁴³:

- a) o caráter matricial do bem;
- b) o gênio do respectivo criador;
- c) o interesse do bem como testemunho simbólico ou religioso;
- d) o interesse do bem como testemunho notável de vivências ou fatos históricos;
- e) o valor estético, técnico ou material intrínseco do bem;
- f) a concepção arquitetônica, urbanística e paisagística;
- g) a extensão do bem e o que nela se reflete do ponto de vista da memória coletiva;
- h) a importância do bem do ponto de vista da investigação histórica ou científica;
- i) as circunstâncias suscetíveis de acarretarem diminuição ou perda da perenidade ou da integridade do bem.

A Lei de Bases apresenta no Título V o Regime Geral de proteção dos bens culturais. As disposições tratadas na Seção III, visam a salvaguardar os bens imóveis conforme os riscos que correm no contexto urbano, bem como a repercussão da classificação ou inventariação nos planos, projetos, obras e intervenções públicas.

A lei estabelece, portanto, os critérios gerais de apreciação dos bens a classificar ou inventariar (art. 17) e o regime geral da proteção dos bens culturais (art. 20 e ss).

O regime de proteção geral dos bens culturais classificados estabelece-se do art. 31 a 39, onde se definem alguns efeitos da tutela (art. 31, 2 e 3), deveres de comunicação das situações de perigo (art. 32), as medidas provisórias que visam a impedir a destruição, perda, extravio ou deterioração dos bens classificados ou em vias de classificação (art. 33) e a insusceptibilidade de aquisição por usucapião dos bens culturais (art. 34). O artigo 35 abre a seção que trata das restrições ligadas a

¹⁸⁴⁰ Definições acerca do objeto, conteúdo e natureza jurídica do ato de classificação podem ser obtidos em Correia. Apesar de o texto referir-se ao regime anterior da Lei n. 13/85, as considerações teóricas ali desenvolvidas ainda se aplicam. Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento de Classificação de bens culturais. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares de. **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1995. p. 329-353.

¹⁸⁴¹ Artigo 18, da Lei de Bases da Política e do Regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 199.

¹⁸⁴² Artigo 19, da Lei de Bases da Política e do Regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 199.

¹⁸⁴³ Artigo 17, da Lei de Bases da Política e do Regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 198.

alienações e direitos de preferência, disciplinando a transmissão dos bens classificados (art. 35), o dever de comunicação da transmissão (art. 36), o direito de preferência a que gozam os comproprietários, o Estado, as Regiões Autônomas e os Municípios, nessa ordem (art. 37), benefícios e repercussões da classificação no que se refere às escrituras e registros (art. 38), especificamente o registro predial (art. 39).

Os bens imóveis têm tratamento especial em seção apartada (art. 40 e ss), onde se inserem regras sobre o impacto de grandes projetos e obras (art. 40), restrições concernentes a inscrições e afixações (art. 41), os efeitos da abertura do procedimento de classificação dos bens imóveis (art. 42), as zonas gerais de proteção (art. 43), as questões relativas à qualidade ambiental e paisagística (art. 44) e demais temas relativos a projetos, obras e intervenções (art. 45), obras de conservação (art. 46), embargos e medidas provisórias (art. 47), deslocamento e demolição (art. 48, 49) e expropriação (art. 50).

Os bens culturais portugueses serão tutelados, protegidos, conservados e valorizados através de medidas múltiplas, como ocorre no Brasil. Nesste momento, considerando o enfoque da tese, acreditamos ser relevante desenvolver alguns aspectos ligados à tutela do bem cultural imóvel no contexto português, o que se dá, fundamentalmente, através da “classificação”, conforme estabelece a legislação de âmbito nacional daquele país (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). Outrossim, considerando a especificidade das normas produzidas com aquele fim, destacaremos a seguir alguns aspectos do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, norma recente que veio a regular o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime jurídico das zonas de proteção e do plano de pormenor de salvaguarda. Tratemos do primeiro aspecto da normativa, deixando para assinalar comentários acerca das zonas de proteção e do plano de pormenor de salvaguarda em oportunidade própria a seguir.

2.3. A classificação do património cultural imóvel em Portugal – Decreto-Lei n. 309/2009

Segundo anota o preâmbulo do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, “é tarefa fundamental do Estado proteger e valorizar o património cultural como instrumento primordial de realização da dignidade da pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e identidade nacionais”¹⁸⁴⁴.

Considerando as tarefas assumidas pelo Estado português em face dos bens culturais imóveis e a necessária compatibilização da proteção desse património com o ordenamento do território e o desenvolvimento sustentável, andou bem o legislador português ao estabelecer um decreto que prevê o percurso do procedimento administrativo de classificação, estabelecendo uma estreita articulação com a administração autárquica (local) na tarefa comum de proteger os bens classificados, independentemente da sua graduação.

O decreto consagra, ainda, a possibilidade de os Municípios aplicarem o regime geral de proteção dos bens culturais previsto na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, aos imóveis classificados, ou em vias de classificação, como de interesse municipal.

O procedimento de classificação valoriza a intervenção obrigatória, nos termos da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, de um órgão consultivo do Ministério da Cultura em momento prévio à audiência dos interessados, para promover a consensualização e uma melhor ponderação dos motivos que levam a Administração a assegurar a proteção e valorização dos bens culturais imóveis.

As disposições do novo decreto visam a clarificar o papel do instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, I.P. e das direções regionais de cultura, de forma a articular esforços e potenciar sinergias na salvaguarda do património cultural. Também é objetivo do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, segundo se depreende do preâmbulo que por hora analisamos, a regulamentação do procedimento administrativo de classificação evitando-se com isso, interpretações

¹⁸⁴⁴ Nesse sentido caminha a Constituição Portuguesa, ao estabelecer no art. 78, que trata da “Fruição e criação cultural” que: “1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.”

divergentes sobre as formalidades a cumprir e sobre a intervenção dos diversos serviços e organismos do Ministério da Cultura.

A norma dedica ao tema da classificação um total de 35 artigos, que definem desde o âmbito da classificação de bens imóveis (art. 2º) até às conclusões do procedimento de classificação, caducidade e desclassificação dos bens (art. 29, 34 e 35).

No que tange ao âmbito da classificação, vale comentar que o bem imóvel enquadra-se nas categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos definidos em direito internacional (n. 1, art. 2º). A classificação do bem imóvel pode abranger prédios rústicos e urbanos, edificações ou outras construções que se incorporem no solo com caráter de permanência, bem como jardins, praças ou caminhos (n. 2, art. 2º). No que tange ao âmbito da classificação devemos comentar que nesse sentido a Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, parece-nos mais ampla e detalhada. O n. 1, do art. 15, da referida Lei de Bases traz preceito praticamente equivalente ao do n. 1, art. 2º do Decreto-Lei n. 309/2009, mas adota um conceito amplo de bem cultural paisagístico e ambiental no art. 44, que supera em muito a noção definida no n. 2, art. 2º do decreto regulamentador.

O art. 3º, por sua vez, trata da graduação do interesse cultural e classificação, mantendo os critérios da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro inalterados (ver n. 4, 5 e 6 do art. 15, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro). Dessa feita, os bens culturais imóveis poderão ser de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal.

O procedimento de classificação inicia-se oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, nos termos e segundo modelo de requerimento estabelecidos nos artigos 5º e 6º do Decreto-Lei n. 309/2009. O requerimento deve ser elaborado por escrito e conter *identificação do bem*, que abrange sua localização e descrição; *identificação*, se possível, da propriedade, posse ou outro direito real de gozo relativo ao bem imóvel e *fundamento* do pedido em função do interesse cultural do bem (art. 5º, 1).

O requerimento é apresentado ao Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, IGESPAR, I.P. e deve ser transmitido por via eletrónica através da página eletrónica do Instituto, qual seja, <http://www.igespar.pt>¹⁸⁴⁵.

Segundo o art. 7º, n. 1, do Decreto-Lei sob análise, no prazo de 20 dias, contados da recepção do requerimento inicial, o IGESPAR, I.P., em articulação com a direção regional de cultural territorialmente competente, verifica se o mesmo se encontra instruído com todos os elementos exigidos (elementos definidos no art. 5º).

Caso se verifique que o requerimento não está em conformidade com os requisitos legais e regulamentares aplicáveis, o IGESPAR, I.P. deverá solicitar ao requerente a prestação de informações ou elementos complementares, bem como o aditamento ou a reformulação do requerimento, sob pena de indeferimento. No caso de a não conformidade ser insusceptível de suprimento ou correção, o Instituto poderá indeferir liminarmente o pedido (art. 7º, n. 2, “a” e “b”).

Note-se que a fundamentação do pedido de abertura do processo de classificação é levado em larga consideração pelo legislador português. Essa preocupação está em ponderar entre a necessidade de proteger o bem cultural e a de evitar procedimentos que constroem o direito de propriedade sem que haja fortes indícios de um interesse cultural relevante¹⁸⁴⁶, sobretudo porque a decisão de abertura já impõe, desde logo, um regime especial que vinculará o seu proprietário e os proprietários vizinhos ao cumprimento de deveres e a observação de restrições, como veremos.

¹⁸⁴⁵ Segundo o site oficial do IGESPAR, o procedimento conforme o Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, ainda está em elaboração. Disponível em: <<http://www.igespar.pt/pt/patrimonio/classificacaodopatrimonio/passosdeumprocessodeclassificacao/>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

¹⁸⁴⁶ Nesse sentido Nabais chama atenção para a “banalização do património cultural”, e Gomes anota que uma decisão imponderada leva à “hiperbolização” do valor cultural e pode implicar uma grave lesão de outros valores constitucionais e de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 19 e ss e GOMES, Carla Amado. O património cultural na Constituição. In: **Textos Dispersos de Direito do Património Cultural e de Direito do Urbanismo**. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 9-49.

A decisão acerca do pedido de abertura do procedimento de classificação deverá ser prolatada pelo IGESPAR, I.P. no prazo de 60 dias, a contar da data de apresentação do requerimento inicial (art. 8º, 1).

A decisão positiva implica notificação ao proprietário, possuidor ou titular de outro direito real sobre o imóvel, à Câmara Municipal do município onde se situe o bem imóvel e, quando diferente, ao requerente da decisão de abertura do procedimento de classificação (art. 9º, n. 1).

A decisão deverá ser publicada no Diário da República (art. 9º, n. 2) e indicará:

- a) O conteúdo e objecto da decisão de abertura do procedimento de classificação; b) A planta de localização e implantação do bem imóvel e da respectiva zona geral de protecção ou da zona especial de protecção provisória; c) Os efeitos da abertura do procedimento; d) A aplicação aos bens imóveis situados na zona geral de protecção ou na zona especial de protecção provisória do regime de suspensão previsto no artigo 42 da Lei n. 107/2001, de 8 de Setembro (art. 9º, n. 4).

A decisão de abertura implica, ainda, o dever de comunicação à direção regional de cultura territorialmente competente, à Direção-Geral do Tesouro e Finanças e, no caso de em imóvel afeto, à Defesa Nacional, à Direção de Infraestruturas do Ministério da Defesa, bem como à conservatória do registro predial competente da situação do bem imóvel (art. 10º), para os efeitos previstos no art. 39, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro (trata do registro predial). O IGESPAR, I.P. deverá ainda dar conhecimento do ato que decide a abertura do procedimento de classificação à Ordem dos Arquitetos, à Ordem dos Engenheiros e às estruturas associativas de defesa do património cultural (estruturas associativas previamente registradas junto ao IGESPAR, I.P.) através de formulário eletrónico disponibilizado em sua página.

A par da comunicação obrigatória, o IGESPAR, I.P. e a direção regional de cultural territorialmente competente deverão promover a “divulgação da abertura do procedimento de classificação”, admitida através das respectivas páginas eletrónicas (art. 11).

Ao contrário, a decisão poderá ser no sentido de arquivamento do pedido de abertura do procedimento de classificação, o que também implicará na notificação do requerente (art. 12).

O interessado também poderá reclamar ou interpor recurso tutelar do ato que decide a abertura do procedimento de classificação ou o arquivamento do pedido, nos termos do Código do Procedimento Administrativo, sem prejuízo da possibilidade de impugnação contenciosa (art. 13, n. 1). A reclamação ou o recurso tutelar não suspendem os efeitos da abertura do procedimento (art. 13, n. 2).

No que tange aos efeitos da abertura do procedimento de classificação, há que se verificar o art. 14 do Decreto-Lei n. 309/2009, que segue a linha dos desenvolvimentos da Lei n. 107/2001 (art. 31 e ss), conferindo-lhes maior amplitude e especificidade, senão vejamos.

A começar, o decreto estabelece o momento em que um bem imóvel é considerado em *vias de classificação*: “a partir da notificação da decisão de abertura do respectivo procedimento de classificação ou da publicação do respectivo anúncio, consoante aquela que ocorra em primeiro lugar, nos termos previstos no art. 9º” (art. 14, n. 1).

Por sua vez, segundo o mesmo art. 14, n. 2, todo bem imóvel em vias de classificação fica ao abrigo, designadamente: a) do dever de comunicação de situações de perigo que o ameacem ou que possam afetar o seu interesse como bem cultural, nos termos do artigo 32 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; b) da prática dos atos ou operações materiais indispensáveis asua salvaguarda no âmbito do decretamento de medidas provisórias ou de medidas técnicas de salvaguarda, nos termos do artigo 33 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; c) da insusceptibilidade de usucapião, nos termos do artigo 34 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; d) do dever de comunicação prévia da alienação, da constituição de outro direito real de gozo ou de dação em pagamento, nos termos do n. 1 do artigo 36 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; e) do dever de comunicação da transmissão por herança ou legado, nos termos do n. 2 do artigo 36 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; f) do pedido de autorização prévia para a execução de inscrições ou pinturas, bem como a colocação de anúncios, cartazes ou outro tipo de material informativo fora dos locais reservados para o efeito, nos termos do artigo 41 da Lei n.

107/2001, de 8 de setembro; g) do regime de suspensão relativo aos procedimentos de concessão de licenças ou autorizações, nos termos do artigo 42 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, bem como a suspensão dos procedimentos de admissão de comunicações prévias; h) das restrições previstas para a zona geral de proteção ou zona especial de proteção provisória, nos termos do artigo 43 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; i) do pedido de autorização de obras ou intervenções no bem imóvel, nos termos do artigo 45 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro; j) das regras estabelecidas em relação a projetos, obras e intervenções de conservação, modificação, reintegração e restauro, designadamente, nos termos do artigo 45 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, de acordo com o previsto no Decreto-Lei n. 140/2009, de 15 de junho; l) das qualificações legalmente exigidas para a autoria de estudos, projetos e relatórios, bem como para a execução de obras ou intervenções, nos termos do artigo 45 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, de acordo com o previsto no Decreto-Lei n. 140/2009, de 15 de junho.

Outro efeito da abertura do procedimento de classificação será a suspensão dos procedimentos de concessão de licença ou autorização e de admissão de comunicações prévias, bem como dos efeitos de licença ou autorização já concedidas e de comunicações prévias já admitidas, prevista no art. 42 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. A suspensão mantém-se até a decisão final do procedimento de classificação, salvo se outro prazo for estabelecido na decisão da abertura do respectivo procedimento de classificação (art. 15, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro). Essa suspensão também se aplica aos bens imóveis situados na zona geral de proteção ou na zona especial de proteção provisória, desde que expressamente indicado na decisão de abertura do procedimento de classificação e mantém-se até a decisão final do procedimento de classificação (art. 16, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

Outro aspecto a ser ressaltado diz respeito ao prazo geral de conclusão do procedimento de classificação do bem imóvel. Esse prazo é geral e estabelecido pelo art. 24, n. 2, da Lei n. 107/2001, que estabelece o período máximo de um ano para a conclusão do procedimento de classificação, com possibilidade de prorrogação em até igual período. O Decreto-Lei n. 309/2009 reitera o prazo definido na lei, mas assinala que a possibilidade de prorrogação será admitida apenas uma vez e por igual período (art. 19, n. 1 e n. 2). Por outro lado, esgotado o prazo de prorrogação, considera-se que o procedimento caducou (art. 34, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

O art. 20 do Decreto-Lei n. 309/2009, por sua vez, regula o acesso ao bem em vias de classificação, de maneira que o IGESPAR, I.P. tenha condições de vistoriar, registrar topograficamente, fotografar ou videografar, bem como utilizar métodos não intrusivos de detecção arqueológica, na medida do “estritamente necessário” para a instrução do procedimento de classificação. O acesso é imposição reflexa do procedimento de classificação e poderá ser exigido por vias judiciais nos casos de recusa total ou parcial promovida pelo proprietário, possuidor ou titular do imóvel em questão.

Outro item de relevância diz respeito ao conteúdo do “interesse cultural” a ser identificado através do processo de classificação em questão. Segundo o art. 21, n. 1, do Decreto analisado

na instrução do procedimento de classificação, o IGESPAR, I. P. verifica e documenta o interesse cultural relevante do bem imóvel, designadamente, nos seguintes domínios: *a)* histórico; *b)* paleontológico; *c)* arqueológico; *d)* arquitectónico; *e)* artístico; *f)* etnográfico; *g)* científico; *h)* social; *i)* industrial; *j)* técnico.

Ao lado do interesse cultural relevante, o bem imóvel objeto do processo de classificação deverá demonstrar, separada ou conjuntamente, valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade (art. 21, n. 2). Os critérios genéricos de apreciação definidos no art. 17, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, também são tidos em conta, assim como o valor cultural que justifica a respectiva graduação (interesse nacional, interesse público ou interesse municipal, conforme art. 3º do Decreto-Lei analisado e n. 4, 5 e 6 do art. 15 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

O órgão consultivo do Ministério da Cultura deverá, em seguida, apresentar parecer deliberativo que considere específica e fundamentadamente o interesse cultural relevante do bem

imóvel, tendo em conta os critérios de apreciação aplicáveis e respectiva categoria e graduação da classificação, assim como manifestar-se acerca da amplitude e onerosidade da zona especial de proteção proposta. O prazo do órgão consultivo é de 30 dias, prorrogável uma única vez, em situações fundamentadas (art. 22, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

Após emitido o parecer do órgão consultivo do Ministério da Cultura, o IGESPAR, I.P. deverá elaborar projeto de decisão de classificação do bem imóvel como de interesse nacional ou de interesse público ou determinar o arquivamento do procedimento (art. 23, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

O decreto prevê, ainda, atos obrigatórios que repercutem do arquivamento, dentre eles, a notificação que garanta o pleno conhecimento aos interessados. Reconhece-se, outrossim, o direito de impugnação contenciosa e/ou recurso tutelar do ato de arquivamento, nos termos do Código do Procedimento Administrativo daquele país (art. 24, n. 1, 2 e 3).

O projeto de decisão de classificação que segue (não for objeto de arquivamento) atenderá aos requisitos processuais estabelecidos no novo decreto. O art. 25 anuncia a necessidade de audiência prévia dos interessados (segundo disposto no Código do Procedimento Administrativo). Em seguida, o art. 26 estabelece prazo para a pronúncia dos interessados na audiência prévia, que será de no mínimo 30 dias.

O IGESPAR elabora, por fim, um relatório final do procedimento onde se apreciam as observações apresentadas no âmbito da audiência prévia e pela Câmara Municipal do município onde se situa o bem imóvel, a pronúncia da direção regional de cultura territorialmente competente e o resultado de eventuais diligências complementares. Com base nesse relatório final, o diretor do IGESPAR, I.P. formula uma proposta de decisão final do procedimento de classificação, bem como de fixação de zona especial de proteção, quando possível (art. 29, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

A decisão final do procedimento de classificação de bem imóvel como de interesse nacional cabe ao Governo, sob a forma de decreto, mediante proposta do membro do Governo responsável pela área da cultura. Já a decisão final do procedimento de classificação de bem imóvel como de interesse público e, quando definida em simultâneo, da zona especial de proteção, compete ao membro do Governo responsável pela área da cultura, sob forma de portaria. A classificação de bem imóvel como de interesse municipal observará os mesmos requisitos definidos no decreto-lei, uma vez que ao ente local se reconhece maior autonomia, cabendo, portanto, aos órgãos de sua estrutura administrativa elaborar decisão final do procedimento de classificação (art. 30, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

As decisões serão notificadas e comunicadas conforme os n. 1 e 3 do art. 9º e art. 10º do Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro, bem como proceder-se-á a publicação da mesma, no Diário da República. A publicação deverá indicar de forma resumida o respectivo conteúdo e objeto, incluindo a planta de localização e implantação do bem imóvel classificado, bem como, quando houver, o património móvel integrado. A publicidade também se dará através da página eletrónica do IGESPAR, I.P. (art. 32, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

Após devidamente declarados como tal, os bens classificados devem ser identificados por placa informativa e sinalética adequadas. As regras relativas a tal identificação serão aprovadas por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas de finanças, das autarquias locais, das obras públicas e da cultura, ouvida a Associação Nacional de Municípios Portugueses (art. 33, Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro).

O outro lado da classificação é a desclassificação. Esse procedimento segue os requisitos definidos no art. 35 do Decreto-Lei n. 309/2009, 23 de outubro, e está condicionado a notificação, comunicação e consulta pública prévios. O início do procedimento de desclassificação não suspende, entretanto, os efeitos da classificação¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴⁷ Sobre o tema da desclassificação, ainda que sob a égide do regime anterior ao decreto analisado, vale conferir: GOMES, Carla Amado. Desclassificação e desqualificação do património cultural: ideias avulsas. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 101, a. 26, p. 9-51, jan./mar., 2005.

2.4. Das outras formas de proteção do patrimônio cultural

Como já salientamos no intróito do presente capítulo, para além dos instrumentos expressamente declarados pela Constituição Federal, a Carta refere-se a “formas” diversas, não programadas especificamente ou não explicitadas nos artigos especialmente dedicados à cultura, mas que poderão vir a tutelar, proteger, conservar e valorizar os bens culturais.

A aparente amplitude do artigo 216 §1º encontra seus contornos na interpretação conjunta das demais normas da Constituição Federal e na disciplina do direito de propriedade.

Como sabemos, é preciso mesurar os interesses coletivos que se impõem aos interesses particulares, a fim de lhes conferir legalidade e estabilidade.

Se, de um lado, os interesses culturais são exaltados e se impõem em razão de integrarem os conceitos de interesse público ou coletivo, os limites que a tutela, proteção, preservação e valorização desses bens impõem à propriedade deverão ocorrer em medida equilibrada, de maneira que não se ultrapasse a tênue fronteira dos também constitucionalmente garantidos direitos do proprietário.

Tratemos rapidamente da *sentença*, da *lei* e dos *instrumentos de caráter urbanístico*.

2.4.1. Sentença judicial

Quando ocorre um conflito onde se pondera entre o interesse de tutelar um bem e a ação de um sujeito (proprietário) que pode lesar, alterar ou destruir esse objeto, estamos diante de um litígio que poderá dar origem à tutela de um bem cultural. O sujeito ativo dessa ação poderá ser qualquer um do povo, quando se tratar de uma Ação Popular (Lei n. 4.717/65), ou o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, bem como autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação, no caso de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), observados os critérios elencados na lei, em seu artigo 5º.

Tratamos da sentença por ser esta a decisão que constituirá, em definitivo e após eventuais confirmações e reformas parciais de tribunais superiores, o “dever de tombar” o bem, a ser observado pela entidade governamental respectiva (União, Estados ou Municípios) e o “dever de preservar” do proprietário. Muitos outros instrumentos processuais intermediários (medidas liminares, cautelares) são utilizados para evitar a destruição ou lesão grave ao patrimônio, porém a sentença transitada em julgado é aquela que tem o poder de “tutelar” o bem cultural, inserindo-o no rol do patrimônio cultural.

Tradicionalmente, no Brasil, a sentença judicial é um instrumento intermediário que leva ao tombamento do bem pela entidade respectiva. Ocorre que a declaração contida naquele ato já é suficiente para reconhecer o valor cultural do bem o que por si só já integra aquele objeto ao rol do patrimônio cultural e, com isso, ao patrimônio nacional. Mesmo antes de efetivado o registro em um dos livros do tomo (se esse for o conteúdo do mandado judicial), aquele bem deve ser preservado, conservado, protegido e valorizado. Sobretudo, em relação ao proprietário as consequências da sentença são imediatas e, portanto, autônomas ao ato do tombamento, se este vier em seguida.

Quando o bem é tutelado mediante uma *sentença judicial*, o juiz será chamado a analisar aspectos materiais e formais de determinado bem, concluindo por sua relevância cultural e declarando-o como integrante do patrimônio cultural de um município, de um Estado ou da União. Isso se dá porque no nosso ordenamento, a todo direito subjetivo corresponderá uma tutela judicial (art. 5º, inciso XXXV, CF/88)¹⁸⁴⁸. Não há que se falar em juízo de exceção e é confirmada na doutrina a natureza de direito difuso que reveste os bens culturais, conceito que se admite no sentido material¹⁸⁴⁹,

¹⁸⁴⁸ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Cf. Inciso XXXV, art. 5º, Constituição Federal Brasileira. In: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁸⁴⁹ O sentido material do patrimônio cultural é de suma relevância. Não se pode admitir que um bem cultural, ainda que não esteja declaradamente incluído no rol do patrimônio nacional, estadual ou municipal venha a ser destruído por

ou seja, mesmo que não haja, ainda, qualquer reconhecimento formal desse valor ao bem em questão¹⁸⁵⁰.

Nesse sentido, é possível dizer, nas palavras de Richter¹⁸⁵¹, que

a Constituição Federal garante amplo acesso à Justiça para a tutela de direitos de toda e qualquer espécie – incluídos aí os direitos difusos, em cuja categoria se inscrevem os bens ambientais em geral e, em particular, os bens de valor cultural – e que este acesso amplo abrange a invocação da tutela jurisdicional não só contra a lesão, mas também contra a ameaça de lesão ao direito cogitado, independentemente de qualquer prévio reconhecimento por lei ou ato administrativo¹⁸⁵²¹⁸⁵³¹⁸⁵⁴¹⁸⁵⁵.

ausência ou omissão dos órgãos responsáveis pela sua tutela. Aliás, perderia todo o sentido a via judicial se assim o fosse, pois que o grande desafio do Brasil e em todo o mundo está na proteção do patrimônio a declarar. Tal situação é de delicada abordagem. No Brasil, onde a propriedade privada ainda se revela como exercício de exclusivo interesse individual é possível identificarmos situações em que o patrimônio cultural é abandonado triplamente. Primeiro, pelo seu proprietário, que exaspera o uso da coisa e abusa do seu direito de propriedade; segundo, pelo poder executivo, que peca pela omissão, deixando de reconhecer os bens relevantes e abandona-os à destruição e à descaracterização; terceiro, pelo poder judiciário, que demora em responder e promove uma justiça tardia, falha, inócua e ineficiente. A exemplo do que a interpretação restrita do sentido de bem cultural e dos meios de tutela podem acarretar, trazemos a colação o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na ocasião em que recurso de apelação promovido pelo Ministério Público é declarado prejudicado, em razão de demolição (destruição completa) do bem imóvel cultural sobre o qual versava a lide. Nessa situação, o Ministério Público postulou a tutela de bem imóvel de notória relevância histórica para o município de Januária (MG) e veio a ter negado seus pedidos por ausência de prova formal (leia-se, tombamento) do interesse cultural alegado. Perdendo em primeira instância, o recurso só foi admitido em sentido devolutivo, não tendo suspenso os efeitos da sentença de primeira instância, o que gerou a desobrigação do réu, que não tardou por demolir o pouco que ainda restava do casarão edificado em 1904, pela família do Padre Ramiro Leite e que foi sede do Colégio São João, sendo de inegável valor cultural para o Município. O Poder Judiciário ignorou, ainda, que a propriedade estava submetida a cadastramento no IEPHA, além de fazer parte do entorno histórico e cultural do Município. Cf. Número do processo: 1.0352.04.016615-4/001(1). Relator: Jarbas Ladeira. Relator do Acórdão: Jarbas Ladeira. Data do Julgamento: 08/01/2008 Data da Publicação: 22/01/2008 Inteiro Teor: EMENTA: Apelação. Pedido de tombamento de imóvel particular. Demolição do bem. Perda do objeto. Recurso prejudicado. Resta prejudicado, por perda de objeto, o recurso interposto contra a sentença proferida em Ação Civil Pública aviada em defesa do tombamento de imóvel, se este já foi demolido. Acórdão retirado do site do Tribunal de Justiça Mineiro. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2008.

¹⁸⁵⁰ Nesse sentido, Silva observa que “a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição (...). A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre for a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 431. Também nessa linha é a tese desenvolvida por RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**. Omissão do Estado e Tutela Judicial. Curitiba: Juruá, 2000.

¹⁸⁵¹ Cf. RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**. Omissão do Estado e Tutela Judicial. Curitiba: Juruá, 2000. p. 91.

¹⁸⁵² Esse já era o entendimento de Leme, ao comentar que a Lei n. 7.347/85 não exige o tombamento prévio de certo bem pela administração para que este possa se beneficiar do estatuto de bens culturais, permitindo-se que no decorrer da ação intentada, se conheça e se prove a qualidade do bem. Cf. LEME, Machado Paulo A. **Ação Civil Pública-Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural e Tombamento**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 51 e ss.

¹⁸⁵³ Nesse sentido também Mazzili, ao apontar que “fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei 7.347/85, entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados – e seria rematado absurdo se o fizesse. Afinal, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural?! O tombamento é um ato administrativo complexo: De um lado, declara ou reconhece a preexistência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento. Admitir que necessário fosse o prévio tombamento para posterior defesa em juízo, seria, na verdade, tornar inócua na maioria das vezes a proteção jurisdicional. Se só bens tombados (definitiva ou provisoriamente) pudessem ser protegidos pela Ação Civil Pública, por absurdo nem mesmo uma cautelar, dita satisfativa, destinada a impedir um dano iminente, poderia ser proposta, se o bem de valor cultural não estivesse tombado...”. Cf. MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 101-102.

Na Lei de Bases Portuguesa (art. 16, n.º3, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro) também está expresso que as medidas cautelares não dependem de prévia classificação ou inventariação do bem cultural. Dessa forma, não há dúvidas acerca da aplicabilidade da via judicial na tutela do patrimônio, também naquele país¹⁸⁵⁶.

O instrumento de largo alcance para a tutela do patrimônio no Brasil via sentença se dá através da Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. A Ação Civil Pública será promovida em grande maioria das vezes pelo Ministério Público, órgão brasileiro que detém grande poder para a proteção do patrimônio cultural¹⁸⁵⁷.

Alguma problemática tem sido lançada na doutrina quanto aos efeitos da sentença que declara os valores culturais dos bens objeto de litígio. As dúvidas e as perplexidades advêm mormente do fato de que muitos ainda apontam o tombamento como única via para a tutela do patrimônio.

Para Tomasevicius Filho¹⁸⁵⁸, de acordo com o caso concreto, o tombamento pode ser o único remédio a ser empregado na preservação do bem. E conclui:

¹⁸⁵⁴ Para além dos já citados juristas brasileiros, vale mencionar que este também é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O patrimônio histórico e artístico nacional está definido no artigo 1º do Decreto-Lei n. 25, de 30.11.37 (...). Além da proteção administrativa, por meio do tombamento, disciplinado por esse Decreto-Lei, o patrimônio histórico ou artístico pode ser defendido por meio da Ação Popular ou Ação Civil Pública. Não é exigível o prévio tombamento como condição da ação; aliás, são precisamente os bens ainda não tombados os que mais necessitam de proteção. É curioso que, se em juízo ficar reconhecido o valor patrimonial do bem, para fins de proteção, ter-se-á um caso típico de tombamento resultante de decisão judicial. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 535-536. Nery Júnior e Nery observam que “(...) nada impede que o valor histórico-cultural do bem não tombado seja aferido em ação judicial (...), pois há bens que possuem esse valor sem que tenham sido tombados pela autoridade competente (...)”. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 140. Meirelles também comenta que “quando o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público (Ação Civil Pública) ou de cidadão (Ação Popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo faça a proteção”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 496.

¹⁸⁵⁵ Esse é o entendimento da maior parte da jurisprudência analisada, da qual trazemos a colação, como exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Ação Civil Pública. Patrimônio Cultural. Ausência de tombamento. Irrelevância. Possibilidade pela via judicial. Inteligência do art. 216, § 1º, da Constituição Federal. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural – artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico – ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de Ação Popular e Ação Civil Pública, uma vez que a Constituição estabelece que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, § 1º). (TJSC - Apelação Cível n. 97.001063-0, de Criciúma. Relator: Des. Silveira Lenzi. J. 24/08/1999). No mesmo sentido andou o Tribunal de Justiça de Porto Alegre: Agravo de instrumento. Porto Alegre. Ação civil pública. Imóvel particular. Valor histórico e cultural. Ausência de lei municipal que inclua o bem entre o patrimônio cultural a ser protegido. Possibilidade de o poder judiciário determinar a preservação do imóvel. Perigo de colapso. Interesse público caracterizado. O Poder Público, mesmo ausente lei municipal que estabeleça a preservação do imóvel constante da listagem de valor histórico cultural, pode determinar ao proprietário sua conservação. Além do valor artístico, histórico ou cultural que importem na sua preservação, cumpre atentar para a conservação estrutural, sob pena de se causarem danos a integridade e vida de pessoas. Agravo ministerial provido. Liminar confirmada (Agravo de Instrumento n. 599327285, 4ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Vasco Della Giustina. j. 19.04.2000).

¹⁸⁵⁶ A Constituição da República portuguesa dedica os seus artigos 60, 66 e 78 à proteção dos direitos dos consumidores, direito ao ambiente e patrimônio cultural, consagrando o direito de ação popular, como instrumento de defesa destes interesses. A Lei n. 83/95, de 31 de agosto, foi aprovada com o propósito de regulamentar o direito de ação popular enunciado na Constituição da República portuguesa. O direito de ação popular é reconhecido como um instrumento essencial de realização da democracia participativa. O pré-citado diploma, para além de disciplinar o direito de ação popular, tal como enunciado no n. 3 do artigo 52 da Constituição da República portuguesa, estabelece ainda regras sobre o direito de participação popular em procedimentos administrativos.

¹⁸⁵⁷ A Constituição Federal de 1988 expressamente incumbe o Ministério Público da defesa do patrimônio cultural, avançando em relação às demais constituições que nem sequer mencionavam quais seriam suas funções institucionais. Cf. Constituição Federal. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹⁸⁵⁸ Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 231-247, jul./set., 2004.

a ação civil pública é capaz de obrigar o particular ou o Estado a preservar o bem, ainda que liminarmente, mas não tem como constituir por meio da sentença o tombamento do bem, nem pode obrigar qualquer dos órgãos responsáveis a iniciar o processo de tombamento, caso isso seja necessário para sua preservação. Seu máximo alcance é funcionar como um tombamento indireto, produzindo-se algum dos efeitos desse instituto jurídico a posteriori por meio da decisão judicial. Em suma, muitas vezes há a necessidade de que a sentença constitua o tombamento do bem, mas, devido à separação de poderes, não pode o Poder Judiciário substituir-se à Administração nessa matéria¹⁸⁵⁹.

Por outro lado, as decisões judiciais têm por si só seus efeitos e, independentemente do lançamento do bem nos livros do tomo, é reconhecida a “tutela” desse patrimônio. A partir da promulgação da sentença (ou de liminar satisfativa), os direitos de propriedade sofrerão restrições as suas faculdades de usar, gozar e dispor. Da análise da jurisprudência mais recente no Brasil é possível verificar, ainda, que os maiores Tribunais Estaduais têm adotado uma posição mais flexível em relação à mencionada “separação de poderes”. As sentenças têm sido no sentido de reconhecer o valor cultural dos bens, gerando para o proprietário uma série de restrições e deveres e contêm ordem para que se proceda o tombamento, nos livros de tomo do respectivo ente estatal¹⁸⁶⁰.

A posição parece-nos mais acertada, visto que o administrador público é um agente da tutela do patrimônio cultural, mas este deverá ser protegido por toda a coletividade, incluindo-se, nesse diapasão, o Ministério Público e o Poder Judiciário, que não deixará de apreciar lide que envolve interesses difusos (como são aqueles que permeiam o patrimônio cultural) em face de séria ameaça de dano ou destruição de bem cultural.

2.4.2. Lei

Por outras vezes, a tutela se dará por *lei*¹⁸⁶¹, esta que procurará guardar seus aspectos de generalidade e abstração¹⁸⁶², mas que atingirá diretamente as propriedades sobre as quais recaia um

¹⁸⁵⁹ Também esse é o entendimento de RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, v. 17, n. 66, p. 52-69, out./dez., 1993.

¹⁸⁶⁰ Nesse sentido, acórdão confirmando a sentença de primeiro grau prolatada pelo Juízo do Município de Ribeirão Preto, em São Paulo, onde resta reconhecido o valor cultural do bem e se determina ação positiva do proprietário, no sentido de proteger, conservar e valorizar o imóvel em questão. Cf. Apelação Cível 7440325000. Relator(a): J. G. Jacobina Rabello Comarca: Ribeirão Preto. Órgão julgador: Câmara Especial de Meio-Ambiente Data do julgamento: 29/05/2008. Data de registro: 03/06/2008. Ementa: Ação civil pública - Propositura pela Promotoria de Justiça, para abstenção pelo proprietário de demolição de imóvel tido como de valor histórico e arquitetônico - Legitimidade de partes ativa e de passiva, embora alienado o prédio no curso do processo - Possibilidade de conhecimento e decisão sobre a matéria, ante o disposto na Constituição Federal, artigos 129, m, 216, parágrafo 1º, e 225, “caput” e VI, e Decreto-Lei n. 25/37, artigo 1º “caput” e parágrafo 2º - Perícia em que caracterizados os valores histórico e arquitetônico do prédio – Julgamento de procedência da ação, em parte – Apelação da ré não acolhida.

¹⁸⁶¹ “Não há qualquer vedação constitucional a que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. Como acentua Pontes de Miranda, “basta para que o ato estatal protetivo – legislativo ou executivo, de acordo com a lei – seja permitido”. O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais.” Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 930.

¹⁸⁶² A aprovação de leis para a instauração de conjuntos ou bens culturais tem sofrido resistência no Brasil. Nesse sentido é a sentença que julga a Ação de Inconstitucionalidade prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 24/05/2006: Órgão julgador: Quarta Câmara Cível. Comarca de origem: Comarca de Canoas Seção: Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 22/06/2006 Tipo de decisão: Acórdão. Tipo de processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Número: 70010712990. Relator: Araken de Assis. Ementa: Constitucional. Ação direta. Lei de Efeitos Concretos. Impossibilidade. 1. Não é admissível o controle concentrado de constitucionalidade de lei de efeitos concretos de acordo com a jurisprudência do STF e do TJRS. É o caso da Lei 781/02, do Município de Novo Hamburgo, que tombou como patrimônio cultural feiras de artesanato desenvolvidas em algumas áreas da cidade. Precedente específico do TJRS. 2. Ação julgada inadmissível (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70010712990, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 02/05/2005).

interesse cultural. É o caso da aprovação de leis que “tombam” uma cidade ou conjunto amplo de construções (vide o Decreto n. 22.928, de 12 de julho de 1933, que eleva a cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional)¹⁸⁶³.

A lei, nesses termos, poderá ser aprovada pelos três níveis de governo e atingirá os bens culturais, na medida e nos contornos que o legislador dispuser, observada a questão da abstratividade da norma emanada pelo poder legislativo¹⁸⁶⁴.

Ressalte-se, ainda, que a esse meio de tutela não se dará o nome “tombamento”, visto que este se reconhece apenas nos termos do Decreto-Lei n. 25/37 e os atos compostos ali previstos.

A lei que visa a tutelar, conservar, proteger e valorizar os bens culturais deverá tecer detalhes, a fim de garantir a efetiva aplicabilidade da norma. Outra situação está no caso específico das jazidas arqueológicas, onde a proteção se dá *ex vi legis*, isto é, imediatamente, por força da própria lei e, por este motivo, prescinde de processo e ato administrativo¹⁸⁶⁵. Podemos dizer ainda que, no tocante aos bens que guardem reminiscências dos quilombos, optou o constituinte (artigo 216, §5º¹⁸⁶⁶) pelo mesmo sistema de proteção, embora a eficácia esteja vinculada à existência de ato administrativo individualizador, de identificação¹⁸⁶⁷.

Na prática, vários municípios e Estados brasileiros têm utilizado a lei para garantir a salvaguarda de bens culturais, mesmo sem observar o mencionado aspecto de “generalidade” de normas com esse fim.

A própria Constituição Estadual de Minas Gerais dispõe no artigo 84 que: “Ficam tombados para o fim de conservação e declarados monumentos naturais os picos do Itabirito ou do Itabira, do Ibituruna e do Itambé e as serras do Caraça, da Piedade, de Ibitipoca, do Cabral e, no planalto de Poços de Caldas, a de São Domingos”. A Lei Estadual estabelece, dessa maneira, bens paisagísticos, diretamente enumerados.

A proteção via lei prescinde de consulta a órgão técnico e não se submete aos mesmos requisitos que o ato administrativo do tombamento. Os poderes Legislativo e Executivo são, em verdade, independentes e a lei é o fundamento primário de todos os meios de salvaguarda dos bens culturais. Seria contraditório que ela não pudesse, diretamente, ser meio eficaz de tutela.

Machado assevera, ainda, que

parece-nos mais importante a intervenção de um corpo técnico na gestão do bem tomado do que na instituição dessa medida. Não é preciso ser um perito de nomeada para ter sensibilidade de que um bem deva ser conservado. Além disso, o

¹⁸⁶³ Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 231-248, jul./set., 2004.

¹⁸⁶⁴ A questão da abstratividade da lei relaciona-se diretamente com o princípio da separação dos poderes prevista na Constituição Federal. De modo geral, as leis não abstratas, e que de fato realizam manifestações volitivas *in concreto*, não são normas de previsão e ordenação de direitos e obrigações, mas atos de realização do Direito. Ora, é próprio do Poder Executivo o exercício da função de realização dos atos concretos de Direito, enquanto ao legislativo cabe previsão das suas hipóteses abstratas. É certo, entretanto, que a abstração da norma não encontra limites rígidos ou absolutamente definidos. Esta sua característica, atualmente, é bastante relativizada por alguns autores. No caso do tombamento, quando a preservação derivar de ato legislativo e inexistir abstratividade na norma, ao menos a característica de generalidade deverá ser respeitada. Quanto à generalidade, ela estará presente se, de alguma forma, o objeto da preservação estiver inserido em alguma categoria ampla ou, em outras palavras, se o que estiver preservado, por decorrência direta da lei, não for um bem específico, mas uma categoria de bens. Nesse sentido, CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 38.

¹⁸⁶⁵ Lei n. 3.924, art. 1º. Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nela incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição (a menção ao art. 152 referia-se à Constituição de 1946). Atualmente, na CF/88, fica expresso no inciso X, artigo 20 que “as cavidades naturais e subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos” são bens da União. cf. CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na Preservação dos Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 6.

¹⁸⁶⁶ “Art. 216. (...) § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁸⁶⁷ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 51.

Legislativo, nos seus três níveis, pode ser assessorado, como em outras matérias, também relevantes para o País, por especialistas de notória sabedoria e idoneidade.

Exemplos de tutela do bem cultural através de leis orgânicas municipais podem ser encontrados em diversos municípios brasileiros. Alguma jurisprudência já foi produzida, nesse sentido, ao se questionar a legitimidade dessas leis em promover a salvaguarda do bem cultural¹⁸⁶⁸.

É importante comentar, de outro modo, que a lei, ainda que detenha força suficiente para tutelar o bem cultural, independentemente de consentimento do proprietário, ou mesmo de parecer técnico minucioso que lhe reforce a legitimidade, deve ser promovida, pela autoridade interessada na tutela, de maneira amplamente democrática. O envolvimento democrático implica, a nosso ver, uma participação de toda a comunidade, o que inclui os proprietários e vizinhos dos bens que se pretende salvaguardar. Experiências nos mostram que as leis devem ser fundamentadas do ponto de vista técnico, histórico e social e é preciso obter junto à população interessada certa anuência e, sobretudo, um envolvimento positivo com o processo a implantar.

Adams¹⁸⁶⁹ comenta que “a decisão política se torna também inócua sem a conscientização e o envolvimento popular” e todo processo de salvaguarda deverá ser

precedido de estudo e cotejo dos instrumentos de preservação aplicáveis, que dependerão do consenso obtido pelo aconselhamento responsável das comunidades científicas, técnicas e culturais. Nada se conseguirá, entretanto, antes de ultimada a decisão política e jurídica do tombamento, se não houver força suficiente para sensibilizar publicamente as populações interessadas.

Nesse sentido, as leis de salvaguarda devem ser precedidas de um processo de diálogo e análise que conduza à maior conscientização popular da necessidade de preservação do patrimônio cultural.

2.4.3. *Instrumentos de caráter urbanístico*

No Brasil, a Constituição Federal abre um leque amplo de possibilidades no que se refere à salvaguarda do patrimônio cultural ao deixar expresso que “outros meios de acautelamento e preservação” poderão ser utilizados com os fins a que persegue aquela Carta Fundamental.

Conforme desenvolvemos anteriormente, dentre esses “outros meios” estão incluídos a lei e a sentença, que podem ser vias de tutela do bem cultural. Ressaltamos no desenvolvimento desses dois instrumentos a possibilidade de, através deles, obtermos o reconhecimento do bem enquanto integrante

¹⁸⁶⁸ Nesse sentido decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Constitucional. Ação direta. Lei de efeitos concretos. Impossibilidade. 1. Não é admissível o controle concentrado de constitucionalidade de lei de efeitos concretos de acordo com a jurisprudência do STF e TJRS. É o caso da Lei 781/02, do Município de Novo Hamburgo, que tombou como patrimônio cultural feiras de artesanato desenvolvidas em algumas áreas da cidade. Precedente específico do TJRS. 2. Ação julgada Inadmissível. (TJRS – ADIn 70010712990 – Rel. Des. Araken de Assis – J.2.5.2005)”. No mesmo sentido, o Tribunal de MG: Tombamento. Complexos hidrotermais de Poços de Caldas. Município. Competência. Inteligência dos arts. 23 e 34 DA CF. Compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Os complexos hidrotermais e hotéis de Poços de Caldas foram tombados, para o fim de conservação, e declarados monumentos naturais, pelo art. 84, do ADCT, da CEMG. Deste modo, não há irregularidade alguma na lei municipal que decreta o tombamento das fontes termais. ‘Conjunto Pedro Botelho’ e ‘Macacos’, sendo legítimo o ato da administração que interdita a obra localizada na área de proteção, que não atende às posturas e restrições administrativas (TJMG – Ap. Civ. 1.0518.02.014291-6/001 – Rel. Des. Schalcher Ventura – J. 24.2.2005). Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tombamento. Patrimônio histórico. Lei. Iniciativa. Legislativo. Admissibilidade. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Julga-se improcedente o pedido. (TJMG. ADIn 1.0000.00.300914-9/000(2) – Rel. Des. Almeida Melo – J. 24.11.2004)

¹⁸⁶⁹ Cf. ADAMS, Betina. **Preservação Urbana: Gestão e resgate de uma história.** O patrimônio de Florianópolis. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002. p. 80.

do patrimônio cultural. É necessário dizer que os mesmos meios podem ser também utilizados para a garantia das demais ações pertinentes ao mesmo patrimônio (proteção, conservação e valorização).

Nesse sentido, acreditamos que quando o legislador constituinte aborda as “outras formas de acautelamento”, refere-se a todas as formas que levem à tutela, mas também aos atos seguintes à tutela, que implicam a proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural.

Para que não nos percamos na classificação proposta, tratamos neste item apenas daquelas outras formas que se configuram como “instrumento primário” de tutela, deixando para o item seguinte as observações concernentes aos outros meios que se ligam, em maior ou menor intensidade, aos demais atos pertinentes à salvaguarda do patrimônio.

Resta comentar, assim, acerca das normativas de caráter urbanístico que integram o conceito de “outras formas de acautelamento” e que se configuram como meios de tutela primária do patrimônio.

As normas de índole urbanístico possuem inegável potencial para a salvaguarda do bem cultural. Entretanto, apenas alguns desses instrumentos poderão vir a ser reconhecidos sob o título de meios primários de tutela do bem cultural.

É o caso do *plano diretor municipal*, seguido de suas técnicas complementares, notadamente o *zoneamento*, que, por fim, podem reconhecer o valor cultural de um bem imóvel dando-lhe *status* de bem integrante do patrimônio cultural a nível municipal.

O PDM atingirá os bens culturais imóveis de forma e com intensidade múltiplas. Ora será meio de tutela primária, ora será complemento das políticas de proteção, conservação e valorização desses bens, configurando-se como meio secundário de salvaguarda.

Assim o é porque o plano diretor é o núcleo central do planejamento urbanístico e nele deverão estar presentes fins culturais garantidos através de limitações ao direito de propriedade, o que incluirá a proibição de alterar ou ameaçar a integridade desses bens e o dever de agir em prol de sua conservação e valorização, que materializarão, em última análise, um planejamento comprometido ou “amigo” do patrimônio. É o plano que define os usos e as formas de utilização do solo e, portanto, é aí onde residem os parâmetros da cidade que se quer ter e que se quer transmitir às gerações futuras.

Dedicaremos o próximo capítulo aos desenvolvimentos acerca do papel dos planos e seus instrumentos enquanto reveladores do bem cultural. Passemos por agora à análise dos meios secundários de salvaguarda dos bens culturais, onde incluímos também os mesmos planos diretores e leis acessórias, na medida em que atuam como complemento daquelas políticas culturais anunciadas.

Resta comentar que os instrumentos de proteção anteriormente indicados não esgotam as possíveis “outras formas de acautelamento e conservação” do bem cultural, sendo, todavia, os mais frequentes meios que se pode enquadrar sob aquele título. Por serem de recente aplicação e considerados demasiadamente alternativos, esses instrumentos carecem de maiores desenvolvimentos doutrinários e de um esforço interpretativo das normas constitucionais e infraconstitucionais na busca pelo sentido que estas lhes conferem.

3. Os meios secundários

Os meios secundários para a proteção do patrimônio cultural são aqueles que se impõem em função dos interesses culturais admitidos por meio da tutela. São consequências desta e se classificam na medida em que atingem o fim ou objetivos de *proteção, conservação e valorização* dos bens, em complemento aos meios primários.

Diversas são os instrumentos secundários anotados pela doutrina. Silva¹⁸⁷⁰ aponta como principais aqueles se inserem no campo dos efeitos do tombamento,

¹⁸⁷⁰

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 164.

como meios de controle da preservação dos bens tombados, caracterizando, assim, forma de proteção do patrimônio cultural já constituído, tais como: 1) a obrigação de levar o tombamento a registro; 2) restrições à alienabilidade da coisa tombada; 3) restrições à modificabilidade da coisa tombada; 4) possibilidade de intervenção, nela, do órgão do tombamento (vigilância, vistoria, fiscalização etc); 5) sujeição da propriedade vizinha da coisa tombada a restrições especiais.

Esses instrumentos já foram rapidamente desenvolvidos na oportunidade em que comentamos acerca dos “efeitos do tombamento” e não lhes dedicaremos maiores comentários. Resta ressaltar que, segundo se denota da classificação proposta por Silva, os meios secundários, nesses termos, são as consequências obrigatórias/reflexas do ato de tutela.

Pensamos ser possível, de outra maneira, expandir essa classificação para abarcar todos os atos que visem, como dito, a atingir o fim ou objetivos de *proteção, conservação e valorização* dos bens, em complemento aos meios primários.

Abordados nessa amplitude, os meios secundários acolhem instrumentos jurídicos de diferentes naturezas (tributários, urbanísticos, processuais etc) e garantem um alargamento da noção de salvaguarda do patrimônio cultural.

Nesse sentido, incluímos sob essa rubrica os seguintes instrumentos secundários de salvaguarda do patrimônio: 3.1. Incentivos e benefícios fiscais e financeiros; 3.2. A Educação patrimonial; 3.3. Instrumentos urbanísticos gerais; 3.4. Os instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade; 3.5. As Leis de uso e ocupação do solo urbano; 3.6. As licenças edilícias e 3.7. Os projetos de renovação urbana.

Passemos aos comentários pertinentes a esses instrumentos.

3.1. Incentivos e benefícios fiscais e financeiros

Estas são medidas que favorecem a proteção e a valorização do patrimônio cultural e que poderão ser disponibilizadas nos três níveis de governo no Brasil.

Alonso Inabez¹⁸⁷¹ já defendia que o Estado não pode monopolizar o financiamento do patrimônio histórico, não só em razão da insuficiência de recursos públicos para tanto, mas também porque a criatividade não se pode limitar. O patrimônio cultural não é um patrimônio fechado e engrandece-se com as novas criações de artistas e a sensibilidade dos homens.

E como assevera a jurista espanhola, “encontrar novas fontes de financiamento do patrimônio histórico é o segredo da abóbada em que assenta o edifício da conservação do patrimônio. É necessário que a sociedade civil intervenha no financiamento da conservação do patrimônio histórico”.

No Brasil, as formas de concessão de incentivos fiscais e financeiros em prol do patrimônio cultural têm aumentado gradativamente. A Constituição Federal, reconhecendo a relevância desse mecanismo, estabeleceu no artigo 216, §3º que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”¹⁸⁷².

Merece destaque, no que se refere ao âmbito nacional, a Lei Federal de Incentivo à Cultural (Lei n. 8.313/91), conhecida mais popularmente como “Lei Rouanet” e que tem como princípio ou proposição fundamental a permissão de compensações/descontos no valor devido sob a rubrica de Imposto de Renda de valores doados a título de financiamento a projetos culturais. Há, entretanto, um controle dos projetos que poderão ensejar a referida compensação. O benefício restringe-se apenas aqueles projetos culturais previamente cadastrados pelo Ministério da Cultura, selecionados dentre as propostas encaminhadas, segundo critérios definidos na lei.

¹⁸⁷¹ ALONSO IBANEZ, María del Rosario. Direito do Patrimônio Cultural em Espanha: Situação atual e perspectivas. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**, Ina: Oeiras, 1996. p. 151-202.

¹⁸⁷² Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 191 e ss.

Ao lado desse instrumento, a “Lei Rouanet” (Lei n. 8.313/91) cria o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), com o objetivo de desenvolver a atividade cultural e dar prioridade à produção da cultural nacional. Os bens culturais imóveis, por sua vez, poderão ser contemplados com recursos do programa, na medida em que atendem os objetivos traçados no art. 3º, III:

Art. 3º Para cumprimento das finalidades expressas no art. 1º desta lei, os projetos culturais em cujo favor serão captados e canalizados os recursos do Pronac atenderão, pelo menos, um dos seguintes objetivos: (...) III - preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico, mediante: (...) b) conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços, inclusive naturais, tombados pelos Poderes Públicos; c) restauração de obras de artes e bens móveis e imóveis de reconhecido valor cultural¹⁸⁷³.

Existem, ainda, três mecanismos para a captação e canalização de recursos públicos e/ou privados: a) Fundo Nacional da Cultura (FNC), que é um fundo de natureza contábil constituído por recursos do Tesouro Nacional, doações, legados, subvenções e auxílios de entidades e organismos internacionais etc; b) Fundos de Investimento Cultural e Artístico (FICART), constituídos sob a forma de condomínio, sem personalidade jurídica, caracterizando comunhão de recursos destinados à aplicação em projetos culturais e artísticos, e c) Incentivo a projetos culturais (mecenato), que pode ser feito em forma de doação, como também por meio de patrocínio vinculado.

Esses mecanismos visam, prioritariamente: a) ao incentivo à formação artística e cultural mediante concessão de bolsas de estudo, pesquisa e trabalho, concessão de prêmios, e instalação e manutenção de cursos de caráter cultural; b) ao fomento à produção cultural e artística mediante produção fonovideográfica de caráter cultural, edição de obras, realização de exposições, festivais de arte, entre outros; c) à preservação e difusão do patrimônio artístico, histórico e cultural; d) ao estímulo ao conhecimento dos bens e valores culturais.

Em relação aos bens tombados, especificamente, a instrução normativa conjunta do Ministério da Cultura e do Ministério da Fazenda n.1, de 13 de junho de 1995¹⁸⁷⁴, dispõe sobre os procedimentos de acompanhamento, controle e avaliação a serem adotados na utilização dos benefícios fiscais instituídos pela Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

Segundo aquela Instrução Normativa:

Art. 3º Para fins de fruição dos incentivos fiscais referidos no art. 1º, as pessoas jurídicas e as pessoas físicas poderão deduzir do imposto de renda devido: (...) IV - as despesas realizadas pelo proprietário ou titular da posse legítima de bens tombados pelo Governo Federal, objetivando sua conservação, preservação ou restauração, observados os §§ 1º a 4º do art. 18 do Decreto n. 1.494, de 1995, e as normas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

Resta mencionar que a Lei Rouanet está sendo revista. O ministro da Cultura, Juca Ferreira, apresentou dia 23 de março de 2009 a nova Lei de Incentivo à Cultura. A proposta de alteração da Lei Rouanet ficou submetida à consulta pública por 45 dias para contribuição de representantes da área e depois seguiu para votação no Congresso Nacional. O novo formato cria um conjunto de mecanismo de estímulo às atividades culturais, mantendo a renúncia fiscal como um instrumento secundário e complementar. Os índices de renúncia deixarão de ser apenas dois (30% e 100%) para serem de 30, 60, 70, 80, 90 e 100% de renúncia. A proposta da lei está disponível no site <http://www.cultura.gov.br/reformadaleirouanet>. A lei em vigor permite a captação de recursos junto a

¹⁸⁷³ Cf. Lei n. 8.113/1991, de 23 de dezembro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 9 mar. 2010.

¹⁸⁷⁴ Cf. Instrução Normativa Conjunta MINC/MF n. 1, de 13/06/95. Dispõe sobre os procedimentos de acompanhamento, controle e avaliação a serem adotados na utilização dos benefícios fiscais instituídos pela Lei n. 8.313, de 1991, alterada pela Lei n. 8.981, de 1995 e Medidas Provisórias n. 998 e 1.003, de 1995. MinC/CJ. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/instrucao-normativa-conjunta-minc-mf-1.pdf>> . Acesso em: 9 mar. 2010.

empresas privadas para financiamento de projetos culturais. As empresas, como contrapartida, podem descontar o valor doado no Imposto de Renda. Segundo dados do Ministério da Cultura há muitas distorções no regime de captação de recursos promovido pela lei. Entre 2003 e 2007, 3% dos projetos captavam 50% dos recursos. Em 17 anos da lei, apenas 4% vieram da área privada. De cada R\$ 10,00 captados, R\$ 9,00 são públicos.

A política cultural no Brasil quer inverter o quadro, aumentando os recursos privados, porém centralizando o sistema na formação e gestão dos fundos. A estratégia justifica-se por uma questão de distribuição de benefícios. Atualmente, a tendência é que as empresas queiram beneficiar-se de um “marketing cultural”, investindo apenas em projetos e artistas consagrados, adotando prioritariamente a opção da “renúncia fiscal”. O governo quer reverter esse ciclo, detendo maior controle da distribuição desses benefícios.

A reformulação prevê também mais fontes de recurso além da renúncia fiscal: o Tesouro Nacional, a criação de um percentual nas extrações lotéricas federais, a criação da loteria federal da cultura, as contribuições das cadeias setoriais e audiovisual, de livro e leitura e de patrimônio. O objetivo é definir que no mínimo 1% do orçamento da União seja destinado à cultura. A meta é atingir os 2% indicados pelas Nações Unidas. As mudanças preveem ainda a reestruturação do Fundo Nacional da Cultura, que será o principal mecanismo de estímulo, incorporando os fundos setoriais. Além do Fundo de Audiovisual já existente, serão criados o das Artes (teatro, circo, dança, artes visuais e música), o do Livro e Leitura, o da Cidadania, Identidade e Diversidade Cultural e o da Memória e Patrimônio Cultural Brasileiro.

Em relação, ainda, a bens imóveis, um meio eficaz para fomentar a conservação dos bens culturais está na isenção do Imposto Territorial Urbano (IPTU), na medida em que os recursos venham a ser comprovadamente investidos na recuperação dos bens tombados¹⁸⁷⁵.

Segundo Miranda¹⁸⁷⁶, em Minas Gerais, a Lei n. 12.040/95, chamada “Lei Robin Hood”, posteriormente substituída pela Lei n. 13.803/00, estimulou de maneira compensadora a proteção do patrimônio cultural exercida pelos municípios. Esses entes passaram a receber uma cota adicional de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Competência e Recolhimento Estadual (ICMS) quando desenvolvem ações de tutela e salvaguarda em geral do patrimônio, como é o tombamento e o inventário de bens culturais.

No ano 2000, segundo dados do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA), só no âmbito municipal foram identificados mais de 1.100 bens móveis e imóveis, núcleos históricos, conjuntos arquitetônicos e paisagísticos tombados e cerca de 5.500 fichas de bens inventariados. O rateio do ICMS Cultural contempla atualmente cerca de 1/3 dos municípios de Minas Gerais, muitos deles recebendo quantias significativas que podem ser aplicadas em benefício dos bens que geram tal receita, bem como ser utilizadas na identificação de outros bens culturais¹⁸⁷⁷.

Em Portugal, por sua vez, a Lei de Bases declina a definição e estruturação do regime de benefícios e incentivos fiscais relativos à proteção e valorização do patrimônio cultural para Lei Autônoma (art. 97). Não obstante, tramita a Proposta de Lei n. 38/VIII, que estabelece o regime fiscal do patrimônio cultural, ainda sem ulterior desenvolvimento¹⁸⁷⁸. Por outro lado, já se aplicam diversos

¹⁸⁷⁵ Nesse sentido, Jurisprudência do Tribunal de Minas Gerais: Tributário-IPTU-Isenção-Imóvel tombado. O Imóvel tombado é isento de IPTU, nos termos dispostos no art. 9º da Lei n. 5.839/90 do Município de Belo Horizonte. Todavia, a concessão do benefício fica submetida à comprovação de que o proprietário efetivamente preserva o bem tombado. Laudo técnico da municipalidade não desconstituído pelo impetrante, atestando que não se encontra o imóvel em bom estado de conservação (TJMG – 1.0024.04.326967-9/001(01) - Audebert Delage – J. 9.6.2005).

¹⁸⁷⁶ Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 191 e ss.

¹⁸⁷⁷ Apesar de a Lei Estadual não determinar explicitamente que os recursos provenientes do ICMS Cultural devam ser investidos diretamente nos bens tombados, a própria razoabilidade administrativa aponta para tal destinação quando necessária a intervenção protetiva, uma vez que são estes os bens que geraram tal receita e em prol do patrimônio como um todo é que os incentivos fiscais desse caráter são promovidos. Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 193.

¹⁸⁷⁸ Nesse sentido, é a informação de Araújo. Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. *Patrimônio/Território – Interações*. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003 e informações obtidas no site do Parlamento de

mecanismos de incentivo fiscal, entre eles o regime de mecenato cultural, estabelecido pela Lei n. 160/99 de 14 de setembro.

A atividade cultural integra os fins do Estado e este abdica uma parte da receita pública que queria obter tributando-a, permitindo que ela seja favorecida ou estimulada na prossecução desses fins¹⁸⁷⁹.

Os incentivos fiscais são, por fim, criados como uma forma de salvaguardar o patrimônio cultural e denotam o atendimento ao princípio da gestão e salvaguarda compartilhadas ou da colaboração¹⁸⁸⁰ do patrimônio cultural, no momento em que o poder público, comunidade e detentores dos bens culturais se unem para executar medidas de conservação e valorização, garantindo-lhes sustentabilidade¹⁸⁸¹.

3.2. A educação patrimonial

Todos devem ter consciência da importância de que a memória impressa nos monumentos culturais seja preservada e transmitida às futuras gerações.

A educação patrimonial é, nesse sentido, um importante e eficaz instrumento de valorização e proteção dos bens culturais. Através dela, torna-se possível conscientizar as pessoas e incluir a preservação dos bens culturais na rotina da vida dos cidadãos.

A expressão “educação patrimonial” vem da tradução de *heritage education*, introduzida no Brasil na década de 1980 na ocasião do I Seminário de Educação Patrimonial, realizado no Museu Imperial de Petrópolis (RJ).

Podemos extrair do termo, a seguinte noção, segundo adensa Ferrari¹⁸⁸²:

Um processo permanente e sistemático de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte primária de conhecimento individual e coletivo. A partir da experiência e do contato direto com as evidências e manifestações da cultura, em todos os seus múltiplos aspectos, sentidos e significados, o trabalho de educação patrimonial busca levar as crianças e adultos a um processo ativo de conhecimento, apropriação e valorização de sua herança cultural, capacitando-os para um melhor usufruto desses bens, e propiciando a geração e a produção de novos conhecimentos, num processo contínuo de criação cultural.

O IPHAN¹⁸⁸³ complementa, ainda, o conceito:

Portugal. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=5958>>. Acesso em: 9 mar. 2010.

¹⁸⁷⁹ Conferir alguns apontamentos gerais sobre o direito fiscal e o patrimônio em SANCHES, José Luís Saldanha. *Direito Fiscal e Patrimônio Cultural*. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**, INA: Oeiras, 1996. p. 355-373.

¹⁸⁸⁰ Segundo Nabais, um dos princípios que regem o Direito do patrimônio cultural português é o “**princípio da cooperação**”. Tal princípio desdobra-se em três subprincípios, a saber, o princípio da colaboração da administração do patrimônio cultural com os particulares proprietários ou detentores dos bens culturais (art. 8º, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro); o princípio da cooperação em sentido estrito ou princípio da cooperação institucional, designadamente através da contratualização da administração do patrimônio cultural (art. 4º, 13, e) e 93 da Lei n.107/2001, de 8 de setembro) e o princípio da cooperação internacional com expressão nos arts. 6º, i e 4º, n. 4, também da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. No que se refere à **colaboração**, esse princípio visa a conjugar os interesses e iniciativas dos particulares proprietários ou detentores dos bens culturais com a atuação das entidades públicas à luz dos objetivos de proteção e valorização do patrimônio cultural. Segundo o art. 8º da Lei n. 107/2001, essa colaboração se concretizará, sobretudo, pela atribuição de contrapartidas de apoio técnico e financeiro e de **incentivos fiscais** aos detentores dos bens culturais. Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 103.

¹⁸⁸¹ Desenvolvemos alguns comentários acerca dos incentivos fiscais no item 9 seguinte, dedicado à conservação, valorização e sustentabilidade de bens culturais imóveis.

¹⁸⁸² Cf. FERRARI, Aída Lúcia. *Educação Patrimonial*. In: **Reflexões e contribuições para a educação patrimonial**. Grupo Gestor (Org.). Belo Horizonte: SEE/MG, 2002. p. 108.

É a consolidação de sujeitos sociais – crianças, jovens e adultos, para que eles entendam que patrimônio não é algo exterior aos indivíduos, pois foi produzido por eles mesmos ao longo da história. Envolve formação histórico-social e as relações sociais derivadas da construção e/ou produção, constante, de conhecimento. Com as práticas e experiências que vêm sendo desenvolvidas, em diferentes contextos e locais do país, o resultado encontrado tem sido a nova visão do Patrimônio Cultural Brasileiro, de sua diversidade, bem como da prática da cidadania, do resgate da auto-estima dos grupos culturais e do estabelecimento de um diálogo enriquecedor entre as gerações. A Educação Patrimonial é um instrumento de alfabetização cultural que possibilita aos indivíduos fazer a leitura do universo em que estão inseridos. A valorização do patrimônio cultural depende, necessariamente, de seu conhecimento. E a preservação sustentável, do orgulho que o povo possui da própria identidade e cidadania.

Os objetivos da educação patrimonial encontram-se subentendidos nas diretrizes setoriais do IPHAN, segundo nos lembra Casco¹⁸⁸⁴:

1. Valorizar a diversidade da base social na qual o patrimônio é constituído e reconhecido;
2. Reconhecer, preservar e difundir as referências culturais brasileiras em sua heterogeneidade e complexidade e considerando os valores singulares, sentidos atribuídos e modos de transmissão elaborados pela sociedade;
3. Permitir o acesso de todos aos direitos e benefícios gerados por uma política compartilhada e participativa de preservação do patrimônio cultural;
4. Promover a apropriação simbólica e o uso sustentável dos recursos patrimoniais com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural;
5. Valorizar os acervos documentais como fonte de conhecimento para o desenvolvimento das ações de preservação;
6. Atualizar e desenvolver em parceria com a sociedade, as políticas, mecanismos e procedimentos de preservação do patrimônio cultural com vistas a democratizar e ampliar o conhecimento sobre a diversidade cultural do país;
7. Promover e estimular a transmissão do patrimônio cultural e da memória social às gerações futuras.

Miranda¹⁸⁸⁵ conclui que

a conscientização das comunidades sobre o valor dos bens culturais materiais e imateriais que as cercam, a divulgação eficiente das leis (lei de crimes ambientais, leis que condicionam ou proíbem a exportação de antiguidades, leis de incentivo à cultura etc) programas (programa de divulgação e recuperação de bens culturais subtraídos, por exemplo), de informações sobre bens culturais (museus virtuais, cadastro nacional de sítios arqueológicos, inventário nacional de bens imóveis em sítios urbanos tombados, guia dos bens tombados, acervo iconográfico e a rede informatizada de bibliotecas do IPHAN, por exemplo), de mecanismos de proteção (tombamento, inventário, registro, ação popular, ação civil pública etc) bem como a visibilidade das ações concernentes ao patrimônio e seus benefícios sociais e econômicos são alguns exemplos de iniciativas que podem ser desenvolvidas em sede de educação patrimonial.

¹⁸⁸³ Conceito extraído do site do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12639&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

¹⁸⁸⁴ CASCO, Ana Carmem Amorim Jara. **Sociedade e Educação Patrimonial**. Relação de Textos Especializados do IPHAN. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=526>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

¹⁸⁸⁵ Cf. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 202.

Enfim, a educação patrimonial, em suas mais variadas formas, possibilita a compreensão da importância de preservação dos bens culturais e de quais são os instrumentos existentes para tanto, tornando-se uma valiosa ferramenta de promoção e vivência da cidadania, despertando a responsabilidade individual e coletiva em relação ao patrimônio cultural¹⁸⁸⁶.

3.3. Instrumentos urbanísticos

O Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001) reconhece e adota a noção de que a gestão do solo urbano engloba seus aspectos particularizados, entre eles, seus aspectos culturais. Dentro de uma perspectiva urbanística, o patrimônio cultural deve deixar de ser considerado um “entrave” para o desenvolvimento e passar a integrar esse conceito, garantindo um crescimento sustentável. O aparato legal atual é propício a essa interpretação e sua utilização merece ser ampliada.

Diversos instrumentos urbanísticos podem vir a ser utilizados e, por vezes, estarão necessariamente vinculados em prol do patrimônio cultural existente.

Na ordem estabelecida pelo Estatuto, encontram-se: a) *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios* (art. 5º e 6º); b) *Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo (IPTU progressivo)* (art. 7º); c) *desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública* (art. 8º); d) *usucapião especial de imóvel urbano* (art. 9º a 14); e) *direito de superfície* (arts. 21 a 24); f) *direito de preempção* (arts. 25 a 27); g) *outorga onerosa do direito de construir* (arts. 28 a 31); h) *operações urbanas consorciadas* (art. 32 a 34); i) *transferência do direito de construir* (art. 35); j) *Estudo de Impacto de Vizinhaça* (arts. 36 a 38); k) *planos diretores municipais* (arts. 39 a 42); l) *consórcio imobiliário* (art. 46).

Para além desses instrumentos regulamentados pelo EC, cumpre mencionar 1) as *leis de uso e ocupação do solo urbano e rural*, 2) as *licenças urbanísticas* e 2) os *projetos de renovação urbana*.

Entendemos que neste ponto se deverá abrir o espaço para algumas questões centrais do presente trabalho.

Como mencionado, às vezes, a proteção realizada por meio de alguns dos instrumentos típicos do direito urbanístico (plano diretor, zoneamento) é, por si só, considerada um meio suficiente e autônomo de tutela dos bens culturais (dessa perspectiva trataremos no capítulo seguinte).

Por outras vezes, a existência de atos primários de proteção dos bens culturais implica e compromete a normativa urbanística que se queira estabelecer nos territórios municipais. A partir da inventariação do solo é possível identificar todos os elementos que demandam tratamento especial e as influências que esses bens culturais exercem no processo de planejamento são incontestáveis. Entretanto, pode ocorrer de um bem material, imóvel, que detenha valor cultural (seja histórico, artístico, paleontológico, arqueológico etc), ser mencionado em diferentes ocasiões (guias, reportagens jornalísticas, folhetos publicitários etc), mas não ser, entretanto, objeto de um instrumento primário de proteção dos bens culturais.

Na doutrina francesa não parece haver dúvidas de que as regras comuns de direito civil e de direito urbanístico assumem aplicabilidade ampla e revelam um mecanismo de proteção da máxima importância em matéria de salvaguarda do patrimônio cultural arquitetônico¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸⁶ Nesse sentido também doutrina espanhola ao entender como um dos papéis fundamentais do Estado na conservação do patrimônio o atendimento à “necessidades educativas”. Nas palavras de Farina Tojo, “uno de los objetivos fundamentales del Estado (entendiendo el concepto de Estado en un sentido amplio) debería ser que el ciudadano llegara a estimar en su justa medida el legado recibido de sus antepasados. (...) Parece necesario actuar en todos los niveles educativos, y mediante aquellos resortes culturales e informativos que estén en sus manos”. Cf. FARINA TOJO, José. **La Protección del Patrimonio Urbano**. Instrumentos Normativos. Madrid: Ediciones AKAL, 2000. p. 13.

¹⁸⁸⁷ Nesse sentido, Frier destaca que “si aucune mesure spécifique de soumission à un statut particulier n’est prise, les règles communes du code civil et du droit de l’urbanisme, pour essentiel, restent applicables”, querendo com isso dizer que, ainda que o bem não tenha sido incluído no conjunto dos bens que forma o patrimônio cultural e, portanto, não pertença a nenhuma categoria jurídica específica, sua proteção ainda se poderá concretizar por tais meios secundários ao alcance do administrador. Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du Patrimoine Culturel**. Paris: PUF, 1997, p. 27.

Natural que o seja assim, tendo em vista que o patrimônio arquitetônico, arqueológico e as paisagens culturais repousam sobre o solo que tende a estar, a cada dia, inserido em um contexto de planificação plena.

Ressalte-se que a planificação comprometida com o patrimônio cultural existente e, portanto, de caráter secundário na salvaguarda do patrimônio cultural arquitetônico configura-se como necessidade premente e deve ser a todo custo reforçada. O efeito da planificação “amiga do patrimônio” será concretizado na medida em que os planos locais privilegiem a proteção dos recursos culturais ali identificados traduzindo-se em proibições da realização de operações urbanísticas incompatíveis com aqueles fins e, para além disso, em condicionantes do uso e da disposição daqueles bens e seu entorno¹⁸⁸⁸.

Passemos, por fim, aos desenvolvimentos dos principais instrumentos urbanísticos de salvaguarda secundária do patrimônio cultural no contexto brasileiro.

3.4. Os instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade enquanto meios secundários de salvaguarda do patrimônio cultural imóvel (proteção, conservação e valorização)

Conforme já mencionamos anteriormente, o tombamento está incluído no rol de instrumentos urbanísticos, especificamente na alínea “d”, do inciso V, do artigo 4º da Lei n. 10.257/2001.

A aplicação desse instituto de tutela primária do bem cultural estará, por outro lado, associada a diversos outros mecanismos e, em destaque, aos instrumentos urbanísticos que podem ser utilizados com fins culturais (tutela secundária).

Essa associação do tombamento a outros instrumentos jurídicos que se prestam ao ordenamento territorial, notadamente quando tratamos dos bens imóveis, dá-se em medidas diferentes, conforme a dinâmica legislativa e as estruturas administrativas de cada ente de governo (municipal, estadual e federal). O Estatuto da Cidade promoveu, nesse sentido, a sistematização dos instrumentos jurídicos à disposição da política urbana e assinalou para um novo urbanismo que gere não só interesses tipicamente urbanísticos, mas também aqueles interesses culturais que se apresentam ligados ao solo urbano e rural.

Passemos a assinalar alguns dos variados institutos urbanísticos reconhecidos pelo Estatuto da Cidade e sua convergência com a questão cultural.

3.4.1. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (arts. 5º e 6º)

Parcelar, edificar e utilizar são ações que podem garantir o uso da propriedade conforme seus fins sociais. Com o intuito de minimizar os efeitos desarticuladores e ilegítimos da retenção de imóveis e da especulação imobiliária, o legislador infraconstitucional, regulamentando o §4º, I, do art. 182 da CF/88, confere ao legislador municipal a possibilidade de exigir do proprietário ou do detentor do bem imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado situado em seu território, o seu aproveitamento, conforme lei específica para área incluída no Plano Diretor Urbano (art. 5º, Lei n. 10.257/2001).

No que tange à aplicação desse instrumento¹⁸⁸⁹, enquanto instrumento secundário de salvaguarda do patrimônio cultural, é evidente que há de se observar a necessidade apresentada em

¹⁸⁸⁸ Nesse sentido também em Portugal, já constatado há algum tempo por Correia, na ocasião em que analisa a execução dos planos diretores municipais. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Execução dos Planos Diretores Municipais. Breves Considerações. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Lisboa, n. 3, p. 67-86, junho, 1995.

¹⁸⁸⁹ Maiores desenvolvimentos sobre esse instrumento urbanístico, MONTEIRO, Vera. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana (arts. 5º e 6º). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade*. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87-98.

situação concreta. Em geral, para sítios tombados, esse instrumento carece de parcimônia na sua aplicação, visto que em regra eles não são tratados como bens subutilizados ou não utilizados, ao contrário, a existência de traços e vestígios culturais poderá dar ensejo muitas vezes à proibição de edificar ou usar os bens culturais imóveis.

Na perspectiva da preservação do patrimônio cultural imóvel, a promoção de ações de adensamento das áreas de interesse cultural, seja do ponto de vista construtivo, seja do ponto de vista funcional e, mesmo populacional, é uma exceção à regra.

Estudos relacionados ao instrumento em aplicação pelo IPHAN – denominado Plano de Preservação de Sítio Histórico, que prevê, do ponto de vista normativo, entre outros, o estabelecimento de um Plano de Massas da área urbana afetada –, podem sinalizar concretamente em qual medida o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios poderão ser aplicados¹⁸⁹⁰.

A aplicação do instrumento pode ser viável e oportuna quando se pretende, num processo de reabilitação urbana da área, ampliar a oferta de imóveis no mercado imobiliário e promover a ocupação e o uso de bens em situação de abandono, especialmente no caso daqueles que venham a ter uso habitacional.

3.4.2. *Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo (art. 7º)*

A ociosidade e o mau aproveitamento de terrenos acarretando prejuízos para a coletividade que utiliza e vive em áreas de interesse cultural poderá ensejar a utilização desse instrumento, quando assim constatada, em função de estudos específicos¹⁸⁹¹.

O artigo 4º da Lei n. 10.257/2001 enumera no inciso IV os seguintes instrumentos tributários e financeiros: a) Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Em relação ao IPTU, especificamente, a Constituição Federal Brasileira determina que, além de fonte de significativa arrecadação em favor do ente municipal, ele também possui um destacado papel na política de desenvolvimento urbano, especialmente em função de sua progressividade. No artigo 156, §1º, I, está previsto que esse imposto pode ser progressivo em razão do valor do imóvel e, no inciso II, está previsto que é possível a fixação de alíquotas diferenciadas, de acordo com a localização e uso do imóvel.

Além disso, no artigo 182, §4º, II da Constituição Federal está disposto o IPTU progressivo no tempo como instrumento de promoção do adequado aproveitamento do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Em sequência à previsão constitucional, o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, disciplina o instituto estabelecido à possibilidade de majoração da alíquota no prazo de cinco anos consecutivos, dando ensejo, ao final, na ausência de cumprimento da obrigação estabelecida, à desapropriação sanção.

A utilização social da propriedade poderá significar a valorização e proteção de um bem cultural, e o IPTU surge como um meio de coação para o cumprimento desses fins.

Por outro lado, a prefeitura também poderá deixar de cobrar o mesmo IPTU para incentivar a salvaguarda do bem tutelado. Essa tem sido uma medida comum nos municípios brasileiros, e a redução da alíquota poderá chegar a 100%, desde que o estado de conservação do imóvel seja comprovado pelo proprietário e verificado pela autoridade municipal¹⁸⁹².

¹⁸⁹⁰ Cf. BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos – Urbis – IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

¹⁸⁹¹ Maiores desenvolvimentos sobre o IPTU progressivo, COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana (art. 7º). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 101-116.

¹⁸⁹² Segundo Adams, na área fiscal definida pela Prefeitura de Florianópolis como área de incentivo a bens imóveis com valor cultural, esse benefício poderá chegar a 100% e deve ser requerido anualmente, momento em que é feita a

Em ambas as situações, a aplicação efetiva dos instrumentos tributários está associada à existência de um adequado sistema de cobrança e de um cadastro imobiliário atualizado da Prefeitura Municipal. Neste aspecto, os inventários de bens imóveis (INBIs), por exemplo, podem constituir uma fonte de dados importante¹⁸⁹³.

3.4.3. *Desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública (art. 8º)*

Quando proprietários de imóveis por motivo injustificado não atendam às determinações da administração local quanto ao cumprimento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel e após decorridos cinco anos de cobrança de IPTU progressivo no tempo, a municipalidade, desde que tenha previsto em Plano Diretor válido, poderá aplicar o instrumento da desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública¹⁸⁹⁴.

O instrumento pode ser utilizado como medida estratégica de persuasão junto a proprietários solventes irredutíveis para enfrentar a chamada “ruína programada” em imóveis de valor cultural. Reconhece-se, entretanto, que sua utilização só pode ser feita quando da ineficácia da aplicação dos instrumentos anteriores, o que torna a sua utilidade quase remota.

3.4.4. *Usucapião especial de imóvel urbano (arts. 9º a 14)*

Instrumento da política urbanística, a usucapião especial urbana assegura ao possuidor de terreno urbano de extensão enquadrada no limite legal (250 m², segundo artigo 9º da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade), por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, para sua moradia ou de sua família, o direito de adquirir-lhe o domínio desde que não seja proprietário de outro imóvel¹⁸⁹⁵.

Sua aplicação em bens que detenham interesse cultural poderá ocorrer, mas raramente se dará nas hipóteses em que se verifica um bem já tombado.

No primeiro caso, podemos imaginar a ocorrência de bens imóveis particulares, dotados de interesse cultural, porém ainda desprovidos de uma medida tutelar primária. A usucapião, nesse caso, pode ser admitida no bojo de projetos de regularização fundiária, o que poderá facilitar a promoção de iniciativas de melhoria das condições gerais do imóvel. A indefinição da titularidade da posse e da propriedade de um imóvel cultural de certo é empecilho para a promoção de sua salvaguarda, de maneira que todo instrumento que venha a conformar a situação jurídica do bem cultural, é útil e deve ser considerado.

Por outro lado, a usucapião também é estabelecida em lei civil, cuja redação não restringe os sujeitos que se beneficiarão da propriedade via prescrição aquisitiva (art.1.238 e ss, Lei n. 10.406/2002, de 10 de janeiro, Código Civil brasileiro). Pires assinala, nesse sentido, ao cogitar que o

avaliação do estado de conservação dos imóveis. Apesar de burocrático, o mecanismo permite o contanto com os responsáveis pelos imóveis de forma constante e tem sido utilizado em ritmo crescente, com efeitos positivos para o processo de preservação. Cf. ADAMS, , Betina. **Preservação Urbana: Gestão e resgate de uma história. O patrimônio de Florianópolis.** Florianópolis: Editora da UFSC, 2002.

¹⁸⁹³ Cf. BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos – Urbis – IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro.** Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

¹⁸⁹⁴ Conferir detalhes acerca do instrumento da desapropriação urbanística em BEZDOS, Clóvis. **Desapropriação em Nome da Política Urbana (art. 8º).** In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118-128.

¹⁸⁹⁵ Ao contrário do que prescreve o art. 34 da Lei portuguesa n. 107/2001, de 8 de setembro, o Decreto-Lei n. 25/37 silencia a respeito da possibilidade de usucapir bens tombados no nível federal. A normativa complementar poderá, por outro lado, fazê-lo.

Estado, ainda que não possa figurar como sujeito passivo em ações de usucapião, pode incorporar bens ao seu patrimônio por meio da prescrição aquisitiva.

Sob esse aspecto é possível dizer que, “com o objetivo de dar à usucapião um novo fôlego para aquisição, por exemplo, de imóveis tombados abandonados que deveriam se colocar, de fato, e de direito, sob a imediata gestão pública. Tal medida poderia conter a saga do abandono deliberado de bens culturais”¹⁸⁹⁶.

Por outro lado, os bens tombados submetem-se a regime especial que indica uma insuscetibilidade de aquisição pela via da usucapião.

Sua fundamentação resta a cargo da análise de um conjunto de elementos ligados à tutela do patrimônio cultural imóvel, visto que, ao contrário da Lei portuguesa n.107/2001, de 8 de setembro (art. 34) o Decreto-Lei n.º25/37 silencia a respeito da possibilidade de usucapir bens tombados no nível federal.

Da interpretação do Decreto-Lei n. 25/37, entretanto, observa-se que aquela norma determina que os bens tombados são equiparados a bens do patrimônio nacional (art. 1º, § 2º). Para além disso, as coisas tombadas pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, inalienáveis por sua natureza, se submetem à inalienabilidade especial e relativa, só podendo ser transferidas de uma pessoa de direito público interno para outra.

Os bens particulares tombados têm sua alienabilidade restringida (art. 12), ficando sujeita a determinadas condições, tais como (art. 13): a) prévio oferecimento do bem a ser alienado ao Poder Público, na seguinte ordem: União, Estados e Municípios; b) no caso de transferência da propriedade ou deslocação dos bens tombados, deverá haver registro do bem no cartório do local para onde se transferiu, além de comunicação ao órgão competente do patrimônio histórico, dentro do prazo de 30 dias e sob a pena de multa de 10% do valor da coisa.

Além disso, as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do instituto do patrimônio histórico, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa.

A análise de tais restrições deixa evidente que conquanto os bens tombados permaneçam como propriedade de seu titular, os mesmos saem da órbita da vontade exclusiva deste e ficam submetidos a uma finalidade coletiva e impessoal. O regime especial do tombamento acaba por alterar a própria natureza do bem, que tem aumentada a área de sua publicização.

Vejamos os fundamentos que apontamos acima nos seguintes artigos do Decreto-Lei n. 25/37:

Art. 11. As coisas tombadas, que pertencem à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.

Parágrafo único. Feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 12. A *alienabilidade* das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado *sofrerá as restrições* constantes da presente Lei.

(...)

Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios terão, nesta ordem, o *direito de preferência*.

1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente *sejam os bens oferecidos*, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao Município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.

2º *É nula a alienação* realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será

¹⁸⁹⁶ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 151, p. 207-230, jul./set., 2001.

pronunciada, na forma da lei pelo juiz que conceder o seqüestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias.

No que tange aos bens de titularidade pública, não há dúvidas acerca da sua imprescritibilidade, visto que esta é a regra geral para todos os bens dessa natureza.

Com relação aos demais, é de se observar que os bens tombados receberam especial proteção por parte do Decreto Lei 25/37, que limitou claramente a possibilidade de alienação de tais coisas, objetivando a sua manutenção junto ao Poder Público (quando públicas as coisas tombadas) ou, quando pertencentes a particulares, a sua aquisição pelos entes estatais. Tal preocupação se justifica na medida em que, tratando-se de bens de grande relevância para a cultura do país, o acesso e a fruição dos mesmos pela coletividade (direitos assegurados pelo art. 215, caput, da CF/88) seriam certamente facilitados quando integrantes de acervos públicos.

Por fim, é de se concluir que se trata de inalienabilidade relativa, de vez que a restrição pode ser afastada após o cumprimento das exigências legais. Contudo, se estas últimas não forem atendidas integralmente, a alienação da coisa tombada é nula de pleno direito, de vez que os negócios jurídicos a respeito da transferência de tais bens têm por objeto prestação impossível.

Conforme salienta Rodrigues¹⁸⁹⁷, a inalienabilidade imposta pelo legislador a determinadas coisas decorre de sua destinação. Está a coisa voltada ao alcance de certo fim, de modo que se não admite a hipótese de sua venda, troca ou doação, sem sacrifício desse fim relevante que se almeja. Verdade que nalguns casos tal inalienabilidade pode ser levantada, eventualmente, mediante a observância de formalidades legais.

3.4.5. *Direito de superfície (arts. 21 a 24)*

Atribui-se a denominação “direito de superfície” a uma forma de separação entre a nu-propriedade e o domínio útil, ou seja, a um meio pelo qual o proprietário pode manter sua propriedade e permitir, ao mesmo tempo, que outra pessoa a utilize, como se fosse proprietário¹⁸⁹⁸.

O Direito de Superfície é tratado no Estatuto da Cidade (artigos 21 a 24) e também no Código Civil (artigos 1.369 a 1.377) brasileiros.

O Estatuto da Cidade é anterior ao Código Civil e aquele estipula no artigo 21 que o proprietário de imóvel urbano poderá conceder a outra pessoa o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, a título gratuito ou oneroso, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

O instrumento poderá ser utilizado em prol da valorização do patrimônio cultural imóvel na medida em que garante a composição de ambiências com a ocupação adequada de lotes vagos em conjuntos urbanos especiais, cujos proprietários não disponham de recurso para edificar e para reconstruir imóveis demolidos¹⁸⁹⁹.

Sua aplicação deve ser criteriosa e poderá estar associada a iniciativas planejadas de revitalização funcional de imóveis que venham a ser objeto de promoção privada, sob supervisão do poder público.

¹⁸⁹⁷ Cf. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 34. ed. Saraiva. 2007. p. 135.

¹⁸⁹⁸ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 167.

¹⁸⁹⁹ Nesse sentido, PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 151, p. 207-230, jul./set., 2001.

3.4.6. *Direito de preempção (arts. 25 a 27)*

O direito de preempção¹⁹⁰⁰ configura a preferência para a aquisição de imóveis conferida ao poder público. Quando se trata de bens imóveis tombados em nível federal, esse direito já é contemplado pelo Decreto-Lei n. 25/37 em seu artigo 22 e ss. Nesse caso, em se tratando do nível municipal ou estadual, resta ao Poder Legislativo correspondente estabelecer previamente em lei as condições e áreas onde incidirá a preempção. Em nosso entendimento, o plano diretor é instrumento legal hábil a estabelecer as áreas de interesse cultural onde incidirá o direito de preempção do Município.

3.4.7. *Outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso (arts. 28 a 31)*

Este instrumento de atuação urbanística vinha sendo estudado pela doutrina, há muito tempo, sob a denominação de “solo criado”. Tal expressão denota a ideia de que cada proprietário de uma determinada área, ao nela edificar vários andares, estaria criando solos novos, pelos quais deveria pagar determinada importância aos cofres públicos a fim de compensar os encargos e custos que a verticalização das construções acarretam aos serviços públicos.

A utilização da outorga onerosa do direito de construir depende da previsão pela lei municipal, de um coeficiente básico de aproveitamento do terreno, ou seja, de quanto pode ser construído, gratuitamente, com relação à área. *Coeficiente de aproveitamento* é a relação entre área edificável e a área do terreno¹⁹⁰¹. Esse coeficiente pode ser de uma vez a área do terreno ou mais, cobrando-se apenas pelo excedente, vale dizer, pela área construída que exceder àquela permitida no plano. Solo criado é, portanto, “a superação do coeficiente único dentro do limite legal”¹⁹⁰².

O artigo 28 da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, condiciona a utilização do instrumento do solo criado à previsão expressa no Plano Diretor, que poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

O direito de construir relativo à diferença entre o coeficiente único de aproveitamento e o limite estabelecido na lei local pode ser adquirido do Poder Público pelo proprietário ou outro terceiro particular. A contraprestação na versão urbanística do solo criado deverá ser, preferencialmente, a cessão de terreno comunitariamente útil correspondente ao excesso, sendo, na versão financeira, representada por um valor pago à municipalidade¹⁹⁰³.

Sua utilização com fins de valorização do patrimônio urbano poderá se dar na medida em que um proprietário de imóvel tombado venha a ser beneficiado gratuitamente pelo coeficiente de construção extra em um outro imóvel que possua, vinculando-se tal benefício à conservação e recuperação do bem cultural. A estratégia poderá, ainda, ser tomada como forma de indenização, eventualmente, nos casos de restrição mais severa que se imponha em razão do interesse cultural verificado.

3.4.8. *Operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34)*

Operação urbana consorciada é uma forma de parceria entre o Poder Público e o particular ou particulares para a execução de grandes empreendimentos urbanos com finalidades que poderão ser

¹⁹⁰⁰ Cf. GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção (arts. 25 a 27). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 193-221.

¹⁹⁰¹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

¹⁹⁰² Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 151, p. 207-230, jul./set., 2001.

¹⁹⁰³ Nesse sentido, PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 151, p. 207-230, jul./set., 2001.

desde melhorar o aproveitamento urbanístico em uma área estratégica, implantar um plano de urbanização ou, como merece nosso destaque, promover a renovação urbana de uma área degradada com fins de valorizar o patrimônio cultural e promover o desenvolvimento do local.

Nos termos do artigo 32 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) entende-se por operação urbana consorciada

o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

Cada operação urbana consorciada deve estar prevista no Plano Diretor e deve ser disciplinada por lei específica, que poderá autorizar a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das formas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente, assim como a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

O art. 33 determina que lei específica deverá estabelecer um plano de operação urbana consorciada contendo no mínimo: I – definição da área a ser atingida; II – programa básico de ocupação da área; III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; IV – finalidades da operação; V – estudo prévio de impacto de vizinhança; VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei; VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

É importante ressaltar que os recursos obtidos pelo Poder Público com as outorgas onerosas decorrentes da alteração da legislação edilícia e do uso do solo deverão ser aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada. Em função desses recursos que deverão ser proporcionados pela operação é que o artigo 34 da Lei estabelece que a lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação.

3.4.9. *Transferência do direito de construir (art. 35)*

A transferência do direito de construir¹⁹⁰⁴ foi desde o início pensada como forma de compensar a perda do valor sofrida por um imóvel tombado¹⁹⁰⁵. É o caso, por exemplo, de uma casa de valor histórico ou arquitetônico situada numa área residencial de alto valor, na qual o plano diretor local estabelece um coeficiente de aproveitamento tal que seria possível construir um prédio com muitos andares. O tombamento do imóvel poderá gerar prejuízo considerável ao proprietário, caso este tivesse uma anunciada intenção de aproveitar a possibilidade de construir mencionada. Esse prejuízo poderá vir a ser compensado pela transferência do direito de construir. O proprietário, assim, edificaria em outro terreno adjacente a quantidade de metros quadrados que corresponderia aos limites daquele imóvel a ser tombado¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁴ Cf. MONTEIRO, Yara Darcy Pollice ; SILVEIRA, Egle Monteiro. Transferência do Direito de Construir (art. 35). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 289-297.

¹⁹⁰⁵ Em Florianópolis, já em 1989 existia na legislação municipal o instrumento da transferência do índice de construção ou transferência do direito de construir. Essa estratégia permitiu, naquela cidade, a permanência de diversas edificações históricas. Cf. ADAMS, Betina. **Preservação Urbana: Gestão e resgate de uma história**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2002. p. 80.

¹⁹⁰⁶ Exemplo dessa medida está na Av. Paulista, em São Paulo, onde o tombamento da chamada “Casa das Rosas” deu ensejo a contrapartida pela Prefeitura do aumento de andares na edificação feita no terreno remanescente do proprietário. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169.

O Estatuto da Cidade foi bastante abrangente e dispôs que:

Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

Essa mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar seu imóvel, ou parte dele, ao Poder Público, para as finalidades anteriormente referidas.

O instrumento é de grande utilidade no momento em que o planejamento urbano se volta para a gestão global e harmônica do território, conforme as características culturais existentes e a forma que se quer garantir à cidade. Insistimos que o instrumento poderá ser, sobretudo, útil naquelas áreas em que o Plano Diretor defina como de interesse cultural, momento em que a legislação urbanística assume a tarefa da tutela primária do bem cultural. A transferência do direito de construir garante, nesses termos, a preservação do bem cultural, uma vez que se coloca como uma alternativa viável para o proprietário que comprovadamente estaria prejudicado com a tutela do patrimônio.

Segundo Brito¹⁹⁰⁷, sua aplicabilidade parece ser mais efetiva quando se trata de sítios históricos inseridos em grandes e médios centros urbanos, com dinâmica econômica que possibilite estabelecer áreas para a transferência do direito de construir. No caso dos pequenos núcleos urbanos, a aplicação restaria mais restrita. Sua aplicação depende, de toda forma, de previsão em Plano Diretor Municipal e/ou legislação específica que lhe complemente.

3.4.10. Estudo de impacto de vizinhança (arts. 36 a 38)

A aplicabilidade do EIV¹⁹⁰⁸ está associada a um processo educativo em curso, na medida em que o interesse coletivo sobrepõe-se ao interesse privado.

Trata-se de um instrumento preventivo que garante a análise prévia dos impactos que empreendimentos e atividades públicas ou privadas, definidas em lei, podem provocar nas áreas em que são propostos. No caso específico de sítios históricos ou áreas vizinhas a bens culturais, deve-se observar, de maneira mais precisa possível, os transtornos e efeitos que a atividade proposta gerará.

A análise deverá considerar diversos aspectos, desde a tolerância estrutural dos bens culturais em face dos métodos de construção a serem empregados, até a desvalorização ou descaracterização da área, em se tratando de atividade incompatível ou inconveniente com a valorização dos bens ou bem cultural em questão.

O Estudo de Impacto de vizinhança (EIV), por sua vez, não exclui a elaboração do Estudo Prévio de de Impacto Ambiental (EIA), previsto em legislação ambiental, conforme atesta o art. 38, Lei Federal n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade.

¹⁹⁰⁷ Cf. BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos – Urbis – IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

¹⁹⁰⁸ Cf. SOARES, Lucécia Martins. Estudo de Impacto de Vizinhança (arts. 36 a 38). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 300-316.

3.4.11. O plano diretor municipal enquanto meio secundário de salvaguarda do bem cultural

O plano diretor municipal atuará, em grande medida, como instrumento secundário de salvaguarda do bem cultural imóvel¹⁹⁰⁹.

Na medida em que o tema do patrimônio cultural imóvel passa a integrar os fins do direito urbanístico, este deixa de estar focado exclusivamente em um urbanismo quantitativo, com instrumentos de mera organização e racionalização dos espaços e passa a se ocupar de questões como a estética das cidades, a harmonia¹⁹¹⁰ dos conjuntos e a salvaguarda dos bens culturais¹⁹¹¹.

Com esses fins, o planejamento urbano deverá estabelecer o destino dos terrenos e edificações e limites às faculdades de construir que implicarão na valorização dos bens culturais¹⁹¹².

A atuação secundária dos planos diretores brasileiros se dará na medida em que todo patrimônio imóvel reconhecido por autoridade especializada passa a integrar as estratégias de ordenamento e desenvolvimento da cidade ao mesmo tempo em que o planejamento urbano estabelece medidas de valorização e proteção desse mesmo patrimônio¹⁹¹³.

Essa valorização se dará não só com ações diretas de proteção ligadas à visibilidade e restrições ao uso dos bens vizinhos, mas também na medida em que se programará um comprometimento amplo e generalizado da cidade com esse patrimônio.

São situações em que o planejamento urbano se ocupa de diversas dimensões do patrimônio, indo desde as regras de uso ligadas à volumetria, morfologia, alinhamentos e cêrceas, cromatismo e revestimento exterior dos edifícios, podendo estabelecer zonas *non aedificandi*, áreas de sensibilidade arqueológica e paleontológica, até o estabelecimento de zonas especiais (zoneamento de áreas de interesse cultural) onde prevalecerão a “harmonia” do território em conjugação com o patrimônio ali identificado. As zonas especiais disciplinam, nesse sentido, as regras impostas a todo o entorno de bens culturais imóveis e estabelecem as minúcias da servidão a que beneficiam os bens culturais automaticamente através do tombamento ou por outro meio primário de tutela do valor cultural dos bens imóveis (art. 18, Decreto-Lei n. 25/37)¹⁹¹⁴.

A salvaguarda de caráter secundário do patrimônio cultural imóvel via planejamento territorial poderá assumir, ainda, certo dirigismo estético e artístico. Esse “controle” pode ser realizado através

¹⁹⁰⁹ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor (arts. 39 a 42). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 318-333.

¹⁹¹⁰ A noção de harmonia territorial é bastante desenvolvida na doutrina francesa. Essa harmonização também encontra correspondência no princípio da coordenação que deverá predominar entre as disciplinas do direito urbanístico e do patrimônio cultural. Para além da necessária salvaguarda coordenada do patrimônio imóvel, é necessário disponibilizar o espaço para os instrumentos da cultura (teatros, escolas, oficinas de lazer etc), que também integram o conceito de política cultural. Aspecto sobre o qual já comentamos, as políticas voltadas à oferta de estrutura física para a realização de manifestações culturais é de grande relevância na atualidade do direito urbanístico. Nesse sentido, Bodiguel e Fialaire: “culture et aménagement du territoire vont désormais de pair, de plus en plus expressement, l’un appelant l’autre. Qui di aménagement du territoire dit aussi harmonie territoriale, ce qui ne peut se faire sans une certaine harmonie des politiques culturelles”. Cf. BODIGUEL, Jean-Luc; FIALAIRE, Jacques (Dir.). **Le Renouveau de l’aménagement du territoire**. Paris: l’Harmattan, 2002. p. 225.

¹⁹¹¹ Nesse sentido também na França, segundo JEGOUZO, Ives. La protection du patrimoine culturel a travers les procedures de gestion de sols, de l’urbanisme et de l’architecture. In: JEGOUZO, Ives (Dir.). **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 81-94.

¹⁹¹² Trata-se do regime do uso do solo, definido pelos planos municipais através da classificação e da qualificação do solo. Nesse sentido também em Portugal, conforme artigo 71, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 406.

¹⁹¹³ Identificar a existência do patrimônio cultural é, ainda, próprio dos instrumentos de gestão territorial e está na base do planejamento português, conforme se verifica do artigo 10º, “e”, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 382.

¹⁹¹⁴ No Brasil, o bem de interesse nacional tombado beneficia-se de uma servidão automática, segundo os termos do art. 18, do Decreto-Lei n. 25/37: “Artigo 18 - Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.”

de limitações das faculdades de construir a fim de conciliar o princípio da liberdade e a necessária disciplina dos espaços públicos tendo por efeito a valorização da cultura que se manifesta em seus imóveis mais representativos.

A noção poderá se ampliar ao ponto de não se garantir apenas uma correta disciplina do entorno (zonas gerais de servidão) dos bens culturais reconhecidos pelas autoridades especializadas, mas de se assumir um “urbanismo amigo do patrimônio”, que implica numa gestão das construções existentes e daquelas que se acrescentarão nos locais de expansão urbana voltada para uma integração harmônica e contínua, no intuito de produzir uma cidade com qualidade arquitetônica, fruto de uma coerência entre diversos espaços e tempos e a identidade cultural local.

Jegouzo¹⁹¹⁵ defende em texto de grande relevância que o direito urbanístico e o direito do patrimônio cultural devem se aproximar. Isso significa dizer que a gestão territorial das cidades deve estar comprometida com uma estética fundamentada em raízes culturais, tratando o território como um todo, para além das zonas definidas como culturais ou dos monumentos individualmente considerados. Não se trata de paralisar a evolução artística e arquitetônica das cidades, mas de assumir um compromisso com a produção de uma cidade que se quer agradável, bela, cujos reflexos na qualidade da vida dos seus habitantes se darão indiscutivelmente.

No sentido da salvaguarda secundária, o Plano Diretor no Brasil poderá, portanto, atuar em duas dimensões: aquela em que buscará regular o uso do solo conforme os interesses das zonas de interesse cultural onde se localizam monumentos destacados por autoridade especializada do patrimônio cultural em atendimento ao princípio da coordenação¹⁹¹⁶ e aquela em que, na medida em que há um compromisso global com esse patrimônio, toda a cidade atenderá às restrições de caráter urbanístico com fins estético-culturais. Assumir essas tarefas é premente para garantir uma salvaguarda qualitativa do patrimônio.

A realidade no Brasil espelha, todavia, uma franca dificuldade de integração do patrimônio cultural às normativas de ordenamento territorial. Não há uma norma geral que defina a política nacional de salvaguarda do patrimônio cultural brasileiro (a par o Decreto-Lei n. 25/37, que define apenas o regime do tombamento a nível federal) e que trate, por exemplo, da elaboração obrigatória de zonas especiais de proteção e valorização dos bens culturais imóveis tombados. O mesmo não ocorre no regime português^{1917/1918}, por exemplo, onde a legislação estabelece, com fins de proteção e

¹⁹¹⁵ Cf. JEGOUZO, Ives. La protection du patrimoine culturel a travers les procedures de gestion de sols, de l'urbanisme et de l'architecture. In: JEGOUZO, Ives (Dir.). **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985. p. 81-94.

¹⁹¹⁶ Cf. Nesse sentido Araújo comenta que se o princípio da coordenação, “articulando e compatibilizando o patrimônio cultural com as restantes políticas que se dirigem a idênticos ou conexos interesses públicos e privados, em especial as políticas de ordenamento do território e de ambiente – é um dos princípios a que deve obedecer a política do patrimônio cultural e se o planejamento urbanístico, através da figura do plano, constitui um instituto jurídico incontornável para um urbanismo de qualidade, surge como natural a inserção da tutela dos bens culturais imóveis nos objetivos dos planos municipais de ordenamento do território”. Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. Patrimônio/Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

¹⁹¹⁷ Na Espanha, a Lei n. 16/1985, de 25 de junho, também estabelece a elaboração obrigatória de plano especial voltado aos interesses de bens culturais imóveis identificados no território. Segundo seu art. 20: “1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección Del área afectada por la declaración u outro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla em todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general. 2. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para ello. Igualmente contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas. 3. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni

valorização do patrimônio cultural imóvel, planos de pormenor de salvaguarda e institui um regime especial para as zonas de proteção.

Adams¹⁹¹⁹, ao comentar os processos práticos de tutela do patrimônio urbano de Florianópolis, ressalta a deficiência que se verifica em relação às normas voltadas à garantia de uma ambientação urbana mais rigorosa, sobretudo, no entorno dos bens culturais e que se estende a todo o território municipal. Essa deficiência ou falta de ambientação do patrimônio cultural urbano denota a ausência de uma integração eficaz entre os regimes de planejamento territorial e de salvaguarda do patrimônio cultural imóvel, o que inviabiliza uma ampla valorização desses bens. A questão poderia ser mais bem assimilada no país caso a utilização do planejamento territorial como instrumento secundário de salvaguarda do patrimônio cultural fosse tratada como elemento integrante tanto da política de gestão territorial, quanto da política de gestão do patrimônio cultural, a exemplo do que ocorre em Portugal.

Em Portugal, o sistema estrutura-se a partir de uma legislação melhor concatenada. É possível auferir a interseção entre as disciplinas do território e do patrimônio cultural a partir da Lei n. 48/98, de 11 de agosto, que estabelece bases da política de ordenamento do território e de urbanismo. Ali, o Estado português anuncia dentre os instrumentos de planejamento territorial os planos municipais de ordenamento do território, classificando-os em

- a) *o plano director municipal*, que, com base na estratégia de desenvolvimento local, estabelece a estrutura espacial, a classificação básica do solo, bem como parâmetros de ocupação, considerando a implantação dos equipamentos sociais, e desenvolve a qualificação dos solos urbano e rural; b) *o plano de urbanização*, que desenvolve,

agregaciones”. Cf. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del Patrimonio Cultural**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 331.

¹⁹¹⁸ Também na França é possível identificar regimes com incidência territorial reflexos da classificação de bens culturais imóveis. Por um lado a legislação especial do patrimônio estabelece através da Lei de 7 de janeiro de 1983 as Zonas de Proteção do Patrimônio Arquitetural Urbano e Paisagístico (ZPPAUP), cujo objeto é delimitar os perímetros de proteção em função das características próprias de um conjunto arquitetural digno de interesse e editar as prescrições adaptadas às suas necessidades. Sua principal função é traduzir espacialmente as servidões de utilidade pública resultantes das leis de 1913 e 1930 e de permitir uma intervenção mais coerente no entorno dos monumentos históricos e no quarteirão e sítios a proteger (art. L. 642-1 e ss do Código do Patrimônio francês). Importante considerar que a ZPPAUP consiste em um regime de proteção a ser integrado à legislação que trata do entorno dos bens culturais e também do regime urbanístico daquela localidade, de maneira a ampliar sua aplicação. O Código do Urbanismo francês, por sua vez, estabelece os setores ditos “salvaguardados” podem ser criados na medida em que apresentem um caráter histórico, estético ou de natureza que justifique a conservação, a restauração e a valorização de todo ou parte de um conjunto de imóveis construídos ou não (art. L. 313-1). O “setor salvaguardado” é criado por autoridade administrativa sob demanda ou com o acordo da comuna ou, por estabelecimento público de cooperação intercomunal competente em matéria de plano local de urbanismo após notificação da Comissão Nacional de setores salvaguardados. O ato que cria o setor salvaguardado prescreve a elaboração de um plano de salvaguarda e de valorização e obriga uma revisão do plano local de urbanismo, se ele existir. Até a aprovação do plano de salvaguarda e de valorização, o plano local de urbanismo colocado em revisão pode ser modificado ou ser objeto de revisões simplificadas nas condições definidas nos artigos L. 123-13. O plano é elaborado conjuntamente pelo Estado e a Comuna ou estabelecimento público de cooperação intercomunal competente em matéria de plano local de urbanismo. O projeto de plano de salvaguarda e de valorização é submetido a uma comissão local de setor salvaguardado. Após a notificação do conselho municipal ou do órgão deliberativo do estabelecimento público de cooperação intercomunal e da comissão nacional dos setores salvaguardados, o projeto de plano de salvaguarda e valorização é submetido à enquete pela autoridade administrativa. Ele é aprovado pela administrativa se o parecer do conselho municipal ou de órgão deliberativo do estabelecimento público de cooperação intercomunal competente é favorável, por decreto em Conselho de Estado, no caso contrário (art. L. 313-1, II). As disposições aplicáveis aos planos locais de urbanismo são igualmente aplicáveis aos planos de salvaguarda e valorização, exceto a segunda alínea do artigo L. 123-1, a primeira alínea do art. L. 123-6, os artigos L. 123-7 a L. 123-16 e das duas últimas alíneas do art. L. 130-2. O plano de salvaguarda e valorização poderá por outro lado, comportar a indicação dos imóveis ou partes interiores dos imóveis: a) cuja demolição, retirada ou alteração são proibidas e cuja modificação é submissa às condições especiais; b) cuja demolição ou modificação poderá ser imposta pela autoridade administrativa na ocasião de operações de ordenamento público ou privado (art. L. 313-1, III). O plano de salvaguarda e valorização deverá ser compatível com o projeto de ordenamento e desenvolvimento durável do plano local de urbanismo.

As disposições que tratam dos setores salvaguardados possuem objetos semelhantes aos daqueles da ZPPAUP. Porém, a elaboração dos primeiros é objeto de atuação conjunta entre Estado e Comuna, enquanto destas (ZPPAUP) é de exclusiva iniciativa da Comuna. Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. *Droit de l’urbanisme*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 340 e ss; CRISTINI, René. **Code de L’urbanisme commenté**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 576 e ss.

¹⁹¹⁹ Cf. ADAMS, Betina. **Preservação Urbana: Gestão e resgate de uma história**. O patrimônio de Florianópolis. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002. p. 81.

em especial, a qualificação do solo urbano; c) *o plano de pormenor*, que define com detalhe o uso de qualquer área delimitada do território municipal (art. 9º, 2, Lei n. 48/98, de 11 de agosto).

Dentre esses instrumentos elaborados pelas câmaras municipais e aprovados pelas assembleias respectivas, no que concerne aos meios secundários de salvaguarda do património cultural imóvel, destaca-se o *plano de pormenor* (art. 20, 4, Lei n. 48/98, de 11 de agosto).

O plano de pormenor vem a ser instrumento geral de ordenamento territorial municipal e seu regime estará comprometido com objetivos e fins estabelecidos em normativas posteriores, dentre elas, a que se dedica à salvaguarda dos bens culturais. A Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Património Cultural (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro) estabelece como efeito imediato do ato de classificação de monumentos, conjuntos ou sítios (ou em vias de classificação como tal), a obrigação de “estabelecer um *plano de pormenor de salvaguarda* para a área a proteger” (art. 53)¹⁹²⁰.

A classificação obriga o município, em parceria com os serviços da administração central ou regional autónoma (dependendo da localização e da graduação do interesse do bem envolvido, se municipal, regional ou nacional), ao estabelecimento de um *plano de pormenor de salvaguarda* que atenderá ao conteúdo da legislação de desenvolvimento e estabelecerá, para além do disposto no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (Decreto-Lei n. 380/99, que veremos a seguir): a) a ocupação e usos prioritários, b) as áreas a reabilitar, c) os critérios de intervenção nos elementos construídos e naturais, d) a cartografia e o recenseamento de todas as partes integrantes do conjunto, e) as normas específicas para a proteção do património arqueológico existente e f) as linhas estratégicas de intervenção, nos planos económico, social e de requalificação urbana e paisagística (art. 53, 1 e 3, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

Por seu turno, o Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, que disciplina o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, elege os planos de pormenor, que integram os chamados planos municipais de ordenamento do território (artigo 2º, “4”, b, e) como *via de salvaguarda do património cultural imóvel*, assumindo novamente aí a integração dos interesses ou o reconhecimento da relevância do património cultural imóvel no contexto do planeamento territorial. Segundo o referido Decreto-Lei, o conteúdo do plano de pormenor versará, para além do disposto no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial: a) acerca da ocupação e usos prioritários, b) sobre as áreas a reabilitar, c) sobre os critérios de intervenção nos elementos construídos e naturais, d) sobre a cartografia e o recenseamento de todas as partes integrantes do conjunto, e) sobre as normas específicas para a proteção do património arqueológico existente, f) sobre as linhas estratégicas de intervenção, nos planos económico, social e de requalificação urbana e paisagística (artigos 90 a 92 do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro).

Os planos de pormenor de salvaguarda são instrumentos urbanísticos com finalidades especiais e sua regulamentação atual espelha uma franca integração entre os regimes do direito do património cultural e do direito urbanístico.

A execução dos planos de pormenor de salvaguarda não é, por outro lado, simples. Muitas críticas e dificuldades foram apontadas pela doutrina do país¹⁹²¹.

Com vistas a superar certa “crise” de aplicabilidade, os Decretos-Leis n. 307/2009 e n. 309/2009, ambos de 23 de outubro, ampliam e detalham a noção delineada pelas normas citadas anteriormente, estabelecendo o regime jurídico da reabilitação urbana, o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime jurídico das zonas de proteção e do plano de pormenor de salvaguarda, respectivamente.

Dedicaremos adiante maiores comentários sobre o Decreto-Lei n. 307/2009, quando tratarmos da renovação urbana em Portugal. Nesse momento, consideramos relevante destacar o Decreto-Lei n.

¹⁹²⁰ Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Património Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006. p. 247.

¹⁹²¹ Cf. SILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação Urbana e Valorização do Património Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

309/2009, cabendo desenvolver algumas de suas disposições relativas à abordagem que este item propõe, qual seja, a planificação enquanto meio secundário de salvaguarda do patrimônio.

O Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, é dividido em sete capítulos. O Capítulo I trata do Patrimônio cultural imóvel, traçando seu objeto, âmbito da classificação e graduação do interesse cultural e classificação. O Capítulo II dedica-se ao procedimento de classificação, tecendo detalhes sobre: a abertura do procedimento (art. 4º), sua forma (art. 6º), elementos que compõem a instrução (art. 7º); notificação (art. 9º); efeitos da abertura (art. 14); instrução do procedimento de classificação (art. 18); prazos (art. 19); acessibilidade ao bem imóvel (art. 20); critérios para definição do interesse cultural e a graduação do interesse (art. 21); projeto de decisão de classificação do bem imóvel e arquivamento (art. 23 e ss); audiência prévia dos interessados (art. 25 e ss); conclusões do procedimento de classificação (art. 20 e ss); caducidade (art. 34) e desclassificação (art. 35). O Capítulo III dedica-se às Zonas de Proteção (art. 36 e ss); O Capítulo IV trata dos Conjuntos e Sítios e sua delimitação (art. 53 e ss); O Capítulo V trata dos imóveis de interesse municipal (art. 57 e ss); o Capítulo VI dedica-se ao Plano de pormenor de salvaguarda (art. 63 e ss) e o Capítulo VII trata das disposições finais (art. 71 e ss).

O Capítulo III, que se dedica às Zonas de Proteção (art. 36 e ss), e o Capítulo VI, que trata do plano de pormenor de salvaguarda, meios de salvaguarda secundário dos bens culturais, merecem alguns comentários.

As Zonas de Proteção estão definidas em geral na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, em seu art. 43. Ali, estabelece-se que os imóveis classificados nos termos do artigo 15 da Lei ou em vias de classificação como tal, beneficiarão automaticamente de uma zona geral de proteção de 50 metros, contados a partir de seus limites externos, cujo regime é fixado por lei (art. 43,1). Além da zona geral de proteção, os bens imóveis classificados ou em vias de classificação devem dispor de uma *Zona especial de proteção*, a fixar por portaria do órgão competente da administração (art. 43, 2). Nessas zonas especiais de proteção podem incluir-se zonas *non aedificandi* (art. 43, 3). A natureza das zonas de proteção é reconhecidamente de servidão administrativa (art. 43, 4).

O regime instituído pelo Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, vem atender, portanto, às disposições do art. 43, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, e as zonas ali definidas são elaboradas pelos órgãos especializados do patrimônio cultural.

Considerando a relação progressiva e indissociada das zonas de proteção e dos planos de pormenor, cumpre abordar rapidamente o regime trazido pelo Decreto-Lei n. 309/2009, considerando a utilidade e repercussão que cada um desses instrumentos trará para a salvaguarda do bem cultural imóvel.

Segundo o novo Decreto-Lei, as zonas de proteção dividem-se em: a) *zona geral de proteção* (art. 36, 1), b) *zona especial de proteção provisória* (art. 36, 2) e c) *zona especial de proteção* (art. 36, 3).

a) *Zona geral de proteção* (art. 37)

A zona geral de proteção é garantida a todo bem em vias de classificação e/ou classificado. Segundo dispõe o próprio Decreto-Lei n. 309/2009, um bem imóvel é considerado em vias de classificação a partir da notificação da decisão de abertura do respectivo procedimento de classificação ou da publicação do respectivo anúncio, consoante aquela que ocorra em primeiro lugar, nos termos previstos no art. 9º.

A zona geral de proteção tem 50 metros, contados dos limites externos do bem imóvel, abrangendo todos os bens do entorno daquele imóvel em vias de classificação (art. 37, 2). A zona geral de proteção tem um caráter eminentemente temporário, no sentido de que é um efeito reflexo do processo de classificação, necessariamente a ser substituído por uma *zona especial de proteção*, seguido da elaboração de um *plano de pormenor de salvaguarda*, de elaboração obrigatória, segundo se depreende do art. 43, 2 e art. 53, 1, 2, 3 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro.

b) *Zona especial de proteção provisória* (art. 38 e ss)

A zona especial de proteção provisória, como o nome já indica, é válida até a publicação da respectiva zona especial de proteção (art. 40, 1). Ela visa a proteger o enquadramento arquitetônico, urbanístico e paisagístico de um imóvel, é fixada no momento de abertura do procedimento de classificação ou durante a respectiva instrução e permite ultrapassar o limite de 50 metros estabelecido pela zona geral de proteção. A zona especial de proteção provisória vem atender ou superar as críticas lançadas em relação aquela zona geral, muitas vezes insuficiente para garantir aspectos relevantes do contexto em que o bem cultural se insere (art. 38, 2). Com amplitude relativizada, a zona especial de proteção provisória poderá atender de maneira mais adequada às funções de proteção e valorização do bem imóvel em vias de classificação, podendo ali serem instituídas zonas *non aedificandi* (art. 39).

Interessante comentar que, no caso de revogação da zona especial de proteção provisória, que poderá ocorrer quando se considerar que os fundamentos de sua criação deixaram de se verificar, o bem imóvel em causa continua a beneficiar de uma zona geral de proteção de 50 metros, nos termos do art. 37 do mesmo Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro.

c) *Zona especial de proteção* (art. 41 e ss)

O procedimento administrativo de definição de uma zona especial de proteção inicia-se officiosamente ou a requerimento de qualquer interessado e pode decorrer em simultâneo com o procedimento de classificação de um bem imóvel (art. 41, 1).

As zonas especiais de proteção, por sua vez, têm a extensão e impõem as restrições adequadas à proteção e valorização do bem imóvel classificado, permitindo, através da respectiva modulação, que os interessados saibam, com maior celeridade e segurança jurídica, quais as operações urbanísticas que aí podem realizar (art. 43).

Seu conteúdo poderá especificar:

a) Zonas *non aedificandi*; b) Áreas de sensibilidade arqueológica com a graduação das restrições, nomeadamente quanto ao tipo de procedimento de salvaguarda de carácter preventivo; c) Bens imóveis, ou grupos de bens imóveis, que: i) Podem ser objecto de obras de alteração, nomeadamente quanto à morfologia, cromatismo e revestimento exterior dos edifícios; ii) Devem ser preservados; iii) Em circunstâncias excepcionais, podem ser demolidos; iv) Podem suscitar o exercício do direito de preferência, em caso de venda ou dação em pagamento; d) Identificação das condições e da periodicidade de obras de conservação de bens imóveis ou grupo de bens imóveis; e) As regras genéricas de publicidade exterior. 2 — A zona especial de protecção assegura o enquadramento paisagístico do bem imóvel e as perspectivas da sua contemplação, devendo abranger os espaços verdes, nomeadamente jardins ou parques de interesse histórico, que sejam relevantes para a defesa do contexto do bem imóvel classificado. 3 — Nas situações previstas nos números anteriores são estabelecidos zonamentos específicos e indicadas as restrições estritamente necessárias (art. 43, Decreto-Lei n. 309/2009).

A zona especial de proteção deve ser fixada no prazo máximo de 18 meses a contar da data da publicação da decisão final do procedimento de classificação do bem imóvel (art. 42, 1 e art. 32, 1).

No que se refere aos efeitos das zonas especiais de proteção (definitivas ou temporárias), dispõe o art. 51 do Decreto-Lei sob análise:

Nas zonas de protecção de bens imóveis em vias de classificação ou de bens imóveis classificados de interesse nacional ou de interesse público não podem ser concedidas pela câmara municipal ou por qualquer outra entidade licença para as operações

urbanísticas admissão de comunicação prévia ou autorização de utilização previstas no regime jurídico da urbanização e da edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, sem parecer prévio favorável do IGESPAR, I.P. 2 – Exceptuam -se do disposto no número anterior: a) As obras de mera alteração no interior de bens imóveis, sem impacte arqueológico; b) As operações urbanísticas expressamente indicadas na portaria que fixa a zona especial de protecção, nos termos do artigo 43. 3 – A câmara municipal competente notifica o IGESPAR, I. P., e a direcção regional de cultura territorialmente competente, das licenças ou autorizações concedidas e das comunicações prévias admitidas ao abrigo da alínea b) do número anterior, no prazo de 15 dias. 4 – As licenças ou autorizações concedidas e as comunicações prévias admitidas que infringjam o disposto no n. 1 e na alínea b do n. 2 são nulas.

Conforme se verifica da análise das zonas instituídas no novo regime do Decreto-Lei n. 309/2001, as consequências da abertura do procedimento de classificação são agora desenvolvidas de modo a proteger o enquadramento do imóvel em vias de classificação, reforçando a repercussão do início do procedimento de classificação, ampliando a noção de acautelamento preventivo do bem cultural, já delineado de forma geral na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro¹⁹²².

A Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, determina cautelarmente que o início do procedimento de classificação tem por efeito a suspensão dos procedimentos de licenças ou autorizações urbanísticas em relação ao imóvel como condição à respectiva salvaguarda (nesse sentido, o art. 42, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, e o art. 15 e 16, do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro). Entende-se que a suspensão se deve manter até a decisão do procedimento de classificação e estender-se à respectiva zona de protecção sob pena de prejudicar irremediavelmente o enquadramento do imóvel e os próprios fundamentos para a sua classificação.

Aos particulares restará a possibilidade de levantamento da suspensão, a partir de pedido fundamentado que deverá demonstrar a ausência de prejuízo aos valores culturais a proteger (art.17, Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro).

O procedimento de classificação importa, outrossim, para além da aprovação de respectiva *zona especial de protecção*, cujo órgão central encarregado é aquele ligado diretamente à administração dos bens culturais (IGESPAR, I.P. e direcção regional de cultural territorialmente competente, art. 38, Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro) em elaboração obrigatória de um **plano de pormenor de salvaguarda** (segundo dispõe o art. 53, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

O **plano de pormenor de salvaguarda** seguirá o regime geral dos planos de pormenor estabelecido no Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, atendendo às especificidades do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro.

Segundo o Decreto-Lei n. 309/2009,

o plano de pormenor de salvaguarda estabelece as orientações estratégicas de actuação e as regras de uso e ocupação do solo e edifícios necessárias à preservação e valorização do património cultural existente na sua área de intervenção, desenvolvendo as restrições e os efeitos estabelecidos pela classificação do bem imóvel e pela zona especial de protecção (art. 64).

O âmbito territorial do plano poderá abranger o solo rural e urbano correspondente à totalidade ou parte de um bem imóvel classificado e respectiva zona de protecção (art. 65). Seu conteúdo material, por sua vez, tratará, para além do conteúdo próprio dos planos de pormenor tratado no art. 91 do

¹⁹²² No Brasil, podemos nos referir ao *tombamento provisório* instituído pelo Decreto-Lei n. 5/37, na medida em que a notificação válida do processo de tombamento estabelece, com relação ao bem objeto de tutela, os mesmos efeitos do tombamento definitivo. Nesse sentido, o art. 10º daquela normativa, que transcrevemos: “Artigo 10º - O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo. Parágrafo único - Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo”. Cf. Decreto-Lei n. 25/37, de 30 de novembro.

regime aprovado pelo Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, de elementos específicos e apropriados à proteção e valorização dos bens imóveis classificados e respectivas zonas especiais de proteção, estabelecendo, nomeadamente:

a) a ocupação e os usos prioritários; b) as áreas a reabilitar; c) os critérios de intervenção nos elementos construídos e naturais; d) a cartografia e o recenseamento de todas as partes integrantes do bem imóvel e zona especial de proteção; e) as linhas estratégicas de intervenção, nos planos económico, social e de requalificação urbana e paisagística; f) a delimitação e caracterização física, arquitectónica, histórico-cultural e arqueológica da área de intervenção; g) a situação fundiária da área de intervenção, procedendo, quando necessário, à sua transformação; h) as regras de alteração da forma urbana, considerando as operações urbanísticas e os trabalhos de remodelação de terrenos; i) as regras da edificação, incluindo a regulação de volumetrias, alinhamentos e cêrceas, o cromatismo e os revestimentos exteriores dos edifícios; j) as regras específicas para a proteção do património arqueológico, nomeadamente, as relativas a medidas de carácter preventivo de salvaguarda do património arqueológico; l) as regras a que devem obedecer as obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação e demolição; m) a avaliação da capacidade resistente dos elementos estruturais dos edifícios, nomeadamente, no que diz respeito ao risco sísmico; n) as regras de publicidade exterior e de sinalética; o) a identificação dos bens imóveis, ou grupos de bens imóveis, que podem suscitar o exercício do direito de preferência em caso de venda ou dação em pagamento (art. 66).

A elaboração do plano de pormenor de salvaguarda compete à Câmara Municipal e é objeto de parceria com o IGESPAR, I.P., com a direção regional de cultura temporariamente competente (art. 67, 1), estabelecendo-se aí uma necessária coordenação entre órgãos e interesses diversos. O IGESPAR, I.P. pronuncia-se sobre os termos de referência do plano de pormenor de salvaguarda, ouvida a direção regional de cultura territorialmente competente. A elaboração da proposta de plano deve ser realizada por equipe pluridisciplinar, com as qualificações profissionais exigidas por lei. O IGESPAR, I.P. emitirá parecer obrigatório e vinculativo no prazo de 60 dias da apresentação da proposta de plano de pormenor de salvaguarda, ouvida a direção regional de cultural territorialmente competente (art. 68, 3). No caso de parecer desfavorável, este indicará especificadamente as objeções à proposta do plano de pormenor de salvaguarda e quais as alterações necessárias para a viabilização, sempre que possível, das soluções do plano, em ordem a promover uma solução concertada para a proteção e valorização dos bens imóveis e suas respectivas zonas de proteção (art. 68, 4).

Um dos avanços do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, está na ampliação da autonomia do governo local, que após a entrada em vigor do plano de pormenor de salvaguarda, poderá, em relação à área que este abrange, conceder licença para as operações urbanísticas, admitir comunicação prévia ou emitir autorização de utilização previstas no regime jurídico da urbanização e da edificação aprovado pelo Decreto-Lei n. 555/99, de 16 de dezembro, sem necessidade de parecer prévio do IGESPAR, I.P.

Permanece, por outro lado, o dever de comunicar ao IGESPAR, I.P. e à direção regional de cultural territorialmente competente os alvarás concedidos no prazo de 15 dias (art. 69, 1). O item 2, do art. 69 estabelece ressalva no que concerne a projetos, obras ou intervenções em imóveis individualmente classificados de interesse nacional e de interesse público nos termos do Decreto-Lei n. 140/2009, de 15 de junho. Quanto a estes, o parecer do IGESPAR, I.P. continua obrigatório (art. 69, 2).

O plano de pormenor poderá, por outro lado, prever expressamente a necessidade de emissão de parecer favorável por parte do IGESPAR, I.P., relativamente a operações urbanísticas que incidam sobre bens imóveis classificados ou em vias de classificação como de interesse nacional ou de interesse público ou sobre imóveis situados nas respectivas zonas de proteção, procedendo a sua identificação em anexo ao regulamento e em planta de localização (art. 69, 3). Em qualquer caso, não pode ser efetuada a demolição total ou parcial de bem imóvel classificado ou em vias de classificação

sem prévia e expressa autorização do IGESPAR, I.P., aplicando-se as regras constantes do artigo 49 da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro (art. 69, 4).

Resta comentar que a elaboração do plano de pormenor de salvaguarda é dispensado nos casos em que houver planos de pormenor de reabilitação urbana (regidos pelo Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro), cuja área de intervenção contenha ou coincida com bens imóveis classificados ou em vias de classificação e respectivas zonas de proteção, passando estes últimos a prosseguir os objetivos e fins dos primeiros. O Decreto-Lei n. 309/2009 de 23 de outubro, trata, portanto, de coordenar os planos e sua incidência, abrindo exceção à regra do art. 53, da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro.

A dimensão e a repercussão das zonas especiais e dos planos de pormenor de salvaguarda assume-se como de caráter secundário. Ou seja, são meios secundários de salvaguarda do patrimônio por excelência.

No Brasil, como já comentamos, não há uma normativa nacional que defina um regime de planificação especial voltado à proteção e valorização do bem cultural no contexto territorial. Porém, considerando os fins do planejamento urbano no país e a prática adotada em alguns municípios, podemos afirmar que o Plano Diretor Municipal surge, nesse contexto, como meio para implementar a salvaguarda de caráter secundário (mormente a proteção e a valorização dos bens imóveis).

De certo, o plano diretor poderá identificar uma macroestrutura de paisagem, demarcando pontos focais e eixos visuais que os interligam e implementando vias panorâmicas o que permite a preservação de elementos visuais significativos e amplia o acesso e fruição dos conjuntos tombados existentes. Sua eficácia e aplicabilidade direta dependerão, por outro lado, do grau de detalhamento que dedicar à questão da salvaguarda dos bens culturais. Em regra, os planos brasileiros remetem o tema para regulamentação específica e posterior, a cargo de órgãos especializados da esfera cultural, omitindo-se a tratá-lo no bojo do próprio plano, o que dificulta a integração das perspectivas cultural e urbana.

3.5. As leis de uso e ocupação do solo

O uso e a ocupação do solo urbano constituem matéria privativa da competência do Município e, por isso, vem sendo objeto das diretrizes do Plano Diretor e da regulamentação edilícia que o complementa.

A lei de uso e ocupação do solo urbano, como geralmente é denominada, destina-se

a estabelecer as utilizações convenientes às diversas partes da cidade e a localizar em áreas adequadas as diferentes atividades urbanas que afetam a comunidade. Para tanto, classifica os usos e estabelece a sua conformidade com as respectivas zonas em que se divide o perímetro urbano, visando a equilibrar e a harmonizar o interesse geral da coletividade com o direito individual de seus membros no uso da propriedade particular, na localização e no exercício das atividades urbanas, e até a utilização do domínio público¹⁹²³.

Essa legislação no Brasil tem como tradição a definição e previsão do *zoneamento urbano* e a ocupação correspondente, bem como sobre o parcelamento das glebas urbanas ou urbanizáveis, com especial destaque para os *loteamentos*, que constituem a forma normal de expansão da cidade. Outro aspecto da legislação é que ela poderá prever projetos de renovação urbana em pontos estratégicos da cidade envelhecida.

Seus termos gerais estão definidos até o momento pela Lei Federal n. 6766/1979 e uma grande diversidade de instrumentos a complementam, entre eles, destacamos:

a) Definição do perímetro urbano, distinguindo as zonas rurais, zonas de expansão urbanas e zonas urbanas;

¹⁹²³

Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 125-126.

- b) Plano de circulação viária, incluindo diretrizes para o transporte coletivo e individual;
- c) Código de obras e edificações – diploma legal, onde se disciplinam regras pertinentes às construções de natureza urbanística e civil. Como exemplo das primeiras, temos o uso e a destinação da propriedade, condições sanitárias, funcionais, técnicas características mínimas adequadas à habitabilidade dos edifícios;
- d) Código de posturas, que disciplina o uso coletivo do espaço urbano comum, como calçadas, letreiros e uso de logradouros públicos;
- e) Zoneamento de áreas especiais de preservação cultural.

A lei de uso e ocupação do solo está presente em grande parte dos municípios de maior densidade demográfica no Brasil. Segundo dados do IBGE¹⁹²⁴, 74,7% dos municípios hoje possuem a lei. Ela representa um estágio mais concreto na aplicação das diretrizes previstas no Plano Diretor. Seus termos são, como é de se concluir, condicionados aos fins que aquele plano determinam e não restam dúvidas de que se constituem em rico e indispensável meio para a proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural imóvel.

É importante mencionar que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 3.057/2000, que versa sobre a revisão da lei de parcelamento do solo urbano (Lei Federal n. 6766/79), estabelece normas gerais disciplinadoras do parcelamento do solo para fins urbanos e da regularização fundiária sustentável de áreas urbanas. O projeto de lei contém um capítulo específico sobre a regularização fundiária de áreas urbanas que dispõe sobre a regularização fundiária de interesse social e de interesse específico.

No que concerne ao patrimônio cultural, o artigo 5º do referido Projeto de Lei anota que não é permitido o parcelamento do solo para fins urbanos “onde houver proibição para esse tipo de empreendimento em virtude das normas ambientais ou de proteção do patrimônio cultural”.

Além dessa disposição, o PL prevê, no art. 31, que todo o projeto de parcelamento deve ser elaborado com base nas disposições dessa lei e nas diretrizes formuladas pela autoridade licenciadora, considerando a valorização do patrimônio natural e cultural.

3.6. As licenças edilícias

Características do direito urbanístico, que visa a sistematizar o uso e a ocupação dos solos de acordo com certas finalidades sociais e culturais, as autorizações individuais que se produzem com fins de autorizar as *construções, reformas, reconstruções e demolições* de prédios apresentam-se como evidentes instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural arquitetônico.

A licença para edificar ou construir constitui

¹⁹²⁴ A partir da faixa populacional de 20 mil habitantes, o percentual de municípios que possuem essa lei passa a crescer significativamente, revelando uma estreita associação com o porte populacional e o grau de urbanização municipal. Dos municípios situados na faixa populacional entre 20 mil e 100 mil habitantes, 79,1% possuíam Lei do Perímetro Urbano, e naqueles com população entre 100 mil e 500 mil habitantes, tal percentual sobe para 94,3%. Na faixa acima de 500 mil habitantes, apenas Fortaleza, Rio de Janeiro e Curitiba não tinham Lei do Perímetro Urbano, e estes dois últimos, em decorrência do fato de que toda a área de ambos é considerada urbana. Em termos regionais, novamente a Região Sul despontava como aquela a apresentar uma maior proporção de municípios a dispor de instrumentos de planejamento/gestão urbanos. De fato, 91,9% dos municípios sulinos tinham Lei do Perímetro Urbano, enquanto nas Regiões Sudeste e Centro-Oeste, tal proporção era de 85,8% e de 79,3%, respectivamente. As menores proporções eram encontradas nas Regiões Norte (55,2%) e Nordeste (56,6%), exatamente aquelas que possuem os menores graus de urbanização do País. Seguindo a mesma tendência observada no concernente à existência de Plano Diretor, o percentual de municípios que tinham Lei do Perímetro Urbano variava, consideravelmente, entre as Unidades da Federação, desde apenas 18,7%, no Amapá, até 96%, em São Paulo. Cf. Perfil dos Municípios Brasileiros, IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/munic2001.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

técnica de intervenção nas faculdades de edificar, reconhecidas pelas normas edilícias e urbanísticas, com o objetivo de controlar e condicionar o exercício daquelas faculdades ao cumprimento das determinações das mencionadas normas edilícias e urbanísticas, incluindo as determinações dos planos urbanísticos¹⁹²⁵.

Ela é a licença um ato que não se exaure com a remoção de um limite, mas que constitui novos limites para aquela atividade privada que deve ser exercida pelo interessado. Seu propósito é consentir que a concreta atividade construtiva do proprietário particular se realize em harmonia e respeito das normas gerais postas pelos planos de ordenamento urbanísticos e demais normas que incidem sobre aquele bem.

As licenças são emitidas pela autoridade local, com fins de autorizar o proprietário ou detentor legal de imóvel, a proceder construções novas ou alterações em terrenos ou prédios.

As segundas, também emitidas pela municipalidade, se destinam a autorizar a destruição de parte ou da totalidade de algum edifício.

No caso de imóveis tombados ou classificados, é regra no Brasil e em Portugal a proibição de se conceder licenças para demolir total ou parcialmente bens imóveis dessa categoria, sem que haja expressa autorização do órgão competente da administração nacional, regional ou municipal, conforme o caso (artigo 49, 1, da Lei Portuguesa n. 107/2001, de 8 de setembro, e artigo 17, do Decreto-Lei brasileiro n. 25/37, de 30 de novembro)¹⁹²⁶¹⁹²⁷.

No mesmo sentido, não é permitida a emissão de licenças para construções que alterem ou transformem os bens tutelados ou em vias de tutela, sem autorização expressa e o acompanhamento do órgão competente da administração¹⁹²⁸¹⁹²⁹.

Conforme ensina, ainda, Silva¹⁹³⁰, a licença “reconhece e consubstancia um direito do requerente”. Trata-se, entretanto, de reconhecer um direito condicionado a determinadas exigências e requisitos legais. A outorga da licença significa que o requerente apresenta um interesse que se conforma com o regime urbanístico e o regime de construção vigentes. A licença no campo urbanístico possui uma relevância central. A ela estão associadas questões ligadas ao direito de construir¹⁹³¹ que superam a concepção tradicional de “mera técnica habilitante para o exercício do direito”, representando atualmente uma ferramenta essencial de intervenção e controle, sem a qual as normas urbanísticas perderiam em força e autonomia.

A relação das licenças urbanísticas com a salvaguarda do patrimônio cultural é, a nosso ver, evidente. Resta verificar se, e em que medida, os planos urbanísticos locais brasileiros a vinculam diretamente a esse interesse.

Teoricamente, como já afirmamos incansavelmente, a normativa urbanística local poderá e deverá conter regras com fins de tutela, proteção, conservação e valorização do bem cultural imóvel que reside no território municipal. A essas regras deverão estar associadas medidas restritivas do direito de propriedade que lhes deem aplicabilidade (condicionamento do uso do bem imóvel). O

¹⁹²⁵ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 445.

¹⁹²⁶ “Art. 49º. Demolição. 1 – Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, não podem ser concedidas licenças de demolição total ou parcial de bens imóveis classificados nos termos do artigo 15º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, sem prévia e expressa autorização do órgão competente da administração central, regional autônoma ou municipal, conforme os casos.” Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006. p. 245.

¹⁹²⁷ “Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.” Cf. Decreto-Lei Federal n. 25/37, de 30 de novembro.

¹⁹²⁸ Nesse sentido, o artigo 51, da Lei n 107/2001, de 8 de setembro: “Art. 51. Intervenções. Não se poderá realizar-se qualquer intervenção ou obra, no interior ou no exterior de monumentos, conjuntos ou sítios classificados, nem mudança de uso suscetível de afetá-lo, no todo ou em parte, sem autorização expressa e o acompanhamento do órgão competente da administração central, regional autônoma ou municipal, conforme os casos”. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006. p. 246.

¹⁹²⁹ No mesmo sentido é o Decreto-Lei n. 25/37, no mesmo artigo 17, já citado.

¹⁹³⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 440.

¹⁹³¹ Conferir nossos desenvolvimentos no capítulo III, parte I da Tese sobre o “*jus aedificandi*”.

plano ou a legislação urbanística local deverá, portanto, englobar: fim cultural, restrições especiais e medidas preventivas/licenças de controle.

O regime das licenças será definido em detalhes nos códigos de edificações, que deverão ser elaborados em conformidade com as regras estabelecidas nos planos e normas de zoneamento do município. Tanto a construção, quanto a reforma, a reconstrução e a demolição estão sujeitos à licença¹⁹³². Os reparos, por sua vez, poderão estar sujeitos à licença, quando se tratar de imóvel de interesse cultural declarado, desde que assim exija a norma municipal. Em regra, o reparo é realizável mediante simples comunicação à Prefeitura, com descrição do que será efetuado.

Salvia¹⁹³³ comenta que, apesar de ser claro que a normativa urbanística está reconhecidamente incumbida de tutelar o patrimônio cultural (direta e indiretamente), muitas decisões judiciais na Itália têm sido prolatadas no sentido de fazer reformar decisões administrativas locais que negaram a licença para construir ou o direito edificatório fundamentados em um interesse cultural.

Tais fatos também ocorrem no Brasil, onde verificamos uma dificuldade de harmonizar os interesses culturais e os interesses particulares.

Tais decisões, a princípio contraditórias com o sistema, fundamentaram-se, essencialmente, no fato de não haver, na legislação urbanística local, uma menção expressa do comprometimento das áreas em questão, com uma finalidade ou uma vocação cultural.

Essa abordagem nos leva a identificar dois pontos:

- 1) um dos instrumentos que podem levar à efetiva tutela do patrimônio cultural se concretiza nas licenças para construir;
- 2) para que essas licenças (ou a denegação delas) sejam legítimas, é necessário um comprometimento eficaz da legislação urbanística com o patrimônio cultural que se quer tutelar ou com a estética cultural que se quer implantar no território sobre o qual trata o plano diretor.

3.6.1. Do controle concomitante

O controle concomitante é aquele realizado durante o período de execução das obras de construção, reforma e reconstrução. A municipalidade poderá exigir que o executor das atividades controladas apresente relatórios, comunicações e submeta-se a inspeções ou vistorias e fiscalização.

a) Comunicações sobre a obra

O interessado deverá, em regra, comunicar com antecedência sobre o início da execução da obra, assim como apresentar, em qualquer etapa da execução, os pormenores construtivos complementares das estruturas ou dos cálculos que os justifiquem, bem como outras informações pertinentes e necessárias ao bom acompanhamento da execução da obra, sempre com a finalidade de verificar-se o bom andamento em conformidade com as normas e condições estabelecidas nas leis e na licença obtida.

¹⁹³² Já comentamos acerca dos conceitos de reparos, reformas, reconstrução e demolição. Aqui, cabe lembrar que os reparos não implicam modificações na estrutura da construção ou em seus compartimentos, mas mera conservação do bem. As reformas, por sua vez, são serviços ou obras que implicam modificação na estrutura e sua realização dependerá de licença, mediante apresentação de memorial das alterações a implementar. A reconstrução, como o nome indica, consiste em executar novamente a construção. A legislação costuma ter por reconstrução a execução de novo, de área superior a 50% do total da construção original, situação que se afasta do conceito de reforma. A reconstrução poderá ser total ou parcial, no caso de atingir 100% ou não da área original. A reconstrução deve ser realizada mediante licença. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 450 e ss.

¹⁹³³ Cf. SALVIA, Filippo. La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici. **Diritto e Società**, Verona, n. 3, p. 367-378, 2003.

b) Fiscalização

A licença é ato de controle da administração pública municipal que estabelece os parâmetros da atividade construtiva que o interessado pretende implementar no território. A municipalidade poderá, ainda, ingressar no recinto da obra, a qualquer momento, para vistoriar e fiscalizar a sua execução, a fim de verificar se as atividades estão ou não sendo realizadas de acordo com o projeto aprovado. Qualquer disparidade entre a execução da obra e o projeto aprovado deverá ser anotado em termo de ocorrência próprio, que gerará ações repressivas próprias (auto de infração, intimação para regularização da obra etc).

Nesse sentido, as licenças edilícias representam importantes instrumentos secundários de defesa do patrimônio cultural. Sua emissão condicionada deve ter em vista as restrições naturais impostas aos bens culturais.

3.7. Os projetos de renovação urbana enquanto meio secundário de salvaguarda dos bens culturais

A renovação contemporânea é experienciada, em primeiro momento, como resposta às novas demandas das cidades relacionadas à circulação, ampliação do número de moradias, construção de prédios comerciais, instalação de instrumentos de interesse público, construção de hospitais, estádios para desporto, parques ou tantos outros eventos vislumbrados por cada cidade, na medida de seus interesses¹⁹³⁴.

Em um segundo momento, a renovação poderá, também, representar uma “urbanização tardia” ou instrumento de legalização e acesso aos equipamentos básicos da cidade, conforme nos deparemos com bairros e vilas ilegais e suburbanizadas (favelas, bairros de lata, invasões etc)¹⁹³⁵.

No entanto, para além de significar a adequação da cidade à modernidade, e é esse aspecto que merece destaque no trabalho, ela é um instrumento de conservação e valorização do patrimônio arquitetônico, uma vez que a implementação de um plano de renovação buscará, normalmente, recuperar (mediante obras de restauro e conservação) e reinserir prédios e conjuntos urbanos no contexto das cidades, “revitalizando” o patrimônio cultural por vezes em risco face à deterioração, abandono ou desuso¹⁹³⁶.

Os planos de renovação urbana inserem-se no contexto da disciplina urbanística das cidades, surgindo como pontuais ações dentro de uma proposta geral de integração e administração do território. Trata-se de uma atuação especial, em sua maior parte com etapas e prazos estabelecidos em

¹⁹³⁴

Os motivos mais frequentes de renovação urbana serão desenvolvidos a seguir.

¹⁹³⁵

Nesse sentido, a renovação se insere em um conjunto de instrumentos que visa à “regulamentação fundiária”, tema de extrema relevância no direito urbanístico brasileiro, sobretudo, devido ao alto índice de exclusão urbana naquele País. Cf. BERÉ, Cláudia Maria. Regularização Fundiária do Parcelamento do Solo. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 201-217; DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set., 2002.

¹⁹³⁶

A evolução dos tecidos urbanos construídos sempre foi caracterizada pela contínua renovação. Antes mesmo do período de distribuição urbana, quando muitas cidades eram ainda duras fortalezas, é essencialmente pela reconstrução sobre eles mesmos que ocorreu o desenvolvimento. As formas urbanas resultam assim mais frequentemente de fenômenos de superposição, estratificação ou de substituição. Por razões culturais e patrimoniais, as cidades europeias se caracterizam por uma relativa inércia das construções, salvos períodos excepcionais. Ao contrário, quando o tecido não opõe resistência particular e a conjuntura é propícia, tais mutações podem ser bastante rápidas. Nesse ponto de vista, nada se iguala à intensidade e à rapidez da renovação das vilas americanas ou asiáticas. Em Chicago, no Loop, as construções foram renovadas ao menos três ou quatro vezes, fazendo suceder as casas em “*ballon-frame*”, os imóveis R+5 dos anos 1870-1890 e os arranha-céu da primeira geração. A questão de uma melhor utilização do solo urbano se põe sobre uma forma mais intensa do que nunca. A questão da distribuição do solo urbano implica uma reflexão sobre a mutação das formas urbanas, as modalidades de inserção das novas operações nos tecidos existentes, o que se deve destruir e substituir ou reabilitar e transformar? Para quais populações e quais atividades? Segundo Allain, diversos fatores podem ser indicados como impulsionadores para a renovação urbana; entre eles, citamos: a) os ciclos econômicos; b) destruições e reconstruções das cidades provocadas por causas naturais; c) mutações sociotecnológicas; d) dinâmicas socioespaciais; e) políticas urbanas; f) o envelhecimento e o abandono de tecidos. Cf. ALLAIN, Rémy. **Morphologie Urbaine**, Geografie, aménagement et architecture de la ville. Paris: Armand Colin, 2004. p. 212.

planos especiais (Portugal aprovou regime especial para a reabilitação urbana no Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro), executados com fins diversos, segundo as prioridades identificadas em cada localidade, segundo diretrizes gerais estabelecidas nos respectivos planos diretores e demais normativas de caráter urbanístico.

A execução de planos de renovação urbana vem a refletir um novo perfil do urbanismo, quiçá o mais atual, visto nossa sociedade amplamente urbanizada. Trata-se de um urbanismo que atua diretamente no ambiente urbano construído, mediante ações que promovem o desenvolvimento sustentável: o *urbanismo de gestão*¹⁹³⁷. Reflete, por outro lado, a tendência da nova urbanística que se direciona para a resolução dos problemas da cidade existente, procurando responder tanto às ênfases de salvaguarda, como à emergência de novas reivindicações sociais cada vez mais precisas¹⁹³⁸. Gerir a cidade também passa a significar gerir seus aspectos culturais, de maneira que os planos de renovação urbana deverão expressar uma via de salvaguarda, na medida em que poderão ser um eficaz meio de conservação e valorização dos bens culturais.

A renovação urbana integra, assim, os atos que visam à proteção da identidade cultural da cidade existente. Organismo vivo, a cidade deve evoluir, sem, entretanto, descaracterizar-se. Dentro dessa perspectiva, colocam-se as questões ligadas à conservação e à valorização do patrimônio cultural. No mesmo sentido, a recuperação dos centros históricos e a participação dos habitantes nos processos e nas escolhas envolvendo a evolução da cidade e a preservação dos bens culturais devem estar presentes. O tempo passa e a cidade cresce sobre si mesma, adquire consciência e memória de si própria. Na sua construção, permanecem os motivos originários, mas, ao mesmo tempo, a cidade esclarece e modifica os motivos do seu próprio desenvolvimento¹⁹³⁹.

Nesse sentido, o urbanismo de gestão é, acima de tudo, uma vontade de ação que se apoia em uma vontade de conhecimento da cidade. E quando se fala em atuação urbanística sobre o terreno construído, conhecer o que existe (população, atividades, imóveis etc) é de central importância. Não se trata de intervir em um terreno nu, mas em uma cidade construída onde se depara com diversas questões sociais, culturais e econômicas sobre as quais é preciso desenvolver estudos teóricos¹⁹⁴⁰. A intervenção nos quarteirões antigos das cidades supõe uma reflexão histórica aprofundada ao ponto de verificar corretamente sua estrutura espacial, morfologia, história, suficientes para propor uma inteligente valorização do patrimônio arquitetônico e urbano.

A relevância da questão faz com que matéria seja tratada de forma destacada pela doutrina internacional, de modo que hoje se discutem as questões específicas da intervenção nas cidades construídas¹⁹⁴¹ e já não restam dúvidas de que a renovação urbana é um instrumento central do direito urbanístico, uma vez que consiste em um virtuoso meio de gestão, melhoria e tutela do ambiente urbano¹⁹⁴². É um instrumento que tende a compor as questões infinitas que despontam do problema da “osmose” entre a cidade velha e a cidade nova, passando a ser entendida como medida de integração social e física da cidade na sua totalidade. É um freio à modernização capitalista, verificada a cada dia

¹⁹³⁷ Cf. MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 1991. p. 81 e GODFRIN, Gilles. **Aménagement Urbain et Bâti Existant**. Paris: LGDJ, 1999.

¹⁹³⁸ Nesse sentido, Aguiar, ao concluir que a nova etapa da história urbanística (ainda recente) centra-se na requalificação da cidade existente e que esta vem em resposta a um longo período, onde aquela ciência se concentrou quase que exclusivamente no desenho de cidades novas ou de zonas de expansão. A nova realidade do crescimento zero (ou negativo em algumas cidades portuguesas e europeias) das cidades e a necessidade objetiva de reutilizar os parques edificados e de salvaguardar as memórias físicas da história implicaram profundas mudanças teóricas e metodológicas nessa e em todas as disciplinas do desenho. Cf. AGUIAR, José. A Conservação do Patrimônio Urbano e o Lugar das Novas Arquiteturas. In: COUTO, Célia (Coord.). **Estratégias de Reabilitação de Centros Históricos**. Atas da Conferência realizada em 18 e 19 de junho de 1999, no âmbito do 1º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum n. 4. Lisboa: URBE, 2001. p. 27-46.

¹⁹³⁹ Cf. ROSSI, Aldo. **Arquitetura da Cidade**. Lisboa: Edições Cosmos, 2001. p. 31.

¹⁹⁴⁰ Cf. GODFRIN, Gilles. **Aménagement Urbain et Bâti Existant**. Paris: LGDJ, 1999. p. 24.

¹⁹⁴¹ FRIER, Pierre-Laurent. Protection et mise en valeur du patrimoine culturel immobilier. **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, p.423-450, 2005. Ver também: LEROUSSÉAU, Nicole; DELAUNAY, Bénédicte; MANSON, Corinne. Administration et acteurs de l'aménagement et de l'urbanisme. **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, p. 179-238, 2005.

¹⁹⁴² CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 39 e ss.

mais como uma operação intrusiva e substitutiva atrelada a uma lógica especulativa de maximização dos lucros através da maximização das possibilidades de ocupação e uso dos solos¹⁹⁴³.

É patente, outrossim, que “não há nada mais permanente do que a mudança”¹⁹⁴⁴ e tal como as perspectivas sobre a cidade, também ela está quotidianamente a ser construída e reconstruída, e também a ser destruída por todos aqueles que nela vivem sendo certo que entre estes a quota parte de responsabilidade é variável como variável também é a (in)consciência do papel de cada um nessa verdadeira “obra coletiva”¹⁹⁴⁵.

Tanto na expansão, quanto na renovação urbanas¹⁹⁴⁶ verificamos a necessidade de adaptar, de mudar. E para mudar, se torna necessário começar por identificar o que deve permanecer, isto é, aquilo que se entende por “identidade à cidade”, de forma a garantir que o sentido e o conteúdo da alteração não vão adulterar sua face e sua essência¹⁹⁴⁷.

Muitos são os interesses conservacionistas que impõem restrições à mutabilidade das cidades. Dentre tais causas, que poderão ser, ainda, de natureza ambiental, os bens culturais imóveis levantam questões sobre a intervenção pública na cidade construída e demandam medidas que subordinarão tanto os particulares quanto o próprio poder público. Nesse ponto, surge o primeiro problema: a quem compete fazer esta escolha, do que deve ou não deve mudar, do que confere ou não identidade à cidade, os políticos eleitos, mandatados pelos cidadãos para os representarem nessas decisões? Ou os investigadores especialistas nessas matérias (e dentre estes, quais?) Arquitetos? Urbanistas? Sociólogos? Juristas? Os habitantes da cidade¹⁹⁴⁸ ou o mundo empresarial representando os interesses econômicos e financeiros evidentemente presentes nessas questões?

Intervir na cidade supõe conciliar a história e a tradição com a inovação, a modernidade e o desenvolvimento, de forma a articular-se o passado com o presente com os olhos postos no futuro, com o recurso às diferentes perspectivas de quem gere, trabalha, estuda, conhece e vive na cidade¹⁹⁴⁹.

Nessa perspectiva, a renovação urbana tida como instrumento das políticas urbanas, pode deslocar-se e mesmo opor-se ao crescimento desenfreado das cidades, em vez de simplesmente servir de técnica para adaptação do meio urbano às novas necessidades surgidas com o fenómeno da expansão¹⁹⁵⁰. Por certo, a expansão urbana encontrará limites e vem sendo repensada. O seu custo e a

¹⁹⁴³ Cf. “(...) Il faudrait à l’heure actuelle, dans toutes les grandes villes d’Europe, sauver de la destructio à laquelle les promet la “modernisation”, les tissues banaux édifiés é la fin du XIXe siècle et encore au début du Xxe, ceux que G. Pérec appelait “intra-ordinaires”: tissues qui ne possèdent de valeur ni pour l’art, ni pour l’histoire mais qui, par leur modestie, leur échelle et leurs qualité formelles s’offrent aux populations urbaines non privilégiées, se prêtent aux relations de convivialité et constituent une barrière contre la délinquance et les diverses formes de dérapage social. CHOAY, Françoise. Sept propositions sur le concept d’authenticité. In: Nara conference on Authenticity. Japan. Unesco/ICCROM/Icomos. Trondheim: Tapir Publisheres, 1994. p. 116.

¹⁹⁴⁴ AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363.

¹⁹⁴⁵ Sobre a cidade como uma obra, uma construção coletiva com caráter artístico: ROSSI, Aldo. **A Arquitetura da Cidade**. Lisboa: Edições Cosmos, 2001. p. 46.

¹⁹⁴⁶ Técnicas típicas do urbanismo, como já comentamos no capítulo I da primeira parte deste trabalho.

¹⁹⁴⁷ AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363.

¹⁹⁴⁸ Entre os atores da cidade, os habitantes são certamente os primeiros visados, porque a ação pública sobre o território urbano tem evidentes reflexos na sua vida cotidiana. Se forem ignorados no momento de decidir e repensar a intervenção na cidade, passam involuntariamente de atores a meros figurantes, muitas vezes vítimas das mudanças socioeconómicas que afetam as cidades, tornando-se assim parte de um jogo que se desenvolve numa esfera de ação de que estão afastados e de que são frequentemente reféns. Cf. AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na Cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363.

¹⁹⁴⁹ AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”**. Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997. p. 351-363.

¹⁹⁵⁰ “(...) o que constitui verdadeiro sintoma do nosso tempo é esse formidável crescimento dos grandes centros urbanos, que não se verificava anteriormente, porque o avanço demográfico não era absorvido desproporcionalmente pelas

necessidade de proteger o patrimônio construído aliados à questão da sustentabilidade ambiental desse processo fazem alterar as estratégias de planejamento. Pode-se dizer, dessa forma, que a renovação urbana representa, nesse contexto, uma alternativa à expansão urbana, visto que comporta a revitalização de áreas degradadas inseridas nas cidades construídas, poupando os logradouros vizinhos rurais ou menos densificados¹⁹⁵¹.

Portugal, depois da urbanização intensa do século XIX, foi objeto de operações que alteraram profundamente sua estrutura original. A alteração dessas estruturas que criaram a cidade atual e, por sua vez, também alguns de seus problemas, visava a atender as novas demandas econômicas de circulação, de habitação e do trabalho. Vários são os exemplos da reestruturação radical das cidades para o atendimento das novas e pulsantes perspectivas urbanas, a referir Haussmann, em Paris, cujo trabalho de ampliação de avenidas à custa da destruição de inúmeros casarões antigos foi tomado como exemplo em grande número de cidades europeias. Seus exemplos podem ser considerados como base do urbanismo contemporâneo, em que pesem as críticas contrárias ao movimento modernista¹⁹⁵².

A “renovação” urbana responde, assim, a um problema que não é novo, mas nascido com a expansão das cidades e o desenvolvimento da urbanização do século XIX. Todavia, se por um lado ela aparece como um meio essencial para transformar a cidade do passado em uma cidade moderna e em gestação, instrumento indispensável capaz de modificar a extensão urbana e recriar o meio já construído, por outro lado também deverá ser aplicada na proteção do patrimônio cultural construído¹⁹⁵³. Aí residem algumas das questões centrais do presente trabalho que não são colocadas, muitas vezes, à reflexão. A renovação que importa em alteração dos centros construídos deve ser feita em que medida? Como esse instrumento poderá contribuir para a conservação e a valorização do patrimônio cultural imóvel?

A salvaguarda dos bens culturais imóveis e a renovação urbana (termos aparentemente antitéticos fundamentados em opções políticas) do patrimônio urbano seguem em discussões cada vez mais próximas. Exemplo de tal questão ocorreu na Europa depois da última guerra. Deve-se reconstruir os prédios destruídos como cópias fidedignas destes (como em Varsóvia) ou uma nova arquitetura deve ser inserida no contexto urbano (como em Londres)¹⁹⁵⁴? A renovação urbana, por assim ver, comporta diversos sentidos (fins) e a maneira de sua aplicação poderá ser justificada por diversos eventos na cidade¹⁹⁵⁵.

O Código de Urbanismo alemão estabelece como “renovação”

as operações que consistem em melhorar ou remanejar uma zona de maneira substancial, a fim de remediar suas deficiências urbanísticas (*städtebauliche mißstände*). Essas deficiências ocorrem quando: 1. A zona, pelas construções que contêm ou por sua complexidade, qualquer que seja, não convêm às exigências gerais de higiene em matéria de alojamento e de trabalho ou de segurança da população que a habita ou trabalha; 2. A zona é consideravelmente inábil para assumir as missões que lhe incumbe em razão de sua localização e função¹⁹⁵⁶.

grandes cidades. Estas, hoje, crescem por si mesmas (crescimento vegetativo) e por absorção da população rural.” Cf. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1982. p. 170.

¹⁹⁵¹ CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

¹⁹⁵² CERVELLATI, P.L., SCANNAVINI, R.; ANGELIS, C. De. **La nouvelle culture urbaine**. Bologne face à son patrimoine. Paris: Editions du seuil, 1981, p. 21

¹⁹⁵³ CERVELLATI, P.L., SCANNAVINI, R.; ANGELIS, C. De. **La nouvelle culture urbaine**. Bologne face à son patrimoine. Paris: Editions du seuil, 1981, p. 22

¹⁹⁵⁴ CERVELLATI, P.L., SCANNAVINI, R.; ANGELIS, C. De. **La nouvelle culture urbaine**. Bologne face à son patrimoine. Paris: Editions du seuil, 1981, p. 25

¹⁹⁵⁵ Ver também alguns comentários sobre a renovação urbana em: CORREIA, Fernando Alves. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, p. 87-115, 2002.

¹⁹⁵⁶ Conferir o § 136, do Código de Urbanismo alemão (BGBL. 1997, I, p. 2141). Tradução francesa em: **Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Traduction par Anne Cathaly-Stelkens. Paris: LES CAHIERS DU GRIDAUH, n. 8, 2003.

O *Code de l'urbanisme* francês, por sua vez, estabelece um Capítulo sobre a restauração imobiliária e setores salvaguardados (Chapitre III, Titre I, Du Livre Troisième, sur l'aménagement foncier, art. L. 313-1 e ss), que vem a atender à noção de renovação urbana que se delinea na atualidade¹⁹⁵⁷.

Segundo o art. L.313-4, as operações de restauração imobiliária consistem nos trabalhos de “restauração”, “modernização” ou “demolição”, tendo por objeto ou por efeito a transformação das condições de habitabilidade de um imóvel ou conjunto de imóveis. Elas estarão articuladas a partir da iniciativa das coletividades públicas ou de um ou mais proprietários, agrupados ou não em associação, e são estabelecidas nas condições definidas no Código do Urbanismo (art. L. 313-5 e ss).

No caso das operações não serem previstas em um plano de salvaguarda e valorização, elas devem ser declaradas de utilidade pública. Após a pronúncia de declaração de utilidade pública, a pessoa (pública ou privada) que deu iniciativa às operações de restauração, ordena, por cada imóvel a restaurar, o programa dos trabalhos a realizar e o prazo para seu cumprimento¹⁹⁵⁸.

Na França, a matéria é bastante avançada e culminou com a organização de uma Agência Nacional pela Renovação Urbana (ANRU)¹⁹⁵⁹, com fundamento na Lei de 1º de agosto de 2003, que instaura um programa nacional de renovação urbana endereçado aos quarteirões situados em zonas urbanas sensíveis (zone urbaine sensible – ZUS). Segundo doutrina daquele país, a renovação urbana proposta pela Lei de 2003 permite integrar objetivos diversos, conduz a uma política de contensão do crescimento da cidade, privilegiando a reconstrução da cidade sobre a cidade. Há, por outro lado, nos dispositivos da lei francesa, uma forte componente social que prioriza uma renovação que permita aplicar uma política da cidade contra a segregação urbana¹⁹⁶⁰.

3.7.1. Os projetos de renovação no Brasil

Diversas são as experiências no Brasil de projetos de renovação urbana, e estes se apresentam geralmente de duas maneiras: ora se aplicam com fins de recuperação de áreas degradadas pelo tempo, no caso de espaços antigos das cidades; ora sob a forma de programas de recuperação e revitalização de áreas¹⁹⁶¹.

Esses “programas” ou “projetos” possuem capítulos relevantes de planejamento urbano elaborados por secretarias de governo especializadas nos diversos níveis (municipal, estadual e federal) e contemplam uma série de ações de “pesquisa e inventariação da realidade existente”, “conscientização e consultas populares”, “propostas financeiras de financiamento de obras e parcerias”, entre outras ações complementares que buscam concretizar os fins da renovação perquirida.

¹⁹⁵⁷ Havia um Capítulo exclusivamente dedicado a “la Renovation Urbaine” no Código de Urbanismo francês, onde se estabelecia um regime de operações relativas à renovação urbana (arts. L. 312-1 e ss). O tema foi revogado pela Lei n. 85-729, de 18 de julho de 1985, art. 16-I. Cf. CRISTINI, René. *Code de L'urbanisme commenté*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 576.

¹⁹⁵⁸ O regime guarda inúmeras minúcias de que não trataremos neste momento. Sugerimos a leitura da lei, in: CRISTINI, René. *Code de L'urbanisme commenté*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 581 e ss.

¹⁹⁵⁹ Cf. Site oficial da *Agence Nationale pour la Renovation Urbaine*. Disponível em: <<http://www.anru.fr/>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

¹⁹⁶⁰ Cf. LERIQUE, Florence. Les premiers pas de la nouvelle rénovation urbaine. *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat* (GRIDAUH). Paris. p. 117-132, 2004 ; JAILLET, Marie Christine. Renouvellement urbain et transformations sociales. Une vieille histoire. *Droit et ville*, Toulouse, n. 55, p. 28-40, 2003.

¹⁹⁶¹ Nesse sentido Silva, para quem a renovação urbana, como forma de urbanificação, é a operação que tem por objeto, de um lado, alojar em imóveis saudáveis as famílias que se depauperaram física e moralmente em pardieiros ou favelas, de outro, restituir às áreas urbanas deterioradas ou carentes de remodelação uma estrutura e uma arquitetura dignas da época presente. É uma operação urbanística que se realiza em áreas previamente delimitadas, entre nós, mediante um plano especial de urbanificação, aprovado por lei municipal, e se caracteriza pela demolição dos imóveis existentes, seguida da reordenação urbanística da área e da construção de novas casas e edifícios. Cf. SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 361.

Geralmente, os centros originários das cidades são os grandes beneficiados por essas iniciativas de renovação e revitalização urbanas, mas o grande desafio da atualidade está em estender tais programas a toda cidade, desde que as áreas visadas apresentem sinais de envelhecimento e subutilização ou cuja intervenção se justifique por apresentar conexões evidentes (desde a harmonia geral da cidade até o entorno imediato dos bens) com o patrimônio cultural focado no plano de renovação¹⁹⁶².

Em cada projeto de renovação urbana, seja ele adotado com parceria da população interessada ou não, deve-se observar o interesse cultural que o tocará. Para além da preservação de bens culturais e seu entorno, é preciso despertar para a oferta de serviços culturais, nessas mesmas áreas em que se implementam as intervenções públicas. O equilíbrio entre os interesses econômicos, culturais e sociais deve ser, dessa forma, um fim a ser atingido.

Sem esgotar as possibilidades de intervenção nesse sentido, projetos como o “Renovar”¹⁹⁶³, em Florianópolis, e o “Corredor Cultural”¹⁹⁶⁴, no Rio de Janeiro, entre outros, são exemplos da preocupação das administrações locais brasileiras comprometidas com os fins de revitalizar, renovar e reinserir bens de caráter cultural na cidade atual.

3.7.2. *Projetos e programas nacionais de renovação (revitalização, reintegração etc)*

A análise retrospectiva das políticas de reabilitação realizadas pelo governo federal revela uma contínua priorização de ações de preservação de edificações isoladas em detrimento da manutenção da vitalidade das atividades urbanas e do caráter simbólico dos lugares, no sentido de reforçar a questão da memória e identidade da população local¹⁹⁶⁵.

Com a fundação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), em 1937, tiveram início as primeiras ações de salvaguarda do patrimônio histórico e artístico nacional, com ações específicas de restauro. No fim da década de 1970, a criação de órgãos estaduais de preservação aconteceu como resposta à grande ocorrência de demolições diante das grandes transformações causadas pelo processo de expansão urbana das cidades.

Ancoradas nas Cartas Patrimoniais, essas primeiras ações de revitalização se restringiam a salvaguardar estruturas de relevante valor artístico e histórico, geralmente protegidas por processos de tombamento em sítios urbanos reconhecidos historicamente pela sua autenticidade. Na maioria dos casos, foram destacadas as construções representantes da tradição arquitetônica colonial, onde a estagnação econômica foi o principal fator de preservação, como exemplo temos as cidades de Ouro Preto, Goiás Velho, Olinda e Diamantina.

¹⁹⁶² Aceitando que “a cidade nova é maioria hoje”, então a conservação da memória do patrimônio histórico seria apenas um dos dados do problema, e hoje a necessidade é investir na requalificação da cidade toda. Como ensina Portas, o desafio é “esbater esta dicotomia cidade velha-subúrbio novo, seja em termos funcionais, seja em termos de arquitetura urbana, e isto amplia o campo de aplicação do conceito de reabilitação (renovação), que deixa de conotar-se com o patrimônio no sentido tradicional, para estender-se à de capital fixo urbano, que se teria de rentabilizar como suporte de uma modernização do sistema de atividades, que oferece um novo impulso, esta modernização do sistema de atividades, que hoje é alvo de competição entre cidades, desta Europa das cidades. Com outras palavras, a responsabilidade pública é a de responder aos problemas sociais e ambientais, portanto culturais, do assentamento físico herdado, seja o assentamento físico de muitos séculos, seja o assentamento físico de poucas décadas. O problema torna-se, portanto, muito mais complicado”. Cf. PORTAS, Nuno. Pasado, Presente y Futuro de las Ciudades Patrimonio de la Humanidad. In: **Urbanismo y Conservación de Ciudades Patrimonio de la Humanidad**. Madrid: Cáceres, 1993. p. 283 - 320.

¹⁹⁶³ Cf. ADAMS, Betina. **Preservação Urbana: Gestão e resgate de uma história**. O patrimônio de Florianópolis. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002. p. 94 e ss.

¹⁹⁶⁴ Cf. PINHEIRO, Augusto Ivan de Freitas. Aprendendo com o Patrimônio. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). **Cidade: História e Desafios**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. p. 140-155.

¹⁹⁶⁵ Informações retiradas do site do Ministério das Cidades. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/programas/programa-de-reabilitacao-de-areas-urbanas-centrais/historico/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

Através de iniciativas recentes ocorridas a partir do ano 2000, o Governo Federal vem procurando introduzir a reabilitação urbana em programas federais. Foi nesta direção que a Caixa Econômica Federal iniciou a implantação do “Programa de Revitalização de Sítios Históricos” (PRSH), e o Ministério da Cultura, o Programa “Monumenta”.

Financiado com recursos do BID, do Governo Federal, e contrapartidas locais, o Programa Monumenta busca mais que restaurar os imóveis de maior relevância integrantes de sítios históricos tombados pelo IPHAN. A população local participa de todo processo através da possibilidade de financiamentos de imóveis privados, utilizados para o uso habitacional e através do incremento da economia local. O Monumenta propicia também ações de fortalecimento institucional, como treinamento de equipes, atualização de legislação urbana e educação patrimonial, além de formação de mão de obra para restauro e fomento de atividades econômicas.

Atualmente são 26 sítios históricos tombados pelo IPHAN que fazem parte do programa. Embora o projeto tenha avançado significativamente na direção de superar o simples restauro de monumentos isolados e considerar contextos e ações mais amplos, sua intervenção ainda é bastante restrita a setores específicos de centros históricos que foram objeto de tombamento federal e, sobretudo, a imóveis públicos, já que as estratégias de financiamento de imóveis privados preveem apenas o restauro de fachadas e coberturas.

Já o PRSH, da Caixa, tendo como foco as áreas protegidas como patrimônio cultural (não apenas as tombadas por lei federal), procurou disponibilizar financiamento e arregimentar parceiros para reabilitar imóveis vazios, destinando-os para o uso habitacional. Sem um fundo específico de financiamento, contando apenas com recursos do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), a Caixa viabilizaria algumas ações de reabilitação, agregando recursos da lei federal de incentivo à cultura, via renúncia fiscal, para complementar os custos da recuperação de imóveis históricos que abrangem obras de restauro, que por isto ultrapassam os tetos de financiamento estabelecidos pelo PAR.

Do ponto de vista metodológico, o PRSH contaria com a parceria do governo francês, procurando adaptar às condições locais as experiências que acumularam em reabilitação urbana através da delimitação de Perímetros de Reabilitação Integrados (PRI). Através do PRI, identificam-se os imóveis com potencial para reabilitação, quantificam-se os custos de recuperação e mobilizam-se os interessados. Além disso, a metodologia do PRI prevê a ação pública integrada, com melhoria da infraestrutura, dos serviços e dos equipamentos públicos sem, entretanto, contar com recursos do próprio programa para esta finalidade. A Caixa implantou a metodologia dos PRIs em nove centros urbanos e viabilizou as primeiras unidades reformadas.

Enquanto a Caixa partia para a experimentação do PRSH, o IPHAN apresentava a formatação do “Programa Urbis”, como uma resposta, de certa forma complementar, ao Monumenta, mas sem orçamento nem padrões de financiamento específicos. O Urbis contribuiria, conceitualmente, com um exemplar modelo de gestão, sem necessariamente convergir ao PRSH da Caixa, pelo menos quanto aos critérios de elegibilidade. Nem mesmo o PRSH estabeleceu, até 2003, qualquer relação explícita de complementaridade ao Monumenta, embora estivessem presentes muitas vezes nos mesmos sítios históricos.

Além das restrições decorrentes da inexistência de fundos específicos, o que reduz sobremaneira a escala de atuação desses programas, o foco nas áreas e imóveis protegidos diminui as possibilidades do alcance dos mesmos, já que o esvaziamento dos centros vai muito além da questão do patrimônio histórico. Dessa forma, diante da inexistência de uma política habitacional e de desenvolvimento urbano que incentive a reabilitação de forma massiva, os efeitos multiplicadores possíveis da ação desses programas são limitados.

Por fim, a ausência de uma política nacional de reabilitação e a fragmentação das ações em torno do tema permitiu, até o momento, intervenções em pequena escala, não se constituindo ainda um eixo com a política habitacional e com a dinamização urbana, negociada entre as distintas esferas de governo – federal, estadual e municipal. Entretanto, as experiências desenvolvidas no âmbito do PRSH foram extremamente importantes para detectar os limites, os obstáculos e as necessidades de revisão de programas, normas e manuais para que uma ação de reabilitação em grande escala seja possível.

Devido à ausência de um programa federal que tratasse das ações de reabilitação de forma integrada, compatibilizando as necessidades de cada local com os projetos das diversas esferas do Poder Público, foi criado em 2003 o “Programa de Reabilitação de Áreas Urbanas Centrais”, junto com a Secretaria Nacional de Programas Urbanos, dentro do Ministério das Cidades.

Desde a sua criação, o programa busca coordenar as ações nos centros urbanos, subsidiando a elaboração de estratégias de intervenção, através do estabelecimento de parcerias e acordos de cooperação, a fim de construir uma cidade democrática e diversificada. Nesse sentido, as ações do programa se voltam para as tradicionais centralidades de regiões metropolitanas que passaram por um processo gradual de esvaziamento de suas estruturas originais em decorrência das políticas econômicas e de expansão urbana adotadas no país ao longo dos últimos anos.

Passemos a comentar, sistematicamente, porém, rapidamente, os principais programas executados pelo IPHAN, a nível federal.

c) Projetos nacionais

O governo federal atual através da estrutura administrativa que tem por alicerce o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, responsável por preservar a diversidade das contribuições dos diferentes elementos que compõem a sociedade brasileira e seus ecossistemas. Essa responsabilidade implica em preservar, divulgar e fiscalizar os bens culturais brasileiros, bem como assegurar a permanência e usufruto desses bens para a atual e as futuras gerações¹⁹⁶⁶.

O IPHAN implementa, atualmente, sete grandes programas nacionais ligados ao patrimônio cultural do Brasil: a) Programa Nacional do Patrimônio Imaterial; b) Programa Nacional de Incentivo à Cultura; c) Programa Monumenta; d) Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis); e) Programa de Revitalização de Sítios Urbanos, através da Recuperação do Patrimônio Cultural; f) Programa de Especialização em Patrimônio Iphan/Unesco; g) Programa de Inventário de Bens Móveis e Integrados.

O *Programa Nacional do Patrimônio Imaterial/PNPI*, instituído pelo Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000, viabiliza projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do patrimônio cultural.

O *Programa Nacional de Incentivo à Cultura* apoia, desenvolve e incentiva projetos culturais por intermédio de recursos oriundos do Fundo Nacional de Cultura (FNC), Fundo de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e o incentivo à projetos culturais – mecenato. O investimento privado em cultura contribui no desenvolvimento econômico e social do país.

O *Programa Monumenta* é um programa de recuperação sustentável do patrimônio histórico urbano brasileiro tombado pelo IPHAN e sob tutela federal. Tem como objetivo principal atacar as causas da degradação do patrimônio histórico, geralmente localizado em áreas com baixo nível de atividade econômica e de reduzida participação da sociedade, elevando a qualidade de vida das comunidades envolvidas.

O *Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis)* é estratégico para a solução de problemas afetos ao patrimônio cultural nas cidades, na medida em que se volta para o desenvolvimento de uma cultura urbanística do patrimônio. Nesse programa, o patrimônio cultural é considerado elemento propulsor para o desenvolvimento local. Trata-se do compromisso do Governo Federal com a nossa história, memória e o patrimônio cultural de nossas cidades.

O *Programa de Revitalização de Sítios Urbanos*, através da recuperação do patrimônio cultural, visa a estabelecer um processo de revitalização dos sítios urbanos que dê sustentabilidade ao patrimônio e contribua para elevação da qualidade de vida das comunidades envolvidas. Este

¹⁹⁶⁶ Cf. Informações oficiais disponibilizadas no site do IPHAN. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

programa envolve instituições federais, estaduais e municipais, assim como segmentos da comunidade e está diretamente ligado às ações desenvolvidas pelo Programa Monumenta.

Por meio do *Programa de Especialização em Patrimônio IPHAN/Unesco*, e em parceria com a Unesco, o Iphan oferece bolsas institucionais a recém-formados, num processo seletivo entre profissionais recém-graduados que desejam especializar-se nos diversos campos da preservação do patrimônio cultural, sistematizando a disseminação do conhecimento institucional sobre o tema e promovendo a formação de um quadro de profissionais aptos a atuar na preservação em todo país.

Em parceria com a Fundação Vitae, o IPHAN implementou no estado de Minas Gerais o *Programa de Inventário de Bens Móveis e Integrados*. Com esta ação, foram inventariados acervos pertencentes a monumentos da região metropolitana de Belo Horizonte, Mariana, Santa Bárbara e Campo das Vertentes, totalizando o registro de cerca de 12 mil bens. O trabalho em Minas será concluído na cidade de Diamantina e se encontra em fase de finalização.

Para além dos programas oficiais administrados pelo IPHAN, em 21 de outubro de 2009, na cidade de Ouro Preto, Minas Gerais, o presidente da República Luis Inácio Lula da Silva lançou o Programa de Aceleração do Crescimento Cidades Históricas (PAC Cidades Históricas). A ação visa a restaurar e revitalizar o total de 173 cidades históricas até o final de 2012.

De acordo com o presidente Lula, R\$ 890 milhões serão destinados para a iniciativa. “Não se trata apenas de recuperar monumentos, o que já seria uma ação da maior importância, mas também de investir no desenvolvimento urbano, econômico e social de cada município e na melhoria da qualidade de vida da população”, ressaltou. Também afirmou que todos precisam compreender que investir em patrimônio é gerar emprego e riqueza para o país¹⁹⁶⁷.

O PAC Cidades Históricas é um programa de articulação entre os governos federal, estadual e municipal. Trata-se de uma ação desenvolvida a partir de estudos realizados pelas cidades beneficiadas em parceria com o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan/MinC). A partir desses levantamentos serão definidas as estratégias e prioridades para cada localidade.

O ministro da Cultura, Juca Ferreira, enfatizou que o programa coloca a defesa do patrimônio histórico em outro patamar. “Não basta mais apenas proteger cada edifício e desenvolver políticas de preservação, é preciso integrar o patrimônio no desenvolvimento do país e das cidades”¹⁹⁶⁸. Ele destacou, ainda, que as cidades históricas brasileiras enfrentam os mesmos problemas dos grandes centros urbanos, mas demandam uma atenção especial, pois “refletem a história do país”.

O prefeito de Ouro Preto, Ângelo Oswald de Araujo Santos, lembrou que a formação do PAC Cidades Históricas é fruto da experiência realizada pelo Iphan/MinC com o Programa Monumenta. Para ele, o PAC reflete a possibilidade de ampliação na aplicação dos recursos destinados para a conservação do patrimônio nacional. Ele espera que Ouro Preto possa servir de exemplo para “todas as 5.600 cidades brasileiras”.

3.7.1.1. *A renovação urbana no Brasil: desafios sociais*

No Brasil, a renovação urbana tem sido utilizada em larga escala com o objetivo de atender uma crescente parcela da população que ainda vive em moradias inadequadas, sem acesso a serviços públicos elementares de água e esgoto¹⁹⁶⁹. Trata-se da renovação urbana com fins de transformação

¹⁹⁶⁷ Cf. LOBO, Carol; MACHADO, Grazielle. **Patrimônio, Desenvolvimento e Cidadania**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2009/10/21/lancamento-do-pac/>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

¹⁹⁶⁸ Cf. LOBO, Carol; MACHADO, Grazielle. **Patrimônio, Desenvolvimento e Cidadania**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2009/10/21/lancamento-do-pac/>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

¹⁹⁶⁹ Apesar dos esforços implementados pelo Poder Público brasileiro, pesquisa recente revela que a população favelada no Brasil aumentou 42% nos últimos 15 anos. Significa dizer que quase sete milhões de pessoas moram em favelas nas principais cidades do País, representando 3,2% da população brasileira. Cf. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com base na Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio (PNAD) do IBGE. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

social¹⁹⁷⁰ e não há como negar que as favelas são, sem dúvida, o maior desafio urbanístico do País. Esses assentamentos irregulares de origem remota em nossa história¹⁹⁷¹¹⁹⁷² desafiam as políticas públicas urbanas, atingindo muitas cidades brasileiras. Os projetos de renovação urbana podem, nesse contexto, ser implementados com o fim de levar aos assentamentos precários das cidades ou do meio rural, estruturas elementares de saneamento promovendo o já referido “urbanismo tardio”.

Diversos são os programas de âmbito local que se voltam ao atendimento dessa demanda prioritária no País. Não cumpre tratá-los individualmente, podendo ser destacado em âmbito federal, que o governo lançou em 2007 o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC). O PAC consiste basicamente em medidas de desoneração fiscal, de controle de gastos públicos com pessoal, de melhoria do ambiente de negócios, de incentivos setoriais e investimentos em setores de infraestrutura logística e social.

Essas políticas visam a atingir o objetivo precípua do programa: alavancar o crescimento econômico do Brasil e estancar o processo de favelização¹⁹⁷³ das cidades do Brasil.

Nas últimas décadas, as cidades do Brasil presenciaram o elevado crescimento de suas favelas e, concomitantemente, dos problemas associados a elas (criminalidade, diversos problemas atinentes à saúde pública, entre outros). Nesse mesmo período, algumas medidas de políticas públicas foram tomadas a fim de incentivar a formalização no mercado habitacional e melhorar a qualidade de vida dos cidadãos residentes em áreas irregulares¹⁹⁷⁴.

Medidas como a regularização fundiária e a provisão de serviços públicos para moradias em áreas selecionadas tornaram-se extremamente relevantes. Algumas cidades do Brasil, com ou sem a ajuda do Governo Federal, têm implementado essas (e outras) políticas que, de fato, podem melhorar a vida de parcela considerável da sociedade brasileira.

Não obstante a pertinência do tema, pouco se tem estudado entre os economistas as determinantes do processo de favelização. O que faz uma cidade ter mais favelas do que outras? Qual o papel do crescimento econômico no referido processo? Por que algumas cidades possuem uma legislação urbanista com parâmetros mais exigentes que outra cidade, até mesmo vizinha? Qual o impacto do formato da legislação sobre o surgimento e aumento do número de pessoas vivendo em favelas? Sabemos o que fazer para, ao menos, estancar o processo de favelização das cidades do Brasil?

Diversos fatores são responsáveis pela exclusão social que leva à favelização. Entre outros, a renda e o crédito da população favelada influem na inserção ao mercado habitacional formal, ou seja, o mercado habitacional “informal” (leia-se favelas, cortiços e loteamentos irregulares) surge como falha do mercado habitacional “formal” de atender à demanda existente.

Em boa parte das análises realizadas do sistema habitacional brasileiro, critica-se a inapropriada oferta habitacional formal, visto que é extremamente inflexível e inadaptada à realidade da parcela desfavorecida do País. Em outras palavras, características peculiares ao funcionamento do mercado habitacional das cidades fazem com que grande parte da população do Brasil viva em favelas.

¹⁹⁷⁰ Não só no Brasil, como também em França e na Itália, a renovação urbana assume caráter social e visa a eliminar habitações em condições insalubres e irregulares, substituindo-as por novas estruturas que garantam uma moradia digna. Cf. JAILLET, Marie Christine. *Renouvellement urbain et transformations sociales. Une vieille histoire. Droit et ville*, Toulouse, n. 55, p. 28-40, 2003 e VIRIGLIO, Riccardo. *Le regioni e la riqualificazione delle aree urbane degradate. Rivista Giuridica di Urbanística*, Padova, n. 3-4, p. 509-540, luglio-dicembre, 2003.

¹⁹⁷¹ Cf. CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril*. Cortiços e Epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

¹⁹⁷² Sobre a relação das favelas e a omissão do Poder Público Brasileiro, ver: PANDOLFI, Dulce; GRYNSZPAN, Mario. *Poder Público e Favelas: Uma relação delicada*. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). *Cidade: História e Desafios*. São Paulo: FGV Editora, 2002, p. 239-281.

¹⁹⁷³ Por processo de favelização, entende-se o crescimento do número de pessoas que habitam moradias irregulares e sem infraestrutura social básica (saneamento, iluminação pública, calçamento, entre outros). Nesse sentido: MATA, Daniel da. *As favelas e o PAC*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

¹⁹⁷⁴ Cf. ERMÍNIA, Maricato. *Metrópole, legislação e desigualdade*. *Estud. av.* [online]. 2003, v. 17, n. 48 [cited 2008-12-31], pp. 151-166. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200013&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0103-4014. doi: 10.1590/S0103-40142003000200013.

O modelo econômico desenvolvido expõe que, dado um crescimento na renda (ou no crédito), o comportamento dos agentes econômicos perante a formalização no mercado habitacional é ambíguo. Por um lado, o aumento de renda aumenta as possibilidades de aquisição de uma moradia formal. Por outro lado, um maior número de pessoas terá a mesma oportunidade e, como a oferta no mercado habitacional do Brasil é bastante inelástica, o efeito do aumento de preço decorrente talvez suplante o ganho de renda (ou de crédito).

Algumas das medidas na área de habitação incluídas do PAC visam a incentivar a construção de habitações populares, a urbanização de áreas residenciais e a tomada de crédito no setor de crédito habitacional.

A priori, o maior objetivo dessas medidas do programa é incentivar a diminuição do déficit habitacional no Brasil. O programa, se bem-sucedido, poderá ter um efeito duplamente benéfico sobre a diminuição da favelização: crescimento econômico e maior disponibilidade de crédito são meios de aumentar a formalização do mercado habitacional¹⁹⁷⁵.

Existe um consenso no debate político e na sociedade em relação às cidades do Brasil: os grandes centros urbanos estão congestionados. Além disso, os problemas urbanos existentes serão amplificados com o crescimento populacional estimado para as próximas décadas.

3.7.1.2. *Renovação urbana e patrimônio cultural*

Para além de intervir em áreas de risco social, a renovação poderá ser via eficaz para a solução de questões ambientais, notadamente no que tange aos bens culturais imóveis inseridos em conjuntos urbanos envelhecidos.

Nesse caso, não se tratará de uma substituição de construções, com o derrube indiscriminado dos edifícios. Ao contrário, tratar-se-á de uma proposta de restauração física e social do patrimônio imóvel¹⁹⁷⁶.

Os projetos de renovação urbana com essas finalidades são instrumentos relevantes para a valorização dos bens culturais.

Conforme assinala Silva¹⁹⁷⁷, a renovação realiza-se

segundo um plano elaborado pelo órgão de planejamento urbanístico competente do Município e aprovado por lei municipal. O plano delimitará a área a ser renovada, mediante a descrição do seu perímetro, configurado em plantas e mapas; definirá a nova destinação da área em consonância com o sistema de zoneamento da cidade; especificará os melhoramentos, os equipamentos públicos, os edifícios comerciais, industriais, institucionais e residenciais a serem implantados; determinará a taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento da área total pelas edificações a serem executadas, bem como as áreas verdes e jardins a serem feitos; fixará, também, o

¹⁹⁷⁵ Nesse sentido foi aprovada a Lei Federal n. 11.977/2009, de 7 de julho, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Segundo o art. 46 da referida Lei Federal: “A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” E, para a mesma lei, consideram-se “assentamentos irregulares: ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizadas em áreas urbanas públicas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia” (art. 47, VI).

¹⁹⁷⁶ As formas em que se darão esses trabalhos de conservação seguirão as técnicas ditadas pela teoria do restauro, sobretudo, desenvolvida nas ciências das artes e da arquitetura. Para já é possível citar teóricos como Boito y Giovanonni, na Itália, e Dvorak e Riegl, na Áustria, como maiores influências nas teorias e critérios da restauração arquitetônica. Cf. MACARRÓN MIGUEL, Ana Maria; GONZÁLEZ MOZO, Ana. **La Conservación y la restauración em el siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1998. p. 137 e ss; CASTILLO RUIZ, José. **El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural**. Granada: Monográfica Arte y Arqueología, 1997. p. 15-115.

¹⁹⁷⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

modo de aquisição dos imóveis existentes, a venda dos excedentes após a execução do plano e as prioridades em favor dos proprietários e locatários desalojados; determinará, outrossim, o organismo a que incumbirá a execução do plano.

Vê-se que os projetos de renovação se compõem de procedimentos técnicos e jurídicos complexos, que compreendem uma sucessão de atos e fatos materiais. Segundo Silva¹⁹⁷⁸, a renovação no Brasil realiza-se, geralmente, com a seguinte sucessão de atos e fatos: “a) a aquisição do conjunto de edificações e terrenos compreendidos no perímetro a renovar; b) as demolições e o desentulhamento do solo; c) a reordenação urbanística do solo; d) a construção de novas casas ou edifícios; e) A revenda dos imóveis excedentes”.

A renovação urbana poderá dar-se, por outro lado, sem a aquisição da área que se quer renovar, porém, com ampla participação dos proprietários e investidores interessados em sua realização.

A Lei Básica das Políticas Urbanas no Brasil (Estatuto da Cidade) regulamenta uma típica categoria de “renovação urbana” (de certa forma já aplicada na prática pelos municípios brasileiros) ao anunciar e disciplinar as “operações urbanas consorciadas”. Esse instrumento, já mencionado anteriormente, é um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental (art. 32, Lei n. 10.257/2001).

As fórmulas a serem utilizadas pelo governo local, na medida em que visam a implementar ações de renovação urbana, poderão ser variadas. Compreendemos, por outro lado, que as regras gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade devem ser observadas e a renovação deverá estar coordenada com os interesses e finalidades estabelecidos enquanto fins da política urbana. É por essa razão que os planos de renovação urbana devem ser formalizados através de leis municipais específicas, baseadas no Plano Diretor (art. 32, caput). E considerando a amplitude dos fins da política urbana no Brasil (art. 2º, XII, da Lei n. 10.257/2001), é possível concluir que os planos de renovação com fins culturais inserem-se na categoria comentada, devendo observar as regras ali dispostas.

3.7.1.3. Da renovação urbana: solução para os problemas sociais e valorização do patrimônio cultural?

A renovação urbana poderá, por outro lado, apresentar-se como solução para problemas sociais ao mesmo tempo em que garantirá interesses de conservação e valorização dos bens culturais. Em algumas regiões centrais das cidades brasileiras é possível identificar bens imóveis de grande relevância local em situação de abandono.

É possível, dentro dessa perspectiva, optar pela “renovação cultural-social”, que congrega a restauração dos bens imóveis, dando-lhes destinação social (moradias para população de baixa renda, estudantes etc).

Nesse caso, o poder público deverá iniciar um processo de desapropriação, culminando na requalificação do edifício ou terreno desapropriado, dando-lhe uma finalidade ou destinação de uso coerente com uma política de fruição e valorização do patrimônio cultural e, também, atendendo a necessidades sociais justificáveis e sustentáveis.

3.7.2. A renovação urbana em Portugal

A legislação portuguesa dedica especial atenção à questão da renovação urbana com fins de requalificação e revitalização das cidades. Prezando pela integração de interesses habitacionais,

¹⁹⁷⁸

Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

culturais e urbanísticos, o Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro, vem estabelecer um novo modelo de gestão das intervenções de reabilitação urbana, vindo a substituir o regime do Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio, onde se disciplinavam as áreas de intervenção das sociedades de reabilitação urbana (SRU).

O novo Decreto-Lei¹⁹⁷⁹ define no art. 2º, “j”, entre outros conceitos, que se compreende por *reabilitação urbana*:

a forma de intervenção integrada sobre o tecido urbano existente, em que o património urbanístico e imobiliário é mantido, no todo ou em parte substancial, e modernizado através da realização de obras de remodelação ou beneficiação dos sistemas de infra-estruturas urbanas, dos equipamentos e dos espaços urbanos ou verdes de utilização colectiva e de obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição dos edifícios¹⁹⁸⁰.

O atual decreto parte de um conceito amplo de reabilitação urbana e confere especial relevo não apenas à vertente imobiliária ou patrimonial da reabilitação, mas à integração e coordenação da intervenção, salientando a necessidade de atingir soluções coerentes entre os aspectos funcionais, económicos, sociais, culturais e ambientais das áreas a reabilitar. Define os objetivos essenciais a alcançar através da reabilitação urbana e determina os princípios a que esta deve obedecer.

O Decreto é dirigido aos Municípios que poderão delimitar áreas de reabilitação urbana em seu território. Essa delimitação poderá se dar de duas formas: através de instrumento próprio (lei ou decreto), mediante parecer do Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana I.P., ou por via da aprovação de um plano de pormenor de reabilitação urbana, que corresponderá à respectiva área de intervenção.

A delimitação da área pressupõe a determinação dos objetivos e da estratégia da intervenção, sendo este também o momento da definição do tipo de operação de reabilitação urbana a realizar (simples ou sistemática, art.7º e 8º) e a escolha da entidade gestora (que efetivamente executará os trabalhos).

A opção entre uma ou outra forma deverá ser tomada de acordo com o caso concreto verificado. Em se tratando de uma “operação de reabilitação urbana simples”, onde a intervenção é essencialmente dirigida à reabilitação de um prédio em si que repercutirá indiretamente na reabilitação de uma área, toma-se o primeiro modelo (segundo estabelece o art. 14).

No caso de uma “operação de reabilitação urbana sistemática”, onde a intervenção dirige-se não somente a reabilitação de um prédio ou edificado, mas também à qualificação das infraestruturas, dos equipamentos e dos espaços verdes e urbanos de utilização coletiva com vistas a requalificar e revitalizar o tecido urbano, caberá ao plano de pormenor estabelecer seus respectivos elementos (segundo os termos do art. 16).

Nesse sentido, a reabilitação preconizada no atual Decreto se aproxima da normativa anterior, onde o seu sentido e efeito também se davam em duas dimensões, aquela no nível de edifícios isoladamente considerados e a dimensão de intervenção junto a conjuntos desses edifícios. Para além da amplitude, as intervenções podem ser primárias ou secundárias. Aquelas incidem apenas sobre o edificado e visam à reformulação dos edifícios existentes de forma a melhorar as suas condições de uso.

¹⁹⁷⁹ Para fins de comparação, observemos que no Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio, compreendia por “reabilitação urbana”, “o processo de transformação do solo urbanizado, compreendendo a execução de obras de construção, reconstrução, alteração, ampliação, demolição e conservação de edifícios, tal como definidas no regime jurídico de urbanização e da edificação, com o objetivo de melhorar as suas condições de uso, conservando o seu carácter fundamental, bem como o conjunto de operações urbanísticas e de loteamento e obras de urbanização que visem a recuperação de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística” (art. 1º, 2, RJRU).

¹⁹⁸⁰ Nesse sentido, o termo “reabilitação” adotado pelo novo Decreto integra o conceito de renovação urbana (noção já desenvolvida em capítulos anteriores), razão pela qual consideramos esse regime elemento central da renovação urbana em Portugal.

Em ambos os casos, a delimitação da área de reabilitação gera efeitos significativos do ponto de vista fiscal (associados aos impostos municipais sobre o patrimônio, art. 17, “2”) e financeiro (uma vez que os proprietários passam a ter acesso a apoios e incentivos financeiros à reabilitação, art. 17, “3”, 74 e 75). O ato ensejará, ainda, a declaração de utilidade pública da expropriação ou da venda forçada dos imóveis que compõem a área definida, bem como da constituição de servidões.

A lei define no artigo 2º, *b*, como área de reabilitação urbana,

a área territorialmente delimitada que, em virtude da insuficiência, degradação ou obsolescência dos edifícios, das infra-estruturas, dos equipamentos de utilização colectiva e dos espaços urbanos verdes de utilização colectiva, designadamente no que se refere às suas condições de uso, solidez, segurança, estética ou salubridade, justifique uma intervenção integrada, podendo ser delimitada em instrumento próprio ou corresponder à área de intervenção de um plano de pormenor de reabilitação urbana.

As áreas de reabilitação urbana podem abranger, designadamente, áreas e centros históricos, patrimônio cultural imóvel classificado ou em vias de classificação e respectivas zonas de protecção, áreas urbanas degradadas ou zonas urbanas consolidadas (art. 12, “2”).

Nesse ponto, cabem algumas anotações. Em um nível secundário, a intervenção sobre o edificado assume, para além da função urbanística, também uma função acessória social ou de protecção e valorização do patrimônio cultural. Trata-se da intervenção em zonas históricas, urbanístico-sociais, tratando de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, ou urbanístico-sociocultural, e de intervenção em áreas consideradas simultaneamente como zonas históricas e áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística¹⁹⁸¹.

A reabilitação encerra, portanto, duas componentes no âmbito de uma mesma finalidade: “uma componente urbanística e uma componente de valorização do patrimônio cultural”. Nas palavras de Silva¹⁹⁸², a

reabilitação urbana visa à requalificação das cidades, trazendo os moradores de volta para o seu centro. Para tanto, deve resolver o problema do parque habitacional dessas zonas, seja porque o mesmo está degradado e é necessário “reconstruí-lo”, ou pelo menos renová-lo, seja porque o mesmo é constituído por um importante conjunto de monumentos e outros imóveis classificados, consubstanciando um importante testemunho de civilização que é necessário preservar e valorizar, seja ainda porque reúne estes dois tipos de problemas.

O novo Decreto estabelece de maneira mais clara a integração entre o regime jurídico urbanístico e cultural. Assim o faz em diversos pontos. Dentre eles, destacamos o art. 12º ao reconhecer de forma mais ampliada que “as áreas de reabilitação urbana podem abranger, designadamente, áreas e centros históricos, patrimônio cultural imóvel classificado ou em vias de classificação e respectivas zonas de protecção, áreas urbanas degradadas ou zonas urbanas consolidadas (art. 12)”¹⁹⁸³.

Por outro lado, o *plano de pormenor de reabilitação urbana* continua a obedecer o disposto no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, acrescido das especificidades introduzidas no novo Decreto-Lei (art. 21, “1”).

A nova norma anuncia, ainda no art. 21, “2”, que

¹⁹⁸¹ Nesse sentido, Silva já comentava acerca do regime anterior, que, em nosso entender, aplica-se também ao atual. SILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação Urbana e Valorização do Patrimônio Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

¹⁹⁸² Cf. SILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação Urbana e Valorização do Patrimônio Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

¹⁹⁸³ O regime do Decreto n. 104/2004, de 7 de maio, centrava-se na noção de “zona histórica”, conceito reduzido de patrimônio cultural imóvel (art. 1º, “3”).

sempre que a área de intervenção do plano de pormenor de reabilitação urbana contenha ou coincida com património cultural imóvel classificado ou em vias de classificação, e respectivas zonas de protecção, que determine, nos termos da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, a elaboração de um plano de pormenor de salvaguarda do património cultural, cabe ao plano de pormenor de reabilitação urbana a prossecução dos seus objectivos e fins de protecção, *dispensando a elaboração daquele*.

E completa no item “3” que

nos casos previstos no número anterior e na parte que respeita ao património cultural imóvel classificado ou em vias de classificação e respectivas zonas de protecção, o plano de pormenor de reabilitação urbana obedece ainda ao disposto nos n.os 1 e 3 do artigo 53. da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro¹⁹⁸⁴.

Nesse ponto, o novo Decreto afasta algumas das críticas lançadas em relação à normativa precedente¹⁹⁸⁵. De fato, uma das dificuldades do regime de reabilitação anterior estava em coordenar os planos de pormenor de salvaguarda definidos no regime da Lei n. 107/2001 (art. 53), os planos urbanísticos definidos no regime do Decreto-Lei n. 380/99 (art. 91 e ss) e os planos de pormenor de reabilitação urbana propriamente ditos. O item “2”, do art. 21 parece facilitar a integração desses instrumentos ao dispensar a elaboração do plano de pormenor de salvaguarda (de elaboração obrigatória segundo o art. 53, “1”, da Lei n. 107/2001), nos casos em que a elaboração de um plano de pormenor de reabilitação coincida com a área objeto daquele, para além de introduzir especificidades simplificadas ao conteúdo dos planos de pormenor ali tratados.

Entretanto, um ponto ainda permanece. A lei n. 107/2001 continua a se limitar a indicar o conteúdo mínimo dos planos (art. 53, “3”) e remete a respectiva disciplina à legislação de desenvolvimento. Nesse contexto, a doutrina, na tentativa de dar coerência ao sistema legislativo, aponta os planos de pormenor de salvaguarda¹⁹⁸⁶ como espécies de planos setoriais¹⁹⁸⁷¹⁹⁸⁸¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁴ “**Artigo 53.º Planos 1** - O acto que decreta a classificação de monumentos, conjuntos ou sítios nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, obriga o município, em parceria com os serviços da administração central ou regional autónoma responsáveis pelo património cultural, ao estabelecimento de um plano de pormenor de salvaguarda para a área a proteger. (...) 3 - O conteúdo dos planos de pormenor de salvaguarda será definido na legislação de desenvolvimento, o qual deve estabelecer, para além do disposto no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial: a) A ocupação e usos prioritários; b) As áreas a reabilitar; c) Os critérios de intervenção nos elementos construídos e naturais; d) A cartografia e o recenseamento de todas as partes integrantes do conjunto; e) As normas específicas para a protecção do património arqueológico existente; f) As linhas estratégicas de intervenção, nos planos económico, social e de requalificação urbana e paisagística”. Lei de Bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Património Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁹⁸⁵ Silva elabora críticas ao regime do Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio. Em suas palavras, “se por um lado é compreensível e desejável a intervenção, colaboração e cooperação entre todas as entidades públicas e privadas na melhoria das nossas cidades e na correspondente qualidade de vida dos cidadãos, por outro lado, não se compreende a criação sucessiva e sobreposta de regimes jurídicos sem articulação entre si. Esta desarmonia de regimes jurídicos dificulta a compreensão do “estado da arte”, promove litígios e, no caso, debilita a salvaguarda do património cultural”. Entre as desarmonias mencionadas pela jurista portuguesa, destaquemos a falta de harmonização entre os planos de pormenor e os planos urbanísticos e a sobreposição de interesses que se verifica entre o plano de pormenor de salvaguarda, planos urbanísticos e o plano de pormenor das atividades de reabilitação. Em primeiro lugar, as críticas atingem a própria Lei de Bases do Património Português (Lei n. 107/2001). Em seu artigo 53 está estabelecida a obrigatoriedade de aprovação pelos Municípios, em pareceria com os serviços da administração central do património cultural, de um plano de pormenor de salvaguarda para a área em que estão localizados imóveis classificados como monumentos, conjuntos ou sítios. Em alternativa, quando já exista um instrumento de gestão territorial eficaz, a administração do património cultural pode determinar um plano integrado, que corresponderá à categoria dos instrumentos de política setorial. Apesar de qualificar o plano integrado como plano setorial, a lei do património cultural não faz referência à natureza jurídica do *plano de pormenor de salvaguarda*. Cf. SILVA, Suzana Tavares da. *Reabilitação Urbana e Valorização do Património Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos*. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

¹⁹⁸⁶ Lembremos que o Decreto-Lei n. 380/99 foi alterado pelo Decreto-Lei n. 316/2007 onde, no âmbito dos planos de pormenor, foi substituída a figura dos planos de pormenor de modalidade simplificada, cuja utilização se vinha revelando de difícil operacionalização prática, sem que a especificidade do respectivo regime procedimental evidenciasse ganhos de

A corrente majoritária na doutrina defende que é preciso afastar a ideia de que o plano urbanístico de pormenor, subcategoria dentro dos planos municipais de ordenamento do território, se apresente como instrumento adequado para concretizar as dimensões múltiplas de um projeto de intervenção econômica, social e de requalificação urbana e paisagística que a Lei de Bases do Patrimônio Cultural atribui aos planos de pormenor de salvaguarda ou o Decreto-Lei n. 317/2009 atribui aos planos de pormenor de reabilitação urbana, incidentes sobre bens culturais. Isso porque, se observarmos o que trata a legislação urbanística¹⁹⁹⁰, o plano de pormenor, apenas,

desenvolve e concretiza propostas de organização espacial de qualquer área específica do território municipal, definindo com detalhe a concepção da forma de ocupação e servindo de base aos projetos de execução das infraestruturas, da arquitetura dos edifícios e dos espaços exteriores, de acordo com as prioridades estabelecidas nos programas de execução constantes do plano diretor municipal e do plano de urbanização. 2 - O plano de pormenor pode ainda desenvolver e concretizar programas de ação territorial.

Nesses termos, é de se observar que as formas e as dificuldades de articulação dos regimes jurídicos deverão superar e coadunar-se com o *princípio da tipicidade dos instrumentos de gestão territorial*, conferindo adequadamente um nível de proteção aos bens culturais.

Para além do *plano de pormenor*, cuja elaboração continua facultativa, a normativa prevê a reabilitação urbana através da definição de *unidades de intervenção* que correspondem, em regra, a um quarteirão, pátio ou rua, podendo equivaler até a um edifício. Nesse sentido é o artigo 34, que estabelece normas acerca das unidades de execução ou de intervenção e segundo o qual

1 — No âmbito das operações de reabilitação urbana sistemática em áreas de reabilitação urbana que correspondem à área de intervenção de plano de pormenor de reabilitação urbana podem ser delimitadas unidades de execução, nos termos previstos no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, com as especificidades introduzidas pelo presente decreto-lei. 2 — No âmbito das operações de reabilitação urbana

eficiência, por modalidades específicas de plano de pormenor, a que se encontram associados conteúdos materiais próprios em função das respectivas finalidades e da sua articulação com regimes legais relativos à salvaguarda de interesses públicos específicos, como seja a Lei de Bases da Política e do regime de valorização do património cultural português, no caso dos planos de pormenor de salvaguarda, ou o regime jurídico da reabilitação urbana, no caso dos respectivos planos de pormenor. A alteração da normativa urbanística não é, entretanto, de uma profundidade tal que faça desaparecer as críticas aqui delineadas com base na análise de Silva.

¹⁹⁸⁷ Cf. NABAIS, Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004.

¹⁹⁸⁸ Nesse sentido é, também, Silva, segundo a qual, os planos setoriais são, de acordo com o artigo 35/1 do RJGT, instrumentos de programação ou de concretização das diversas políticas com incidência na organização do território. Nessa medida, cabendo aos planos de pormenor de salvaguarda definir linhas estratégicas de intervenção no âmbito econômico, social e de requalificação urbana e paisagística, a categoria de plano setorial é a que melhor se adequaria aos respectivos objetivos. Cf. SILVA, Suzana Tavares da. *Reabilitação Urbana e Valorização do Patrimônio Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos*. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006.

¹⁹⁸⁹ Segundo Correia, “relativamente aos planos de pormenor de salvaguarda, a doutrina vem discutindo a questão de saber a que tipo de instrumento de gestão territorial referido no RJGT se devem os mesmos reconduzir. Se atentar-se na respectiva designação e em alguns aspectos do seu regime jurídico (v.g., os seus efeitos jurídicos diretos e imediatos em relação aos particulares e a dispensa de parecer prévio das entidades administrativas competentes em matéria de património cultural), seremos levados a considerá-los como *planos de pormenor*, isto é, como uma espécie de planos municipais de ordenamento do território. Foi, aliás, nessa linha que seguiu o legislador. Com efeito, o artigo 91-A, n. 2, alínea c, e n. 7, do RJGT, na versão do Decreto-Lei n. 316/2007, considera o *plano de pormenor* de salvaguarda como uma *modalidade específica* de plano de pormenor, cujo conteúdo é definido na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro. Todavia, se colocarmos o acento tónico na natureza dos bens jurídicos em questão, que extravasam em larga medida o âmbito municipal, bem como o fato de estes planos deverem ser elaborados pelos municípios em parceria com os serviços da administração central ou regional responsável pelo património cultural, seremos transportados para um nível de planeamento superior ao âmbito municipal, que, atendendo à atual configuração jurídica dos instrumentos de planeamento territorial, constante da LBOTU e do RJGT, não pode ser outro senão o de um plano setorial. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 375.

¹⁹⁹⁰ Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, artigo 90.

sistemática em áreas de reabilitação urbana aprovadas em instrumento próprio podem ser delimitadas unidades de intervenção, que consistem na fixação em planta cadastral dos limites físicos do espaço urbano a sujeitar a intervenção, com identificação de todos os prédios abrangidos, podendo corresponder à totalidade ou a parte de uma área de reabilitação urbana ou, em casos de particular interesse público, a um edifício. 3 — A delimitação de unidades de intervenção é facultativa, não sendo condição da execução da operação de reabilitação urbana, sem prejuízo de poder constituir, nos termos definidos no presente decreto-lei, um pressuposto do recurso a determinadas modalidades de execução de operações de reabilitação urbana sistemática em parceria com entidades privadas. 4 — As unidades de intervenção devem ser delimitadas de forma a assegurar um desenvolvimento urbano harmonioso, a justa repartição de benefícios e encargos pelos proprietários abrangidos e a coerência na intervenção, bem como a possibilitar uma intervenção integrada em vários imóveis que permita uma utilização racional dos recursos disponíveis e a criação de economias de escala. 5 — O acto de delimitação de unidades de intervenção inclui um programa de execução, que deve, nomeadamente: a) Explicar sumariamente os fundamentos subjacentes à ponderação dos diversos interesses públicos e privados relevantes; b) Identificar os edifícios a reabilitar, o seu estado de conservação e a extensão das intervenções neles previstas; c) Identificar os respectivos proprietários e titulares de outros direitos, ónus e encargos, ou mencionar, se for o caso, que os mesmos são desconhecidos; d) Definir e calendarizar as várias acções de reabilitação urbana a adoptar no âmbito da unidade de intervenção, distinguindo, nomeadamente, as que têm por objecto os edifícios, as infra-estruturas urbanas, os equipamentos, os espaços urbanos e verdes de utilização colectiva e as actividades económicas; e) Concretizar o financiamento da operação de reabilitação urbana no âmbito da unidade de execução; f) Especificar o regime de execução da operação de reabilitação urbana a utilizar na unidade de intervenção. 6 — A delimitação de unidades de intervenção é da competência: a) Da entidade gestora, no caso de se pretender efectuar a delimitação de unidades de intervenção nos termos previstos no programa estratégico de reabilitação urbana; b) Da câmara municipal, sob proposta da entidade gestora se esta for distinta do município, nos demais casos.

No que diz respeito ao conteúdo material do plano de pormenor, o art. 24 do Decreto sob análise determina que este adote, ainda, princípios e regras de uso do solo e dos edifícios, com vista à:

i) Valorização e protecção dos bens patrimoniais, culturais, naturais e paisagísticos existentes na sua área de intervenção; ii) Sua adequação à estratégia de revitalização económica, social e cultural da sua área de intervenção, em articulação com as demais políticas urbanas do município.

Destacamos, ainda, o item “3”, do artigo 24, que estabelece de maneira explícita a *predominância do interesse cultural*¹⁹⁹¹ no trato das áreas culturais ou que abriguem bens culturais sobre as quais incida um plano de reabilitação urbana. Nesse sentido,

¹⁹⁹¹ Silva já se manifestara acerca da insuficiente definição sobre a predominância de interesses envolvendo as normativas analisadas (regime do Decreto-Lei n. 104/2004). Nesse sentido, a jurista alegava que os *planos de pormenor de salvaguarda* são aqueles essencialmente elaborados para proteger e valorizar a componente cultural do edificado, ao passo que os objetivos do *plano de pormenor* elaborado no âmbito das atividades de *reabilitação urbana* são fundamentalmente urbanísticos e de política social de habitação, cabendo à componente de valorização do património cultural um papel secundário. Tudo se passará bem se os objetivos de ambas as políticas coincidirem, mas as soluções não estão suficientemente delineadas quando os fins preconizados apontarem para direções divergentes. Cf. SILVA, Suzana Tavares da. *Reabilitação Urbana e Valorização do Património Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos*. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, p. 349-389, 2006. Por outro lado, Nabais não parece se deparar com a mesma questão, chegando a afirmar, ao comentar acerca das relações entre o direito urbanístico e o direito do património cultural que há “todo um amplo conjunto de disposições de direito urbanístico em que são patentes as exigências de conservação e defesa dos bens culturais. O que vai no sentido da prevalência dos interesses culturais expressos nos vínculos impostos pelo direito do património cultural sobre os interesses urbanísticos, quando os dois tipos de interesses

3 — Os planos de pormenor de reabilitação urbana cuja área de intervenção contenha ou coincida com património cultural imóvel classificado ou em vias de classificação, e respectivas zonas de protecção, prosseguem os objectivos e fins dos planos de pormenor de salvaguarda de património cultural, tendo também para aquelas áreas o conteúdo deste plano, consagrando as regras e os princípios de salvaguarda e valorização do património classificado ou em vias de classificação e respectivas zonas de protecção estabelecidos na Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, e respectiva legislação de desenvolvimento.

Para além disso, a norma elege princípios informadores da reabilitação (art. 4º), dentre os quais destacamos:

c) *Princípio da solidariedade intergeracional*, assegurando a transmissão às gerações futuras de espaços urbanos correctamente ordenados e conservados; d) *Princípio da sustentabilidade*, garantindo que a intervenção assente num modelo financeiramente sustentado e equilibrado e contribuindo para valorizar as áreas urbanas e os edifícios intervencionados através de soluções inovadoras e sustentáveis do ponto de vista sócio-cultural e ambiental; e) *Princípio da integração*, preferindo a intervenção em áreas cuja delimitação permita uma resposta adequada e articulada às componentes morfológica, económica, social, cultural e ambiental do desenvolvimento urbano; f) *Princípio da coordenação*, promovendo a convergência, a articulação, a compatibilização e a complementaridade entre as várias acções de iniciativa pública, entre si, e entre estas e as acções de iniciativa privada; (...) j) Princípio da equidade, assegurando a justa repartição dos encargos e benefícios decorrentes da execução das operações de reabilitação urbana.

As entidades gestoras das operações de reabilitação urbana podem corresponder ao próprio município ou a entidades do setor empresarial local. No caso das entidades gestoras de tipo empresarial apresentarem por objeto social exclusivo a gestão de operações de reabilitação urbana, qualificam-se como sociedades de reabilitação urbana, admitindo-se, em casos excepcionais, a participação de capitais do Estado nessas empresas municipais. Em qualquer caso, caberá ao Município definir os poderes da entidade gestora, pela via de delegação de poderes.

Especialmente relevante no referido Decreto-Lei é a regulação dos planos de pormenor de reabilitação urbana (art. 21 e ss), já previstos no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, como modalidade específica de planos de pormenor, quer no que respeita ao seu conteúdo material e documental, quer no que diz respeito às regras procedimentais de elaboração e acompanhamento.

Procura-se ainda a devida articulação com os planos de pormenor de salvaguarda do património cultural e conforme afirma o preâmbulo daquele Decreto, “o objectivo visado é, sobretudo, o de permitir uma melhor integração entre as políticas de planeamento urbanístico municipal e as políticas de reabilitação respectivas, sendo, em qualquer caso, de elaboração facultativa”.

O novo decreto promove, por outro lado, uma simplificação dos procedimentos de licenciamento e comunicação prévia das operações urbanísticas na medida em que, uma vez aprovado o plano de pormenor, fica dispensada a audição das entidades públicas a consultar no âmbito dos

aparentemente se apresentem em conflito. Com efeito, com base numa visão omnicompreensiva dos interesses em presença, considerando que os interesses urbanísticos não constituem algo em si mesmo, mas um instrumento de concretização da disciplina integral do território, na qual não podem deixar de estar compreendidos os valores ou bens ambientais e culturais, então impõe-se concluir que os interesses urbanísticos estão ao serviço dos interesses culturais, de modo que, em rigor, não estamos perante um verdadeiro conflito, perante um conflito real, entre interesses culturais e interesses urbanísticos”. Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 58.

procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas na área de intervenção do plano sempre que aquelas entidades hajam dado parecer favorável ao mesmo.

Também o controle de operações urbanísticas realizadas em área de reabilitação urbana é objeto de um conjunto de regras especiais consagradas no presente regime jurídico.

Destaca-se, nesse aspecto, a possibilidade de delegação daqueles poderes por parte dos municípios nas entidades gestoras, expressa ou tacitamente, o que se faz também acompanhar de um conjunto de regras procedimentais destinadas a agilizar os procedimentos de licenciamento quando promovidos por entidades gestoras.

No que diz respeito aos instrumentos de política urbanística, procuraram reunir-se as diversas figuras que se encontravam dispersas na legislação em vigor, agrupando-se os mecanismos essenciais à materialização das escolhas públicas em matéria de reabilitação.

Especialmente inovador no atual quadro jurídico nacional, embora recuperando um instituto com tradições antigas na legislação urbanística portuguesa, é o mecanismo da venda forçada de imóveis, que obriga os proprietários que não realizem as obras e trabalhos ordenados a sua alienação em hasta pública, permitindo assim a sua substituição por outros que, sem prejuízo da sua utilidade particular, estejam na disponibilidade de realizar a função social da propriedade. O procedimento de venda forçada (artigos 59 a 63) é construído de forma próxima ao da expropriação, consagrando-se as garantias equivalentes às previstas no Código das Expropriações e garantindo-se o pagamento ao proprietário de um valor nunca inferior ao de uma justa indenização.

Para além de instrumentos jurídicos tradicionalmente utilizados no domínio do direito do urbanismo (por exemplo, a expropriação, a constituição de servidões ou a reestruturação da propriedade), permite-se ainda aos municípios a criação de um regime especial de taxas, visando-se assim a criar um incentivo à realização de operações urbanísticas.

Considerando a especial sensibilidade da matéria em questão, consagra-se um capítulo à participação de interessados e à concertação de interesses, tratando-se especificamente dos direitos dos ocupantes de edifícios ou frações.

Finalmente, dedica-se o último capítulo à matéria do financiamento, aspecto fulcral na reabilitação urbana. Embora essa matéria não seja objeto de regulamentação exaustiva, não deixa de ser relevante o fato de se prever aqui a possibilidade de concessão de apoios financeiros por parte do Estado e dos municípios às entidades gestoras, abrindo-se ainda a porta à constituição de fundos de investimento imobiliário dedicados à reabilitação urbana¹⁹⁹².

4. Meios cautelares

Os meios cautelares são aqueles ligados à noção de proteção do bem cultural, com fundamento no princípio da prevenção e estão estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro há aproximadamente 40 anos¹⁹⁹³. A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, dispõe sobre a ação popular, que permite a qualquer cidadão solicitar ao Poder Judiciário a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio dos entes públicos ou que a esses estejam ligados. O artigo 1º daquela lei considera

¹⁹⁹² É preciso recordar a regra do artigo 29 do referido Decreto, que trata da **execução das operações de reabilitação urbana simples**, segundo a qual: “Sem prejuízo dos deveres de gestão cometidos à entidade gestora, nos termos do presente decreto-lei, as acções de reabilitação de edifícios tendentes à execução de uma operação de reabilitação urbana simples devem ser realizadas preferencialmente pelos respectivos proprietários e titulares de outros direitos, ónus e encargos”. Ao passo que, quando se trata de uma operação de reabilitação sistemática, o artigo 31, que trata da **execução das operações de reabilitação urbana sistemática**, dispõe que: “Sem prejuízo dos deveres de reabilitação de edifícios que impendem sobre os particulares e da iniciativa particular na promoção da reabilitação urbana, nos termos do presente decreto -lei, as intervenções tendentes à execução de uma operação de reabilitação urbana sistemática devem ser activamente promovidas pelas respectivas entidades gestoras”.

¹⁹⁹³ Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 151, p. 207-230, jul./set., 2001.

como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

A *ação popular* consta do artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal Brasileira segundo a qual “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Embora anterior à Constituição, a Lei n. 4.717/65 continua em vigor, tendo sido recepcionada, ainda que tenha de ser interpretada segundo as novas exigências do texto constitucional. A lei tem o mérito de conceituar o que se compreende por patrimônio cultural, adiantando-se à própria Constituição ao estabelecer a defesa de bens e direitos com valor “econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

A parte legítima para promover a ação é, pois, qualquer cidadão, desde que em pleno gozo de seus direitos políticos. O juiz competente para conhecê-la, processá-la e julgá-la é aquele que, de acordo com a organização judiciária e a Constituição, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município, conforme a pertinência do bem cultural em defesa. O objeto imediato da ação popular consiste em anulação do ato lesivo ao patrimônio cultural e o objeto mediato, a proteção do patrimônio cultural.

Para além da ação popular, o patrimônio cultural conta com a proteção via ação civil pública.

Em que pese a relevância da ação popular, a Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública é um avanço em relação àquela porque

enquanto a ação popular é a ação do cidadão contra o ato administrativo lesivo ao patrimônio público, a ação civil pública é contra o Estado e particulares que causem danos ao meio ambiente, consumidor ou patrimônio cultural. Pode não só anular atos como exigir obrigações de fazer ou não fazer, abrindo ampla possibilidade de defesa do patrimônio cultural, independentemente do tombamento¹⁹⁹⁴.

Ação civil pública foi agasalhada pela Constituição quando, no artigo 129, III, o texto a prevê, entre as funções do Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Nesse contexto, se inclui a defesa do patrimônio cultural. A Lei 7347/85, anterior à Constituição de 1988, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico – como consta de sua ementa e do inciso III, de seu art. 1º.

O objeto mediato da ação consiste na tutela do patrimônio cultural e seu objeto imediato será a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, conforme explicitamente está previsto no seu art. 3º. A legitimação para a ação tem – nas pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como associações que tenham entre suas finalidades a proteção do patrimônio cultural e o Ministério Público – o juízo competente para a causa é o do foro do local onde ocorrer o dano (art. 2º).

5. Meios repressivos

Os meios repressivos estão ligados ao caráter cautelar. Também visam a prevenir a danos ao patrimônio cultural, assumindo natureza criminal. Geralmente, possuem um caráter preventivo, na medida em que coíbem o crime ou autorizam a autoridade policial a agir no intuito de evitá-lo¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹⁴ MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 19-35, jan./mar., 1992.

¹⁹⁹⁵ Nesse sentido, Silva, o qual seguiremos nesse item. Cf. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

Em sua aplicação mais restrita, os meios repressivos são aqueles impostos aos sujeitos que cometeram atos lesivos ao patrimônio, na medida em que estes podem ser dilapidados, destruídos, demolidos, removidos, descaracterizados ou simplesmente alterados sem a devida autorização.

Os meios ou instrumentos repressivos de proteção ao patrimônio poderão ser de natureza administrativa, civil e penal.

Os primeiros consistem em multa, destruição de obra realizada, remoção de objetos, apreensão e perda de obra¹⁹⁹⁶ e ressarcimento de dano e os segundos, sanções criminais.

Considerando-se o patrimônio em seu contexto territorial e as novas atribuições assumidas pelos instrumentos de ordenação do solo, é possível identificar as vias de proteção dos bens culturais e, por consequência, instrumentos repressivos tradicionais da política dos solos que se poderão facilmente adaptar a essa nova demanda.

Conforme ensina tradicional doutrina brasileira¹⁹⁹⁷, os meios repressivos poderão ser **administrativos** ou **judiciais**.

Os *meios administrativos* podem ser de natureza pecuniária (multas), *interdições de atividade*, *embargos de obras* ou *demolição compulsória*.

As *interdições de atividade* consistem em ato repressivo que paralisa atividade irregular e visa a corrigi-las, de acordo com as normas específicas de uso do bem fiscalizado. Em se tratando de nosso tema, a interdição poderá ser realizada nos casos em que bens culturais são destinados a usos desconformes ou incompatíveis àqueles previamente definidos na norma urbanística que lhe qualifica.

Os *embargos de obras* são determinações de paralisação de execução de obras. A autoridade fiscalizadora poderá paralisar uma obra, reforma ou reconstrução na medida em que essas atividades não se apresentarem compatíveis com as normas técnicas ou administrativas da construção, licenciada ou não. Sua aplicação com fins patrimoniais é evidente. Qualquer ato que altere o bem cultural é a princípio, interdito. Reformas voltadas à conservação dos bens culturais devem ser também elas submetidas à licença e posteriormente vistoriadas. O embargo de obras aqui caberá em toda situação em que as reformas são realizadas em desconformidade com os fins perseguidos pela norma de salvaguarda do bem cultural imóvel. O ato será de natureza urbanística, emitido pela Prefeitura, com fins especiais de proteção ao bem cultural ameaçado. Esse instrumento poderá ser utilizado tanto para garantir a proteção de bens tombados quanto dos bens culturais assim declarados por normativa urbanística.

A *demolição compulsória* de obra é a mais rigorosa medida administrativa. Apesar disso, deve ser aplicada nos casos em que a correção da infração não se possa realizar por outros meios. Tanto as obras realizadas em desconformidade com o projeto licenciado, quanto as obras clandestinas podem ficar sujeitas à demolição compulsória.

Os *meios judiciais* de repressão e proteção da legalidade urbanística poderão ter natureza criminal ou civil. Há casos em que a legislação federal¹⁹⁹⁸ prevê cominação de sanção penal a infrações urbanísticas, impostas por via sentencial, conclusiva de processo instaurado conforme o processo penal correspondente, de autoria da Administração Pública competente.

As ações civis, por sua vez, poderão ser propostas tanto pela Administração Pública responsável pelo planejamento, quanto pelo Ministério Público¹⁹⁹⁹ e por particulares. No caso do Ministério Público, este deverá observar os requisitos e elementos da Ação Civil Pública, com regime estabelecido pela Lei n. 7.347/85, de 24 de julho. Aos particulares, por fim, estão reservados vários instrumentos processuais: a) mandado de Segurança, regido pela Lei n. 12.016/2009, de 7 de agosto, no caso de sofrerem algum ato ilegal promovido pela autoridade urbanística; b) a ação de nunciação

¹⁹⁹⁶ A apreensão aplica-se notadamente a bens móveis, como é o caso de obras literárias, artísticas ou científicas fraudulentamente reproduzidas.

¹⁹⁹⁷ Nesse sentido, Silva, o qual seguiremos de perto. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 457 e ss.

¹⁹⁹⁸ No Brasil a elaboração de legislação penal é de competência exclusiva da União (art. 22, I, da CF/88).

¹⁹⁹⁹ É o que dispõe o art. 4o da Lei no 7.347, de 1985.: "Art. 4o Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO)." (NR) cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

de obra nova e ação demolitória, ações de vizinhança, onde está legitimado o vizinho prejudicado com a infração; c) ação popular, regida pela Lei n. 4.717/65, de 29 de junho.

Toda e qualquer medida judicial aplicável no contexto urbanístico poderá ser utilizada com fins culturais, quando os bens objeto de litígio forem sujeitos de salvaguarda urbanística.

No âmbito estadual e municipal também podem ser estabelecidas sanções administrativas para proteção dos seus respectivos patrimônios. De toda sorte, conforme o critério de distribuição de competência legislativa estabelecido na Constituição Federal do Brasil, as sanções penais são elaboradas em Lei Federal e aplicáveis a todo o patrimônio (nacional, estadual e municipal)²⁰⁰⁰.

Segundo o regime federal, será passível de multa de 10% do valor da coisa o adquirente que não levar a aquisição da obra tombada a registro no prazo de 30 dias; de 50% do valor do dano causado a pessoa que destruir, demolir, mutilar a coisa tombada ou nela fizer reparos, pinturas ou restauração sem prévia autorização do IPHAN; na mesma penalidade incidirá pessoalmente a autoridade responsável pela infração, tratando-se de bens públicos; do dobro do valor avaliado dos danos sofridos pela coisa o proprietário que não tomar providências para sua conservação; de R\$ 100,00 reais, elevados ao dobro em caso de reincidência, o proprietário de coisa tombada que impedir sua inspeção pelo IPHAN; de 20% do valor da coisa o transmitente e o adquirente que violarem o direito de preferência da União, Estados e Municípios no caso de sua alienação onerosa²⁰⁰¹.

A destruição de obra se dá nos casos de construção nos arredores da coisa tombada, sem autorização do IPHAN (no caso de coisa tombada em âmbito federal), que venha a impedir ou reduzir a sua visibilidade (art. 18, do Decreto-Lei n. 25/37)²⁰⁰².

Na Lei n. 9.605/98 se caracteriza como infração a destruição, a inutilização ou a deterioração de bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial²⁰⁰³.

Em Portugal, também se reconhece que a eficácia de um aparelho coercitivo é de importância central na promoção de uma política de salvaguarda do patrimônio arquitetônico²⁰⁰⁴. Perante fatos consumados que caracterizam algum prejuízo ao patrimônio cultural, o sistema português adota a ação penal como forma privilegiada de responsabilização. Para além dos dispositivos do Código Penal, designadamente o que anuncia o crime de dano qualificado quando se trate de patrimônio cultural classificado, a Lei de Bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, Lei n. 107/2001²⁰⁰⁵, em seus artigos 100 a 103, descreve novos comportamentos ilícitos, a saber: o crime de deslocamento, crime de exportação ilícita e crime de destruição de vestígios.

A doutrina ainda aponta como meio repressivo a “expropriação-sanção” trazida pelo artigo 50, “a”, da Lei n. 107/2001. Trata-se de uma medida extrema, aplicável quando por responsabilidade do

²⁰⁰⁰ É o que dispõe a Constituição Federal: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7.º ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁰⁰¹ Sanções administrativas previstas no Decreto-Lei n. 25/37.

²⁰⁰² É o que determina o Decreto-Lei n. 25/37: “Artigo 18 - Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto” (destacamos).

²⁰⁰³ Não somente a destruição ou ameaça de destruição é objeto da lei penal. Atos que atentem à valorização do bem cultural também são classificados como crime. Cf. Apelação criminal – Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural - Lei n. 9.605/98 - ART. 63 – Bem protegido – Colocação de placas comerciais – Alteração do aspecto da edificação - Tipificação - 1. A colocação de placas comerciais em prédio tombado pelo patrimônio histórico, desobedecendo a regulamentação do instituto do patrimônio histórico e artístico nacional - Iphan, altera o seu aspecto, pois lhe retira as características da época, modificando sua aparência. Incidência do art. 63 da Lei nº 9.605/98. 2. Comprova-se o dolo do réu pelo conhecimento das restrições legais, comprovado nos autos pela notificação extrajudicial e pela prova testemunhal, tendo o acusado mantido sua conduta de fixar placa comercial em imóvel tombado pelo patrimônio histórico, desrespeitando a regulamentação do iphan. 3. Apelação provida (TRF 4ª R. - ACr 2002.04.01.033162-9 - SC - 7ª T. - Rel. Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva - DJU 16.07.2003 - p. 369).

²⁰⁰⁴ Nesse sentido conferir o excelente artigo de ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. Patrimônio/Território – Interações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

²⁰⁰⁵ Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006.

detentor, decorrente de violação grave dos seus deveres gerais, especiais ou contratualizados, se corra risco sério de degradação do bem²⁰⁰⁶.

O Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro, estabelece em Portugal o instituto da “venda forçada” (art. 32), que também se caracteriza como um meio repressivo especialmente inovador no atual quadro jurídico daquele país, embora recuperando um instituto com tradições antigas na legislação urbanística portuguesa. Trata-se de um mecanismo da venda forçada de imóveis, que obriga os proprietários que não realizem as obras e trabalhos ordenados à sua alienação em hasta pública, permitindo assim a sua substituição por outros que, sem prejuízo da sua utilidade particular, estejam na disponibilidade de realizar a função social da propriedade. O procedimento de venda forçada é construído de forma próxima ao da expropriação, consagrando-se as garantias equivalentes às previstas no Código das Expropriações e garantindo-se o pagamento ao proprietário de um valor nunca inferior ao de uma justa indenização.

6. A estrutura administrativa do patrimônio cultural imóvel

6.1. Brasil

A distribuição de competência em matéria cultural no sistema brasileiro envolve apenas as regras de competência comum e concorrente. Não há competência exclusiva nessa matéria. A previsão de competência comum consta do art. 23 da Constituição. Competem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios três providências: 1) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); 2) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural (inciso IV); 3) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (inciso V). As duas primeiras referem-se à proteção do bem cultural, ou seja, à defesa do patrimônio cultural brasileiro, entre eles, o patrimônio cultural imóvel. A terceira providência destina-se a tornar eficaz a norma do artigo 215, que determina que o Estado garantirá o acesso às fontes da cultura nacional, ou seja, acesso a todas as formas de cultura brasileira²⁰⁰⁷.

No Brasil, a principal estrutura administrativa especializada na proteção do patrimônio cultural concentra-se no seio da União Federativa e é o IPHAN. O órgão foi criado em meados da década de 1930 e até hoje promove a maioria das operações de grande relevo no solo brasileiro. Pelo território estendem-se diversas secretarias especializadas ligadas ao Instituto responsáveis pela identificação dos bens de interesse cultural nacional.

No total são 21 superintendências, seis subregionais e 27 escritórios técnicos do Instituto de Patrimônio Histórico Artístico Nacional espalhados pelo Brasil.

A Administração Central funciona na Capital Federal, Brasília (DF), e no Palácio Gustavo Capanema, no Rio de Janeiro (RJ). O Arquivo Central do Instituto está situado na cidade do Rio de Janeiro e é o setor responsável pela abertura, guarda e acesso aos processos de tombamento, de entorno e de saída de obras de artes do País, assim como pela emissão de certidão para efeito de prova e inscrição dos bens nos livros do tombo e nos livros de registro do patrimônio imaterial.

O Arquivo Aloísio Magalhães (AAM) está situado na cidade de Brasília e tem um acervo iconográfico, composto pelas ações de referenciamento cultural dos antigos Centro Nacional de Referência Cultural e Fundação Nacional Pró-Memória. Desde 1997, o AAM encontra-se com suas

²⁰⁰⁶ Araújo critica a severidade da medida expropriatória no caso disciplinado pela legislação e aponta como alternativa o regime especial de incentivos. Ocorre que, como é sabido, muitas vezes a expropriação é única via para a proteção efetiva do bem. Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico Português. Patrimônio/Território – Interações. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

²⁰⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

atividades externas fora de operação, haja vista o processo de reestruturação pelo qual vem passando, que inclui identificação, organização, informatização e digitalização do acervo²⁰⁰⁸.

Há mais de 60 anos, o IPHAN vem realizando a fiscalização, proteção, identificação, restauração, preservação e revitalização dos monumentos, sítios e bens móveis e imóveis do País.

Atualmente estão sob seus cuidados mais de 21 mil edifícios tombados, 79 centros e conjuntos urbanos, 9.930 mil sítios arqueológicos cadastrados, mais de um milhão de objetos, incluindo acervo museológico, cerca de 830 mil volumes bibliográficos, documentação arquivística e registros fotográficos, cinematográficos e videográficos, além do patrimônio mundial.

Esse patrimônio é administrado por meio de diretrizes, planos, instrumentos de preservação e relatórios que informam as medidas de conservação, proteção e valorização que eventualmente estejam sendo implementadas. Essas atividades garantem um acompanhamento do patrimônio em seu estágio atual e permite o planejamento constante das intervenções a serem promovidas. O IPHAN preocupa-se em elaborar programas e projetos que integrem a sociedade civil com os objetivos do Instituto, bem como buscar linhas de financiamento e parcerias para auxiliar na execução das ações planejadas.

No que se refere aos bens de relevância estadual e municipal, cada um dos órgãos políticos desenvolve paralelamente a atuação em seu território através de secretarias de cultura, urbanismo e desenvolvimento.

6.2. Portugal

Em Portugal, após a aprovação do Decreto-Lei n. 96/2007, de 29 de março, cria-se o Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico, I.P., abreviadamente designado por IGESPAR. Trata-se de um instituto público integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e de patrimônio próprios.

Segundo o artigo 3º do referido Decreto-Lei, o IGESPAR, I.P. tem por missão e atribuições a gestão, a salvaguarda, a conservação e a valorização dos bens que, pelo seu interesse histórico, artístico, paisagístico, científico, social e técnico, integrem o patrimônio cultural arquitetônico e arqueológico classificado do País.

Dentre suas atribuições destacam-se:

- a) propor a classificação e inventariação de bens de interesse nacional e de interesse público de relevância arquitetônica e arqueológica e estabelecer zonas especiais de proteção, bem como a respectiva revogação;
- b) elaborar, em articulação com as Direções Regionais de Cultura Ministério da Cultura, planos, programas e projetos para a execução de obras e intervenções de conservação, recuperação, restauro, reabilitação e valorização de imóveis classificados ou em vias de classificação ou situados nas respectivas zonas de proteção, bem como proceder à respectiva fiscalização ou acompanhamento técnico;
- c) assegurar, em articulação com as Direções Regionais de Cultura, a gestão e valorização do patrimônio cultural arquitetônico e arqueológico que lhe esteja afeto e promover, executar e fiscalizar as obras necessárias com esse fim;
- d) promover a inventariação sistemática e atualizada dos bens que integram o patrimônio cultural na respectiva área de atuação, bem como assegurar o registro patrimonial de classificação e o registro patrimonial de inventário dos bens culturais objeto de proteção legal;

²⁰⁰⁸ Informações obtidas no site do IPHAN. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?retorno=paginaIphan&sigla=Institucional&id=10>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

- e) pronunciar-se, nos termos da lei, sobre planos, projetos, trabalhos e intervenções, de iniciativa pública ou privada, a realizar em imóveis classificados ou em vias de classificação, respectivas zonas de proteção, designadamente, em monumentos, conjuntos e sítios;
- f) dar cumprimento às normas da Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Patrimônio Cultural e demais legislação complementar, no âmbito do patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico.

São ainda atribuições do IGESPAR, I.P., em relação aos bens imóveis:

- a) autorizar e acompanhar a execução de intervenções em bens imóveis classificados ou em vias de classificação e respectivas zonas de proteção, bem como emitir diretivas vinculativas neste domínio;
- b) promover, quando necessário, a expropriação de bens imóveis classificados ou nas respectivas zonas de proteção, nos termos da lei;
- c) autorizar qualquer intervenção ou obra no interior ou exterior de monumentos, conjuntos ou sítios classificados, bem como sobre a alteração do respectivo uso;
- d) propor ou elaborar, em colaboração com os serviços competentes, planos de pormenor de salvaguarda nos termos da lei, no âmbito do patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;
- e) pronunciar-se sobre o impacto de grandes projetos e obras, propor as medidas de proteção e as medidas corretivas e de minimização que resultem necessárias para a proteção do patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;
- f) pronunciar-se sobre planos, projetos e obras, tanto públicos como privados, que possam implicar risco de destruição ou deterioração de bens culturais ou que, de algum modo, os possam desvalorizar;
- g) providenciar a salvaguarda e proteção integrada das paisagens culturais e dos jardins históricos com o patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;
- h) promover e assegurar o Inventário Geral do Patrimônio Cultural, na sua área de intervenção;
- i) assegurar o registro patrimonial dos bens culturais que integram o patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;
- j) assegurar o Inventário Nacional e Sistema de Georreferenciação do patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico imóvel, em articulação com o cadastro de propriedade;
- l) assegurar o reconhecimento do acesso dos detentores de bens culturais aos benefícios decorrentes da classificação ou inventariação;
- m) articular com o Instituto dos Museus e da Conservação, I. P., abreviadamente designado por IMC, I.P., as intervenções de conservação e restauro sobre bens culturais, nomeadamente de bens móveis integrados no patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;
- n) pronunciar-se sobre propostas de classificação de bens como patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico apresentadas pelos municípios;
- o) dar cumprimento às recomendações das organizações internacionais que Portugal integra, no âmbito do patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;
- p) estabelecer ou propor a constituição de reservas arqueológicas de proteção;
- q) promover, em articulação com o IMC, I.P., a constituição de depósitos de espólios de trabalhos arqueológicos;
- r) fiscalizar a atividade dos arqueólogos;
- s) autorizar, acompanhar e fiscalizar tecnicamente a realização de trabalhos arqueológicos;
- t) suspender trabalhos arqueológicos que estejam a ser realizados em violação ou desrespeito das normas em vigor ou das condições previamente estabelecidas para a sua realização;
- u) exercer, acessoriamente, atividades relacionadas com a sua missão e atribuições, nomeadamente a prestação de serviços de consultadoria ou assistência técnica, solicitados ou contratados por entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;
- v) desenvolver políticas de captação de mecenato, no âmbito do patrimônio cultural arquitetónico e arqueológico;

- x) promover e apoiar, com entidades externas, linhas de cooperação, através do estabelecimento de contratos ou da definição de projetos no âmbito da atuação do IGESPAR, I.P.;
- z) coordenar, no âmbito do Ministério da Cultura, a atividade de divulgação editorial e de promoção no Diário da República, 1ª série, n. 63, 29 de março de 2007, 1925 áreas do património cultural arquitetónico e arqueológico;
- aa) promover a concepção e a comercialização de produtos relacionados com a imagem do património cultural arquitetónico e arqueológico e a respectiva identidade;
- bb) articular com o Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I.P., a gestão e o desenvolvimento do Sistema de Informação para o Património (SIPA).

O IGESPAR é um órgão da estrutura centralizada de Portugal e, portanto, atua através e ao lado de direções regionais de cultura.

7. Alguns problemas jurídicos decorrentes da salvaguarda do património cultural

7.1. A propriedade privada e o património cultural

O direito de propriedade privada está formulado em todas as constituições ocidentais de forma mais ou menos aproximada. Entretanto, é possível dizer que se as formulações são próximas, de certo, o seu sentido e o seu alcance profundo variam imensamente de umas para outras. Não será o direito de propriedade o mesmo afirmado nas constituições puramente liberais e nas constituições de índole social, nas constituições de tradição ocidental pluralista e nas constituições marxistas-leninistas²⁰⁰⁹.

Nas constituições liberais, a propriedade surge ao lado da liberdade e da segurança como componente da sua ideia de Direito ou é considerada uma liberdade tão protegida quanto as demais. Já em constituições de tendências sociais, ainda quando não se dissocia dos direitos fundamentais, fica condicionado por outros interesses e valores da ordem econômica e posto ao serviço de uma “função social”. E nas constituições de tipo soviético fica reduzido aos bens que dele positivamente podem ser objeto e reduzido na sua força preceptiva perante a lei e a administração²⁰¹⁰.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece a todas as pessoas, individual e coletivamente, o direito à propriedade (art. 17, n. 1), mas a expressão oferece-se tão vaga que aí podem caber divergentes opções político-constitucionais, mais precisa é a garantia contra privações arbitrárias da propriedade (art. 17, n. 2).

Na Constituição portuguesa de 1976, o direito de propriedade é deslocado do elenco dos direitos, liberdades e garantias para o dos direitos económicos, sociais e culturais. Entretanto, embora não pertença ao grupo dos direitos, liberdades e garantias, a verdade é que o direito de propriedade se beneficia do respectivo regime, uma vez que tem natureza análoga a estes (artigo 17)²⁰¹¹.

A Constituição portuguesa, semelhante às cartas anteriores, além de definir ampla e genericamente a propriedade no art. 62, decompõe, de certa forma, seu tratamento, recortando estatutos parcelares da propriedade em diversos momentos e em razão de diferentes finalidades a prosseguir, assim, a propriedade da habitação (art. 65, n. 2, alínea c), a propriedade dos solos urbanos (art. 65, n. 4), a propriedade dos meios de produção (artigos 80, alíneas b e c, 82 e 83) e a propriedade agrícola (artigos 94, 95 e 96). É conferida uma relevância específica à propriedade quando produto ou

²⁰⁰⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 522.

²⁰¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 523.

²⁰¹¹ CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, p. 87-115, junho, 1998.

consequência de aplicação do trabalho ou como instrumento de trabalho, conforme sucede nos preceitos sobre acesso a habitação própria (art. 65, n. 2, alínea *c*), e sobre acesso à propriedade da terra daqueles que trabalham ou exploram a terra (art. 93, n. 1, alínea *b* e 94, n. 2)²⁰¹².

Em relação à propriedade privada em Portugal, “a Constituição garante o direito de apropriação, o direito de aquisição de bens ou, mais amplamente, de direitos patrimoniais”²⁰¹³. Assim, os particulares, sejam singulares ou pessoas coletivas, gozam do direito de ter bens em propriedade e, em geral, do direito de se tornar, por atos *inter vivos* ou *mortis causa*, titulares de quaisquer direitos de valor pecuniário. Da mesma forma, o Estado poderá ser titular de direitos reais e direitos de crédito, uma vez que é sujeito de direitos análogos aos indivíduos. O direito de propriedade, direito real máximo, é uma garantia institucional e um direito fundamental. Além dele, não são eleitos pelo constituinte português qualquer outro direito real constante na Lei Civil ou na Lei Comercial.

O fato de ser direito fundamental não exclui, entretanto, o estabelecimento de restrições à propriedade privada. Qualquer Constituição positiva, ainda que imbuída de respeito pela propriedade, tem de admitir que a lei declare outras restrições, até por não poder prevêê-las ou inseri-las todas no texto constitucional. O que a lei deverá respeitar é o feixe de regras do artigo 18 da Constituição portuguesa²⁰¹⁴.

Além disso, o próprio artigo 62 da Carta portuguesa, que trata da propriedade, aborda o direito “nos termos da constituição”. Isso significa dizer que o direito de propriedade não só será garantido dentro dos limites e dos termos previstos e definidos na Constituição (para além dos direitos fundamentais), mas que ela não é reconhecida, *a priori*, como princípio independente e autossuficiente. Ela é reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a formam²⁰¹⁵.

No Brasil, o direito de propriedade é, da mesma forma, protegido em sede constitucional. Ainda que seu sentido tenha se alterado desde a primeira Constituição vigente no País, ainda é possível dizer que “a propriedade é um dos institutos jurídicos fundamentais e o mais importante dos direitos privados”²⁰¹⁶. Ela é protegida pela Constituição Federal do Brasil como direito fundamental (CF, artigo 5, XXII) e como princípio da ordem econômica e financeira (CF, artigo 170,II), estando regulada como categoria unitária pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.228 a 1.232) e, atualmente, encontra sua delimitação social no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) daquele País.

No novo Código Civil brasileiro, aprovado pela Lei 10.406/2002, o direito de propriedade já é estabelecido mediante a observância de interesses públicos que lhe contornam a utilidade, a disponibilidade e a fruição.

É nesse sentido que o §1º do artigo 1.228 do referido diploma legal, estabelece que

o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio

²⁰¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 526.

²⁰¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 526.

²⁰¹⁴ Artigo 18, Constituição portuguesa: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

²⁰¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 529. E comenta: “A fórmula e a localização sistemática do art. 62 conferem à propriedade ainda uma dimensão de direito económico, social e cultural a acrescer a de direito, liberdade e garantia. Não se salvaguardam apenas os direitos concretos de propriedade. Aponta-se, concomitantemente, para uma perspectiva ou situação futura, em que o maior número possível de pessoas venha a usufruir da propriedade ou de outros direitos patrimoniais; e, por isso, podem ser considerados seus desdobramentos os preceitos, há pouco indicados, de ligação entre propriedade e trabalho”.

²⁰¹⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 3. edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 141.

ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Quando se fala em bem cultural, o direito de propriedade resta “contaminado” pelo interesse público de forma que a tradicional dicotomia entre propriedade pública e propriedade privada é superada²⁰¹⁷. Nesse sentido já desenvolvia Giannini²⁰¹⁸, quando, ao tratar do bem cultural, conferia-lhe característica de bem público enquanto bem de fruição, e não de pertença, de tal modo que nesses casos a propriedade apresenta elementos de interesse público e privado, ao mesmo tempo.

Trata-se da teoria da “propriedade dividida”, segundo a qual as coisas de interesse cultural gozam de um status de dupla titularidade, caracterizado pela existência de dois direitos dominiais diferentes sobre o mesmo bem (o do proprietário e do Estado), implicando ambos poderes de gozo e de disposição²⁰¹⁹.

Segundo, ainda, ensina Sandulli²⁰²⁰, para considerar unitariamente os bens culturais, seria necessário prescindir da diversa titularidade do direito de propriedade, atendendo somente à categoria de bens de interesse público que compreende aquelas situações de pertença que, pese a diferença pelo requisito subjetivo, tem em comum, em troca, o mesmo requisito objetivo representado pela capacidade de realizar diretamente o interesse público.

Nesse sentido, as contribuições teóricas apresentadas têm a virtude de assentar as premissas a partir das quais os bens culturais podem ser considerados como parte integrante de uma categoria jurídica unitária.

7.2. Bens culturais x função social da propriedade

Existe posicionamento na doutrina de que a natureza do bem cultural não se confunde com a funcionalização do direito de propriedade. Segundo a teoria da função social da propriedade, o valor cultural próprio desses bens consentiria à lei imprimir ao direito de propriedade uma orientação funcional particular, estabelecendo específicas cargas e suas formas de desfrute. Porém, se assim fosse, a posição jurídica dos bens culturais não diferiria daquela que é própria de outras situações de propriedades em relação às quais com as faculdades do proprietário são reguladas com o objectivo de realizar uma função particular imposta pelo ordenamento. O valor cultural seria considerado de uma forma restritiva ao contrastá-lo com os restantes e variados elementos que condicionam desde o exterior à utilização patrimonial de uma determinada coisa.

7.3. Propriedade, patrimônio cultural e indenização

Do direito à propriedade privada decorre o direito à proteção e à garantia desse direito. Dessa forma, todo proprietário tem o direito de não ser privado arbitrariamente de sua propriedade (art. 17, n.

²⁰¹⁷ CASINI, Lorenzo. **La Valorizzazione dei Beni Culturali**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Roma, n. 3, p. 651-707, 2001.

²⁰¹⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **I Beni Culturali**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Roma, n. 1, p. 3-38, 1976.

²⁰¹⁹ GIANNINI, Massimo Severo. **I Beni Pubblici**. Roma, 1963, p. 69. Apud ROLLA, Giancarlo. **Bienes Culturales Y Constitucion**. Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, n. 2, p. 163-180, enero-abril, 1989.

²⁰²⁰ “(...) i beni che abbiamo elencato hanno in comune con quelli degli enti pubblici soggetti a regime pubblicistico la caratteristica di soddisfare direttamente, essi stessi, un interesse pubblico, inerente di volta in volta alle comunicazioni, alla produzione, alla cultura – tanto che, per alcuni di tali beni (quelli di interesse artistico, storico, archeologico, archivistico, bibliografico, ecc.), si parla di “beni culturali”, all ambiente, tanto che, per alcuni di tali beni (quelli interessanti ai fini della conservazione della natura, e più particolarmente delle bellezze naturali) si parla di “beni ambientali” (...): Appunto in relazione a ciò, i beni in esame sono soggetti a un regime che prevede particolari vincoli e particolari interventi dei pubblici poteri. Si può dunque dire che tanto i beni degli enti pubblici soggetti a regime pubblicistico, quanto i beni dei soggetti privati or ora indicati, appartengono a un’unica grande categoria: Quella dei beni d’interesse pubblico”. Cf. SANDULLI, Aldo M. **Manuale di Diritto Amministrativo**. v. 2. 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989. p. 759.

2, da Declaração Universal) e a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante pagamento de justa indenização (art. 62, n. 2)²⁰²¹.

No que tange, entretanto, às restrições de caráter urbanístico, com fins de compatibilização urbana com a preservação dos monumentos arquitetônicos de interesse cultural, tem-se colocada questão de extrema complexidade: quando se vislumbrará a desapropriação material que gera o direito de indenização.

O direito de indenização pressupõe um prejuízo, uma perda no contexto econômico da propriedade. A restrição deverá ser de tal ordem que o Estado haverá de repor em espécie monetária o *quantum* o mais aproximado possível de prejuízos presentes e futuros decorrentes de um ato público de limitação da propriedade. A limitação, entretanto, deverá ser de ordem tal que anule ou reduza sensivelmente o conteúdo econômico da propriedade, de forma que não se justifiquem indenizações em razão de atos públicos considerados apenas restritivos do direito ou conformadores do direito de propriedade.

Como vimos, existem diversos instrumentos de proteção dos bens culturais e de certo que a propriedade privada será alvo de inúmeros deles, na medida em que integre o contexto urbano objeto mesmo da disciplina do direito urbanístico, conformador, por essência, do direito de propriedade, especialmente no que concerne às suas faculdades de usar e dispor dos bens.

Entretanto, há que se verificar que, em se tratando de normas de direito do urbanismo e de normas concernentes à proteção do patrimônio cultural, deve-se tomar em conta que são diversas as limitações da propriedade que se estabelecem.

Conforme já verificamos no capítulo que trata dos instrumentos de proteção dos bens de caráter cultural, o tombamento, conforme estabelecido na legislação brasileira, resta caracterizado como instituto especial de caráter administrativo que limita a propriedade.

Da mesma forma, limitam a propriedade as servidões provenientes do tombamento e os planos urbanos que no desempenho das diversas funções de organização do solo da cidade também promovem restrições à propriedade, inclusive para fins de proteção ao patrimônio cultural.

Em que pese a garantia ao direito de propriedade traçado pela Constituição, os interesses privados de utilização, fruição e disposição do bem são reduzidos quando considerados sob o aspecto de direito público da propriedade, que considera o bem dentro de um conjunto maior, porque fundamenta-se na totalidade dos direitos de propriedade, bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social²⁰²².

Nesse sentido, cabe dizer que, tendo em vista um bem cuja relevância histórica ou cultural lhe confira repercussão pública e interesse social de preservação, ficará a propriedade particular sujeita ao exercício do Direito Público que lhe implica necessariamente uma limitação relativa ao uso e disposição da propriedade.

Cabe ressaltar que a limitação promovida pelo poder público deverá ser parcial, ou seja, limitar-se a condicionar parcialmente o uso, fruição e disposição do bem sob pena de se verificar uma verdadeira desapropriação indireta, dando direito à indenização integral dos prejuízos sofridos pelo proprietário, conforme desenvolveremos melhor no próximo item.

No Brasil, um dos institutos jurídicos utilizados para proceder a proteção do bem de interesse cultural é o tombamento, já referido anteriormente. O tombamento pode ser definido

como o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza, cuja conservação seja de interesse público por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico²⁰²³.

²⁰²¹ Acrescenta-se que no Brasil a justa indenização ocorre em prévio pagamento, justo e em dinheiro, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal brasileira.

²⁰²² CRETELLA JÚNIOR, José. **Regime Jurídico do Tombamento**. RDA, São Paulo, n. 112, p. 50, 2000.

²⁰²³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 132.

Os proprietários dos imóveis vizinhos também sofrem restrições provenientes do tombamento ou classificação de bem arquitetônico. No Brasil, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, no artigo 18 prevê, *in verbis*

sem prévia autorização do serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirado o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto.

7.3.1. O direito de indenização do proprietário

Em sua origem, as legislações patrimoniais previam indenizações compensatórias destinadas aos proprietários privados, cujos bens sofressem limitações de natureza pública, com fins de preservação patrimonial. Na França, a Lei de 1913 sobre os monumentos históricos permitia a indenização em caso de prejuízo devido à classificação de um bem em relação a qual o proprietário se opusesse²⁰²⁴. Mas as concepções de direito de propriedade foram progressivamente alteradas e restaram permeadas pelos imperativos de interesse geral. Construiu-se, nesse sentido, a teoria das “limitações administrativas à propriedade”, que sustentam o atual entendimento de que, em regra, as limitações provenientes de atos de patrimonialização não geram qualquer obrigação constitucional de indenizações compensatórias.

O direito de propriedade encontra seu alicerce na Constituição e impõe a todos, inclusive à Administração Pública, o respeito pela integridade de suas faculdades inerentes. A proteção do patrimônio cultural imobiliário importa em numerosas restrições aos direitos dos proprietários, que podem ser de gravidade tal que paralise parcial ou totalmente o exercício do direito. Para mensurar a amplitude das restrições, é necessário observarmos que a proteção é organizada em dois níveis: de uma parte, pelos meios próprios da legislação sobre a proteção dos monumentos (principalmente o tombamento, no caso do Brasil, e a classificação, em Portugal), e de outra parte, pelos instrumentos de organização do território, sobretudo, os planos urbanísticos e os planos de afetação (zonas de proteção especial e áreas de proteção).

Os tribunais e as autoridades administrativas foram levadas a admitir que uma compensação financeira deveria ser concedida ao proprietário de um monumento ou ao proprietário indiretamente tocado pela presença do monumento classificado ou tombado, nos casos mais graves. A jurisprudência na matéria é pouco vasta, mas os princípios gerais estabelecidos nos parágrafos precedentes são plenamente aplicáveis.

Deve se reconhecer em princípio que a classificação ou tombamento, ou ainda as restrições causadas à propriedade de interesse cultural pelas disposições dos planos urbanísticos, poderá constituir em si uma expropriação material, segundo a medida da utilização atual ou uma utilização futura previsível dentro de um futuro próximo que é proibido ao proprietário. Em certas circunstâncias, mesmo a interdição de demolir um prédio poderá equivaler a uma expropriação.

Consoante reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça do Brasil, a limitação gera obrigação de indenizar quando resulta em prejuízo para o proprietário. A verificação de prejuízo e de sua extensão é questão de prova²⁰²⁵.

²⁰²⁴ Cf. FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris : PUF, 1997, p. 29.

²⁰²⁵ Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência nacional: STJ - “Tombamento. Conceito de bem vinculado a fatos memoráveis da história da pátria e de “excepcional valor artístico”. Nulidade, no caso, caracterizada. I – O tombamento e a desapropriação são meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, consistentes em atos administrativos que traduzem a atuação do Poder Público mediante a imposição de simples restrição ao direito de propriedade ou pela decretação da própria perda desse direito. O tombamento localiza-se no início duma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o ponto extremo (J. Cretella Júnior). II – As restrições ou limitações ao direito de propriedade, tendo em conta a sua feição social, entre as quais se insere o tombamento, decorre do poder de polícia inerente ao Estado, que há de ser exercitado com

Assim, quando o tombamento da área impede a utilização do imóvel segundo sua natural destinação, impõe-se a indenização dos proprietários pelo desfalque sofrido em seu patrimônio (REsp 28239/ SP ; RECURSO ESPECIAL 1992/0026148-5) .

Nesse caso, a Administração Pública interessada e competente deverá promover a “desapropriação por utilidade pública”, disciplinada no Brasil no Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

Da mesma maneira, em Portugal dever-se-á promover a expropriação prevista no artigo 50 da Lei n. 107/2001, quando, por razões jurídicas, técnicas ou científicas devidamente fundamentadas, a expropriação se revele a forma mais adequada de assegurar a tutela do bem.

O reconhecimento da excepcional expropriação com fins de salvaguarda de bens culturais se fundamenta na doutrina administrativista. Nesse sentido, Falla²⁰²⁶ já anunciava que o dever de indenizar ocorrerá sempre que a Administração, atuando legitimamente, sacrifica o seguinte direito do particular: a igualdade de todos os cidadãos ante as cargas públicas é incompatível com a ideia de sacrifício especial sem indenização.

8. A conservação, valorização e sustentabilidade do bem cultural imóvel

Em regra, tanto no Brasil quanto em Portugal, a conservação do bem de interesse cultural tombado ou classificado é obrigatória e a cargo do proprietário²⁰²⁷.

Todas as obras e quaisquer outras intervenções que a administração do patrimônio cultural competente considere necessárias para assegurar a perenidade do bem deverão ser executadas pelo titular da propriedade.

É possível, por outro lado, que, no caso dos bens culturais de titularidade privada, situações ocorram em que o proprietário não consiga por seus próprios recursos prover uma conservação ideal. Nesse caso, a normativa federal brasileira (a ser seguida pelas respectivas normativas estadual e municipal) prevê a possibilidade de transferir a referida responsabilidade ao ente público interessado segundo o grau de tutela promovido. O titular do bem deverá levar o fato ao conhecimento do órgão do patrimônio, sendo sua omissão, neste sentido, punida com multa (artigo 19, Decreto- Lei n. 25/37).

De modo geral, os recursos públicos no Brasil não podem ser investidos e aplicados em bens particulares. Entretanto, com relação aos bens tombados cuja propriedade é privada, o Decreto-Lei n. 25/37 autoriza que a autoridade promova, as suas expensas, as medidas necessárias para sua conservação, no caso especial em que o proprietário não tem recursos para proceder às obras (1º do artigo 19) e na hipótese de “urgência de realizá-las” (3º do artigo 19).

A regra é a de que o proprietário, sempre que tiver recursos, tem obrigação de conservar o bem, respondendo pelas obras de conservação, executando-as diretamente ou ressarcindo o poder público, se este as executar²⁰²⁸.

estrita observância do princípio da legalidade e sujeição ao controle do Poder Judiciário. Cabe a este dizer, à vista do caso concreto, caso se trate de simples limitação administrativa ou de interdição ou supressão do direito de propriedade, hipótese esta que só pode ser alcançada por meio de desapropriação” (STJ – 2ª. T. - Resp. nº 30.519/RJ – Rel. Min. Antônio Torreão Braz, Diário da Justiça, Seção I, 20 jun. 1994, p. 16.077). Cf. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1996.

²⁰²⁶ Cf. GARRIDO FALLA, Fernando. El Derecho a Indeminizacion por Limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. **Revista de Administracion Publica**, Madrid, n. 81, p. 7-33, set./dez., 1976.

²⁰²⁷ Ressalva para o princípio da cooperação que pode ser identificado no regime jurídico português nas expressões da Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, art. 8º. Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 102 e ss.

²⁰²⁸ Conferir julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Direito público inespecífico. Ação civil pública. Patrimônio histórico e cultural. Proteção. Medida liminar concedida no primeiro grau.1. É possível, em exame provisório, ao fim de medida liminar, impor aos proprietários, com base no princípio da função social da propriedade (CF, art. 5º, XIII), a obrigação de, ao menos, conservar imóvel de valor histórico e cultural, fazendo, desde logo, as obras de isolamento necessárias a proteção contra invasores e vândalos, bem assim as necessárias para evitar a ruína e para apagar os sinais de deterioração decorrentes do estado de abandono. Se a edificação, construída por volta de 1850, é documentada em litografia de 1865, constitui-se testemunho de cultura e de história da imigração alemã, integra, por declaração constitucional, o

Da mesma forma, em Portugal, os detentores do bem, incluindo-se nesse conceito, os proprietários, os possuidores e demais titulares de direitos sobre bens que tenham sido classificados ou inventariados, deverão: a) facilitar à administração do patrimônio cultural a informação que resulte necessária para a execução da Lei de Bases n. 107/2001; b) conservar, cuidar e proteger devidamente o bem, de forma a assegurar a sua integridade e a evitar a sua perda, destruição ou deterioração, e c) adequar o destino, o aproveitamento e a utilização do bem à garantia da respectiva conservação. (artigo 21, n. 1, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

Para atingir tais obrigações, os detentores do bem deverão observar regime legal sobre acesso e visita pública, bem como executar os trabalhos ou obras que o serviço competente considerar necessários para assegurar a sua salvaguarda (artigo 21, n. 2, Lei n. 107/2001, de 8 de setembro).

Nesse aspecto, cabe observação sobre as situações em que a manutenção do bem é demasiadamente onerosa para o proprietário. A Lei portuguesa n. 13/85, de 6 de julho, vigente antes da nova Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, também fez recair o ônus da preservação sobre os proprietários ou detentores dos bens classificados ou em vias de classificação, entretanto, admitia o custeio das obras por parte do Estado nos casos em que os responsáveis não possuíssem condições para o pagamento integral das obras consideradas necessárias para a conservação do bem ou ainda se essas representassem um investimento desproporcional em se tratando de um bem com limitadas potencialidades econômicas.

A Lei n. 107/2001, de 8 de setembro, mantém a obrigação de conservação por parte dos detentores e proprietários dos bens de interesse cultural, porém não estabelece explicitamente os casos de exceção, quando então o Estado deverá assumir parcial ou totalmente os encargos, como o fazia a lei anterior e como faz expressamente a legislação brasileira, como já visto.

Cabe à interpretação principiológica estabelecer uma solução diante de tal situação. É certo que os custos para suportar a conservação de bens culturais podem ser elevados e ainda é certo que a manutenção do bem é interesse e dever de todos. Dessa forma, “a questão apenas pode ser solucionada no âmbito de outros princípios fundamentais, *maxime*, o princípio da igualdade e o princípio da justa repartição dos encargos públicos”²⁰²⁹.

Em outras palavras, cumpre reconhecer que, ao assumir uma noção vasta de patrimônio cultural, passa-se a se ter em conta novos aspectos do patrimônio ligados ao “impacto” da patrimonialização que inevitavelmente apresenta um caráter econômico. Isso decorre da inerente faceta capitalista dos bens culturais que colocará questões diversas, dentre elas: “quanto se deverá investir na proteção e conservação do patrimônio e quanto se deverá esperar de retorno ou rentabilidade desse mesmo patrimônio?”. Alguns bens, como antigas fábricas ou velhos e inativos galpões costeiros são tutelados e apresentam como desafios de integração econômica e social: qual uso fazer desses bens e com quais meios? Por outro lado, é no contexto urbano que a questão do impacto da tutela patrimonialista se colocará com maior intensidade em razão das tensões entre as diferentes funções urbanas e os diferentes atores envolvidos, o que torna ainda mais aguda a questão e mais complexa a atuação do Estado.

A questão deverá se inserir no contexto e na noção de sustentabilidade do patrimônio²⁰³⁰. Os meios para obter a referida sustentabilidade não estão, porém, minuciosamente desenvolvidos na

“patrimônio cultural brasileiro” (CF, art. 216, IV). Portando, esta passa a ser a sua função social: Servir de testemunho. Se, por um lado, ela não impõe ao dono o dever de substituir o Poder Público na proteção ao patrimônio histórico e cultural (CF, artigos 23, III e IV, 24, VII, 30, IX, e 216, V, 'd', e 223 e par. único), por outro também não lhe dá o direito de depredá-lo e tampouco de deixá-lo exposto a invasores e vândalos, bem assim a acelerada deterioração do tempo decorrente do estado de abandono, como artifício para provocar a ruína. 2. Agravo de instrumento desprovido, por maioria (12 fls.) (Agravo de Instrumento n. 70000431890, 1ª Câmara Cível do TJRS, Novo Hamburgo, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 21.06.2000).

²⁰²⁹ SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares. Da “Contemplação da Ruína” ao patrimônio Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada de Bens Culturais. Coimbra, **RevCedoua**, n. 10, p. 69-93, a. V-2.02, 2003. p. 73.

²⁰³⁰ A doutrina francesa desenvolve a noção de “economia do patrimônio” para responder a essas questões. Segundo Schaut, que traduzimos, “um dos objetivos da economia do patrimônio é responder às questões da rentabilidade e das escolhas ligadas à reafetação (tutela de bens que foram desafetados em razão de insustentabilidade econômica). É também (objetivo da economia do patrimônio) demonstrar que a salvaguarda do patrimônio é economicamente eficaz em termos de criação de empregos e mais-valia. A economia do patrimônio visa avaliar quantitativamente a rentabilidade real ou líquida de

legislação brasileira. Resta, portanto, responder: em que medida e forma é possível identificar um caminho intermediário que consagre a atuação dos particulares e a cooperação equilibrada do Estado na promoção da conservação e valorização do bem cultural?

A Lei de Bases de Portugal traz algumas pistas da construção dessa noção, mas também não desce a minúcias no que se refere aos termos em que a cooperação entre Estado e particulares se estabelecerá, ainda que assuma como princípios fundamentais da gestão do património cultural a “cooperação, a contratualização e a sustentabilidade”²⁰³¹ (Lei de Bases n. 107/2001, de 8 de setembro).

Sabe-se, por um lado, segundo a experiência em nosso país e também estrangeira, que com o alargamento da compreensão e âmbito material do património cultural e conseqüente aumento do número e diversidade de bens culturais, as concepções clássicas, de raiz estadualista, não só são indefensáveis no atual quadro de compreensão do papel do Estado, como se revelam economicamente insustentáveis²⁰³². É inviável, portanto, insistir em uma compreensão de salvaguarda do património centrada no Estado, sob pena de se promover uma aniquilação do próprio património cultural.

A incapacidade econômico-financeira do Estado para promover a conservação e valorização dos bens culturais revela-se não apenas na ausência de medidas concretas de conservação desse património edificado, como também na falta de meios adequados para garantir a respectiva sustentabilidade cultural – designadamente, para aumentar os méritos que o bem já possui, permitindo uma fruição adequada por todos e sua respectiva transmissão às gerações futuras²⁰³³.

Por outro lado, deve-se ter em mente que os bens culturais possuem características que permitem a devida conjugação dos interesses públicos e privados de salvaguarda, devendo ser, portanto, tomados em consideração. Segundo Silva²⁰³⁴,

os bens culturais (e reportamo-nos essencialmente ao património edificado) são suscetíveis de gerar rendimento, ou seja, os bens culturais são bens económicos produtivos; os bens são suscetíveis de ser reutilizados; os bens culturais também são bens de consumo; os bens culturais produzem, também, externalidades positivas.

É possível, portanto, compreender o bem cultural a partir de seus *elementos económicos*²⁰³⁵, o que nos levará a concluir que, na busca de soluções que garantam a sustentabilidade do património e,

um bem, um lugar ou um projeto patrimonial”. E completa: “ a reabilitação do património gera custos mais induz benefícios, e efeitos multiplicadores positivos. Quais são esses efeitos multiplicadores e como lhes apreender, dimensionar e antecipar? É o objeto e ambição da economia do património”. Cf. SCHAUT, Christine. **Monuments et sites** : 5. urbanisme, 1. Patrimoine et développement urbain. Bruxelles: Fondation Roi Baudouin, 1997. p. 64-73.

²⁰³¹ Acerca dos princípios referidos no âmbito português, NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 102-109.

²⁰³² A economia do património começa a ser estudada quando o conceito de património se alarga e atinge bens que até então, não eram considerados (vide a noção de conservação integrada introduzida por Malraus desde 1962, em França) e passa a abranger bens diversos e componentes de um conjunto arquitetural que deverá ser considerado em todas as decisões de urbanismo. Cf. SCHAUT, Christine. **Monuments et sites** : 5. urbanisme, 1. Patrimoine et développement urbain. Bruxelles: Fondation Roi Baudouin, 1997. p. 64-73.

²⁰³³ Cf. SILVA, Suzana Tavares da. **Para uma nova Dinâmica do Património Cultural: O património sustentável**. In: Actas do Colóquio realizado em Monserrate (Sintra) a 7 de junho de 2005. Sintra: Europress, 2006. p. 59-70.

²⁰³⁴ Cf. SILVA, Suzana Tavares da. **Para uma nova Dinâmica do Património Cultural: O património sustentável**. In: Actas do Colóquio realizado em Monserrate (Sintra) a 7 de junho de 2005. Sintra: Europress, 2006. p. 59-70.

²⁰³⁵ Segundo OST, que traduzimos livremente, “o património arquitetural constitui uma herança comum. Como toda herança, convém transmiti-la às gerações futuras no estado em que nos foram transmitidas. Um conhecimento adequado, tanto do valor do património existente, quanto da sua conservação, pode ajudar a preservar o património esclarecendo a gestão privada ou pública dos monumentos, sítios e conjuntos arquiteturais que o compõem. Dentro da lista de instrumentos que melhoram o conhecimento do património, a dimensão econômica toma hoje em dia um lugar de destaque: ela é um elemento de grande auxílio nas decisões culturais face às oportunidades de desenvolvimento de nossas economias. No debate cultural, o papel da economia é recente. Essa interferência reclama uma explicação e mesmo uma justificativa. (...) A economia analisa a realidade como um sistema de eficácia na alocação de recursos raros. A realidade é na verdade feita de necessidades e de recursos. As necessidades são diversas e raramente satisfeitas; os recursos são ao contrário limitados, mesmo na sua natureza múltipla. Sob o título de recursos raros e não reprodutíveis, é possível identificar facilmente as maravilhas identificadas no património arquitetônico. Mas, contrariamente aos outros recursos, o património arquitetônico constitui uma aquisição; a questão a suscitar não é tanto a de obter novos recursos, mas sim de administrar os recursos existentes”. Cf. OST, Christian. *La conservation du Patrimoine architectural comme outil de développement économique*. In:

para além disso, revele uma verdadeira valorização (reafirmação) de seu caráter e função, deve-se admitir e reconhecer que os bens culturais são suscetíveis de gerar rendimento e, nessa medida, deve-se privilegiar soluções que promovam a conservação e valorização daqueles, ao mesmo tempo que contribuam com a respectiva sustentabilidade econômica. O valor cultural intrínseco dos bens consubstancia um testemunho de civilização que todos temos o dever de salvaguardar e transmitir às gerações futuras. Esse dever constitui também uma incumbência e tarefa do Estado, para a qual o mesmo deverá contribuir não apenas mediante apoio financeiro, mas também através da consagração de instrumentos de apoio técnico aos “agentes culturais” e da salvaguarda da identidade cultural do bem, o que constituirá a sua sustentabilidade cultural.

O patrimônio cultural imóvel constitui hoje uma verdadeira oportunidade econômica e seus titulares podem utilizá-lo de maneira a prestar direta ou indiretamente serviços culturais. A natureza cultural do bem desloca, evidentemente, a forma de utilização do bem substituindo a noção do rendimento predial pela lógica da exploração do bem cultural. Ocorre que, na medida em que essa “exploração cultural” estiver coordenada com os mecanismos de gestão e desenvolvimento da cidade, é possível vislumbrar um retorno satisfatório tanto para o proprietário, quanto para o Estado e a sociedade em geral, na medida em que se efetivará um uso sustentável, com efeitos positivos para todos, sobretudo para o ambiente urbano no qual o bem se encontra.

Uma das repercussões dessas noções na Europa está na privatização dos bens culturais, que poderá se assumir de várias formas. Segundo Silva²⁰³⁶ pode se tratar de: uma “privatização formal”, quando da transformação em pessoa de direito privado da entidade responsável pela gestão dos bens culturais; de uma “privatização financeira”, que se fundamente em esquemas de empréstimos bancários para a recuperação dos bens imóveis; de uma “privatização funcional”, que assente na transferência de tarefas públicas para entidades privadas, e de uma “privatização material”, quando há transferência da propriedade dos próprios bens.

Ainda nesse sentido inúmeras noções e medidas devem ser agregadas. Incentivos fiscais que motivem o *mecenato*²⁰³⁷ e *sponsors* são parte das ações do Estado que podem materializar a “cooperação” a que nos referimos²⁰³⁸. O mecenas corresponderá, nesse caso, a um investidor que doa

VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine amérique latine europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Facultés universitaire notre-daime de la paix, 1996. p. 313-317.

²⁰³⁶ Cf. SILVA, Suzana Tavares da. **Para uma nova Dinâmica do Patrimônio Cultural: O patrimônio sustentável**. In: Actas do Colóquio realizado em Monserrate (Sintra) a 7 de junho de 2005. Sintra: Europress, 2006. p. 59-70.

²⁰³⁷ Em Portugal, verificar o Estatuto do Mecenato, Decreto-Lei n. 74/99, onde se estabelece um regime de concessão de benefícios fiscais em sede do IRS e do IRC relativamente aos donativos realizados a favor de certas entidades culturais ou artísticas. Alguns comentários ao regime em NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 137.

²⁰³⁸ No Brasil, a nível federal, o incentivo fiscal que favorece doações e patrocínio voltados à conservação ou valorização dos bens culturais centra-se na Lei Federal n. 8.313/91, de 23 de dezembro, alterada pela Lei n. 9.874/99. A lei, mais conhecida como “Lei Rouanet”, estabelece princípios e institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac). De suas disposições afigura-se que o regime brasileiro fundamenta-se em uma estratégia de captação de recursos privados, complementados por recursos públicos (art. 5º), administrados na forma de “Fundos” (I - Fundo Nacional da Cultura -FNC; II - Fundos de Investimento Cultural e Artístico - Ficart) e “Incentivo direto a projetos culturais” (art. 3º). O Pronac tem a finalidade precípua de captar e canalizar tais recursos de maneira que possa, entre outros, “VI – preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro” (art. 1º, VI, Lei Rouanet). Por outro lado, os recursos angariados serão investidos e, da mesma maneira, o incentivo fiscal a que a Lei se refere somente será reconhecido em relação a projetos culturais cadastrados junto ao Ministério da Cultura (art. 19º). Tais projetos atenderão, pelo menos, a um dos objetivos definidos no art. 3º da Lei, dentre os quais se encontra a “III - preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico, mediante: a) construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos; b) conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços, inclusive naturais, tombados pelos Poderes Públicos; c) restauração de obras de artes e bens móveis e imóveis de reconhecido valor cultural;” No que se refere ao incentivo direto a projetos e atividades culturais, o art. 18 da Lei determina que “a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 9.874, de 1999). § 1º Os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias efetivamente despendidas nos projetos elencados no § 3º, previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, nos limites e nas condições estabelecidos na legislação do imposto de renda vigente, na forma de: (Incluído pela Lei n. 9.874, de 1999) a) doações; e

valores para fins de conservação e valorização do patrimônio cultural visando a obter as vantagens fiscais que o Estado assegura, bem como o prestígio por proporcionar a salvaguarda de um bem relevante para a sociedade²⁰³⁹. Por outro lado, o *sponsor* (figura mais desenvolvida nos Estados Unidos)²⁰⁴⁰ emprega um investimento nos bens culturais que visa não apenas a alcançar os benefícios fiscais que lhe estão associadas e o referido prestígio social, mas também realizar um projeto empresarial no qual este assume tarefas relacionadas com a gestão dos bens culturais, dotando a atividade de um caráter negocial ou um ramo da atividade empresarial. Essa empresarialização da cultural denota uma dinâmica moderna de inserção do patrimônio cultural que deve ser considerada e motivada.

As análises que se pode desenvolver da noção de sustentabilidade são, portanto, extensas. Neste momento, nos cabe apenas chamar a atenção para as tendências e principais conceitos.

Importa lembrar que os já mencionados “impactos” da patrimonialização devem ser identificados sob pontos de vista diversos e multidisciplinares. A noção que se adota no Brasil, entretanto, ainda deve traçar longo caminho. A tutela é vista como obrigação do Estado, mas sua sustentabilidade é assumida por este de maneira subsidiária e secundária. Em regra, o patrimônio cuja titularidade é privada fica por conta e encargo do proprietário. A identificação dos bens culturais imóveis e a análise de seus elementos não envolvem uma questão econômica, espacial (urbanística) e turística²⁰⁴¹, nem possui repercussão estratégica ligada a sua “sustentabilidade”. Essa problemática é deixada a posterior, o que muitas vezes gera o abandono e a ruína desses bens.

(Incluída pela Lei nº 9.874, de 1999) b) patrocínios (incluída pela Lei n. 9.874, de 1999) (...) § 3º As doações e os patrocínios na produção cultural, a que se refere o § 1º, atenderão exclusivamente aos seguintes segmentos: (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 2001) (...) g) preservação do patrimônio cultural material e imaterial. (Incluída pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 2001). Cumpre comentar, ainda, que para os fins da Lei Federal, considera-se: “Art. 23. (...) II - patrocínio: a transferência de numerário, com finalidade promocional ou a cobertura, pelo contribuinte do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, de gastos, ou a utilização de bem móvel ou imóvel do seu patrimônio, sem a transferência de domínio, para a realização, por outra pessoa física ou jurídica de atividade cultural com ou sem finalidade lucrativa prevista no art. 3º desta lei. § 2º As transferências definidas neste artigo não estão sujeitas ao recolhimento do Imposto sobre a Renda na fonte. (...) Art. 24. Para os fins deste Capítulo, equiparam-se a doações, nos termos do regulamento: (...) II - despesas efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas com o objetivo de conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade ou sob sua posse legítima, tombados pelo Governo Federal, desde que atendidas as seguintes disposições: a) preliminar definição, pelo Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC, das normas e critérios técnicos que deverão reger os projetos e orçamentos de que trata este inciso; b) aprovação prévia, pelo IBPC, dos projetos e respectivos orçamentos de execução das obras; c) posterior certificação, pelo referido órgão, das despesas efetivamente realizadas e das circunstâncias de terem sido as obras executadas de acordo com os projetos aprovados. Art. 25. Os projetos a serem apresentados por pessoas físicas ou pessoas jurídicas, de natureza cultural para fins de incentivo, objetivarão desenvolver as formas de expressão, os modos de criar e fazer, os processos de preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro, e os estudos e métodos de interpretação da realidade cultural, bem como contribuir para propiciar meios, à população em geral, que permitam o conhecimento dos bens de valores artísticos e culturais, compreendendo, entre outros, os seguintes segmentos: VII - patrimônio cultural, inclusive histórico, arquitetônico, arqueológico, bibliotecas, museus, arquivos e demais acervos; (...) Art. 26. O doador ou patrocinador poderá deduzir do imposto devido na declaração do Imposto sobre a Renda os valores efetivamente contribuídos em favor de projetos culturais aprovados de acordo com os dispositivos desta Lei, tendo como base os seguintes percentuais: (Vide arts. 5º e 6º, Inciso II da Lei n. 9.532 de, 1997) I - no caso das pessoas físicas, oitenta por cento das doações e sessenta por cento dos patrocínios; II - no caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, quarenta por cento das doações e trinta por cento dos patrocínios. § 1º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá abater as doações e patrocínios como despesa operacional. § 2º O valor máximo das deduções de que trata o caput deste artigo será fixado anualmente pelo Presidente da República, com base em um percentual da renda tributável das pessoas físicas e do imposto devido por pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real. § 3º Os benefícios de que trata este artigo não excluem ou reduzem outros benefícios, abatimentos e deduções em vigor, em especial as doações a entidades de utilidade pública efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas”.

²⁰³⁹ Nesse sentido conferir NABAIS, José Casalta. Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural. Coimbra: Almedina, 2004. p. 67.

²⁰⁴⁰ Segundo Nabais, a atribuição indireta de benefícios fiscais às entidades culturais ou artísticas caracteriza-se por favorecer diretamente seus patrocinadores ou *sponsors*. Tais medidas respondem a um apelo cada vez mais frequente a um financiamento privado da cultura e das artes e são características de sistemas como o dos EUA. Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 137.

²⁰⁴¹ Schaut chama a atenção para a avaliação dos impactos do patrimônio sobre um espaço urbano, indicando alguns modelos de análise que se prestam a traduzir as consequências da patrimonialização. Ao redor de um bem cultural imóvel se afigura um polo urbano no qual e em direção do qual convergem habitantes, visitantes, turistas, funções urbanas e outras. Essa delimitação espacial deve ser identificada como “zona de tombamento” no interior da qual os impactos da presença do

No que se refere, ainda, a Portugal, cabe comentar que o novo Decreto-Lei n. 307/2009, de 23 de outubro, regulamenta um modelo de gestão das intervenções de reabilitação urbana, vindo a substituir o regime do Decreto-Lei n. 104/2004, de 7 de maio, onde se disciplinava as áreas de intervenção das sociedades de reabilitação urbana (SRU). Essa nova normativa contribui sensivelmente para a concretização de um modelo de cooperação entre o setor público e privado, envolvendo a restauração dos bens culturais imóveis, o que refletirá diretamente na sua sustentabilidade.

As entidades gestoras, constituídas em regra sob o regime privado, são beneficiárias de incentivos fiscais e econômicos reconhecidos pelo Estado no intuito de viabilizar a realização das tarefas que assumem. Nesse sentido expressa o conteúdo do contrato de reabilitação urbana a ser firmado com as referidas entidades. Segundo a norma, o contrato pode prever a transferência para a entidade contratada dos direitos de comercialização dos imóveis reabilitados e de obtenção dos respectivos proventos, bem como, nomeadamente, a aquisição do direito de propriedade ou a constituição do direito de superfície sobre os bens a reabilitar por esta, ou a atribuição de um mandato para a venda destes bens por conta da entidade gestora (ver art. 43, Decreto-Lei n. 307/09, de 23 de outubro). Nesse contexto, o proprietário do bem, na medida em que não puder ou não quiser assumir os encargos de uma renovação aprovada pelo Estado e executada pela entidade gestora, estará obrigado a vender seu imóvel nos moldes ali definidos, garantindo-se uma justa indenização pela “venda forçada” (artigos 59 a 63).

Desenvolvemos de maneira mais detida a nova legislação em item próprio sobre renovação urbana em Portugal.

patrimônio são visíveis e apreciáveis em termos econômicos. Primeiramente, é necessário apreciar os benefícios e custos da presença desse patrimônio, cálculo de difícil elaboração, sobretudo quando não se trate de um museu ou monumento de grande monta que possa se beneficiar das visitas (cobrança de ingressos), mas de casas ou construções privadas. Em todo caso, é de se reconhecer que há uma repercussão do patrimônio no ambiente em que se enquadra e importa saber quais são esses efeitos (diretos e indiretos), a fim de obter a resposta para a questão central do tema sustentabilidade: “o que fazer com esse bem ou espaço patrimonial?”. As possibilidades de uso a serem definidas, as restrições, as medidas de conservação e a participação pública no cumprimento desses objetivos serão melhor definidos e atendidos quando da equação e conhecimento de todos esses aspectos. A sustentabilidade de um bem monumental que atrai turistas, bem como de uma cidade com centros históricos intactos e bem tutelados difere imensamente da situação vivida em regra pelo patrimônio cultural, sobre tudo o local. O investimento público deverá ser, nesse sentido, redirecionado e redimensionado? Exemplos concretos do estudo desses impactos são ainda raros, mesmo na Europa. Cf. SCHAUT, Christine. **Monuments et sites** : 5. urbanisme, 1. Patrimoine et développement urbain. Bruxelles: Fondation Roi Baudouin, 1997. p. 64-73.

Título III - Do planejamento urbanístico e a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel

Capítulo I - O regime jurídico do planejamento urbanístico

“Nada é definitivo no mundo: tudo passa, tudo muda e o sistema jurídico que está em vias de elaborar-se atualmente deixará lugar um dia a outro que os juristas sociólogos do porvir haverão de determinar.” (Léon Duguit)

1. Introdução

O principal objeto do direito urbanístico, mas não o único, é o planejamento²⁰⁴². Essa função é atribuída pela legislação aos entes públicos territoriais em consideração da relação essencial e imediata entre diversos e variados interesses públicos e o território.

Em geral, a planificação é uma atividade de ordenamento que visa a alcançar objetivos pré-determinados e se caracteriza por projetar o futuro. A diversidade de elementos e objetivos que uma atividade de planejamento pode assumir e ter como objetivo é característica marcante dos instrumentos planificadores.

Proteger o patrimônio cultural imóvel enquadra-se no complexo arcabouço de fins e metas do planejamento urbanístico que se quer eficaz e multidisciplinar.

O tema já é reconhecido pela legislação especializada do urbanismo e, como já desenvolvemos anteriormente, os bens culturais construídos, arqueológicos e paisagísticos inserem-se na complexa atividade urbanística e se configuram enquanto objeto de tutela dos instrumentos de ordenamento urbano²⁰⁴³.

Em 1975, ano europeu do patrimônio arquitetônico, Bacquet²⁰⁴⁴ já anunciava, em seu relatório sobre a conservação desse bem no contexto da planificação urbana e do ordenamento do território, a necessidade de uma mudança na coordenação²⁰⁴⁵ dos interesses culturais e da planificação. Em suas palavras:

²⁰⁴² Nessas palavras: SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. **Diritto Urbanistico**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1992, p. 31.

²⁰⁴³ O reconhecimento de que o desenvolvimento e a gestão dos territórios urbano e rural devem se voltar aos interesses patrimoniais tem por origem o fato de que a cidade é o lugar onde tipicamente a cultura predomina sobre a natureza (aqui tratada no seu estado mais rudimentar), onde a “mudança e o grau de controle dos humanos sobre a natureza são mais evidentes, densos, eficazes e incontroversos. É a morada da cultura, o lugar por excelência a acumulação do patrimônio cultural/histórico, em suas diversas formas – arquitetura, urbanismo, monumentos, templos, artefatos, artes, galerias, museus, bibliotecas, escolas, informação, etc. É o lugar onde os humanos, para permanecerem onde estão, avançam sobre áreas inundáveis (aterrando-as) e sobre topografias desfavoráveis (perfurando-as e/ou nivelando-as), desviam e captam águas (sistemas de abastecimento e esgoto, canalização de rios), excluem/substituem a flora e fauna nativas, usam energia e tecnologia intensivamente, instalam fábricas transformadoras de recursos naturais e escritórios. É também o lugar de outras manifestações culturais menos festejadas mas não menos autênticas, como poluição, lixo e barulho”. Cf. DRUMMOND, José Augusto. Patrimônio natural e cultural: endereços distintos nos espaços urbanos, rurais e selvagens. In: PAES-LUCHIARI, Maria Tereza; BRUHNS, Heloisa Turini; SERRANO, Célia (Org.). **Patrimônio, Natureza e Cultura**. Campinas: Papirus Editora, 2007. p. 103-114.

²⁰⁴⁴ Cf. BACQUET, M. Alain. La Conservation du Patrimoine Architectural dans le contexte de la Planification Urbaine et de l’aménagement du Territoire. Conseil de l’Europe, Congres sur le patrimoine architectural europeen, Amsterdã, 1975.

²⁰⁴⁵ Princípio relevante do direito administrativo, sua aplicabilidade na questão do patrimônio cultural é de vital relevância. Porém, as dificuldades para colocá-lo em prática denotam que a mera conjugação das atividades administrativas não atende aos fins propostos pela Constituição. Daí a tendência de o planejamento urbanístico assumir funções multidisciplinares, ainda que se continue a considerar as iniciativas dos diversos órgãos porventura ligados à tutela do patrimônio cultural.

o mínimo que podemos esperar do planejador é que ele não considere os quarteirões históricos como um espaço qualquer, para os quais se fixam regras de urbanismo e de densidade tais que levem, cedo ou tarde, a uma completa renovação do tecido urbano. (...) As técnicas utilizadas podem e são efetivamente diversas. Segundo a tradição jurídica, filosófica e política do país, o plano de ocupação dos solos pode chegar a designar pontualmente os imóveis a conservar (tutela) e prescrever exatamente os trabalhos a executar em razão destes (conservação, valorização); ou poderá se limitar a impedir a demolição de bens imóveis, o que atinge apenas indiretamente o objetivo da proteção desse patrimônio. Aparentemente numerosos países praticam a segunda solução porque dispõem, ao lado da regulamentação geral de urbanismo “de direito comum”, uma regulamentação especial de proteção dos monumentos históricos. Em certas considerações, podemos desejar que a evolução se faça não somente no sentido de uma excelente coordenação dos dois regulamentos, mas no sentido de sua fusão, de tal sorte que a regulamentação geral da ocupação do solo integre e satisfaça diretamente os objetivos da proteção. Podemos desejar, a princípio, porque a perfeita coordenação dos dois sistemas de regulamentação tem se demonstrado difícil, mas também, porque tais regulamentações diferentes são geralmente concebidas e aplicadas por entidades administrativas diferentes que podem, antes de tudo, estar inclinadas a acentuar aquilo que as separa do que aquilo que as une; enfim, porque uma regulamentação da ocupação do solo única, integrando perfeitamente o objetivo de conservação do patrimônio, seria precisamente o símbolo exemplar de uma concepção “completa” da planificação urbana. É importante ressaltar que a fusão ou a impecável coordenação de regulamentações diferentes se torna indispensável, na medida em que se trata de não mais proteger pontualmente os edifícios, mas de conservar os conjuntos históricos.

A recomendação de Nairobi, em seu item IV, “9”, já preconizava a necessidade de ao menos ampliar a coordenação entre as políticas territoriais e culturais:

a aplicação de uma política global de salvaguarda dos conjuntos históricos e do seu enquadramento deverá fundamentar-se em princípios válidos para cada país, no seu conjunto. Os Estados Membros deverão adaptar as disposições já vigentes ou, no caso, promulgar novos textos legislativos e regulamentos, com vista a assegurar a salvaguarda dos conjuntos históricos e do seu enquadramento, tomando em conta as disposições deste capítulo e dos seguintes. Convirá rever as leis relativas ao ordenamento do território, ao urbanismo e à habitação, para coordenar e harmonizar as suas disposições com as leis relativas à salvaguarda do patrimônio arquitetônico. Essas legislações deverão fomentar a adaptação ou a adoção de disposições nos planos regional e local, ordenadas a dita salvaguarda²⁰⁴⁶.

Da mesma maneira, a Carta Internacional das Cidades Históricas dispõe que “a salvaguarda das cidades e bairros históricos deve, para ser eficaz, fazer parte integrante de uma política coerente de desenvolvimento econômico e social, e ser tomada em conta nos planos de ordenamento e urbanização, a todos os níveis”²⁰⁴⁷.

²⁰⁴⁶ Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea, aprovada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Nairobi, de 26 de outubro a 30 de novembro de 1976, em sua décima nona sessão. Cf. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 316.

²⁰⁴⁷ Cf. Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas, resultante de reunião ocorrida de 7 a 9 de setembro de 1986, em Toledo, e ratificada pela Assembleia Geral do Icomos em Washington, outubro de 1987. FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico-Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Atos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998. p. 63.

Não parece haver dúvidas, ao menos nos textos internacionais produzidos em prol do patrimônio cultural imóvel, de que é necessário e inafastável a coordenação do uso do território com os interesses culturais ali identificados.

Nesse sentido é a atuação do plano diretor enquanto *meio secundário* de tutela, observados os limites impostos pela legislação dita especial do patrimônio cultural.

Ocorre que a tutela acessória do patrimônio cultural imóvel via planejamento local não é sempre suficiente. Conforme já apontamos em oportunidades diversas no decorrer do trabalho, a tendência é expandir as funções dos planos urbanísticos para atingir a comentada “fusão” de interesses, que se materializa na elaboração do plano diretor com vistas, entre outros, à tutela primária do patrimônio cultural.

Nesses termos, no presente título optamos pelo delineamento dessa tendência que acreditamos ser recepcionada pelo sistema jurídico brasileiro.

Para demonstrar nosso entendimento, é necessário expor o instituto do plano diretor municipal, ainda que em linhas gerais, e a teoria que o precede, a teoria do planejamento. Em um primeiro momento, desenvolveremos as linhas gerais desse instituto, para então traçar os detalhes do planejamento territorial e identificar ali as ocasiões em que o plano local de urbanismo poderá assumir a tutela do patrimônio cultural.

Passemos à análise a que nos propusemos, a partir de uma rápida colocação acerca do planejamento no Brasil e Portugal.

2. O planejamento: uma instituição jurídica do Estado Social de Direito

A administração pública é o aparelho de gestão das atividades públicas. Ela se constitui por um conjunto de serviços públicos que, uma vez bem executado, permite a realização de objetivos definidos pelo poder político. Ela constitui a organização que se dá todo grupo social evoluído, o instrumento de coesão e coordenação indispensável sem o qual a sociedade entra em colapso. A administração é, por natureza, subordinada aos fins que lhe são exteriores. O papel da administração, suas estruturas e métodos dependem da sociedade em que se encontra inserida, de seu ambiente²⁰⁴⁸. Na nossa sociedade ocidental contemporânea, sob a luz de um Estado de Direito Social, pode-se afirmar que a finalidade precípua da Administração é a promoção do bem-estar social, que a nossa Carta Fundamental traduz na elaboração e execução de “planos”²⁰⁴⁹.

Os planos pressupõem uma atividade de planejamento que lhes precede²⁰⁵⁰, uma técnica que implica “organização racional de meios de atividades para alcançar objetivos predeterminados”²⁰⁵¹. Esse planejamento surge a partir do início do século XX como uma nova atividade da Administração Pública, que assume um novo estágio na realização de suas funções. Abandona-se uma atuação meramente pontual, que se contentava com “margens de previsão”, para se atingir um nível de complexidade de atos, visando a conhecer o presente e programar sistematicamente as realizações futuras. De fato, se dantes o Estado de Direito Liberal se restringia a gerir ou manter uma ordem pública interna e garantir a segurança externa, atualmente assiste-se a uma ampliação das funções do Estado que carece de metodologia, transparência e participação popular, elementos que se podem congregiar na medida em que se estabelece um planejamento participativo com contornos e etapas previsíveis.

²⁰⁴⁸ Nesse sentido a introdução do livro de Debbasch, ao tratar da administração pública e a sociedade. Cf. DEBBASCH, Charles. **Science Administrative**. 5. ed. Paris: Dalloz, 1989. p. 1.

²⁰⁴⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 720.

²⁰⁵⁰ Conforme ressalta Correia, “o planejamento é uma atividade que tem como fim a emanação de um plano, ao passo que este é o produto da referida atividade. O vocábulo planificação expressa, assim, uma ideia de ação, de procedimento, enquanto o plano é algo que concretiza, que espelha o resultado do procedimento de planificação”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 346.

²⁰⁵¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Curso de Direito Administrativo. Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 526.

É nesse sentido que a doutrina vem apontando que o planejamento estatal passa a refletir uma “transformação verificada no modo de ser das funções estatais, no seguimento da passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social”²⁰⁵².

Para além de coincidir com as novas funções do Estado, o planejamento passa a ser um processo técnico obrigatório para os governantes e agentes administrativos²⁰⁵³. Não é apenas uma opção, mas uma imposição jurídica, com fundamento na nossa atual Carta Constitucional (artigos 21, IX; 30, VIII; 48, IV; 174, 182 e outros, todos da CF/88).

De fato, se antes o planejamento era mera técnica administrativa, após a Constituição Federal de 1988 ele passa a ser dotado de juridicidade, vale dizer, seu descumprimento passa a implicar aplicação de sanções jurídicas²⁰⁵⁴.

O Sistema Constitucional brasileiro adotou o modelo de planejamento democrático direcionado para servir de fundamento racionalizador para o exercício da função administrativa de fomento público (art. 174, CF/88), de modo que seus resultados suscitem as esperadas respostas aguardadas pela sociedade²⁰⁵⁵. Tais respostas ou anseios estão na essência dos princípios conformadores do próprio Estado Democrático brasileiro, onde se prenunciam as diretrizes da atuação pública e os fins a que este se destina (art. 3º da CF/88).

Tais fins assumidos pelo Estado são de caráter e sentido múltiplos, fazendo alargar a utilização da técnica do planejamento para a sua execução. Surge, na mesma medida, uma diversidade considerável de planos administrativos, frutos daquela atividade planejadora que visa: a coordenar e a programar a vasta gama de intervenções do Estado nos mais variados setores sociais; a estabelecer a cooperação entre os vários serviços administrativos, em consequência da crescente divisão de “funções” no âmbito da Administração Pública; a utilizar racionalmente os meios e as capacidades para a obtenção de certos fins e a compatibilizar interesses diferenciados em uma sociedade pluralista²⁰⁵⁶.

²⁰⁵² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 348. Nesse mesmo sentido MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Curso de Direito Administrativo. Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 525 e ss.

²⁰⁵³ Nesse sentido também afirma SILVA, ao lembrar-nos que o processo de planejamento encontra fundamentos sólidos na Constituição Federal de 1988, o que deixa claro que este não é mais um processo dependente da mera vontade dos governantes, é uma previsão constitucional e uma provisão legal. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

²⁰⁵⁴ 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, no início 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, corretizado geralmente num plano diretor, 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.(...) Essa fase começou a mudar com a Constituição Federal de 1988. Na atual Carta Magna, a técnica do planejamento urbano foi consagrada normativamente, sendo eleito o caminho de implementação da política de desenvolvimento urbano (art. 182, caput). Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²⁰⁵⁵ No Brasil, nos últimos 50 anos, o processo de planejamento urbano sofreu duas grandes alterações no cenário da tomada de decisão: a primeira corresponde à década de 1960, quando se destacou o chamado planejamento setorial, e a segunda, que se refere ao final da década de 1980, quando ganhou destaque o planejamento participativo, a partir da promulgação da Constituição de 1988, cujo artigo 182, parágrafo primeiro, refere-se à obrigatoriedade de elaboração do plano diretor pra toda cidade brasileira com mais de 20 mil habitantes. A partir daí o planejamento territorial passou a ser obrigatório e os problemas urbanos passaram a ser pensados a partir de uma visão holística da cidade. Cf. MAGAGNIN, Renata C.; SILVA, Antônio N.R.; COSTA, Marcela S. Planejamento Participativo e Internet (www): um Breve histórico , tendências e perspectivas no Brasil e em Portugal. In: MENDES, José F.G. (et al.) **Contribuições para o Desenvolvimento Sustentável em cidades portuguesas e brasileiras**. Coimbra: Almedina, 2004. p.163-177.

²⁰⁵⁶ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 349.

Por outro lado, o “planejamento” – que, segundo Comparato²⁰⁵⁷, pode ser substituído pelo termo “programação” – aplicado aos negócios do Estado denota que governar implica tanto a administração do presente, quanto o planejamento do futuro, “pelo estabelecimento de políticas de médio e longo prazo”. Política é, antes tudo, uma atividade, ou seja, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

O planejamento ou a planificação, sob o ponto de vista lógico, se concretiza como um conjunto de fases devidamente sistematizadas obedecendo as relações precisas de interdependência entre essas fases, coordenadas entre si, visando à consecução de um objetivo final determinado. Sob o ponto de vista técnico, as fases que integram o processo são as representadas pelo conhecimento da realidade ou situação, decisão, ação e crítica²⁰⁵⁸.

É, acima de tudo, uma intervenção consciente e planejada do Estado no domínio econômico e urbanístico, expressão natural da sua atividade. Como bem salienta Alves²⁰⁵⁹,

estamos na presença de um Estado Social de Direito, cuja ação interveniente e diretiva no meio sócioeconômico se reclama cada vez mais de modo contínuo e permanente. O planejamento é, presentemente, uma das formas pelas quais o Estado Social de Direito, para efeito daquela intervenção, articula a superação instrumental da velha estrutura do Estado Liberal Tradicional²⁰⁶⁰.

A planificação, nos moldes que se configura nos nossos dias, difere-se daquela que se verificava na sua origem. Certamente, conforme nos lembra Correia²⁰⁶¹,

a planificação, sob o ponto de vista lógico, é uma atividade que existe desde os primórdios dos tempos, não sendo possível assinalar a época do seu início. A ação de planificação existe desde o momento em que o homem, vivendo em sociedade, decide acerca da utilização dos recursos de que dispõe, com vista à prossecução de objetivos que entende como necessários. (...) Muito mais recente é, porém, o reconhecimento do plano como instituto jurídico, que como vimos, apareceu na Europa no século XVIII.

O processo técnico de planejar, instrumentado para transformar a realidade existente com vistas à execução de objetivos prévia e claramente estabelecidos, era, por outro lado, um instrumento à disposição do administrador público, que poderia ou não lhe fazer uso. Como lembra Silva²⁰⁶², se o administrador público usasse do planejamento como técnica para implementação de seus objetivos de governo, seus fins se traduziriam em um plano, convertido em lei ou não.

Atualmente, a questão toma rumos distintos e o processo de planejamento passa a ser um mecanismo jurídico por meio do qual o administrador deverá executar sua atividade governamental e em consequência do qual proporá um plano onde estarão expressas as atividades, as mudanças e o perfil da gestão pública a ser implementada.

²⁰⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Apud: CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. Tese de doutoramento apresentada à USP, São Paulo, 1997. p. 37.

²⁰⁵⁸ Cf. ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1981. p. 43.

²⁰⁵⁹ Cf. ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1981. p. 28.

²⁰⁶⁰ Nesse sentido também CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 168 e ss e, do mesmo autor, **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 348.

²⁰⁶¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 347.

²⁰⁶² Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

De entidade basicamente técnica, o planejamento passou a ser um instituto jurídico²⁰⁶³²⁰⁶⁴. Seus aspectos técnicos acabaram, em grande medida, por serem jurisdicizados, deixando de ser regras puramente técnicas e de referência para se tornar *normas técnico-jurídicas*²⁰⁶⁵²⁰⁶⁶.

Considerando, por fim, que toda a ação administrativa deverá se revestir de legalidade²⁰⁶⁷, é na Constituição Federal de 1988 que o planejamento encontra seus fundamentos atuais, quando o inciso XI, do artigo 21 reconhece a competência da União para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, e ainda quando no artigo 174, §1º, inclui o planejamento entre os instrumentos de atuação do Estado no domínio econômico, estatuidando que

a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de “desenvolvimento”, ou ainda, quando, mais especificamente, atribui aos Municípios competência para estabelecer o planejamento e os planos urbanísticos para ordenamento do seu território (artigos 30, VIII e 182, CF/88).

Da mesma forma em Portugal, reconhece-se que o Estado, as Regiões Autônomas e as Autarquias Locais devem promover de forma articulada, políticas ativas de ordenamento do território e de urbanismo, nos termos das suas atribuições e das suas competências dos respectivos órgãos, de acordo com o interesse público e no respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (art. 4º, Lei nº48/98, de 11 de Agosto). O sistema de ordenamento territorial, por sua vez, tem por instrumento central, o planejamento (art. 8º, Lei nº 48/98, de 11 de Agosto)²⁰⁶⁸.

2.1. Os planos administrativos em geral: distinções e características

Resultado do processo de planificação, o plano administrativo surge como instrumento para a realização de objetivos e fins coletivos. Ainda que atualmente se possa intuir uma noção de plano, na teoria administrativista não parece haver um consenso acerca de seu conceito geral, bem como sua natureza jurídica.

²⁰⁶³ Interessante é a observação de Grau, ao se referir ao planejamento como método racional que torna sistematicamente racional a intervenção do Estado sobre e no Domínio Econômico. Forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, o planejamento, quando aplicado à intervenção, passa a qualificá-la como encetada sob padrões de racionalidade sistematizada. Decisões que vinham sendo tomadas e atos que vinham sendo praticados, anteriormente de forma aleatória, *ad hoc*, passam a ser produzidos, quando objeto de planejamento, sob um novo padrão de racionalidade. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e Crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 165.

²⁰⁶⁴ Nesse sentido, também CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²⁰⁶⁵ Nesse sentido SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

²⁰⁶⁶ Algumas questões acerca da natureza jurídica dos planos territoriais são levantadas na doutrina administrativa. As teorias fundamentais que tentam explicar o plano são: a do ato administrativo individual; a do ato administrativo geral; a do regulamento administrativo; a do ato misto e a do instituto *sui generis*. Há claras dificuldades em enquadrar o plano nas clássicas formas de atuação administrativa. O plano é um fenômeno recente na atuação do Estado e se caracteriza por ser um instrumento prototípico do “Estado pós-social”, da “administração prospectiva ou de infraestruturas”. Cf. MIRANDA, João. **A Dinâmica Jurídica do Planejamento Territorial**. A alteração, a revisão e a suspensão dos planos. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 45 e ss. Sobre a questão, conferir, por todos, CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 602 e ss.

²⁰⁶⁷ É como anuncia a Constituição Federal em vigor, ao tratar dos princípios gerais da Administração Pública no Brasil: Ver artigo art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁰⁶⁸ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19.

É possível, por outro lado, identificar um “denominador comum” a todos os planos, reconhecendo-lhes o caráter de “atos da administração pública, que consistem na utilização de diferentes medidas discricionárias, interligadas, com o fim de impor uma certa ordem nos setores a que se aplicam”²⁰⁶⁹.

Esses aspectos do plano virão a ser pormenorizados, na medida em que a cada espécie corresponderá uma finalidade, um objetivo que lhe conformará. Nesse sentido, é de se ressaltar que a teoria da planificação territorial se encontra em um estágio bastante mais avançado que a teoria da planificação econômico-social²⁰⁷⁰, tendo, no Brasil, a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) como seus fundamentos.

As classificações utilizadas pela doutrina especializada em planejamento territorial no Brasil são, não obstante, oriundas dos comentários teóricos feitos aos planos de natureza econômica-social²⁰⁷¹. A princípio, não há aplicação integral dos princípios e noções daquele domínio voltado ao plano econômico-social, mas, por outro lado, uma certa uniformidade técnica estabelece bases para a reflexão global do instituto jurídico do planejamento.

Passemos a classificar os tipos mais frequentes de planos identificáveis no sistema jurídico brasileiro, para em seguida nos debruçarmos sobre o planejamento territorial.

2.2. Tipologia dos planos

Como se verifica do nosso sistema jurídico, no Estado de Direito Social um grande número de planos poderá ser identificado. Nossa doutrina nacional distingue os planos em razão de sua vinculação, como *indicativos*, *incitativos* ou *imperativos*. Em relação ao seu conteúdo material, os planos podem ser de dois tipos: *planos econômicos-sociais* e *planos territoriais*.

Os planos *indicativos* são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem querer o engajamento da iniciativa privada (sendo obrigatórios para o poder público, conforme art. 174, CF/88).

Os 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, quer por qualquer outra forma que estimule a colaboração privada. Nesses planos, os administrados contam com a confiança, a boa-fé e a lealdade da administração.

Os *planos imperativos* falam por si próprios e são aqueles que são impostos a todos (Estado e particulares), devendo ser estritamente observados²⁰⁷².

No Brasil, é possível identificar os três tipos de planos. Por outro lado, a imperatividade dos planos revela a evolução que esses instrumentos sofreram com o advir de um Estado de Direito que é assumidamente capitalista, porém, que se quer também social. Assume-se, portanto, que a

²⁰⁶⁹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 363.

²⁰⁷⁰ Nas palavras de Correia: “a procura de um conceito capaz de abarcar os vários tipos de planos não nos pode fazer perder de vista as particularidades da planificação urbanística em relação à restante planificação administrativa. Com efeito, aquela apareceu num período histórico anterior às restantes modalidades de planificação, designadamente a econômico-social, com o fim de resolver problemas específicos ligados ao urbanismo. Acresce que a planificação urbanística adquiriu, nos últimos anos, um desenvolvimento e um aperfeiçoamento jurídicos muitos superiores aos conseguidos por outras formas de planificação, nomeadamente a econômico-social”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 363.

²⁰⁷¹ Ver os comentários de Silva, Motta e Figueiredo, na tentativa de construir uma teoria dos planos. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 91; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 235; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 89-108, out./dez., 1996.

²⁰⁷² Um dos problemas suscitados pela doutrina no que tange à obrigatoriedade dos planos reside na questão da responsabilidade do Estado perante os particulares em caso de prejuízos decorrentes da sua alteração. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 89-108, out./dez., 1996.

implementação desse Estado Social de Direito se concretizará na medida em que seu ordenamento jurídico venha a forjar um equilíbrio entre interesses econômicos e sociais. Os planos imperativos, assim como os demais, são atos do governo, detêm natureza de norma jurídica e sua forma mais frequente é a lei²⁰⁷³.

Neste ponto, vale observar que a natureza jurídica dos planos, em regra, é de norma jurídica, daí Grau²⁰⁷⁴ tê-los conceituado como “normas-objetivo, isto é, normas que definem fins a alcançar”. Seus efeitos vinculativos apenas serão de maior ou menor alcance, mas sempre implicarão obrigatoriedade para os entes públicos aos quais se dirija.

O conteúdo (aspecto material) e sua forma (aspecto formal) poderão, entretanto, variar. O aspecto material dos planos está diretamente relacionado com os objetivos a que estes se propõem. Em grande parte, os planos terão conteúdo bastante diverso e mesmo heterogêneo, o que poderá gerar dúvidas acerca da sua natureza econômica ou territorial.

2.3. Planos econômicos e territoriais

Os planos econômicos e territoriais têm, por sua vez, histórias e reconhecimentos distintos.

Os primeiros (planos econômicos) foram elaborados no Brasil de maneira pontual, quando da aprovação do Decreto n. 71.353, de 9 de novembro de 1972. Esse decreto introduziu o Sistema de Planejamento Federal, encarregado das tarefas de planejamento, orçamento e modernização da Administração Federal (art. 1º). Antes da aprovação desse decreto, já estava em vigor, desde 4 de novembro de 1971, a Lei n. 5.727, que aprovava o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND), que vigoraria no período de 1972 a 1974²⁰⁷⁵.

Após o I PND, foram aprovados o II e o III PNDs, através das Leis n. 6.151, de 4 de novembro de 1974, e da Resolução n. 1/79.

Esses planos econômicos também envolviam a gestão dos investimentos em estrutura urbana e, por isso, os mencionamos no capítulo II, título I, ao nos referirmos à disciplina do ordenamento do território. Os planos econômicos gerais brasileiros não tiveram, entretanto, continuidade e o planejamento nacional econômico se dá na medida em que se aprovam e executam os planos plurianuais e leis de diretrizes orçamentárias do orçamento anual (art. 165, §9º da CF/88)²⁰⁷⁶.

A doutrina se debruça em busca dos aspectos que conferem identidade e autonomia a cada um desses dois tipos de planos e converge no sentido de reconhecer que ambos se correlacionam, tendo, por fim, influências mútuas.

A par das dificuldades em distinguir os planos econômicos dos planos territoriais, vistos que estes últimos apresentam-se como instrumentos para alteração e adaptação de realidades territoriais (através da regulamentação do uso, limitação dos índices construtivos etc), que, em regra, possuem reflexos econômicos, a planificação econômica difere da territorial, porque esta tem por objeto o território, sobre ele intervém e pretende intervir diretamente. Os efeitos de planificação da atividade econômica ocorrem apenas enquanto conexos com a planificação do território ou somente enquanto efeitos condicionados ou induzidos pela planificação e não como fim precípua²⁰⁷⁷.

²⁰⁷³ A natureza jurídica dos planos é uma questão que mobiliza considerável doutrina. Laubadère, em seu livro sobre o direito público econômico, anota que os planos econômicos franceses são do tipo indicativo, por oposição aos planos imperativos que encontramos nos países socialistas. Em se tratando, por outro lado, dos planos de caráter urbanístico, parece não haver dúvidas de que estes vinculam os particulares, assim como os entes do governo, sendo, portanto, imperativos. Cf. LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre. **Droit Public Économique**. 5. ed. Paris: Dalloz, 1986. p. 424 e ss.

²⁰⁷⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 283.

²⁰⁷⁵ Cf. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003. p. 20 e ss.

²⁰⁷⁶ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003. p.

23.

²⁰⁷⁷ A relação entre o planejamento urbanístico e o econômico evidencia-se no Estatuto da Cidade em alguns pontos, entre eles, destacamos o inciso IV, do artigo 2º: “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da

É de se recordar, ainda, que o planejamento de maior repercussão é o de nível local, tendo por ator o Município, que, em nosso sistema, não possui competência para interferir na economia e tampouco recursos para produzir efeitos econômicos consideráveis. Por outro lado, a estratégia dos planos urbanísticos está associada ao desenvolvimento econômico e social (ver art. 2º, incisos IV, VII, X, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade), mas isso se dá na medida em que os planos urbanísticos se coordenam com projetos de impulso econômico dos Estados e da União, sem desvirtuar-lhes o caráter fundamental de ordenadores do território. E essa hibridez que lhe caracteriza não retira seu fundamental aspecto.

O plano econômico, por sua vez, é um conjunto de atos jurídicos por meio dos quais o Estado define para determinado período os grandes objetivos da política econômico-social e as vias ou meios da sua implementação ou concretização.

No âmbito local, é frequente confundir o plano de desenvolvimento municipal com o plano urbanístico²⁰⁷⁸. Ocorre que o planejamento urbanístico deve integrar o planejamento municipal, mas não se confunde com este, pois estabelece diretrizes básicas da ordenação físico-territorial do Município, relativos ao sistema viário, sistema de zoneamento e sistema de lazer e recreação, sem se ocupar diretamente das estratégias econômicas e sociais do município. Na verdade, segundo Silva²⁰⁷⁹,

os aspectos econômicos, quando cabíveis, realizar-se-ão simplesmente na ordenação do solo. Fora disso, constituirão, juntamente com os planos sociais, objetos dos planos de ação governamental do Prefeito, de sorte que a visão do planejamento global do Município incluirá estas duas facetas: a do planejamento urbanístico e a do planejamento econômico e social, com sua metodologia própria e seus objetivos peculiares. É preciso não olvidar que o planejamento urbanístico pode prosperar sem um sofisticado planejamento econômico e social, porque nele, sem sair dele, já existem componentes sociais e efeitos econômicos bastantes para que o desenvolvimento urbano/rural do Município se realize harmonicamente. Mas o contrário não se dá, pois o planejamento econômico e social, em si, não contém, necessariamente, o urbanístico.

O que nos cabe reter é que os dois tipos mais importantes de planos administrativos são os planos econômicos e os planos territoriais (urbanísticos). Os planos econômicos confundem-se, muitas vezes, com os planos urbanísticos ou territoriais, visto que a planificação territorial viu alterado o seu significado institucional e constitucional, passando a constituir um elemento de transformação social e econômica e apresentando-se ela própria como uma planificação de desenvolvimento²⁰⁸⁰. Os

população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”. Cf. MEDAUAR, Odette. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁰⁷⁸ A Lei Orgânica do Município de Fortaleza prevê a elaboração de um “Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Integrado”, considerando os aspectos típicos do urbanismo (habitação, trabalho, recreação etc) como atividades que abrangem aspectos econômicos, sociais, físico-espaciais e administrativos. A abrangência do plano é criticada pela doutrina e encontra respaldo na Lei n. 10.257/2001, que anota a existência de planos autônomos de desenvolvimento econômico e urbanístico, ainda que entre si estabeleça-se íntima coordenação. “Art. 157. O Município elaborará o seu plano diretor de desenvolvimento urbano integrado, nos limites da competência municipal, considerando a habitação, o trabalho e a recreação com atividades essenciais à vida coletiva, abrangendo em conjunto os aspectos econômico, social, administrativo e físico-espacial nos seguintes termos: I - no tocante ao aspecto econômico, o plano deverá inscrever disposições sobre o desenvolvimento econômico e a integração da economia municipal à regional; II - no referente ao aspecto social, deverá o plano conter normas de promoção social da comunidade e criação de condições de bem-estar, da população; III - no tocante ao aspecto físico-espacial, o plano deverá conter disposições sobre o sistema viário básico da cidade, o zoneamento ambiental, rede de equipamentos e serviços locais; IV - no que diz respeito ao aspecto administrativo, deverá o plano consignar normas de organização institucional que possibilitem a permanente planificação das atividades públicas municipais e sua integração aos planos estaduais e nacionais”. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 139.

²⁰⁷⁹ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 153.

²⁰⁸⁰ As dúvidas que cercam o planejamento territorial, a definição de seu conteúdo e sua relação com as questões econômicas também são verificadas na doutrina norte-americana. É como se verifica dos comentários que Nolon e Salkin dedicam ao sistema de planos territoriais norte-americanos, especificamente o “*land use plan*”, que equivale ao nosso “plano diretor”: “The document itself has been referred to as, among other things, a master plan, a comprehensive plan, a

planos diretores municipais, conforme determina o Estatuto da Cidade, refletem uma política que se compromete a desenvolver o meio urbano, de maneira a gerar bem-estar a todos os seus moradores. É assim que “a política urbana tem por objetivo ordenar o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade* e da propriedade urbana”. E complementa, o mesmo Estatuto, conferindo ao plano um caráter de “coordenação” entre os objetivos econômicos e urbanísticos: “X – *adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais*” (inciso X, do artigo 2º).

A planificação territorial atingirá o garantido “direito de propriedade”, que integra o conceito de “liberdade econômica”²⁰⁸¹ e está ao centro de nossa sociedade capitalista fundada, entre outros, na “livre iniciativa” e na “livre concorrência”²⁰⁸². Essa liberdade econômica garantida constitucionalmente e que compreende notadamente a livre escolha da profissão, o livre acesso a uma atividade lucrativa privada e seu livre exercício, envolve, por outro lado, o direito de acumular capital e dentro dessa perspectiva, de acumular e trocar propriedades. Propriedade e exercício de liberdade econômica estão, dessa forma, associadas, mas deverão ser, ao mesmo tempo, coordenadas com um sistema jurídico que impõe uma certa “ordem”, regulamentando as atividades lucrativas privadas, a política a seguir em matéria de concorrência, a proteção dos consumidores, a política conjuntural, de provisionamento, estrutural, social, rural e urbanística.

É assim que a planificação territorial surge como meio para a realização de um ordenamento que implica necessariamente intervenção econômica, reportando-se diretamente a diferentes elementos da realidade. Deve-se observar, entretanto, que a planificação urbanística tem como objeto o território, ainda que as atividades econômicas apareçam conexas e sofram efeitos condicionados ou induzidos pela planificação do solo. Por outro lado, os planos econômicos caracterizam-se por ser um conjunto de atos jurídicos por meio dos quais o Estado define para determinado período os grandes objetivos da política econômico-social e as vias ou meios da sua implementação ou concretização²⁰⁸³.

Distintas pelo objeto primário, a planificação urbanística e a econômica terão, ainda, desenvolvimento apartado e execução por órgãos públicos diversos. Lembremos que, no Brasil, as políticas urbanas se concretizam através de planos urbanísticos de nível local²⁰⁸⁴, enquanto as políticas econômicas de maior relevo se elaboram e concretizam sobretudo em âmbito nacional.

Não se poderá ignorar, por outro lado, que a transformação urbanística dos solos é, sem dúvida, um dos núcleos centrais da matéria do urbanismo e deverá ser executada com observância ao princípio da justa distribuição dos benefícios e encargos da urbanização. Nesse sentido, a planificação urbanística assume uma vertente econômica inafastável. O solo é, pois, objeto de interesse econômico

comprehensive master plan, a local land development plan, local general plan and an official master plan. There was no clear agreement as to whether this document should limit itself to physical phenomena, or should include economic, demographic, and social matters. (...) The elements of a plan – that is, the subjects to be covered in it – have been described in numerous ways as well”. Cf. NOLON, John. R.; SALKIN, Patricia E. **Land Use**. St. Paulo: Thomson, 2006. p. 53-54.

²⁰⁸¹ Conceitos como de “liberdade econômica” e “livre iniciativa” fazem parte do vocábulo do Direito Público Econômico. A temática envolve um Estado que propõe uma nova versão de capitalismo, onde a intervenção no domínio econômico é necessária para um “equilíbrio” de oportunidades e para um aproveitamento igualitário da utilização do solo e da propriedade, dos benefícios da tecnologia, dos investimentos públicos, do mercado de trabalho e do consumo. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 44 e ss; ZUFFEREY, Jean-Baptiste. *Aménagement du Territoire et Liberté Économique. Quelques réflexions pour une thérapie de ce couple conflictuel*. In: HOTTELIER, Michel; FOËX, Bénédict. **L’aménagement du territoire. Planification et enjeux**. Genève: Helbing & Lichtenhan, 2001. p. 23-47; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000; LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public Économique*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1986. p. 233 e ss; SOUTO, Marcos Juruema Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 6 e ss; GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT; 1981. p. 15 e ss.

²⁰⁸² A livre iniciativa e a livre concorrência são expressamente garantidas pela Constituição Federal brasileira, ainda que seus termos sejam condicionados à função social, princípio que se aplica também às atividades econômicas. Conferir o princípio fundamental do Estado Brasileiro no artigo 1º, IV, bem como o artigo 170, incisos II, III e IV. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁰⁸³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 349.

²⁰⁸⁴ Também em outros níveis, como veremos a seguir, mas, sobretudo, no âmbito municipal.

e deverá ser considerado como tal, na medida em que se assume um direito urbanístico com finalidades múltiplas²⁰⁸⁵.

E o planejador deverá, por outro lado, estar consciente de que as opções tomadas poderão “reproduzir” o espaço e suas desigualdades ou interferir socialmente na distribuição do solo e sua utilização econômica. A questão é bastante complexa, mas deve ser comentada. No Brasil, a partir do final da década de 1980, com a aprovação da Constituição Federal de 1988, evidencia-se o planejamento como meio de obter alterações sensíveis na estrutura social do país. Os novos ares da Constituição nos relembram que as concepções de cidade, tais como “*work shops* da civilização industrial” ou “nervo central da vida econômica, social e política da sociedade” ou bem como “centros de inovação, trocas e comunicação assim como ambientes de vivenda para as pessoas”²⁰⁸⁶ não podem ser levados ao extremo, sob pena de fundar um planejamento urbano baseado em princípios capitalistas da propriedade privada e do comércio imunes às questões sociais que assolam nosso país há décadas. O equilíbrio econômico gerado pela garantia incondicional da propriedade poderia gerar a falsa impressão de que as relações entre os interesses econômicos das cidades são estabelecidos entre coisas, e não entre pessoas. Humanizar o capitalismo é um dos desafios de nosso tempo e o planejamento territorial não está isento dessa tarefa.

2.4. Obrigatoriedade dos planos

Uma das questões advindas da atual relevância do planejamento está em saber da sua obrigatoriedade. Estaria o ente de governo sempre obrigado a elaborar planos de caráter imperativo? É a própria Constituição que dá resposta a essa questão, quando declara que o planejamento (e o plano) será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado^{2087,2088}.

²⁰⁸⁵ A nova *Ley del Suelo* na Espanha tem por objeto “regular as condições básicas que garantam a igualdade no exercício dos direitos e em cumprimento dos deveres constitucionais relacionados com o solo em todo o território estatal. Além disso, estabelece as bases econômicas e meio-ambientais de seu regime jurídico, sua valoração e a responsabilidade patrimonial das Administrações e Públicas na matéria” (art. 1º). Quatro são as matérias que se identificam como objeto da nova lei espanhola: a) direitos e deveres relacionados com o solo (regulamentação as condições básicas que garantam a igualdade em seu exercício); b) *bases económicas* e meio-ambientais do regime jurídico do solo; c) valoração do solo; d) responsabilidade patrimonial das administrações públicas em matéria de solo. Naquela legislação fica evidente o caráter econômico da atuação urbanística estatal e se busca um equilíbrio entre os investimentos públicos e os benefícios da urbanização. Cf. ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís (Dir.). **Comentarios a la ley de Suelo. Ley 8/2007, de 28 de Mayo**. Pamplona: Thomson, 2008. p. 62 e ss. Acerca dos aspectos econômicos do planejamento urbanístico na Espanha, BERENGUER URRUTIA, José Luis González. **Reflexiones sobre el urbanismo y: la ciencia, la política, la ética, el tiempo, el dinero**. Madrid: El Consultor, 2001. p. 189 e ss.

²⁰⁸⁶ Nesse sentido a análise de HARVEY, David. *On Planning the Ideology of Planning*. In: BANISTER, David; BUTTON, Kenneth, NIJKAMP, Peter (Ed.). **Environment, Land Use and Urban Policy**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 1999. p. 41-61.

²⁰⁸⁷ Nesse sentido, a Constituição Federal anota no art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁰⁸⁸ Nesse sentido é o entendimento de Gordilho, nos termos seguintes: “no nosso modo de ver, a juridicidade de tais normas é clara, posto que, em primeiro lugar e pelo que respeita à Administração, seu caráter ainda que relativamente discricionário é de todos os modos obrigatório; de outra maneira haveria que negar caráter jurídico a toda lei que outorgasse faculdades mais ou menos amplas à Administração, o que carece de sentido; em segundo lugar e no que tange aos particulares, o enunciado indicativo do plano tem alcance de ser o fundamento legal da ação que ditos indivíduos vão empreender e dos benefícios que vão receber, pelo quê dará lugar a relações jurídicas criadoras de direitos e impositivas de obrigações, além de estar em relação instrumental a respeito das previsões ou objetivos do plano, e em relação de coordenação com as demais medidas de outra natureza que este estabeleça; em terceiro lugar, 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

Significa dizer que os planos são hoje a forma adequada para a implementação dos atos de governo e que não se questiona a sua juridicidade. Deve-se observar, por outro lado, que o plano tem um caráter flexível e está sujeito a revisões. Não correrá, nesses termos, o direito subjetivo à execução do plano nos termos propostos, de sorte que ninguém terá direito adquirido aos benefícios e estímulos específicos, nem a sua execução. Caso o plano venha a ser alterado ou não executado por razões de conveniência e interesse público, o máximo que se poderá exigir é sua composição pecuniária²⁰⁸⁹.

No que toca os planos urbanísticos, especificamente²⁰⁹⁰, é possível dizer que serão gerais ou especiais (particularizados ou pormenorizados), na medida em que aqueles são menos vinculantes para os particulares, pois são de caráter mais normativo e dependentes de instrumentos posteriores de concreção, enquanto os outros vinculam mais concretamente a atividade dos particulares²⁰⁹¹. Trata-se de intervenção no domínio do direito de propriedade, a respeito do qual a ordem constitucional permite a atuação imperativa do poder público por meio das normativas de caráter urbanístico.

Essa intervenção por meio dos planos urbanísticos vem a ser uma medida de programação e coordenação de decisões administrativas que tem por função natural o ordenamento territorial, o que impede que a urbanização se dê de maneira descontrolada ou se concretize na medida de um “crescimento natural”. Os planos surgem “como instrumentos vinculativos da atividade urbanística da Administração Pública, de natureza individual e concreta, constituindo, assim, um travão à ilegalidade e ao arbítrio”²⁰⁹².

Para os particulares, a planificação dos solos é igualmente vantajosa, visto que neles ficam definidos os princípios e as regras concernentes à ocupação, uso e transformação dos solos, passando a ser conhecidos o tipo e a intensidade de utilização que podem dar a sua parcela de terreno. É o que Correia²⁰⁹³ denomina “fator de previsibilidade” das decisões administrativas de gestão urbanística.

3. O planeamento territorial

Para efeitos sistemáticos, podemos dizer que o direito urbanístico divide-se em três grandes grupos: o *planeamento urbanístico*, onde se concretizam as normas de uso do solo e da edificação; a *gestão urbanística*, onde se elaboram e executam as previsões de planeamento, mediante os sistemas de compensação, cooperação ou expropriação, e a *disciplina urbanística*, conceito que aglutina as mais variadas atuações urbanísticas, incluindo-se neste grupo as licenças urbanísticas, a declaração de edificações em estado de ruína, as ordens de execução e finalmente, as infrações urbanísticas e suas sanções²⁰⁹⁴.

Dentre os três grupos, interessa-nos desenvolver, neste momento, o que se compreende por planeamento e no que consiste o plano diretor que advém desta.

Como já ressaltava Moreira Neto²⁰⁹⁵, “os problemas das aglomerações humanas não admitem nem soluções parciais nem improvisações; exigem integração e racionalidade de decisões – numa palavra, *planeamento*”. Tal planeamento, modernamente técnica inafastável para a tomada de

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”. Cf. GORDILHO, Aspectos Jurídicos del plan. Apud: SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92.

²⁰⁸⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

²⁰⁹⁰ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 352-353.

²⁰⁹¹ A seguir desenvolvemos a classificação conforme a eficácia jurídica dos planos, de acordo com a doutrina de CORREIA.

²⁰⁹² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 355.

²⁰⁹³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 355.

²⁰⁹⁴ Distinção adotada na doutrina espanhola de GOYTRE e que consideramos pertinente. cf. ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. **Manual de Derecho Urbanístico**. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Granada: Comares/urbanismo, 2005. p. 79 e ss.

²⁰⁹⁵ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 81.

decisões racionais, se perfaz através de um procedimento que, esquematicamente, compreende, *grosso modo*, as seguintes etapas lógicas: coletas de dados, análise, identificação dos objetivos, avaliação dos recursos, organização necessária para operar, levantamento de linhas de ação, definição de metas, programação (desenvolvimento no tempo) e formas de controle da execução.

O planejamento é, dessa forma, a base necessária e fundamental de todo o ordenamento urbano. A partir do planejamento, concretizam-se os planos urbanísticos, onde se atribui uma aptidão inicial para a edificação de um terreno e os contornos essenciais do direito de propriedade. E o direito de propriedade será exercido na medida e nos limites das faculdades, obrigações e encargos que se impõem ao proprietário, que há de cumpri-los nos prazos e nas proporções estabelecidos no plano.

A expectativa do destino urbano e do uso dos terrenos se produz em vários momentos. Em primeiro lugar, mediante o planejamento geral, comumente estabelecido nos planos diretores municipais, se estabelece a distinção entre os terrenos urbanos, urbanizáveis e rurais, definindo-se as áreas onde se poderá construir e o que se poderá construir, bem como as áreas que serão preservadas no processo de desenvolvimento e expansão urbanos.

Nos terrenos consolidados pela urbanização já avançada, os planos gerais estabelecerão os níveis de aproveitamento urbanístico que podem ser acedidos pelos proprietários mediante licença para construir, onde se regulamentará a realização de uma obra nova ou a modificação de bens integrantes de uma área urbana. Assim como em relação aos terrenos não consolidados, normalmente integrantes de áreas de expansão urbana, estabelecer-se-á a maneira como estes vão se incorporar ao processo edificatório, normalmente mediante definição dos encargos e benefícios derivados do crescimento urbano.

Como já é possível intuir da exposição feita até o momento, os termos plano e planificação (ou planeamento) não possuem a mesma significação. Como bem aponta Correia²⁰⁹⁶, embora manejados frequentemente como sinônimos, na verdade, planificação ou planejamento, é uma *atividade* que tem como fim a emanção de um plano, ao passo que este é o produto da referida atividade. O vocábulo “*planificação*” expressa, assim, uma ideia de *ação*, de *procedimento*, enquanto o *plano* é algo que concretiza, que espelha o *resultado* do *procedimento* de planificação ou de planeamento²⁰⁹⁷. Dessa forma, é possível existir um processo de planificação sem plano²⁰⁹⁸, no caso deste não vir a ser aprovado, assim como se justifica uma planificação que se desenrole após a aprovação do plano, vindo a configurar a “planificação contínua”, aquela que caracteriza a mutabilidade e adaptabilidade do plano urbanístico.

A planificação urbanística caracteriza-se por seus aspectos de *temporalidade*, pelos seus *objetivos múltiplos* e pela *conformação do direito de propriedade*. De fato, os planos produzidos com fins de ordenamento territorial são de caráter temporal, visto que possuem duração limitada, devendo ser revistos, no mínimo, a cada dez anos (§3º, art. 40, Lei n. 10.257/2001). Sua temporalidade não se restringe ao período definido no Estatuto, mas também se justifica nos casos em que o plano se verificar desatualizado ou impróprio para a execução dos fins da política urbana, conforme tratados na Lei Federal de Bases (Estatuto da Cidade).

Os *múltiplos objetos* dos planos são da essência da planificação territorial. Para atingir o ordenamento ótimo, os planos versarão sobre infinitos aspectos ligados ao uso e ao parcelamento do solo. As atividades executáveis, o zoneamento e, enfim, a qualificação e classificação do território implicarão em tratamento de questões ligadas ao meio ambiente urbano, ao patrimônio cultural imóvel, à circulação, à acessibilidade de estruturas urbanas públicas, à regularização fundiária e reestruturação social, entre tantas outras. Atuando como instrumento coordenador de iniciativas administrativas paralelas (aspecto secundário do plano), ou como meio primário para a consecução de

²⁰⁹⁶ Também nesse sentido alerta a doutrina brasileira com Alves, que assinala que o “planejamento é um processo dinâmico; os planos têm características estáticas”. Cf. ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1981. p. 42-43; CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 346-347.

²⁰⁹⁷ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 346-347.

²⁰⁹⁸ MORAIS, Paula Cândida Pereira. **Planificação sem planos**. Estudo sobre algumas figuras planificatórias de natureza urbanística não designadas. Ex professo pela Lei como Planos. Coimbra: Estudos do CEDOUA, 2006. p. 53-54.

fins de caráter múltiplo, os planos territoriais são instrumentos versáteis e dinâmicos, podendo atingir metas de desenvolvimento econômico e social.

A *conformação do direito de propriedade* é verificada diretamente nos planos de caráter plurisubjetivo, conforme desenvolveremos mais adiante, porém, também se realiza indiretamente através dos planos de eficácia jurídica limitada (como são os planos gerais de âmbito Estadual ou Nacional, dirigidos diretamente aos entes públicos e indiretamente aos particulares). Esse aspecto é central na teoria da planificação territorial.

Passemos a classificar o planejamento territorial conforme alguns critérios apontados pela doutrina.

Título III - Do planejamento urbanístico e a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel

Capítulo II - O planejamento urbanístico no Brasil e em Portugal

“Os planos são nada; o que conta é a planificação.”
(Eisenhower, Dwight)

1. O regime jurídico dos instrumentos de planejamento territorial no Brasil e no mundo

Antes de passarmos à exposição do planejamento brasileiro em detalhes, acreditamos ser importante analisar rapidamente alguns sistemas jurídicos europeus onde interessantes desenvolvimentos sobre o planejamento urbanístico foram realizados. Tentaremos expor os elementos centrais do planejamento em Portugal, França, Suíça, Espanha, Itália e Alemanha, dando destaque para o planejamento de âmbito local desenvolvido naqueles países. O intuito é o de realizar uma comparação rápida entre esses regimes e o brasileiro, sem ter, por outro lado, a pretensão de esgotá-los na sintética análise realizada.

Cabe comentar, antes de tudo, que é impossível analisar institutos jurídicos sem antes vinculá-los às estruturas políticas as quais pertencem. O Brasil é um Estado Federativo que concede aos Municípios uma autonomia destacável em matéria de direito urbanístico²⁰⁹⁹. Itália, Espanha e Portugal, por sua vez, são Estados unitários, que dispõem de um sistema de planejamento integrado, com determinações bem delineadas e imperativas do poder central, o que têm por efeito uma planificação de larga escala e de caráter mais homogêneo. Suíça e Alemanha guardam semelhanças com o sistema federativo brasileiro, mas também possuem suas características próprias, conferindo relativa autonomia aos entes de governo locais, conforme veremos a seguir.

Uma comparação coerente dos sistemas deverá, portanto, ser refletida e levar em consideração tais particularidades. Considerando, por outro lado, os fins da pesquisa aqui proposta, limitar-nos-emos aos aspectos ligados à estrutura de competências em matéria do planejamento, para então identificarmos onde se materializa ou onde estão localizadas as normas urbanísticas com efeito plurisubjetivo e que, portanto, condicionam concretamente o direito de propriedade. Nesse âmbito, procuramos identificar se existe nesses países a possibilidade de tutelar o patrimônio cultural imóvel via planejamento local.

Devemos lembrar, ainda, que os desenvolvimentos acerca da estrutura brasileira e portuguesa serão mais detalhados em capítulos próprios, sendo apenas apresentados neste momento de forma introdutória.

Passemos, portanto, à análise proposta.

2. A estrutura do planejamento urbanístico no Brasil

Começamos com um breve comentário e relembremos a estrutura do planejamento urbanístico no Brasil²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁹ Cf. GUIMARÃES, Nathália Arruda. **O papel do Município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Ideias, 2004.

²¹⁰⁰ A estrutura administrativa do planejamento territorial brasileira já foi desenvolvida em maiores detalhes em capítulo próprio, no título I, parte IV.

O planejamento urbanístico brasileiro está fundamentado a nível nacional na Constituição Federal de 1988 e na Lei Ordinária n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), legislação complementada por leis esparsas que tratam da disciplina do solo e da propriedade²¹⁰¹.

A Constituição Federal e o Estatuto da Cidade determinam que a *União* deverá elaborar e executar os planos nacionais e regionais de urbanismo e de desenvolvimento econômico e social (art. 24, I e §1º da CF/88 e art. 4º, I, da Lei n. 10.257/2001). Ao *Estado membro* reserva-se a competência para legislar suplementarmente e para elaborar planos estaduais ou regionais de urbanismo e de desenvolvimento econômico e social (art. 24, I, §2º da CF/88) e elaborar planos metropolitanos, de aglomerações urbanas e microrregionais (art. 4º, II, Lei n. 10.257/2001). Por sua vez e em destaque, *os municípios* aparecem como entidades centrais na promoção do ordenamento do território. Essa função se dará mediante o planejamento e o controle do uso, parcelamento e ocupação do solo (art. 30, VIII e 182, todos da CF/88). Essa atividade ordenadora se concretizará na medida em que se elaboram e executam o plano diretor; as leis de disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo e as leis de zoneamento ambiental (art. 4º, III, “a”, “b” e “c” da Lei n. 10.257/2001).

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) é a primeira lei federal dedicada exclusivamente à regulamentação do Capítulo da Política Urbana da Constituição (art. 182 e ss, CF/88). Na norma federal, o plano diretor é tratado como elemento central da planificação. A lei contém um capítulo específico dedicado ao plano diretor e também regula em vários dispositivos instrumentos urbanísticos novos (é o caso das operações urbanas consorciadas, art. 32 e ss, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

Como veremos a seguir, o plano diretor não é o único instrumento de planificação do município, mas ocupa uma destacada posição, uma vez que nele estão contidos todos os assuntos pertinentes ao uso e ocupação do solo, ainda que outros instrumentos lhe complementem, sobretudo para atingir a concretização de seus preceitos²¹⁰².

Com relação aos bens culturais, o sistema brasileiro reconhece como objetivo do planejamento territorial “a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (art. 2º, XII, Lei n. 10.257/2001).

Os planos urbanísticos devem estar, dessa feita, comprometidos com o patrimônio já reconhecido ou não por medidas primária de salvaguarda, podendo instituir zonas com regime especial de tutela, proteção, conservação e valorização. Seus detalhes serão desenvolvidos a seguir.

3. A estrutura do planejamento urbanístico em Portugal

O regime brasileiro é semelhante ao *regime português* na medida em que reserva aos três níveis de governo competências em matéria de direito urbanístico. Em Portugal, A Lei de Bases da

²¹⁰¹ A legislação esparsa a que nos referimos é, em âmbito federal, aquela que ainda que não se refira diretamente ao planejamento urbanístico propriamente dito, como é o caso da Lei de Parcelamento e Uso dos Solos (Lei n. 6.766/79, de 19 de dezembro, e alterações trazidas pela Lei n. 9785/99) e da Medida provisória n. 2.220/2001, de 4 de setembro sobre a concessão de uso especial para fins de moradia que atinge terrenos e prédios de titularidade pública, integra o planejamento enquanto instrumentos de condicionamento do uso do solo, com repercussão no plano diretor urbano. Para além dessas duas leis federais, é importante nos reportar ao Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, uma das primeiras normas a mencionar o plano diretor urbano. Ao definir as florestas e demais formas de vegetação natural que devem ser consideradas de preservação permanente, refere-se ao plano diretor em parágrafo único, em passagem que merece ser trazida à colação. “Art. 2º. (...) Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.” Alguns comentários podem ser conferidos em PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149 e ss.

²¹⁰² Ao lado do plano diretor, o Estatuto da Cidade menciona os seguintes instrumentos de planificação: a lei que disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo; o zoneamento ambiental e os planos e programas setoriais. Assim define o artigo 4º, da Lei Federal n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, Lei n. 48/98, de 11 de agosto, e o Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, instauraram um sistema de planeamento territorial que se integra por um conjunto de instrumentos. Esses instrumentos são distribuídos entre o *Governo* (âmbito nacional), onde se elaboram o “programa nacional da política de ordenamento do território”, os “planos setoriais” (com incidência territorial) e os “planos especiais de ordenamento do território” (que compreendem os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas, os planos de ordenamento da orla costeira e os planos de ordenamento dos estuários); *as regiões*, competentes para elaborar os “planos regionais de ordenamento do território”, e os *municípios*, dotados de função planeadora central, através dos “planos intermunicipais de ordenamento do território” e dos “planos municipais de ordenamento do território”, que englobam os “planos diretores municipais”, os “planos de urbanização” e os “planos de pormenor” (art. 7º a 9º, da Lei n. 48/98 e 2º do Decreto-Lei n. 380/99).

Os instrumentos de gestão territorial, por sua vez,

apresentam excelentes potencialidades em matéria de promoção, gestão e valorização do património cultural edificado, constituindo, nesta medida, uma via apta para a execução de uma política territorial de redistribuição de recursos económicos-culturais decorrentes das externalidades positivas e negativas geradas pelos bens culturais imóveis²¹⁰³.

No que se refere aos bens culturais portugueses,

sendo o planeamento territorial um instrumento privilegiado de intervenção, por características de previsão de utilização de recursos e visando objetivos absolutos de gestão do território, através da conformação do direito de propriedade, o legislador cultural faz uso pleno desta convicção ao obrigar (e nesta vinculatividade reside a diferença face ao regime anterior) os municípios à elaboração de planos de pormenor de salvaguarda a partir da determinação de uma classificação e até de uma proposta de abertura de instrução. É o que consta no artigo 53, da Lei n. 107/2001²¹⁰⁴.

Os planos de pormenor de salvaguarda são, no contexto português, os instrumentos mais adequados para a gestão integrada do património cultural, como já comentamos em outras oportunidades. Sua elaboração observará os dispositivos do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro, normativa que tece em detalhes como se dará a integração dos interesses culturais à dinâmica do ordenamento territorial local.

4. A estrutura do planeamento urbanístico na França

A competência concorrente em matéria de urbanismo parece ser a regra dos sistemas jurídicos ocidentais mais representativos no tema. Podemos citar o sistema de planificação francesa, sendo possível identificar uma compartilhada competência urbanística entre os diversos níveis de governo²¹⁰⁵.

²¹⁰³ Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetónico Português. Patrimônio/Território – Interações. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

²¹⁰⁴ Cf. ARAÚJO, Fernanda. O Atual Regime Jurídico da Proteção e Salvaguarda do Patrimônio Arquitetónico Português. Patrimônio/Território – Interações. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 18/19, p. 9-39, dezembro 2002 – junho 2003.

²¹⁰⁵ O sistema urbanístico francês é extremamente interessante e se mostra bastante sensível à questão do patrimônio cultural imóvel. Consultamos algumas fontes doutrinárias daquele país, dentre as quais destacamos: JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004; SOLER COUTEAUX, Pierre. *Droit de l'urbanisme*. 4.

Na França, o Governo do Estado produz normas de caráter nacional sobre os princípios gerais do urbanismo e disposições especiais sobre as zonas de montanha e litorâneas, bem como anunciará regras gerais de urbanismo. Entre as regiões poderá haver diretivas territoriais de ordenamento territorial (DTA) e esquemas com efeitos diretos, como é o caso do esquema diretor da região da Ile de France ou o plano de ordenamento e desenvolvimento sustentável da Corsa.

No âmbito intercomunal produzir-se-ão os esquemas de coerência territorial (SCOT), onde se poderão identificar cartas de parques naturais regionais, projetos de aglomeração, planos de deslocamento urbanos etc. E, por fim, no âmbito comunal ou intercomunal, os planos locais de urbanismo (PLUs)²¹⁰⁶.

Após a descentralização de 1983, as comunas passaram a ter como opção a elaboração de um plano local de urbanismo, antes conhecido como Plano de Ocupação do solo (POS).

A lei de 13 de dezembro de 2000, relativa à solidariedade e à renovação urbanas, substituiu os planos de ocupação do solo (POS) pelos planos locais de urbanismo (PLU).

Os POS foram instituídos pela lei de orientação fundiária e urbana de 30 de dezembro de 1967 para fixar as regras gerais e as servidões de utilização do solo. Tais documentos foram essenciais no sistema de planificação urbana da França. Até a data da reforma em 2000, 15.000 comunas²¹⁰⁷ estavam cobertas por um plano de ocupação do solo, o que corresponde a dizer que de cada cinco franceses, quatro residiam em cidades regidas por um instrumento urbanístico dessa complexidade.

Os POS equivaliam aos planos diretores que conhecemos no Brasil e em Portugal. Sua reforma, por outro lado, ampliou a noção de planejamento urbano e alterou a logística do projeto urbano francês²¹⁰⁸²¹⁰⁹.

Segundo o art. L. 123-1 do Código de Urbanismo francês, os PLUs devem apresentar um projeto de ordenação da cidade e um projeto de desenvolvimento sustentável (PADD), onde se definem as orientações gerais de urbanismo observadas em todo o conjunto da comuna. Segundo o mesmo artigo, o PLU cobre a “integralidade do território da comuna” ou várias comunas, desde que se estabeleça uma cooperação intercomunal.

A elaboração dos PLUs resta, entretanto, optativa. As comunas que não desejem elaborar seu plano local de urbanismo podem elaborar uma “Carta Comunal”, que deve ser aprovada juntamente pelo conselho municipal e pelo prefeito. Existem, ainda, as comunas que não possuem nem PLU, nem Carta Comunal. Estas devem observar as regras nacionais de urbanismo e a regra da construtibilidade limitada²¹¹⁰.

No que se refere ao patrimônio cultural francês, a regra é, como nos regimes já citados, que a planificação territorial atue no sentido de salvaguardar os bens culturais, sendo meio de tutela, proteção, conservação e também valorização dos mesmos.

ed. Paris: Dalloz, 2008; AUBY, Jean-Bernard; MARQUET, Hugues Périnet. **Droit de l'urbanisme et de la construction**. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2007; CRISTINI, René. **Code de L'urbanisme commenté**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009; FRIER, Pierre-Laurent. Protection et mise en valeur du patrimoine culturel immobilier. **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**. Paris, n. 9, p. 423-450, 2005; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Dalloz, 1992; BOUYSSOU, Fernand. Le Contenu des Plans Locaux d'Urbanisme. **Droit et Ville**, Paris, n. 53, p. 113-126, 2002; DEMOUVEAUX, Jean-Pierre; LEBRETON, Jean-Pierre. Règles d'urbanisme; **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, p. 313-328, 2005; GÉRARD, Patrick. Le Regime Juridique des Plans d'Urbanisme en France. **Revista CEDOUA**, n. 2, a. 1, p. 79-83, 1999.

²¹⁰⁶ Analisamos o quadro explicativo apresentado por Jaquot e Priet. Cf. JACQUOT, Henri. PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 95.

²¹⁰⁷ Cf. LEBRETON, Jean-Pierre. La Hiérarchie des Normes Françaises D'Urbanisme vues des Grands Lacs. **Revista FDUP, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, a. II, p. 173-185, 2005.

²¹⁰⁸ Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'urbanisme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 207 e ss.

²¹⁰⁹ Segundo Bouyssou, “malgré la volonté de changement que traduit symboliquement le renouveau terminologique, les PLU demeurent, comme les POS qu'ils remplacent, des documents locaux de planification urbaine dont le contenu s'inspire très largement du régime antérieur, et plus anciennement de celui des plans d'aménagement, d'embellissement et d'extension, remontant em France à la loi de 1919”. Cf. BOUYSSOU, Fernand. Le Contenu des Plans Locaux d'Urbanisme. **Droit et Ville**, Paris, n. 53, p. 113-126. Sobre a Lei de 1919, GAUDIN, Jean-Pierre. La cité reconstituée. Techniques de planification urbaine et légitimités politiques au début du 20e siècle. **Revue Française de science politique**, Paris, v. 35, n. 1, p. 91-115, février, 1985.

²¹¹⁰ Cf. JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 104.

Segundo Doublon²¹¹¹, os planos locais de urbanismo assumem o patrimônio cultural não somente como uma realidade possível do plano local de urbanismo, mas como uma realidade certa. Essa realidade exige, outrossim, a consideração do patrimônio de maneira sistemática e total no território municipal.

É assim que no regime francês existem as zonas de proteção do patrimônio arquitetural, urbano e paisagístico que se caracterizam por serem instrumentos especiais de urbanismo que estabelecem um regime do entorno dos monumentos, quarteirões inteiros e mesmo definem locais a proteger em razão do seu interesse cultural. Esse instrumento, apelidado de *zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager* (ZPPAUP)²¹¹², representa a ligação ou a fusão entre a regulamentação dos monumentos históricos e os sítios e a regulamentação do urbanismo, ainda que ambas as disciplinas se mantenham distintas em órgãos especializados, comumente chamados em conjunto para apreciar quaisquer solicitação para alterar ou construir na zona definida como tal²¹¹³.

A ZPPAUP visa a estabelecer um regime de proteção adaptado ao espaço pertinente. Seu campo de aplicação é, portanto, restrito. Elas podem ser instituídas no entorno dos bens culturais e nos quarteirões e sítios a proteger ou valorizar por motivos culturais. Sua instituição não depende que os quarteirões ou sítios estejam já protegidos ou beneficiem alguma proteção especial, sendo, portanto, um instrumento de aplicação mais amplo e autônomo. Sua aplicação é, por outro lado, mais comum enquanto intervenção em zonas já protegidas com os meios primários tradicionais (classificação), tendo a vocação de substituir os regimes de proteção do entorno dos monumentos históricos (mormente servidões administrativas). A ZPPAUP é, por outro lado, um instrumento eficaz para assegurar também a proteção dos espaços naturais remarcáveis (bens paisagísticos)²¹¹⁴.

Por outro lado, a lei de 4 de agosto de 1962 cria os setores salvaguardados (*Loi Malraux*), com objetivos semelhantes aos das leis do patrimônio francês de 1913 e 1930. Seus elementos, porém, são distintos e individualizados.

Trata-se dos planos de salvaguarda e valorização (*Plans de sauvegarde et de mise en valeur* – PSMV), que instituem setores salvaguardados e são instrumentos de planificação urbana especiais, cuja elaboração é de competência do *governo central e local*. Esses planos podem cobrir parte do território de uma comuna (ainda que o regime dos PLUs dite que estes devam cobrir a integralidade do território comunal), mesmo que aparentemente isso vá de encontro com o princípio da descentralização administrativa daquele país. As comunas, por outro lado, também podem elaborá-lo, em razão da lei de 9 de dezembro de 2004, que instituiu a simplificação do direito administrativo. Em razão disso, o regime dos PSMV²¹¹⁵ é bastante semelhante ao dos PLUs, salvo porque possuem conteúdo limitado, finalidades específicas e aplicação territorial restrita a um perímetro pré-determinado.

O PSMV institui um regime relativo a um setor delimitado, onde se estabelecem regras aplicáveis apenas naquele perímetro definido. O plano é criado pelo prefeito, porém, com a iniciativa ou sob demanda e de acordo com a comuna, ou, ainda, a partir de demanda do *établissement public de coopération intercommunale* (EPCI), competente em matéria de PLU e após conhecimento da comissão nacional dos setores salvaguardados. Os PSMVs obedecem à estrutura clássica dos instrumentos urbanísticos, contendo uma apresentação, documentos gráficos, regulamentares e anexos.

²¹¹¹ Cf. DOUBLON, Michel. *Le patrimoine Architectural au regard du droit de l'urbanisme et de la decentralisation*. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991. p 111.

²¹¹² As zonas de proteção do patrimônio foram instituídas pela lei de 7 de janeiro de 1983, alterada pela lei de 8 de janeiro de 1993. As ZPPAUP são “*documents d'urbanisme*”, no sentido do artigo R. 600-1 do *Code de l'urbanisme français*. Cf. AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. *Droit de l'urbanisme et de la construction*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2004. p. 275 e CRISTINI, René. *Code de L'urbanisme commenté*. 18. Édition. Paris: Dalloz, 2009, p. 1267.

²¹¹³ Cf. AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. *Droit de l'urbanisme et de la construction*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2004. p. 274-430.

²¹¹⁴ Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. *Droit de l'urbanisme*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 341.

²¹¹⁵ “Les plans de sauvegarde et de mise en valeur sont les documents réglementaires dont sont dotés les secteurs sauvegardés (...) Le contenu du plan de sauvegarde et de mise en valeur est du même ordre que celui d'un plan local d'urbanisme”. Cf. AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET MARQUET, Hugues. *Droit de l'urbanisme et de la construction*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2004. p. 282 e ss.

Seu conteúdo material é idêntico àquele do PLU, fixando regras gerais e servidões de utilização dos solos, podendo ir até a interdição de construir, mas igualmente podendo comportar orientações de ordenamento territorial.

Ao contrário do PLU, o PSMV concerne apenas a uma parte do território, mas pode indicar os imóveis ou partes interiores ou exteriores em que a modificação é submetida a condições especiais ou mesmo onde a demolição ou modificação poderão ser impostas por autoridade administrativa. Os PLUs e os PSMVs devem ser igualmente coordenados, sem se sobrepor um ao outro. A salvaguarda e a política de conservação dos bens culturais devem integrar, por outro lado, o plano de ordenamento e desenvolvimento sustentável da comuna (*Projet d'aménagement e développement durable* – PADD), de maneira que os PSMVs e os PADDs devem ser compatíveis.

Interessante anotar que o PSMV tem um efeito especial sobre os pedidos de autorização de utilização do solo sobre o qual incide. Nos setores salvaguardados, os trabalhos são submetidos ao direito comum de autorização de urbanismo e não a uma dupla apreciação como antes ocorria (para além da autoridade urbanística, o arquiteto das construções da França), o que denota que o tema cultural é integralmente assumido pela autoridade local encarregada do planejamento e gestão do solo urbano (art. L. 313-2-1 do *Code de l'urbanisme*)²¹¹⁶.

Ainda deve ser comentado em relação à proteção das paisagens, que os PLUs podem identificá-las e localizar no território comunal seus elementos, estabelecendo prescrições com efeitos de proteção e valorização (art. L. 123-1, 7º, *Code de l'urbanisme*).

Além do Código do Urbanismo, a Lei da Paisagem (Lei n. 93-14 de 8 de janeiro 1993) autoriza que os documentos locais de urbanismo classifiquem espaços florestais ou de interesse paisagístico. Em comunas que não possuem o PLU, é possível que o conselho municipal delibere após enquête pública e formule um documento que confirme um interesse paisagístico local. Da mesma forma, a paisagem poderá ser objeto de uma ZPPAU, como já comentamos. A legislação especial da paisagem indica, sobretudo, diretrizes de proteção e valorização das paisagens cujas prescrições se impõem aos planos e documentos locais de urbanismo (art. 350-1, *Code de l'environnement*), o que leva a doutrina a admitir que a proteção da paisagem repousará ainda por longo tempo sobre o direito do urbanismo²¹¹⁷.

O patrimônio arqueológico, por seu turno, é regulamentado pela Lei n. 2003-707, de 1º de agosto de 2003, cujas disposições são precisadas através do Decreto n. 2004-490, de 3 de junho de 2004.

A característica marcante da salvaguarda do patrimônio arqueológico é a prevenção. Significa dizer que as medidas a serem observadas no teor do planejamento territorial ligam-se à prevenção do risco de destruição ou avaria que se deve ter em determinadas áreas sensíveis em razão de possíveis resquícios e fragmentos arqueológicos.

A legislação determina que certas operações de construção de obras ou de trabalhos, que em razão de sua localização, natureza ou importância podem afetar elementos do patrimônio arqueológico, devam observar o respeito pelas medidas de detecção, conservação e salvaguarda. Um estudo científico, assim como modificação da consistência das operações (decreto, art. 1º), deve ser observado. Estão vinculados a essas determinações os projetos realizados em zonas definidas por decreto do prefeito da região, no contexto da carta arqueológica nacional (decreto, art. 5º).

A estrutura do direito urbanístico francês se assemelha em alguns pontos ao sistema brasileiro, como pudemos verificar. Os PLUs correspondem aos planos diretores locais de nosso país e, assim como no Brasil, a obrigatoriedade de sua elaboração é relativa. Em se tratando do bem

²¹¹⁶ Cf. “ Art. L. 313-2-1 (L n. 2003-590 du 2 juill. 2003, art. 47) Les immeubles situés dans le périmètre d'un secteur sauvegardé dont le plan de sauvegarde et de mise en valeur a été approuvé ne sont pas soumis aux servitudes d'utilité publique instituées en application du c de l'article L. 621-1, des articles L 621-31 et L. 621 – 32 du code du patrimoine [anciennement: <du 3º de l'article 1er, des articles 13 bis et 13 ter de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques>] et de l'article L. 341-1 du code de l'environnement”. (...) Commentaire: cette disposition est destinée à éviter que les travaux portant sur des monuments historiques couverts par un PSMV fassent l'objet d'une double saisine de l'architecte des Bâtiments de France au titre de ces deux législations. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'urbanisme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 346 e CRISTINI, René. **Code de L'urbanisme commenté**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009.

²¹¹⁷ Cf. SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'urbanisme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 347.

cultural, a França estabelece de forma mais precisa os instrumentos de planificação com vocação patrimonial. Ressaltamos a “fusão” que ocorre no sistema dos *plans de sauvegarde et de mise en valeur* (PSMV), onde se verifica de início uma coordenação de atividades (entre as autoridades urbanísticas e culturais) com vistas a sua elaboração e, por fim, a competência assumida pela autoridade urbanística do controle das construções e modificações a serem realizadas sob demanda na área definida.

5. A estrutura do planejamento urbanístico na Itália

Na Itália, a Constituição de 1948 cria os fundamentos (art. 42.3 e 42 e alíneas)²¹¹⁸²¹¹⁹, e a Lei n. 1150, de 17 de agosto de 1942, ainda em vigor, delinea as grandes linhas de organização territorial e conforma os princípios gerais do direito urbanístico italiano de nossos dias²¹²⁰. A norma organiza a planificação do território local e as zonas de atividades em função de diferentes afetações do solo.

O sistema jurídico urbanístico na Itália distingue-se em dois níveis de planificação: a) zonas urbanas incluídas na lei e obrigadas a criar um “*piani regolatori generali*” (PRG); b) planos relativos a partes do território mais extensas que uma zona urbana local e que são elaboradas por decreto do ministro dos trabalhos públicos. São os “*piani territoriali de coordinamento*”.

Observemos que na Itália existiam em 2001, 8.103 comunas, inseridas em 109 províncias e 20 regiões²¹²¹. Destas 8.103, 100 superam os 50 mil habitantes, sendo que 80 são capitais de província.

Considerando o grande número de comunas com pouca densidade, a Lei n. 1150/42 optou por facultar a todas as localidades a elaboração do *piano regolatore generale* (art. 8º, primeiro parágrafo) e a listar aquelas comunas em que obrigatoriamente se deverá elaborar o referido plano (art. 8º, segundo parágrafo).

O processo de planejamento segue as orientações da lei ainda em vigor, devendo ser elaborado e submetido à aprovação por Decreto pela Administração da região onde se insere a comuna (art. 10 da Lei n. 1150/42 com redação alterada pelo art. 1º, do DPR n. 8 de 15 de janeiro de 1972).

Cabe comentar que, segundo se auffle da interpretação do art. 10 da lei referida, os planos deverão garantir: a) o respeito ao plano territorial de coordenação segundo o art. 6º, alínea 2; b) uma organização racional e coordenada de obras e instalações de interesse nacional; c) a *proteção da paisagem e dos conjuntos históricos, monumentais, ambientais e arqueológicos* e d) o volume das construções e a previsão de estacionamentos em empreendimentos conforme art. 41-5 e 41-6 da mesma lei, sob pena de serem inseridas, na oportunidade e no mesmo documento (decreto) de aprovação, pela região correspondente.

²¹¹⁸ “Art. 42. La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale. (...)” Cf. CHALET-CAMAIN, Delphine. **Le Droit de L’urbanisme em Italie**. Les Cahiers du GRIDAUH. n. 4, Paris, 1999. p. 23.

²¹¹⁹ “Il corpo normativo del diritto urbanistico è contenuto in atti che hanno forma e forza giuridica tra loro diverse. Procedendo in senso discendente, occorre anzitutto verificare l’ancoraggio costituzionale della disciplina in esame, stabilire cioè il rapporto tra la Costituzione repubblicana del 1948 e la pianificazione del territorio. I due articoli cui si fa in genere riferimento sono il 42, secondo cui la legge tutela la proprietà privata ma al contempo ne assicura la funzione sociale ed il 41.3, secondo cui la legge può determinare i programmi ed i controlli opportuni perché l’iniziativa economica sia indirizzata e coordinata a fini sociali. Entrambe le disposizioni consentono al legislatore di condizionare le libertà dei privati (di utilizzare i propri beni e di intraprendere iniziative economiche) a favore della collettività”. Cf. URBANI, Paolo. MATTEUCCI, Stefano Civitaresse. **Diritto Urbanistico**. Organizzazione e rapporti. 3. ed. Torino: Giappichelli editore, 2004. p. 39.

²¹²⁰ Cf. CHALET-CAMAIN, Delphine. **Le Droit de L’urbanisme em Italie**. Les Cahiers deu GRIDAUH. n. 4, Paris, 1999.

²¹²¹ Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. p. 349. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

A lei prevê um prazo para a oposição da comuna, no caso de alterações promovidas pela autoridade regional (art. 10, alíneas 4 e ss).

O *piano regolatore generale* da comuna terá vigência indeterminada e submeterá os proprietários, assim como possuidores e detentores dos bens imóveis, às conformações urbanísticas ali definidas, seja em relação às novas construções ou a reconstruções, seja em relação às prescrições zonais que definem os critérios de utilização do solo (art. 11).

A lei também prevê um *piano regolatori generali intercomunali*, na ocasião em que comunas limítrofes apresentam características de aglomeração urbana (art. 12).

O *piano regolatore generale* guarda certa abstração e generalidade e deverá ser implementado em parte pelos *piani regolatori particolareggiati*, previstos no art. 13 da Lei n. 1150/42. Tais planos têm caráter executivo e devem tratar de matérias relacionadas à volumetria e altura das construções; espaços reservados a obras e instalações de interesse público; imóveis afetados para demolição, reconstrução ou sujeitos à restauração; as subdivisões ou parcelamento em lotes construtíveis segundo a tipologia indicada no *piano regolatori generale*; a lista de propriedades figurando no cadastro a expropriar ou a submeter limitações mais restritivas; a profundidade da zona lateral das obras públicas, em cuja ocupação permita integrar a finalidade da obra em si e das exigências ou necessidades futuras. Os *piani particolareggiati* devem estar acompanhados de um documento gráfico e de um plano financeiro, conforme art. 30 da mesma lei.

Os *piani particolareggiati* são elaborados pela comuna e devem ser adotados pelo prefeito após deliberação do conselho municipal. O processo de elaboração dos planos particularizados poderá ter um prazo determinado segundo ordem do prefeito em relação a zonas específicas (art. 14). Os planos são depositados na secretaria da comuna pelo prazo de 30 dias e contra eles cabe oposição dos proprietários interessados em até 30 dias contados do final do prazo de depósito. Os planos serão finalmente aprovados por decreto do inspetor regional de obras públicas, após conhecimento da seção de urbanismo regional, em 180 dias da apresentação do plano pela comuna (art. 16).

A executoriedade é característica dos *piani particolareggiati*. Submetidas as suas disposições, poderá haver, ainda, bens de interesse cultural (histórico ou artístico segundo a Lei n. 1.089, de 1º de junho de 1939, e a Lei n. 1497, de 29 de junho de 1939), em razão dos quais o plano deverá ser submetido ao conhecimento da direção competente do *ministero della pubblica istruzione* antes de ser aprovado por decreto da autoridade regional.

Comparando ao sistema brasileiro, podemos dizer que os *piani regolatori generali* equivalem aos nossos planos diretores municipais e guardam semelhanças no que tange a sua generalidade. Os *piani particolareggiati*, por sua vez, conferem executoriedade aos primeiros, assim como no Brasil são aprovadas leis especiais que operacionalizam algumas disposições do plano diretor.

No que se refere à tutela dos bens culturais imóveis (cidades, jardins, parques, imóveis, paisagens etc, conforme art. 1º da Lei italiana n. 1497, de 29 de junho de 1939), a legislação italiana recorre aos *piani territoriali paesagistici*, que deverá ser coordenado com os *piani regolatori generale*, mas não lhes integram (art. 12 da Lei n. 1497/39).

6. A estrutura do planejamento urbanístico na Suíça

Na Suíça²¹²², o planejamento territorial segue a lógica confederativa implantada naquele país. A normativa geral de âmbito nacional do direito urbanístico é a Lei de 22 de junho de 1979, conhecida

²¹²² Sobre o urbanismo na Suíça conferir: MOOR, Pierre. Les voies de droit fédérales dans l'aménagement du territoire. In: Travaux de la Journée d'étude. **L'Aménagement du Territoire en Droit Fédéral et Cantonal**, 1989, Lausanne. Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de L'Université de Lausanne, 1990. p. 163-187; RANDT, Eric. Les Plans. In: Travaux de la Journée d'étude. **L'Aménagement du Territoire en Droit Fédéral et Cantonal**, 1989, Lausanne. Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de L'Université de Lausanne, 1990. p. 17-88; ZEN-RUFFINEN, Piermarco. L'équipement des terrains en zone à bâtir. La priorité du droit public et les rapports entre le droit public fédéral, cantonal et communal. **Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire**, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne, p. 789-803, 2005. DONZEL, Valérie; FLUCKIGER, Alexandre. Le droit de l'urbanisme en Suisse. **L'annuaire français du droit de**

como *Loi Fédérale sur l'aménagement du territoire* (LAT). A LAT é uma *Loi-Cadre*, o que significa dizer que apenas coloca os princípios gerais destinados a delimitar a política de planejamento territorial na Suíça. Os Cantões, por sua vez, estão encarregados de observar os referidos princípios e estabelecer um sistema de planejamento especial no território que lhes é submetido. Os princípios que regem o urbanismo na Suíça podem ser resumidos em três: 1) o princípio da utilização judiciosa do solo e da ocupação racional do território (art. 1º, LAT); 2) o princípio do triplo nível de competências e, portanto, de um ordenamento territorial de tipo federalista (art. 2º, LAT); 3) o princípio dos instrumentos essenciais de ordenamento do território (art. 6º e ss, LAT)²¹²³.

A estrutura federativa suíça é caracterizada por três níveis de governo: um Estado Federal (*la Confédération*), os Estados-federativos (*les Cantons*) e um terceiro nível local (*les Communes*). A repartição de competência entre a Confederação e os Cantões é dominada pelo princípio da subsidiariedade²¹²⁴ e quanto aos Cantões e as Comunas, aqueles determinam quais são os domínios de competência destas, devendo ser assegurada uma “margem de manobra suficiente às coletividades inferiores” (art. 2, LAT). Vejamos como se opera a distribuição de competências e, por fim, qual o instrumento planejador suíço que equivale aos nossos Planos Diretores.

Em matéria de urbanismo, a *Confederação*, obedecendo o disposto no art. 22, alínea “1” da Constituição Suíça, dita princípios aplicáveis aos instrumentos de planificação com um objetivo de coordenar os esforços dos Cantões e, sobretudo, colaborar com estes e incentivá-los. Considerando que a matéria segue um princípio do triplo nível de competência, cada nível institucional deverá editar atos de planificação na medida de seus interesses, mas é visível que o sistema suíço favorece a autonomia dos Cantões, tendo grandes dificuldades na coordenação dos sistemas de gestão territorial que cada um deles representa. A competência federal, como já mencionado, deve se limitar a princípios e orientações gerais acerca dos instrumentos urbanísticos, não descendo a detalhes, mantendo-se geral e abstrata. Há, entretanto, uma exceção a esse princípio. A Confederação, na medida em que um tema ou interesse é de tal relevância que necessite uma regulamentação em âmbito federal, poderá ir além dos princípios e adotar prescrições precisas e detalhadas que serão impostas às coletividades públicas inferiores²¹²⁵. A Confederação poderá também estabelecer *planos setoriais* (art. 13, LAT) e terá obrigação de adotar instrumentos planejadores nos domínios que lhes são inerentes, como, por exemplo, para a ampliação ou criação de caminhos de ferro ou autoestradas.

No que tange aos Cantões, estes deverão atender aos princípios anunciados pela Confederação e colocar em prática a ordenação do território (art. 22, Constituição suíça). Cada Cantão deverá adotar uma regulamentação para aplicação da Lei Federal, e ali serão definidas as prescrições relativas aos instrumentos de planificação, quais sejam, os *planos diretores* e os *planos de afetação*, bem como estabelecer as regras sobre as autorizações para construir. A cada Cantão corresponderá uma Lei de Ordenamento Territorial e no bojo destas estará estabelecida também a matéria de polícia das construções. Existem, então, na Suíça, 26 legislações cantonais e, portanto, 26 maneiras particulares de tratar a política urbana. A legislação é bastante heterogênea em relação à determinação das competências no domínio do urbanismo que poderá ser mais ou menos concentrado na

l'urbanisme et de l'habitat, Paris, n. 3, p. 571-599, 1999; BOVAY, Benoît. Propositions pour une nouvelle loi fédérale sur l'aménagement du territoire. **Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire**, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne, p. 653-665, 2005; FAVRE, Anne-Christine. L'examen des variantes d'un projet en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement – entre opportunité et légalité. **Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire**, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne, p. 687-703, 2005; CAVIN, Joelle Salomon. La Suisse Urbaine: entre ubiquité et absence, **Espaces Temps.net**, Textuel : <<http://espacestems.net/document708.html>>, consultado em 20, de agosto de 2007; FLÜCKIGER, Alexandre. L'évolution du droit de l'urbanisme en Suisse en 2003 et 2004. **L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat**, Paris, n. 9, p. 771-782, 2005.

²¹²³ Além da Lei Federal sobre o ordenamento territorial, convém mencionar que o Conselho Federal adotou a *ordonnance du 2 octobre 1989 sur l'aménagement du territoire* (OAT), cujo objeto principal é precisar os princípios e os instrumentos tais como definidos pela Lei Federal (LAT). Cf. DONZEL, Valérie; FLUCKIGER, Alexandre. Le droit de l'urbanisme en Suisse. **L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat**, Paris, n. 3, p. 571-599, 1999.

²¹²⁴ Artigo 3º da Constituição Suíça dispõe: “Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération.” Disponível em: <www.parlament.ch>. Acesso em: 10 nov. 2009.

²¹²⁵ É o caso que a Lei Federal regulamenta de maneira precisa a questão das construções fora de zonas construtíveis, de construções que só serão excepcionalmente autorizadas (art. 24, LAT).

administração cantonal, ainda que as comunas tenham assegurada uma relativa autonomia na matéria (art. 2, “3”, LAT).

Os Cantões são obrigados a elaborar um *Plano Diretor Cantonal* (art. 6, LAT) estando a cargo destes determinar se a elaboração dos *planos de Afetação* é também de sua competência ou de competência das Comunas (art. 25, LAT).

A dimensão da competência das Comunas, como visto, dependerá da autonomia reconhecida por cada Cantão. Essa autonomia não escapa, entretanto, do controle e da coordenação dos Cantões, que, em regra, impõem um regime de aprovação dos planos diretores comunais, dos planos de afetação e da polícia das construções que, por ventura, as autoridades locais sejam competentes para elaborar.

O Plano Diretor Cantonal (art. 6, ss, LAT) é, portanto, o instrumento planificador de referência. Não há um plano nacional central. Os planos diretores são elaborados a partir de estudos preliminares de base e devem estabelecer as principais linhas do ordenamento territorial, como, por exemplo, as regiões que se dedicarão à agricultura, aquelas que se distinguem por seu caráter incomum de beleza (paisagens), funções ecológicas, culturais e de desenvolvimento urbano, transportes e comunicações, entre outros. As definições do plano cantonal observarão, em todo caso, os programas de desenvolvimento federal estabelecidos pela Confederação, bem como os planos cantonais vizinhos, evitando-se com isso conflitos e incongruências.

Os planos diretores cantonais possuem uma parte programática e outra operacional (art. 8, LAT), que estabelecem onde e como as atividades serão desenvolvidas. A participação popular é também garantida na elaboração dos planos cantonais (art. 4, LAT). O plano adotado é, em seguida, submetido à aprovação do Conselho Federal, que visa a verificar a coordenação do plano cantonal com as prescrições federais e com os planos cantonais vizinhos (art. 11, “1”, LAT).

Os planos diretores cantonais não possuem eficácia plurisubjetiva. Eles são obrigatórios para as autoridades, mas não para os particulares (art. 9, “1”, LAT).

Os *planos de afetação*, por sua vez, são tradicionalmente de competência das comunas e qualificam o uso do solo. É através deles que se regulamentará o modo de utilização do solo (art. 14, LAT), onde se definirá precisamente e de maneira imperativa as faculdades de utilização do solo em um ou vários perímetros determinados. A afetação das parcelas, os volumes, a densidade, a dimensão, o estilo, as distâncias a observar entre as construções e a finalidade dos projetos admissíveis são precisados. O plano de afetação se compõe de um mapa que divide o perímetro em diferentes zonas assim que de uma parte regulamentar que define o estatuto aplicável a cada zona delimitada. A eficácia dos planos de afetação é plurisubjetiva, atingindo, portanto, não somente as autoridades, mas também os particulares. Os planos de afetação devem observar o conteúdo mínimo determinado na Lei Federal em seu artigo 15 e ss (LAT), de maneira que se estabeleçam, no mínimo, as zonas construtíveis ou urbanizáveis (art. 15, LAT), as zonas agrícolas (art. 16, LAT) e as zonas a proteger (art. 17). Dentre elas, o que nos interessa destacar são as zonas a proteger, que englobam aspectos ambientais e culturais da cidade. É possível identificar nos planos de afetação zonas a proteger que se caracterizam por

cursos de água, lagos, rios, paisagens de beleza particular, paisagens de grande interesse para as ciências naturais ou de grande valor enquanto que elementos do patrimônio cultural, localidades típicas, lugares históricos, monumentos naturais e culturais, assim como a biota de animais e plantas dignos de proteger (art. 17, “1”, LAT).

A proteção dos monumentos e conjuntos construídos é objeto do direito urbanístico suíço. Segundo o Tribunal Federal suíço, “a proteção eficaz de um monumento ou de um conjunto arquitetônico de valor não é impensável sem uma proteção simultânea de seu entorno”²¹²⁶.

²¹²⁶ Cf. BRANDT, E. (et al.) *L’aménagement du Territoire em Droit Fédéral et Cantonal*. Lausanne: CEDIDAC, 1990. p.73.

O sistema jurídico suíço é, portanto, particular no que concerne à planificação territorial, mas consideramos destacável o plano de afetação, que corresponde ao zoneamento em nosso ordenamento jurídico, instrumento inserido no contexto dos planos locais de urbanismo brasileiros. A diferença mais sensível está na autonomia política que os entes locais brasileiros detêm em comparação com os mesmos entes suíços. Por outro lado, é possível identificar ali, em âmbito local, um poder reconhecido para a salvaguarda dos bens culturais imóveis, assim como se reconhece na legislação brasileira.

7. A estrutura do planejamento urbanístico na Alemanha

As bases para a interpretação da prática da planificação territorial na Alemanha se encontram em sua Lei Fundamental, a Constituição da República Federativa da Alemanha²¹²⁷.

O princípio da estrutura do Estado e dos Direitos Fundamentais está disposto, principalmente, nos seguintes artigos²¹²⁸:

- *O princípio federal*: (1) “A República Federal da Alemanha é um estado Federal Democrático e Social” (art. 20, al. 1);
- *O princípio do Estado de Direito*: (3) “O poder legislativo fundamenta-se na ordem constitucional, os poderes executivo e judiciário fundamentam-se na lei e no direito” (art. 20, al. 3);
- *A garantia constitucional da livre administração das comunas*: (2) “Às comunas deve ser garantido o direito de regulamentar, sob sua própria responsabilidade, todos os interesses da comunidade local, no contexto das leis. Os agrupamentos de comunas possuem igualmente o direito de auto-administração no contexto de suas atribuições legais e nas condições definidas na lei. A garantia de auto-administração engloba igualmente as bases da autonomia financeira; essas bases compreendem um recurso fiscal que retorna às comunas, assentado sobre o potencial econômico sobre o qual as mesmas podem fixar a taxa de percepção” (art. 28, al. 2);
- *A garantia da propriedade*: “(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seu conteúdo e limites são fixados pelas leis. (2) Propriedade obriga. Seu uso deve contribuir ao mesmo tempo ao bem da coletividade. (3) A expropriação não é permitida salvo em vista ao bem da coletividade. Ela só pode ser operada pela lei ou em virtude de uma lei que fixa o modo e a medida da indenização. A indenização deve ser determinada de maneira que equipare os interesses da coletividade e aqueles das partes interessadas. Em caso de litígio sobre o montante da indenização, os tribunais ordinários são competentes para a solução da lide” (art. 14, al. 1, 2 e 3);
- *A garantia do recurso jurisdicional*: “(4) Todo aquele que for lesado em seus direitos pelo poder público dispõe de um recurso jurisdicional. Quando nenhuma outra jurisdição for competente, o recurso é apresentado diante da jurisdição ordinária” (art. 19, al. 4).

Tendo em vista os princípios constitucionais mencionados, é possível intuir a estrutura do planejamento territorial alemão. Sendo a Alemanha um Estado de estrutura federal, é natural que coexistam vários níveis de poder territorial, o que também repercute no tratamento do solo.

As regras gerais do urbanismo alemão estão reguladas no Código de Urbanismo (*Baugesetzbuch* ou BauGB 98) e na Lei de Ordenamento Territorial (*Raumordnungsgesetz* – ROG)²¹²⁹.

²¹²⁷ Cf. DAVID, Carl-Heinz. Le droit de l’urbanisme em Allemagne. *L’annuaire français du droit de l’urbanisme et de l’habitat*, Paris, n. 2, p. 399-431, 1998.

²¹²⁸ Cf. Os artigos da Constituição alemã foram livremente traduzidos pela autora do francês. Disponível em: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

²¹²⁹ Lei de Ordenamento do Território alemã de 18 de agosto de 1997, e Código de Urbanismo, Lei de 27 de agosto de 1997. Segundo a doutrina, o direito do ordenamento do território na Alemanha não se distingue nitidamente do direito do

Da análise desses documentos, é possível verificar planos nacionais (*Bundesplanung*) e estaduais, sendo que dentre estes existem os planos que abrangem toda a área dos *Länder* (*Landesplanung*) ou apenas uma parte deles (*Regionalplanung*)²¹³¹.

Para além dos planos globais citados (sem eficácia plurisubjetiva), podem ainda ser elaborados pelos referidos entes de governo (União Federal e Estados) *instrumentos de planeamento setorial*, os *Bundesfernstrassenplanung*. Trata-se de um planeamento de caráter supramunicipal que estabelece normas gerais a que os municípios estão submetidos.

É, entretanto, no âmbito local onde se inscrevem os planos municipais (*Planungshoeit*) que se revelam os instrumentos de planeamento mais relevantes (definem a ocupação, o uso e a transformação do solo propriamente).

O BauGB fixa o regime de planificação urbana e disponibiliza dois tipos de documentos ou instrumentos de urbanismo: o *plano de utilização de superfícies* (*Flächennutzungsplan, F-Plan*), que cobre o espaço mais vasto da comuna e não tem eficácia plurisubjetiva, e o *plano de construção* ou de construtibilidade (*Bebauungsplan, B-Plan*), aplicável a territórios mais restritos e com efeito direto sobre as propriedades²¹³².

O *F-Plan* possui alguma semelhança com os planos diretores municipais brasileiros, notadamente porque cobre o território integral da comuna (às vezes, porém excepcionalmente, territórios de várias comunas). Os *F-Plans*, entretanto, são planos de afetação do uso do solo, determinando as zonas construtíveis e sua destinação (habitação, indústria etc), localizando as vias de circulação e seus equipamentos, zoneamento em geral, onde se identificam os espaços com vocação rural, florestal, os espaços verdes etc. São estabelecidos pelas comunas ou por um sindicato de planificação. Eles têm efeitos apenas para os órgãos da administração comunal e constituem atos preparatórios, servindo de referência para a elaboração dos planos de construção (*B-Plans*), estes sim, com eficácia plurisubjetiva²¹³³.

Os planos de construção têm por objeto desenvolver os *F-Plans* que existem na maior parte das comunas na Alemanha do Oeste²¹³⁴ e com os quais devem ser compatíveis. Enquanto os *F-Plans* são totalizantes (concernem a todo o território da comuna), os *B-Plans* regulamentam setores geográficos limitados, correspondendo a uma ilha ou a um pequeno grupo de ilhas do território. Seu conteúdo é muito detalhado e determina de maneira precisa as implantações e a forma das construções, assim como sua afetação por nível (superfícies consagradas à moradia social, à habitação familiar, ao comércio etc). Uma cidade poderá ter dezenas, talvez até centenas, de *B-Plans*. As construções são submetidas a licenciamento e só podem ser autorizadas quando coordenadas com o interesse público definido nos instrumentos de planeamento local.

urbanismo, como ocorre na França ou em Portugal. Naquele país há, ao contrário, do ponto de vista dos instrumentos utilizados para disciplinar o uso do solo, uma relevante continuidade entre o direito do ordenamento do território e o direito do urbanismo, sendo este último inserido em um “código da construção”, o que denota que aquele direito jamais se distanciou completamente das normativas privadas da construção. Deteremo-nos, entretanto, aos instrumentos locais de urbanismo, o que necessariamente está regulado pelo Código de Urbanismo Alemão. Cf. **Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Traduction par Anne Cathaly-Stelkens. Paris: LES CAHIERS DU GRIDAUH, n. 8, 2003.

²¹³⁰ Para uma evolução histórica do direito do urbanismo alemão: DAVID, Carl-Heinz. Le droit de l'urbanisme en Allemagne. *L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, n. 2, p. 399-431, 1998.

²¹³¹ Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. Urbanismo Comparado: O Paradigma do Modelo Alemão. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, n. 8, p.79-97, outubro-dezembro, 2004.

²¹³² O direito do urbanismo é competência do *Bund*, enquanto o direito da construção é de competência dos *Länder*. Cf. ROSSI, Mathias. Les principales évolutions Du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2003 et 2004. In: **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, p. 691-701, 2005.

²¹³³ Cf. **Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Traduction par Anne Cathaly-Stelkens. Paris: LES CAHIERS DU GRIDAUH, n. 8, 2003. p. 26 e ss.

²¹³⁴ O Código alemão não estabelece um critério claro para a obrigatoriedade da elaboração dos planos diretores municipais. No §3 diz que “as comunas devem elaborar os planos diretores de urbanismo desde que e na medida em que estes são necessários para o desenvolvimento e ordenamento urbanos”. Apesar da imprecisão legislativa, a maior parte das comunas possui seus planos (tradução livre da autora). Cf. **Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Traduction par Anne Cathaly-Stelkens. Paris: LES CAHIERS DU GRIDAUH. n. 8, 2003. p. 63.

Os planos diretores de urbanismo alemão (*F-Plan* e *B-Plan*) devem, por outro lado, garantir um “desenvolvimento urbano sustentável e uma utilização do solo com vistas à justiça social e ao interesse da coletividade, contribuindo para assegurar um ambiente conforme a dignidade da pessoa humana e a proteger os fundamentos naturais da vida” (BauGB, §1.5).

Um dos elementos que garantirá a concretização desse princípio reside na salvaguarda do patrimônio cultural imóvel. É o que se depreende do §1º, (5), 4 e 5. Em resumo, segundo o BauGB, os planos diretores (*F-Plan* e *B-Plan*) devem ter em conta, inafastavelmente, “os interesses da proteção e da manutenção dos monumentos históricos assim como os quarteirões, vias e praças que apresentem um interesse histórico, artístico ou urbanístico merecedores de conservação”²¹³⁵.

Nesse sentido, o Código prevê as zonas de conservação (*Erhaltungssatzung*), criadas em 1976 e regidas pelos parágrafos 172 a 174 atuais do Código. A zona de conservação tem por finalidade assegurar a manutenção do caráter particular de um quarteirão ou de um setor construído determinado, seja por seu relevante interesse cultural ou por razões urbanísticas e sociais. A comuna institui o perímetro de conservação, o que representa um poder local relevante para a salvaguarda do patrimônio cultural. A partir da delimitação da zona de conservação, os proprietários ou detentores dos bens envolvidos submetem-se a um regime diverso dos demais, devendo declarar as modificações que queiram realizar, bem como a cessão ou locação dos imóveis.

8. A estrutura do planejamento urbanístico na Espanha

A Espanha é um país de regime monárquico-constitucionalista, dividida em 17 Comunidades Autônomas e mais de oito mil municípios²¹³⁶.

A Constituição do país define os contornos gerais do direito de propriedade e do ordenamento do solo, reconhecendo uma relação indissociável entre eles. Ao Estado cabe o dever de elaborar a Lei de Aplicação Nacional, onde se estabelece o regime jurídico geral da propriedade do solo com as bases para o planejamento urbanístico a ser estabelecido pelas Comunidades Autônomas e, concretamente, pelos municípios²¹³⁷.

Pode-se dizer que, como no regime italiano e nos demais regimes analisados até aqui, o sistema espanhol também segue uma ordem escalonária das normas a partir da Constituição, obedecendo ao princípio da hierarquia normativa (art. 9.3 da CE).

A Constituição estabelece os princípios que obrigam a todos os entes de governo responsáveis pelo planejamento territorial. É de se observar, portanto, na medida em que se qualifica o uso do solo e que se estabelecem limites à propriedade imóvel, os direitos a que todos possuem

de conseguir e desfrutar de uma vivenda digna e adequada (art. 47.1, CE); de conseguir uma melhoria da qualidade de vida (art. 45.2. CE). É nesse sentido que a Constituição de 1978 se ocupa da regularização dos usos do solo, reconhecendo competências concorrentes para sua realização, em artigos dedicados à efetividade de “uma política de utilização racional dos recursos naturais e culturais, em particular o território, o solo e o patrimônio urbano e arquitetônico que são o suporte, objeto e cenário necessário daquelas (competências) ao serviço da qualidade de vida”²¹³⁸²¹³⁹.

²¹³⁵ Texto traduzido livremente pela autora do francês In: **Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Traduction par Anne Cathaly-Stelkens. Paris: LES CAHIERS DU GRIDAUH, n. 8, 2003. p. 64.

²¹³⁶ Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo; CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 180.

²¹³⁷ Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo; CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 180.

²¹³⁸ Trata-se do “bloco normativo ambiental” formado pelos artigos 45 a 47, citado no preâmbulo, Parágrafo I, da Lei de 18 de mayo de 2007. Cf. Ley Del Suelo de 2007. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/10701>. Acesso em: 27 nov. 2009.

Também a CE reconhece o direito de propriedade e a condiciona a uma função social (art. 33,1, 2).

A função social, por sua vez, encerra direitos e também deveres, condicionando o uso das propriedades a fins sociais definidos no planejamento. Sob os ares do conceito espanhol de função social estabelecem-se princípios que influenciam todo o sistema de planejamento daquele país. Trata-se da participação da comunidade nas mais-valias geradas por investimentos urbanísticos públicos (art. 47, 2) e o planejamento coordenado, que busca evitar distorções do uso dos imóveis e especulação imobiliária.

Em atendimento à norma fundamental, o Estado Espanhol aprovou a nova *Ley Del Suelo* em 28 de maio de 2007²¹⁴⁰, onde dita o regime geral da propriedade imóvel na Espanha²¹⁴¹ a ser observado pela legislação urbanística regional (das comunidades autônomas) e local (municípios).

Para além dos contornos do direito de propriedade, ficam estabelecidos ali princípios gerais para a política urbana do país, fundada em um direito de propriedade permeado por faculdades e deveres, o que se amplia até o sentido de garantir uma distribuição equitativa de benefícios e encargos da urbanização. O processo de planejamento, por sua vez, deverá obedecer a referências mínimas de transparência e participação cidadãs (art. 4º, “e”; art. 11), atendendo a um urbanismo multifuncional, que engloba interesses econômicos e ambientais em prol da qualidade de vida. A nova lei elege princípios como o desenvolvimento sustentável (art. 2º) e o direito à moradia adequada e acessível (art. 4º, “a”), chegando a determinar que as Comunidades Autônomas reservem 30% do território às construções residenciais (art. 10, “b”), garantindo o uso democrático dos imóveis que compõem o solo e contendo a especulação imobiliária (art. 10º, “a”).

A autonomia das Comunidades é, por outro lado, relevante em matéria de direito urbanístico (art. 148, 1, 3º, CE). Depois das sentenças de 1997 e de 2001 promulgadas pelo Tribunal Constitucional da Espanha, o sistema de planificação foi definitivamente reconhecido em sede regional e local, restando ao governo central a tarefa de promover normas gerais, ainda que conserve a competência para elaboração de alguns planos nacionais e setoriais²¹⁴².

²¹³⁹ A noção de patrimônio cultural na Espanha equivale à já consagrada na Itália pela Comissão Francheschini e que se configura como todo “testemunho material dotado de um valor de civilização e que pretende abarcar o tratamento de todos aqueles bens que se pode afirmar que são testemunhos da expressão humana no decurso do tempo”. Cf. MUNAR BERNAT, Pedro A. Los Monumentos Históricos. In: ALMAGRO-GORBEA, Martín; PAU, Antonio (Dir.). **La Protección Jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico**. Madrid: Fundación Beneficencia e Peritia Iuris, 2005. p. 35-55.

²¹⁴⁰ Diversas normas esparsas referiam-se ao uso do solo na Espanha a partir do início do século XX. A primeira Lei do Solo, inteiramente dedicada à ordenação do território foi aprovada em 1956, sendo considerada o marco do direito urbanístico naquele país. A Lei de 1956 foi revista em várias ocasiões (1975, 1976, 1990, 1992, 1997 e 1998) até chegar-se a atualidade, com a nova Lei de 2007. Para avaliar a evolução histórica do direito urbanístico na Espanha, recomendamos: a leitura do Preâmbulo da *Ley Del Suelo* de 18 de maio de 2007. GARCÍA de ENTERRIA, E.; PAREJO ALFONSO, L. **Lecciones de derecho urbanístico**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981 e GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Comentarios a la Ley sobre Régimen Del Suelo y Valoraciones**. Ley 6/1998, de 13 de abril. Madrid: Civitas, 1998 e CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. **Introducción al Derecho Urbanístico**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1993.

²¹⁴¹ A Lei do Solo, ainda que não assuma expressamente a regulamentação do planejamento urbanístico, determina o conteúdo da normativa produzida no âmbito autonômico (das comunidades autônomas) e, com isso, interfere no planejamento urbano de todo o país. É nesse sentido que a nova lei pode ser considerada como parâmetro e diretriz para a elaboração das normas urbanísticas e os fins que anuncia, como: garantir solo para habitação; desenvolvimento territorial e urbano sustentável; fomento da eficiência dos mercados do solo e o combate à especulação imobiliária; participação cidadã nas tomadas de decisão urbanística deverão ser tomados como regras gerais de urbanismo. Cf. ÉNERIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la Ley del suelo**. Ley 8/2007, de 28 de Mayo. Madrid: Thomson, 2008. p. 546. Cf. ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. **Manual de Derecho Urbanístico**. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Granada: Comares/urbanismo, 2005. p. 83.

²¹⁴² “Sobre a repartição competencial entre o Estado e as Comunidades Autônomas, em matéria de urbanismo, existe uma ampla e consolidada doutrina constitucional, cujo teor reconhece que as Comunidades Autônomas são titulares de competências exclusivas sobre urbanismo, podendo fixar suas próprias políticas de ordenação da cidade e se servir para isso das técnicas jurídicas que considerem mais adequadas; entretanto, esta competência autonômica em matéria de urbanismo há de coexistir com aquelas que o Estado ostenta em virtude do art. 149, 1, CE (além do apartado I, os apartados 8, 13, 18 e 23), cujo exercício pode condicionar, licitamente, a competência das Comunidades Autônomas sobre o mencionado setor material (SSTC 61/1997, de 20 de Março, F. 6, e 164, de 11 de Julho, F. 4)”. Tradução livre da autora. Cf. ÉNERIZ OLAECHEA,

A *Ley del Suelo* de maio de 2007 atende à determinação constitucional e orienta a conformação do direito de propriedade no país, mas caberá às comunidades autônomas o exercício da competência exclusiva para legislar em matéria de planejamento territorial e urbanístico²¹⁴³, o que significa dizer que o planejamento se concretizará naquela instância de governo e no âmbito local.

A planificação integral com âmbito nacional não é, portanto, possível na Espanha, sob pena de invasão de competências exclusivas. Exceções são reconhecidas quanto à possibilidade de existência de alguns instrumentos de planificação setorial, como são o plano diretor de infraestruturas, plano hidrológico nacional etc²¹⁴⁴.

O planejamento territorial de âmbito nacional, autonômico ou subautonômico e local está geralmente constituído pelos seguintes instrumentos:

- 1) Conforme a legislação do Estado e de caráter suplementar:
 - a) *Planos directores territoriais de coordenação*: âmbito regional ou subregional, de existência limitada, visto que a maior parte das comunidades autônomas rejeitam a elaboração de tais planos, estabelecendo instrumentos próprios de planejamento territorial.
- 2) Conforme a legislação de cada comunidade Autônoma:
 - a) *Planos territoriais gerais*: cobrem a totalidade do território autonômico;
 - b) *Planos territoriais parciais*: os que cobrem parcialmente o território e que recebem denominações diversas em cada comunidade autônoma.

No que se refere ao planejamento urbanístico no âmbito municipal, são as Leis das Comunidades Autônomas que o delineiam, estabelecendo as referências para o exercício do planejamento local (a CE estabelece a autonomia municipal nos artigos 137 e 140)²¹⁴⁵.

Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la Ley del suelo**. Ley 8/2007, de 28 de Mayo. Madrid: Thomson, 2008. p. 548.

²¹⁴³ As legislações produzidas pelas Comunidades Autônomas na Espanha guardam alguma semelhança entre elas, mas são independentes. Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo. CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 192.

²¹⁴⁴ A Ley Del Suelo de 2007 toma o cuidado de não mencionar o planejamento expressamente, tentando com isso evitar novas sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, visto a competência exclusiva das Comunidades Autônomas para tratar do tema. Ocorre que a ausência da declaração expressa do planejamento não significa que a norma seja omissa ou inócua na matéria. A LS/07 opta por substituir a menção declarada do plano por expressões mais amplas ou genéricas que englobam a noção de planejamento e cobrem uma funcionalidade similar, com termos como “ordenación territorial y urbanística” ou “instrumentos de ordenación territorial y urbanística”. Com a primeira de tais denominações se tece a funcionalidade ordenadora do plano: o papel essencial do planejamento no urbanismo, suas funções como organizador e definidor do uso do solo e delimitador do direito de propriedade urbana e o conceito estatutário desta (arts. 2.2, último parágrafo, y 3.1.). A lei, com a expressão “instrumentos de ordenación urbanística”, alude ao planejamento urbanístico: as faculdades do direito de propriedade do solo alcançarão o limite aéreo e subsolo até onde determinem os “instrumentos de ordenación urbanística”. Cf. ÉNERIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la Ley del suelo**. Ley 8/2007, de 28 de Mayo. Madrid: Thomson, 2008. p. 561-562.

²¹⁴⁵ Segundo o Tribunal Constitucional Espanhol, a autonomia local se configura como uma garantia institucional dos elementos essenciais do núcleo primário do autogoverno dos entes locais territoriais, núcleo que deve necessariamente ser respeitado pelo legislador (estatal ou autonômico, geral ou setorial) para que ditas administrações sejam reconhecíveis enquanto entes dotados de autogoverno (SSTC 32/1981, 214/1989, 109/1998, de 21 de maio e 159/2001, de 5 de julho). Na Espanha, a Lei Reguladora das Bases do Regime Local (Lei 7/1985 de 2 de abril) estabelece um sistema de competências locais (arts. 63 a 67) garantindo ao município o direito a intervir em quantos assuntos afetem diretamente o círculo de seus interesses com atribuição das competências que procedam em atenção às características da atividade pública e a capacidade de gestão, bem como os princípios da descentralização e proximidade (art. 2.1). Nesse sentido, o artigo 25.2 da LBRL dispõe que o Município exercerá em todo caso competências nos termos da legislação do Estado e das comunidades autônomas, em matéria de ordenação, gestão, execução e disciplina urbanística; promoção e gestão de vivendas, parques e jardins, pavimentação de vias públicas urbanas e conservação de caminhos e vias rurais. Assim mesmo em matérias, como o a proteção do meio ambiente e cultural, que têm estreita relação com o urbanismo. A LBRL reconhece, dessa forma, que o urbanismo está entre os assuntos de interesse dos municípios e a partir dela, a Comunidade Autônoma deverá atribuir concretamente aos seus municípios as atribuições urbanísticas que lhes cabem, observando os princípios constitucionais da autonomia municipal e os critérios fixados na LBRL. Cf. ÉNERIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la Ley del suelo**. Ley 8/2007, de 28 de Mayo. Madrid: Thomson, 2008. p. 550 e também MEILÁN GIL, José Luis. *Autonomia Local y Planeamiento Urbanístico*. **Revista de Estudios de la Administración Local**,

3) Segundo classificação doutrinária²¹⁴⁶, geralmente o planejamento urbano municipal se divide em:

- a) *Instrumentos de planejamento geral do município*: englobam a totalidade do território municipal e são, portanto, instrumentos de ordenação integral, não setorial. Estabelecem, entre outros aspectos, o modelo territorial, a estrutura geral e orgânica do território ordenado e os aspectos básicos do conteúdo do direito de propriedade do solo (classificação e qualificação do solo);
- b) *Instrumentos de planejamento de desenvolvimento*: desenvolvem ou concretizam previsões dos planos gerais, detalhando a ordenação ali estabelecida;
- c) *Outros instrumentos de planejamento*: encontram-se nesta rubrica os *Catálogos* (documentos complementares dos planos especiais que contem relações de monumentos, jardins, parques naturais ou paisagens que tenham de ser objeto de especial proteção)²¹⁴⁷, os *Estudos de Detalhe* (instrumentos de planejamento limitado) e os *Projetos de Urbanização* (instrumentos de execução do planejamento, meros projetos de obras, que ajustam as determinações dos instrumentos de planejamento a pequenas variações que a realidade impõe no momento de sua realização).

O planejamento e seus instrumentos estão hierarquicamente ordenados, não sendo possível a elaboração, por exemplo, de um plano parcial sem que previamente tenha sido aprovado um plano geral, com solo passível de urbanização, normas subsidiárias e outros instrumentos adequados conforme cada legislação autonômica determine.

Em resumo, o sistema espanhol de urbanismo desenvolve-se em três níveis (ainda que com restrições no que se refere ao âmbito nacional):

- a) *Nível Estatal*: Impossibilitado o Plano Nacional de Ordenação por sua inconstitucionalidade e nulidade declaradas pela Sentença do Tribunal constitucional n. 61/97, apenas podem realizar-se os instrumentos de planejamento nacional setorial, onde reside a competência estatal;
- b) *Nível Autonômico*: Planos e instrumentos de ordenação territorial;
- c) *Nível Municipal*: O planejamento geral urbanístico e os instrumentos de planejamento de desenvolvimento do mesmo.

Merece, entretanto, maiores desenvolvimentos o planejamento municipal espanhol, onde se concretiza a classificação e qualificação do solo.

O principal planejamento urbanístico realiza-se no âmbito municipal e o instrumento central de sua realização é o *Plan General Municipal de Ordenación Urbana*²¹⁴⁸ (existem outras

Madrid, n. 288, p. 39-56, enero-abril, 2002; VALLINA VELARDE, Juan Luis de la. Autonomia Local y Aprobación por Delegación de los Planes Generales de Urbanismo. **Revista de Estudios de la Administración Local**, Madrid, n.288, p. 11-37, enero-abril, 2002; GARCÍA DE DIEGO, Xavier García Bellido. La Excepcional Estructura del Urbanismo Español en el Contexto Europeo. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 252-253, p. 11-85, septiembre 1998 – abril 1999 e LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Urbanismo Municipal y Ordenación del Territorio. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 82, p. 207-218, abril-junio, 1994 (apesar de anteriores à Lei 8/2007, traz importantes contribuições acerca da delimitação de competências urbanísticas na Espanha).

²¹⁴⁶ Alguns apontamentos podem ser verificados em Boquera Oliver. O artigo, apesar de anterior à Lei 8/2007, traz algumas contribuições acerca dos componentes do plano de urbanismo. Cf. BOQUERA OLIVER, José María. Los componentes del Plan de Urbanismo. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 127, p. 39-58, marzo-abril, 1992.

²¹⁴⁷ Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo. CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 253.

²¹⁴⁸ O *Plan General* não é o único instrumento local de planejamento geral urbanístico local, em segundo lugar por sua importância técnico-jurídica, mas em primeiro lugar por ser o mais adotado pelos municípios espanhóis, existem as *Normas Subsidiárias de Planeamiento Municipal*. Tais normativas tendem, entretanto, a ser absorvidas pelo plano general municipal. Diversas novas leis urbanísticas produzidas por Comunidades Autônomas vêm excluindo esse instrumento. Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo; CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 211.

denominações em cidades como Galícia e Navarra – *Plan General de Ordenación Municipal e Plan Municipal*, respectivamente).

Dois são os seus aspectos-chave: I – o plano estabelece o modelo territorial que se quer para o desenvolvimento urbanístico do município, conformando a ordenação urbanística do mesmo, com diferente graduação de detalhes segundo a classe de solo de que se trate; II – o plano estabelece a classificação e qualificação do solo, de maneira que cada classe de solo tenha um regime urbanístico correspondente estabelecido em seus aspectos básicos ou de condições básicas, concretizando os aspectos definidos na *Ley del Suelo* e complementados pelas leis autônomas, no que se refere ao conteúdo da propriedade imóvel.

Os planos gerais de ordenação urbana municipais têm por objetivo elementar a ordenação urbanística integral do município que se realizará de forma distinta, na medida em que incide sobre classes de solo distintas.

Nesse ponto, cumpre um comentário acerca das disposições da *Ley del Suelo* de 2007. O Título II da nova lei contempla duas classes de solo, denominando duas situações básicas: solo urbanizado e rural. A técnica de classificação do solo urbanizável, com caráter residual característica da lei anterior, de 1998, é uma das razões apresentadas na exposição de motivos para revisar a lei, uma vez que aquela normativa fracassou e os valores do solo seguem aumentando. Na verdade, o que não se pôde comprovar foi a efetividade da técnica já que grande parte dos planos seguem sendo anteriores a Lei do Solo de 1998, o que, unido à falta de lealdade de alguns legisladores urbanísticos autonômicos, de muitos ajuntamentos ao redigir seus planos e de quase todos os governos autonômicos ao aprovar definitivamente o planejamento geral, não permitiu conseguir, de direito, um solo urbanizável amplo e abundante, como o que definia e pretendia a LS/98²¹⁴⁹.

A LS/2007 se caracteriza por estabelecer um regime parecido com o anterior de 1998 quanto à classificação do solo urbanizável, pois exige que as leis urbanísticas definam de forma restritiva o solo transformável e que o planejamento urbanístico classifique como urbanizável, tão somente o “solo necessário para satisfazer as necessidades que se justifiquem e preservar da urbanização o resto do solo rural”. Volta a ter caráter residual o solo não urbanizável e o urbanizável, somente é o que se necessite, segundo estudos de planejamento em geral. Volta-se ao regime monopolístico do solo urbanizável, técnica que já havia fracassado nas leis de 56, 76 e 92, na pretendida contenção dos preços do mercado do solo.

Alguns comentadores afirmam que uma das novidades da *Ley del Suelo* reside na redução da classificação dos solos de três para apenas duas espécies: urbano ou rural (antes havia o solo urbanizável). Entretanto, compreendemos que a definição de solo urbanizável permanece em uso, pois se trata de um elemento de previsibilidade do plano que dispõe sobre uma parte do território sobre o qual se executarão futuras operações urbanísticas²¹⁵⁰. As zonas urbanizáveis serão inevitavelmente previstas em toda municipalidade, visto a tendência ao crescimento urbano de nossos dias, ainda que de maneira mais contida e previamente justificada e sob a responsabilidade direta do Estado.

Em *solo urbano*, a execução direta do plano geral requer uma ordenação detalhada, necessitando, com isso, de uma definição pormenorizada dos diferentes usos do solo e da edificação, tipologias edificatórias e seus níveis de intensidade, assim como a determinação detalhada dos elementos da estrutura geral ou das dotações locais, correspondentes etc. Em *solo urbanizável* será necessária a aprovação dos correspondentes planos parciais dos setores em que este se divida; e, por fim, em *solos não urbanizáveis*, as medidas de proteção do território e da paisagem e de preservação respectiva, excluindo-os do processo urbanizador e edificatório²¹⁵¹.

²¹⁴⁹ É como comenta PORTO REY, Enrique. **Afección práctica de la nueva Ley del Suelo a los Instrumentos Urbanísticos**. 27 p. Disponível em: <http://www.idluam.org/files/urbanismo/Art.Porto_Rey.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2009.

²¹⁵⁰ Outro comentário encontrado na doutrina diz respeito à urbanização. Esta é de obrigação do Estado, não podendo ser terceirizada. Pode ocorrer, entretanto, a contratação de empresas privadas para a execução de obras necessárias, mediante licitação e concorrência. Cf. ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. **Manual de Derecho Urbanístico**. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Granada: Comares/urbanismo, 2005. p. 105 e ss.

²¹⁵¹ Mais detalhes sobre a classificação do solo urbano: ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. **Manual de Derecho Urbanístico**. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Granada: Comares/urbanismo, 2005. p. 105 e ss.

Em resumo, o plano geral comporta determinações gerais e específicas que enumeramos abaixo:

- 1- Determinações gerais (art. 12, 1, LS2007) ²¹⁵²:
 - a) Classifica o solo em urbano, urbanizável, não urbanizável ou rural;
 - b) Qualifica o solo estabelecendo o destino urbanístico de cada terreno e construção;
 - c) Delimita áreas de repartição de encargos e benefícios, e fixa o correspondente aproveitamento tipo (médio, unitário ou total), conforme estabeleça a legislação urbanística aplicável;
 - d) Define a estrutura geral e orgânica do território, que significa o modelo territorial da cidade, fixa sistemas gerais de comunicação, espaços livres e equipamento comunitário;
 - e) Estabelecem medidas de proteção do meio ambiente, natureza, conjuntos históricos e urbanos com independência da classe do solo em que se classifiquem os terrenos correspondentes.

- 2- Determinações específicas:
 - a) Em solo urbano estabelecem os usos e tipologias pormenorizados, assim como os equipamentos, traçados de infraestruturas, explicitamente rede viária, serviços com detalhe e uma ordem de prioridades com a fixação de prazos para sua execução;
 - b) Em solo urbanizável setorizado – solo apto a urbanizar com setores delimitados – estabelecem o desenvolvimento da estrutura geral (infraestruturas básicas e sistemas gerais), fixam usos e intensidades globais a desenvolver através dos planos parciais e determinam o traçado das redes fundamentais;
 - c) Em solo urbanizável não setorizado – solo residual – definem regras restritivas;
 - d) Em solo não urbanizável definem os efeitos de sua não formação, o conceito de núcleo de população etc.

Aspecto do planejamento local que deve ser destacado diz respeito à proteção do patrimônio cultural imóvel. Nesse sentido os planos devem atender ao preceito da *Ley del Suelo/2007*, que dispõe acerca do interesse cultural verificado no território, no art. 5º:

Todos os ciudadanos tienen el deber de: a) Respetar y contribuir a preservar el medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano, absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos por la legislación en la materia.

O patrimônio cultural imóvel estabelece uma relação indissociável com o planejamento territorial na Espanha. A planificação, como veremos, está condicionada às diversas limitações impostas pela legislação especial e, portanto, “verticais” do patrimônio cultural. Resta verificar se naquele país é possível afirmar que o planejamento pode ser via autônoma de salvaguarda para determinados monumentos ou conjuntos culturais.

Trata-se, no primeiro caso, da convergência ou coordenação de interesses e competências, que também se verifica nos outros países já mencionados. Diante de uma pluralidade de temas que hoje interessam e se inserem no urbanismo, o Estado, as Comunidades Autônomas e os Municípios, bem como seus respectivos órgãos especializados, devem recorrer a mecanismos de coordenação e colaboração entre si. É assim que temas como o meio ambiente e patrimônio cultural, de caráter transversal ou horizontal, devem impregnar todos os setores e afetam o planejamento nos diversos níveis, sendo considerados prioritários em relação aos interesses urbanísticos ²¹⁵³.

²¹⁵² Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo; CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 230.

²¹⁵³ Cf. ÉNERIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la Ley del suelo**. Ley 8/2007, de 28 de Mayo. Madrid: Thomson, 2008. p. 554-559.

No que se refere ao bem ambiental e cultural, a nova Lei é bastante explícita ao assumir o conceito de “urbanismo sustentável” ou “desenvolvimento urbanístico sustentável”, já reconhecido em doutrina e jurisprudência²¹⁵⁴.

Em regra, entretanto, caberá à autoridade urbanística elaborar planos especiais de proteção de área afetada para cada conjunto, sítio ou zona arqueológica *declarados*²¹⁵⁵ como bem de interesse cultural, segundo define a norma especial do patrimônio (art. 20 da *Ley del Patrimonio Histórico Español*, Lei 16/1985, de 25 de junho)²¹⁵⁶.

Significa dizer que a atuação urbanística (através de planos especiais) voltada à salvaguarda do patrimônio está em regra condicionada à declaração prévia de interesse cultural de imóveis isolados ou conjuntos arquitetônicos.

A ausência de tais planos especiais, entretanto, não significará também, ausência de salvaguarda. Segundo Barrero RODRIGUEZ²¹⁵⁷, a *Ley del Suelo* possui uma “vocalização de ordenação de todo o território nacional e de integração no plano dos distintos aspectos que sobre ele confluem”, oferecendo, em síntese, os instrumentos necessários para uma política de proteção das áreas históricas em conexão com as circunstâncias e problemáticas específicas de cada território em concreto, ainda que na ausência, em determinados momentos, de uma legislação especial, cuja ação poderá se concretizar com o controle das obras e dos usos a serem definidos em áreas ou objetos de interesse cultural.

Da mesma forma Alonso Ibañez comenta que encontramos instrumentos de ordenação territorial que fazem referência a construções de interesse cultural, sendo estes próprios a tutelar diretamente tais bens, atuando assim como uma ação setorial a mais. Nessa linha de atuação se encontra, por exemplo, a classificação do solo como “não urbanizável”, estabelecido no plano local de urbanismo, na medida em que a legislação (eleita pela comunidade autônoma respectiva) possibilite a delimitação dessas áreas com fundamento nos valores culturais ou naturais que apresentem²¹⁵⁸.

As afirmações dessas autoras nos levam a concluir que é possível, em hipótese, estabelecer planos especiais ou mecanismos no próprio plano (zonas não urbanizáveis) ainda que na ausência de declaração prévia do interesse cultural, o que significa dizer que o plano diretor poderá tutelar o bem cultural²¹⁵⁹.

²¹⁵⁴ Cf. RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. La integración entre urbanismo y medio ambiente: Hacia un urbanismo sostenible. Pamplona, *Revista Jurídica de Navarra*, p. 55-91, n. 42, 2006.

²¹⁵⁵ É o que se depreende do artigo 20, da Lei 16/1985, de 25 de junho: “**Artículo 20.** 1. *La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, como bienes de interés cultural, determinará la obligación para el municipio o municipios en que se encontraren de redactar un Plan especial de protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general*”.

²¹⁵⁶ Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo; CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico*. Manual para Juristas y Técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 101.

²¹⁵⁷ Tradução livre da autora. O comentário dirige-se à *Ley del Suelo* de 1989, mas pode ser reafirmada na atualidade. Cf. BARRERO RODRIGUEZ, Concepcion. *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 86.

²¹⁵⁸ Segundo a autora espanhola, as Comunidades Autônomas estão regulando em caráter geral as áreas de interesse histórico e natural, classificando os solos como não urbanizáveis. Esses solos podem ou não estar submetidos a normativas de caráter especial, o que poderá constituir legislações paralelas incidentes sobre o mesmo objeto cultural. É como ocorre em Navarra, e sua *Ley Foral 6/1987*, onde ficam definidos espaços não urbanizáveis que correspondem a entorno de bens culturais ou bens culturais propriamente ditos, já objeto de leis especiais do patrimônio cultural. Cf. ALONSO IBAÑEZ, Maria del Rosario. *Los Espacios Culturales en La Ordenación Urbanística*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 23.

²¹⁵⁹ Cumpre lembrar o comentário que já fizemos no capítulo I, da parte II, onde afirmamos que o patrimônio cultural compõe-se de ao menos três tipos de bens: a) os bens tutelados (por medidas primárias); b) os bens em vias de tutela (objeto de estudos preliminares etc) e c) os bens simplesmente valiosos, por seu valor artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico ou técnico, que não tenham sido declarados como tais através de medidas primárias ou secundárias de tutela. Os bens tutelados são aqueles que aportam uma característica extrínseca do próprio bem: a declaração administrativa (o tombamento, ou qualquer outra medida primária ou secundária de tutela). Os bens em vias de tutela, são aqueles que já foram identificados e passam por um processo de patrimonialização (classificação). Os bens valiosos são todos aqueles que possuem o valor cultural, porém não foram ainda objeto de uma tutela primária ou mesmo secundária. O

Segundo ainda, Barrero Rodriguez²¹⁶⁰, existe um assentimento generalizado de que o plano urbanístico é o mais importante dos instrumentos na consecução do direito ao meio ambiente que a Constituição consagra, afirmação perfeitamente aplicável no âmbito do patrimônio cultural, uma vez que o instrumento se revela também como “*la más eficaz de las técnicas en la lucha por la defensa de la ciudad histórica*”. Esse reconhecimento foi concretizado nas disposições da *Ley del Suelo* (LS/07, art. 5º) e é recepcionado na vigente *Ley del Patrimonio Histórico Español*²¹⁶¹.

O que ocorre naquele país e que o distingue do Brasil é que a normativa especial dedicada ao patrimônio cultural estabelece um instrumento urbanístico (plano especial), configurando os contornos de um tipo de planejamento setorial. A estrutura assemelha-se ao direito francês, onde temos os *Plans de sauvegarde et de mise en valeur* (PSMV), instrumentos tipicamente urbanísticos, visto que incidem sobre o território, estabelecidos, entretanto, segundo uma lei de direito do patrimônio cultural. O desafio dessa estratégia está em coordenar ambos os sistemas (patrimônio cultural e urbanístico). A maior parte das decisões relativas aos bens culturais acaba por envolver órgãos especializados de ambos os setores, o que dificulta a realização dos fins que ambas perseguem²¹⁶².

Outra questão diz respeito ao conflito de normas que poderá existir quando da aplicação de um plano especial no bojo do planejamento urbanístico. Por um lado, é necessário minimizar a distinção entre as normas (urbanísticas e patrimoniais), coordenando o planejamento com a política de salvaguarda do patrimônio e, por outro lado, quando diante de conflitos irremediáveis entre uma normativa e outra, aplica-se o princípio da especialidade, atribuindo-se preeminência e superioridade à legislação relativa ao patrimônio cultural sobre outras normas de distinta natureza jurídica²¹⁶³.

Dito isso, passemos ao desenvolvimento dos pontos essenciais da teoria do planejamento urbano, com vistas a esclarecer as correlações deste com a tutela do patrimônio cultural imóvel no Brasil.

reconhecimento de que esses “bens valiosos” integram o que se conceitua por patrimônio cultural fundamenta a adoção de medidas diversas dos meios primários de tutela. É assim que os bens culturais poderão ser objeto de tutela de medidas judiciais (Ação Popular e Ação Civil Pública), bem como objeto de leis diversas (leis municipais, estaduais, nacionais, de caráter urbanístico ou não). Esses aspectos são bem lembrados pela doutrina espanhola em PAU, Antonio. **Cuatro Ensayos sobre el patrimonio cultural Español**. Madrid: Centro de Estudios, 2005. p. 18 e ss.

²¹⁶⁰ Cf. BARRERO RODRIGUEZ, Concepcion. **La Ordenacion Jurídica del Patrimonio Histórico**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 394 e ss.

²¹⁶¹ A LPHE foi alterada algumas vezes até 2004, mas não na parte que se refere ao planejamento especial do patrimônio cultural imóvel (art. 20 e ss). Cf. BARRERO RODRIGUEZ, Concepcion. **La Ordenacion Jurídica del Patrimonio Histórico**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 394 e ss e Lei n. 16/1985, de 25 de junho. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l16-1985.t2.html>. Acesso em: 7 dez. 2009.

²¹⁶² Nesse sentido: ALONSO IBÁÑEZ, Maria del Rosário. **Los Espacios Culturales en La Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 25.

²¹⁶³ Assim tem caminhado a jurisprudência espanhola em decisões do Tribunal Superior daquele país, resolvendo os possíveis conflitos entre as normas de natureza patrimonial e urbanística. Segundo Abad Licerias, “la sentencia de 4 de julio de 1970 (AR. 3313), que expone un argumento esgrimido y sustentado, con posterioridad, por las sentencias de 29 de octubre de 1984 (AR. 4748) y 19 noviembre de 1991 (AR. 8898), en el sentido de reconocer la prioridad de la legislación especial de carácter cultural que tiene efectos, incluso, a la hora de evaluar el alcance de una licencia municipal en comparación con una autorización expedida por el organismo competente en la defensa y salvaguardia del patrimonio histórico, y que se traduce en la subordinación de aquélla a ésta última”. Cf. ABAD LICERAS, Jose María. **Urbanismo y Patrimonio Histórico**. Madrid: Editorial Montecorvo, 2000. p. 41.

9. Tipologia dos planos

9.1. Planos territoriais brasileiros

9.1.1. Classificação com base na eficácia jurídica

Adotando a classificação de Correia²¹⁶⁴, podemos dizer que no Brasil, assim como em Portugal, os planos territoriais são dotados de eficácia jurídica, não havendo dúvidas quanto a sua “imperatividade”²¹⁶⁵ e juridicidade²¹⁶⁶. Tal eficácia é, por outro lado, variável, na medida em que mudam os destinatários e o grau de vinculatividade de suas proposições. De acordo com a eficácia jurídica, distinguem-se os planos entre “autoplanificação, heteroplanificação e planificação plurisubjetiva”.

A *autoplanificação* abarca os planos que têm por efeitos jurídicos a vinculação dos sujeitos de direito público a quem são atribuídos os planos. A *heteroplanificação* abrange os planos que vinculam outras entidades públicas para além daquela que o elaborou e converteu em lei. Já a planificação *plurisubjetiva* engloba os planos que vinculam diretamente os particulares que utilizam os solos.

Todos os planos territoriais vinculam os sujeitos de direito público que os elaboram e os aprovam (*tu patere legem quam ipse fecisti*), visto que a administração não poderia deixar de estar ligada a regras de direito público, elaboradas ou não por esta. Significa que, “todos os planos territoriais, sem exceção, são uma manifestação da *autoplanificação*”²¹⁶⁷.

Igualmente, os diferentes tipos de planos territoriais vinculam todas as entidades públicas, sendo, por isso, uma expressão da *heteroplanificação*²¹⁶⁸.

Podemos dizer que os planos *plurisubjetivos* são aqueles produzidos no âmbito municipal, visto que os demais planos caracterizam-se por vincular entes de governo, limitando-se à orientação e coordenação dos instrumentos de planificação. Ainda que tenham efeitos indiretos, não possuem uma repercussão imediata na esfera de direitos dos particulares. Como conceitua Correia²¹⁶⁹, “os planos dotados de eficácia *plurisubjetiva* são planos que definem, eles mesmos, os modos de ocupação dos solos (planos de afetação), que servem de parâmetros à prática de atos administrativos de gestão urbanística”.

²¹⁶⁴ Nesse sentido, a doutrina portuguesa dá notável colaboração ao direito urbanístico, na medida em que a classificação de Correia sistematiza os planos de acordo com sua eficácia jurídica, não deixando dúvidas de que a pluralidade de níveis de aplicação dos planos reflete a estrutura piramidal dos planos territoriais, formada pelos planos mais específicos e de aplicação imediata em sua base (planos municipais), seguida dos planos mais gerais de âmbito supramunicipal e regional, chegando-se ao ápice com os planos nacionais de urbanismo, de aplicação geral. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O plano Urbanístico e o princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 208 e ss. E o mais recente livro, do mesmo autor, **Manual de Direito do Urbanismo**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 384.

²¹⁶⁵ Nesse aspecto discordamos do professor Silva, que afirma que “não se configura, com nitidez, aquela distinção do plano em imperativo e indicativo. O que, em regra, se verifica é que os planos urbanísticos podem ser gerais ou especiais (particularizados ou pormenorizados), e aqueles são menos vinculantes em relação aos particulares, porque são de caráter mais normativo e dependentes de instrumentos superiores de concreção, enquanto os outros vinculam mais concretamente a atividade dos particulares, mesmo nos regimes de economia de mercado”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

²¹⁶⁶ A natureza jurídica dos planos territoriais não parece gerar grandes dúvidas no sistema brasileiro onde o processo de planeamento adquire sentido jurídico na medida em que se traduz em planos urbanísticos necessariamente aprovados e materializados na forma de lei. Nesse sentido, Silva lembra que antes da aprovação dos planos por lei existe uma fase meramente preparatória que não é vinculante, que vem seguida de planos de atuação concreta, de natureza executiva e jurídica. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95 e 98.

²¹⁶⁷ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 385

²¹⁶⁸ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 385

²¹⁶⁹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 387

Interessa-nos identificar, dentre essas características, o plano diretor municipal que se produz em âmbito local (municipal) como típico plano *plurisubjetivo*, com efeitos diretos na esfera jurídica dos particulares, na medida em que conforma o direito de propriedade imóvel.

9.1.2. Classificação conforme o âmbito espacial de aplicação

O sistema urbanístico brasileiro centra-se no plano diretor urbano municipal. Entretanto, a noção de planejamento ampliou-se com a nova Constituição na medida em que o constituinte brasileiro reconheceu, caminhando ao lado das modernas cartas constitucionais ocidentais e sensibilizando-se com a crescente urbanização do país, que a intervenção urbanística nas propriedades deverá se realizar em todos os níveis de governo. Tornou-se insuperável o reconhecimento de que as questões urbanísticas tendem a envolver uma pluralidade de municípios conurbados ou, por vezes, toda uma Região, em situações ou circunstâncias tais que afetam e envolvem os interesses do Estado e, por vezes, de todo o país²¹⁷⁰.

Nesse diapasão, o próprio objeto do direito urbanístico se amplia e abrange sistematicamente todo o território, voltando-se à realização de interesses diversificados e especiais (locais, multimunicipais, metropolitanos, estaduais, regionais, nacionais). E essa realização ou materialização de interesses se consubstancia no Brasil em uma política urbana expressa em um planejamento urbanístico e econômico de vários níveis. A ampliação da competência e abrangência dos planos territoriais revela um esquema de *pianificazione a cascata*²¹⁷¹, que parte de um plano mais geral, para um plano mais específico e detalhado, de aplicação *plurisubjetiva*.

Como é de se deduzir, essa dimensão ampliada do âmbito do planejamento urbanístico dá ensejo a uma pluralidade de normativas de caráter urbanístico que ora se referem a elementos ligados ao planejamento, uso e parcelamento do solo (leis diretas ou especiais de urbanismo como é o caso do parcelamento e uso do solo e das leis gerais de urbanismo de âmbito federal e estadual como o Estatuto da Cidade e leis estaduais), ora se consubstanciam em planos, que se elaboram conforme as determinações daquelas leis, com conteúdos gerais ou específicos e que atendem a necessidades diversas, conforme seu grau de aplicabilidade²¹⁷².

Dentre essa complexa rede de normas, devemos destacar neste capítulo aquelas que se caracterizam como planos urbanísticos, fundamentados na Constituição de 1988, Carta Fundamental do país e que oferece base normativa para uma política de desenvolvimento urbano (artigos 21, IX e XX; 24, I, e § 1º, 30, VIII; e 182).

²¹⁷⁰ Sem nos atermos à verticalidade dos planos nesse momento, é pertinente lembrar 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 predeterminados. 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”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106.

²¹⁷¹ Nesse sentido é a doutrina italiana, de onde se depreende que a “urbanistica consiste nella programmazione del territorio”, na medida em que se diferencia os a) Piani territoriali di coordinamento (regionali o provinciali), dettano indirizzi di pianificazione in un contesto territoriale più ampio di quello comunale; b) Piani regolatori generali (comunali), tali strumenti pianificatori disciplinano il territorio comunale, nel suo complesso; c) Piani particolareggiati di esecuzione e piani di lottizzazione, che attuano i piani di cui sopra. Daí o conceito de “pianificazione a cascata”, de um plano mais geral a um plano mais detalhado”. Cf. PIZZULLO, Michele; SALVO, Filippo Maria. **Diritto Privato Immobiliare. Diritto Amministrativo. Diritto Urbanistico**. Libro I. Roma: Edizioni Ciesse, 2007. p. 760 e ss.

²¹⁷² Os planos gerais elaborados pela União e Estados são de aplicabilidade limitada, dirigidos em regra aos entes públicos, que devem lhes observar na medida em que elaboram seus próprios planos e normas urbanísticas. Os planos municipais são caracterizados pela sua aplicabilidade concreta, plurisubjetiva, na medida em que efetuam a conformação do direito de propriedade dos solos, conforme a ordenação territorial pretendida. A aplicabilidade setorializada se dá no Brasil na medida de sua distribuição de governos, com três níveis de atuação (União, Estados e Municípios).

Dessa feita, tentando sistematizar os planos territoriais disponíveis na ordem jurídica brasileira, utilizaremos alguns critérios de classificação e, em um primeiro momento, podemos distinguir os planos *conforme sua aplicação territorial* em: nacionais, estaduais, supramunicipais, municipais e submunicipais.

Essa classificação fundamenta-se, para além da Constituição Federal, no Estatuto da Cidade, Lei Federal n. 10.257/2001, que dispõe pela primeira vez na história da legislação urbanística brasileira acerca dos instrumentos do planejamento. Certamente, o artigo 4º da Lei Básica do Urbanismo no Brasil representa uma inovação louvável na ordem urbanística brasileira e indica extensa lista de instrumentos de planejamento e execução de política urbana donde se poderá identificar os principais tipos ou espécies de planos urbanísticos no Brasil.

Em regra, os sistemas de planejamento territorial ocidentais se organizam de forma semelhante ao Brasil, estruturando-se a partir de um plano geral elaborado pelo Estado, seguindo-se de planos regionais e, por fim, locais. É como ocorre em Portugal, onde o sistema de gestão territorial se organiza num quadro de interação e coordenação em três níveis, o âmbito nacional, o âmbito regional e o âmbito municipal (art. 2º, Decreto-Lei n. 380/99)²¹⁷³, cujos detalhes veremos a seguir.

I – Nível nacional

Em primeira ordem encontram-se os “planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 4º, I, Estatuto da Cidade)²¹⁷⁴.

O grau mais geral e que poderá ser, ao mesmo tempo, mais amplo de intervenção urbanística ocorre no nível federal, mediante planos urbanísticos nacionais, cuja elaboração e execução é de competência do Governo Federal.

Os planos urbanísticos federais, por sua vez, poderão ter uma abrangência territorial ampla, totalizando todo o território nacional, ou, ao contrário, referir-se a um território parcial, como é nos casos dos planos setoriais federais. Deve-se ter em mente, dessa forma, que o “plano urbanístico federal” indica, *a priori*, uma categoria de planos elaborados pelo Governo Federal, não querendo com isso dizer que seu âmbito territorial será, necessariamente, global ou nacional. Ao contrário, a União (Governo Federal) tem competência para estabelecer três tipos de planos urbanísticos (planos de ordenação territorial): a) o *plano urbanístico nacional*, b) os *planos urbanísticos macrorregionais* (regionais, nos termos da Constituição) e c) os *planos urbanísticos setoriais*²¹⁷⁵.

Descendo em maiores detalhes, podemos compreender, segundo Silva²¹⁷⁶, por:

- *Planos nacionais*: os que estabelecem as diretrizes e objetivos gerais do desenvolvimento urbano (da rede urbana);
- *Macrorregionais*: sob a responsabilidade de superintendências do desenvolvimento das regiões geoeconômicas do país²¹⁷⁷;

²¹⁷³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²¹⁷⁴ Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²¹⁷⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 113.

²¹⁷⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106.

²¹⁷⁷ A Constituição prevê a competência da União para elaborar e executar os planos regionais de ordenação territorial (art. 21, IX) e o Governo Federal o faz através de superintendências especiais de planejamento regional como: SUDAM (Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia, criada pela Lei n. 5.173/1966), SUDESUL (Superintendência do Desenvolvimento do Sul, criada pelo Decreto-Lei n. 301/1967) e SUDECO (Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste, criada pela Lei n.5.365/1967). A metodologia utilizada tem sido também a de cuidar dos aspectos urbanísticos da região como um capítulo do plano diretor da superintendência competente, que é um plano de desenvolvimento geral para a área. Atua-se especialmente por meio de orientação, coordenação e financiamento do planejamento urbanístico local. Não é possível dizer que existe um verdadeiro planejamento urbanístico macrorregional, porque, salvo em aspectos setoriais, como no do saneamento básico, não se tem um sistema de ordenação do território nesse nível. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121 e ss.

- *Setoriais*: ordenação territorial especial (plano de viação, plano de defesa do meio ambiente etc)²¹⁷⁸.

Dentre as três espécies de planos federais de urbanismo, cumpre destacar neste momento os primeiros, que têm repercussão em âmbito nacional.

Os planos nacionais no Brasil obtiveram um novo sentido a partir da Constituição de 1988. O artigo 21, IX da Carta Constitucional fala em “planos nacionais e regionais de ordenação do território”, de competência da União (art. 21, IX), e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) prevê entre os instrumentos da política urbana os “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 4^a, I). Apesar de ampliar o sentido dos planos nacionais, incluindo o “desenvolvimento econômico e social” no sentido dos planos daquela dimensão, o Estatuto não estabelece quaisquer outras referências acerca do plano urbanístico de incidência nacional, cuidando em maiores detalhes apenas do plano diretor municipal.

A omissão do Estatuto é suprida, mais uma vez, pela doutrina, que já elaborava e identificava as figuras dos planos nacionais antes da aprovação daquela Lei de Bases da política urbana brasileira.

Da doutrina de maior relevo e que se esforça para densificar os valores e sentidos que se podem extrair das disposições referentes aos planos nacionais de ordenamento territorial, destaca-se Silva²¹⁷⁹, para quem a terminologia adotada pelo Estatuto – “planos nacionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” – parece estar adequada aos fins a que se destinam os planos dessa categoria, ainda que não se possa verificar com clareza naquele instrumento legal a qualificação urbanística dos mesmos.

Por outro lado, a extensão dos fins perseguidos pelos planos nacionais acabam por levantar dúvidas acerca da sua natureza urbanística. Por se tratar de planos com uma aplicação de grande envergadura (todo o território nacional), suas ações acabam por estar conjugadas com estratégias de desenvolvimento econômico e social, o que poderia denotar a natureza de planos de ordenamento do território ou planos de natureza econômica e social propriamente ditos, distanciando-se de um conceito menos flexível de plano urbanístico^{2180,2181}.

O plano nacional é, por outro lado, uma obrigação da União e esta deverá implementá-lo, observando os limites de competência estabelecidos na Constituição Federal²¹⁸². Ele deverá constituir um conjunto de diretrizes gerais destinadas a instrumentar a política nacional do desenvolvimento urbano e um conjunto coerente de medidas destinadas a estabelecer a orientação geral da ordenação

²¹⁷⁸ No âmbito nacional, os planos urbanísticos são caracterizados por estabelecerem aspectos gerais da planificação urbana no país. Ocorre que há aspectos setoriais em que a atuação da União é mais concreta, porque se trata de matéria de sua alçada, como é exemplo sua competência para estabelecer o plano nacional de viação e para estabelecer e executar os planos nacionais de saúde, no que se incluem planos de defesa do meio ambiente. Sendo assim, a União poderá e deverá estabelecer planos de preservação ambiental, inserindo estes na qualificação de planos urbanísticos setoriais federais. Esse elemento aparecia no Capítulo IX do II PND, como um aspecto da política do desenvolvimento urbano. No que se refere ao plano de viação, a Constituição determina que a União deverá estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação e o objetivo dessa competência consiste em permitir o estabelecimento da infraestrutura de um sistema viário integrado, assim como as bases para planos globais de transporte que atendam, pelo menor custo, às necessidades do país. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 124 e ss.

²¹⁷⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 114.

²¹⁸⁰ Sobre as questões acerca dos planos urbanísticos x planos de ordenamento do território conferir neste trabalho o capítulo II, do título I, onde desenvolvemos a questão e nos posicionamos em maiores detalhes acerca da situação brasileira.

²¹⁸¹ Lembremos aqui da posição de Gomes, jurista português que desenvolveu alguns comentários sobre os planos nacionais urbanísticos negando-lhes a natureza urbanística. “(...) este plano não tem diretamente por objetivo a regulamentação do uso do solo e da construção, não constituindo, em rigor um plano de urbanização. As suas disposições genéricas têm essencialmente um caráter orientador e conformador das restantes figuras que integram o sistema de planejamento urbanístico (...) Neste sentido, podemos afirmar (...) que o Plano de Ordenação Nacional é um plano de planos urbanísticos.” Cf. GOMES, José Osvaldo. **Plano Diretor Municipal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 30-31.

²¹⁸² A competência para elaborar o plano federal de urbanismo indica uma obrigação para a União, mas o Município pode executar a política urbana ainda que aquele ente seja omissor. Nesse sentido, entre outros, GASPARI, Diogenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002. p. 12.

territorial do país tendo em vista os fins gerais da política urbana estabelecida na Lei de Bases em vigor (art. 2 da Lei n. 10.257/2001)²¹⁸³.

Segundo, ainda, Silva²¹⁸⁴, o último Plano Nacional de Desenvolvimento do Brasil (II PND) tinha “embutido” um verdadeiro plano nacional de urbanismo.

Naquele documento é possível identificar as funções básicas do plano urbanístico nacional que são, segundo interpretação do referido jurista brasileiro²¹⁸⁵: 1º) de diretriz e coordenação, a fim de assegurar unidade à atividade de planejamento urbanístico nos vários níveis territoriais, identificando as linhas fundamentais da ordenação do território nacional com relação às articulações territoriais de relevância geral, para a consecução do desenvolvimento harmônico dos assentamentos humanos, a tutela paisagística, ambiental e ecológica e a defesa e conservação do solo; 2º) de articular essas grandes diretrizes da ordenação do território nacional com a ordenação econômica e social do país, para a realização do bem-estar da população em geral.

Essas funções serão desempenhadas na medida em que o plano urbanístico nacional assume um conteúdo mínimo que compreenderá: 1) o *diagnóstico básico*, 2) a *estratégia geral*, 3) a *estratégia específica*, 4) *relatórios e mapas*.

O *diagnóstico básico* compreenderá, ainda, duas partes: a) a *análise retrospectiva* da situação urbana existente e b) a *análise projetiva*.

1) A *análise retrospectiva*²¹⁸⁶ identificará os principais problemas no sistema urbano brasileiro, suas causas, bem como as necessidades mais urgentes do setor. A *análise projetiva*²¹⁸⁷, por sua vez, procurará salientar os meios necessários a utilizar para solucionar aqueles problemas existentes, de acordo com diretrizes gerais do plano nacional de urbanismo (de desenvolvimento econômico e social). Indicará as soluções planejadas e os objetivos a atingir, estruturará programas e projetos destinados a alcançar esses objetivos.

2) A *estratégia geral* consiste “na ordenação dos meios e ações necessários à consecução dos objetivos gerais do planejamento urbanístico nacional à vista do levantamento feito no diagnóstico básico do sistema urbano”²¹⁸⁸.

3) As *estratégias específicas* consistem no desdobramento das diretrizes gerais, visando a conseguir objetivos específicos no nível de macrorregiões, referentes à região Norte, à região Nordeste, à região Centro-Oeste, à região Sudeste e à região Sul, definindo, para umas, a dinamização das funções urbanas, a ordenação da ocupação da orla marítima, o disciplinamento e a promoção de adequado processo de urbanização das cidades litorâneas,

²¹⁸³ Nesse sentido é o entendimento de Silva, que desenvolvemos. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106.

²¹⁸⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116.

²¹⁸⁵ Seguiremos de perto a classificação de Silva, por consideramos a de melhor verificação prática e teórica no Brasil, na atualidade. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112 e ss.

²¹⁸⁶ Da análise retrospectiva no Brasil é possível que se constate o desequilíbrio do processo de urbanização do país. De um lado, um processo de metropolização prematura; de outro, excessiva pulverização de pequenas cidades, sem número adequado de cidades médias que dê razoável equilíbrio ao conjunto, processo que gerou grandes distorções na distribuição espacial das cidades, em sua grande parte litorâneas. Daí decorre que a disponibilidade de equipamentos urbanos também se distribui desigualmente no país. A concentração urbana excessiva em São Paulo e Rio de Janeiro acarreta sérios problemas viários, superpopulação, poluição e desintegração social (marginalização, favelização etc). Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117.

²¹⁸⁷ Essa análise verificará, por exemplo, a necessidade de promover uma melhor estruturação do sistema urbano, com vista a maior eficácia das funções exercidas pelas cidades e à elevação dos padrões de urbanização e da qualidade de vida, devendo-se, para tanto: a) identificar as funções que devem ser cumpridas pelas metrópoles nacionais (Rio e São Paulo) e as que devem ser desempenhadas pelas metrópoles regionais (Porto Alegre, Curitiba, Belo Horizonte, Campinas, Santos, Salvador, Recife, Fortaleza, Belém etc); (...) d) definir pólos secundários imprescindíveis a uma política de descentralização, de âmbito nacional ou regional, com adequado aproveitamento das vantagens de aglomeração existente, seja de ordem econômica, social ou política. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

²¹⁸⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

e, para outras, a descentralização do processo produtivo-industrial, conjugada com a contenção do crescimento das grandes aglomerações urbanas etc. Enfim, são estratégias regionais que não de levar em conta a realidade de cada região geoeconômica (macrorregião), por isso seus objetivos se coadunam melhor no planejamento regional, devendo o planejamento nacional se restringir a indicações gerais do tema²¹⁸⁹.

4) As considerações anteriores compõem o *conteúdo substancial* do planejamento nacional, exemplificado com base no então II PND. Toda a realidade ali exposta está em constante mudança, devendo o novo Plano Nacional ser elaborado com base na situação existente. A situação existente e em parte relatada no planejamento será, por outro lado, necessariamente, variável, já que na medida em que o plano nacional é executado, novas realidades se manifestam e novos problemas e desafios se colocam ao planejador. Faz parte da essência do planejamento urbanístico ser um processo contínuo que clama por revisões periódicas. A par desses elementos, os *relatórios e mapas* integram o *conteúdo formal* do plano urbanístico nacional, os quais retratam em forma gráfica a situação urbana existente e a projeção das intervenções propostas, que se pretende implementar com a execução do plano propriamente dito.

Resta comentarmos acerca da natureza e da elaboração dos planos nacionais de urbanismo no Brasil. Conforme bem delinea Silva, seja como plano autônomo (modalidade ainda inédita no Brasil), seja como capítulo integrado no Plano Nacional de desenvolvimento econômico e social, o plano urbanístico nacional forma-se mediante processo complexo constituído de fases *administrativa* e *legislativa*.

A *elaboração administrativa* consiste na implementação do processo de planejamento urbanístico mediante o levantamento da situação existente, o estabelecimento de diretrizes gerais do desenvolvimento urbano pretendido, a fixação dos objetivos gerais a serem atingidos, a indicação de prioridades a serem consideradas, a indicação de recursos técnicos, a preparação de relatórios, mapas e demais aspectos gráficos indicadores da situação existente em determinado território e, por fim, o preparo do projeto de lei do plano a ser submetido ao Congresso Nacional. Não há, por outro lado, uma lei que discipline os aspectos administrativos do processo de planejamento nacional, pois o Ato Complementar n. 43/1969, que tratava do assunto, foi revogado²¹⁹⁰.

O *processo legislativo* do plano urbanístico nacional não está sujeito a regras específicas, como ocorria no sistema revogado do Ato Complementar n. 43/1969, mas é evidente que os planos urbanísticos federais, assim como os demais (Estaduais e Municipais) devem ser aprovados por lei, nos termos do art. 48, IV, da Constituição Federal em vigor e, não havendo regra especial que discipline, ficam sujeitos ao regime imposto à elaboração de leis ordinárias. Em se tratando dos planos nacionais, estes deverão observar o disposto no art. 165, §4º, da CF, segundo o qual os planos e programas nacionais, regionais e setoriais nela previstos “serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”²¹⁹¹.

Em se tratando da *execução e efeitos* do plano urbanístico nacional é de se comentar que este, uma vez que estabelece regras gerais de orientação e objetivos do desenvolvimento da rede urbana do país, terá efeitos sobretudo normativos, ou seja, não vincularão diretamente os particulares, orientando, porém, a atuação dos órgãos e das entidades administrativas federais, estaduais e municipais no desenvolvimento de suas atividades urbanísticas²¹⁹².

Não há, no momento, um plano urbanístico nacional no Brasil em vigor. As últimas iniciativas que se aproximavam desse conceito são apontadas pela doutrina como os Planos de Desenvolvimento em Geral (I PND, II e o III PNDs, através das Leis n. 6.151, de 4 de novembro de 1974, e da Resolução n. 1/79), cuja vigência já se exauriu, conforme já tratamos.

²¹⁸⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

²¹⁹⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

²¹⁹¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 120.

²¹⁹² Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 120.

Em Portugal, a política de ordenamento do território e de urbanismo de âmbito nacional se concretiza através de três instrumentos sobre os quais comentaremos a seguir, em oportunidade própria: a) o programa nacional da política de ordenamento do território, b) os planos setoriais com incidência territorial e c) os planos especiais de ordenamento do território, compreendendo os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas e os planos de ordenamento da orla costeira (art. 2º, Decreto-Lei n. 380/99)²¹⁹³.

II – Nível regional

Os planos de nível regional são aqueles designados pela Constituição Federal como de competência da União, portanto, supraestaduais, abrangentes, em regra, de área geográfica correspondente a uma região geoeconômica.

No Brasil, a opção administrativa que atende a determinação constitucional passa pela criação de Superintendências de Planejamento. Desde a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, criada pela Lei n. 3.692/1959), hoje extinta, até a SUDAM (Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia, criada pela Lei n. 5.173/1966), SUDESUL (Superintendência de Desenvolvimento do Sul, criada pelo Decreto-lei n. 301/1967) e SUDECO (Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste, criada pela Lei n. 5.365/1967), a metodologia aplicada tem sido semelhante a dos planos nacionais de desenvolvimento. O planejamento proposto é geral e abre espaço para aspectos urbanísticos da região, na forma de um capítulo do plano diretor da superintendência competente, que é um plano de desenvolvimento amplo para a área²¹⁹⁴.

A atuação é, normalmente, através de orientações, coordenação e financiamento do planejamento urbanístico local. Para atingir as metas de coordenação regional, são transferidas para as superintendências regionais de desenvolvimento as funções de acompanhamento dos planos e programas de ordenamento territorial locais²¹⁹⁵, para o que se criam departamentos de desenvolvimento local integrado, destinados a estudos e assistência técnica e financeira aos Municípios, de maneira que se promova um processo de planejamento urbanístico.

A doutrina brasileira conceitua o plano urbanístico macrorregional como “o instrumento do processo de ordenação territorial destinado a orientar a ocupação urbana do solo no nível das macrorregiões”²¹⁹⁶.

Sua função elementar será, como já mencionado, a de orientar ou redirecionar no nível macrorregional, e de acordo com as diretrizes do plano nacional, o sistema de cidades na conformidade com o desenvolvimento geral da região. Por meio desse macrorregional se coordenará o planejamento mais tipicamente urbano com o planejamento regional de maneira que a correção de distorções no nosso processo de urbanização depende fundamentalmente de uma adequada integração do planejamento urbano com o planejamento regional e destes com os critérios de localização que resultam da intervenção governamental no processo de industrialização (art. 2º, IV, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade)²¹⁹⁷.

²¹⁹³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²¹⁹⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121.

²¹⁹⁵ Nesse sentido dispõe o Decreto n. 72.775, de 11 de setembro de 1973, que dispõe sobre a estrutura básica da Superintendência do Desenvolvimento da Região Sul (SUDESUL): “III - Departamento de Desenvolvimento Local: Estudos e pesquisas sobre saneamento, desenvolvimento de comunidades, urbanismo, administração municipal e planejamento plurimunicipal”.

²¹⁹⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122.

²¹⁹⁷ “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: (...) IV – Planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.”

Os planos macrorregionais correspondem aos planos regionais de ordenamento do território de Portugal (PROTs), disciplinados no artigo 51, do Decreto-Lei n. 380/2001, Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT). Segundo aquela legislação,

os planos regionais de ordenamento do território definem a estratégia regional de desenvolvimento territorial, integrando as opções estabelecidas a nível nacional e considerando as estratégias municipais de desenvolvimento local, constituindo o quadro de referência para a elaboração dos planos municipais de ordenamento do território²¹⁹⁸.

Seus efeitos territoriais e materiais se limitam aos entes administrativos regionais, estaduais e locais da área a que se destina. O plano macrorregional é, primordialmente, um plano de efeitos diretivos e indutivos. No Brasil, a força impositiva dos planos macrorregionais ainda é relativamente pequena, uma vez que não se verifica no país um sistema de planeamento, dessa dimensão, devidamente estruturado.

III – Nível estadual

A posição intermédia entre o Município e a União confere aos Estados membros a competência para o estabelecimento de normas estaduais de urbanismo e a imposição de planos estaduais.

O legislador de cada um dos 27 Estados membros da União Federativa do Brasil deverá realizar o planeamento urbanístico que observará, por um lado, as normas e planos nacionais anunciados pela União (art. 24, I e §§) e, ao mesmo tempo, respeitará o campo de competência dos Municípios, caracterizado pelo *interesse local*, conforme a dimensão estabelecida pela Constituição Federal (art. 30, I e ss).

Não há, após a nova Constituição Federal e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001)²¹⁹⁹, qualquer dúvida acerca da competência dos Estados membros para estabelecer planos urbanísticos. Este ente possui, para além disso, expressa competência para estabelecer e instituir o planeamento urbanístico das aglomerações urbanas, microrregiões e regiões metropolitanas (art. 25, §3º, CF/88).

Resumidamente, podemos dizer que, abrangendo todo o território estadual ou parte dele, conhecemos os seguintes planos territoriais:

- *Gerais*: de ordenação do território estadual, respeitadas as diretrizes federais (art. 4º, I, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade);
- *Microrregionais*: planos destinados à ordenação do território das microrregiões e aglomerações urbanas de municípios limítrofes (art. 25, §3º, CF/88);
- *Setoriais*: defesa do meio ambiente, plano de viação estadual, respeitadas diretrizes e princípios do plano nacional de viação (art. 21, XXI, CF);
- *Metropolitanos*: planos destinados à ordenação do território das metrópoles, constituídas por aglomerações de municípios limítrofes e de influência geoeconômica mútua (art. 25, §3º, CF/88 e art. 4º, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

²¹⁹⁸ Segundo art. 51, Decreto-Lei n. 380/2001, de 22 de setembro. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 454.

²¹⁹⁹ A Constituição anterior não era clara acerca da competência concorrente dos Estados e União para legislar sobre direito urbanístico. Essa discussão chegou ao fim com o anúncio do art. 24, I da atual Carta Fundamental.

a) *Os planos estaduais territoriais gerais*

Conforme se verifica da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, caberá aos Estados o estabelecimento de leis urbanísticas (art. 24, I, CF/88) de caráter suplementar às normas federais e, paralelamente, a elaboração de seus planos territoriais gerais, microrregionais, setoriais e metropolitanos (art. 25 §3º, CF/88 e art. 4º, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

É de se notar que o Estado possui grandes desafios para a formação de um instrumentário legal que componha sua ordem urbanística. Em primeiro lugar, deve-se promover a elaboração de uma legislação urbanística estadual que estabelecerá regras de *caráter formal*, que definem os procedimentos para a elaboração dos planos estaduais, e regras de *caráter material*, que definem as diretrizes do desenvolvimento urbano de maneira particularizada, com vistas ao atendimento às demandas de cada território estadual. Em seguida, o Estado deverá organizar-se administrativamente a fim de promover processos de planejamento, que darão origem aos planos territoriais e executá-los, concretizando as propostas ali elaboradas.

A legislação federal de bases da política urbana, por sua vez, não estabelece maiores detalhes no que se refere ao planejamento estadual, deixando, com isso, amplo espaço para o legislador estadual, que detém competência complementar na matéria (art. 24, I, CF/88).

Os planos estaduais territoriais gerais deverão consistir, por outro lado, em instrumentos de planejamento com objetivos gerais, envolvendo aspectos diversos dos municípios que compõem seu território, com intuito de interferir no desenvolvimento urbano da área, buscando equilibrar os investimentos públicos estaduais em matéria de infraestrutura urbana, harmonizar os interesses das áreas urbanas e rurais, auxiliar na composição de redes e fluxos econômicos e sociais dos municípios limítrofes em expansão e/ou já conurbados, amenizar distorções do crescimento e da conurbação urbana, identificar e reconhecer eventuais planos microrregionais e metropolitanos, identificar e indicar planos setoriais (ambientais, viários etc), identificar e promover redes e fluxos econômicos e sociais envolvendo bens culturais (incentivo e infraestrutura de corredores culturais envolvendo cidades vizinhas etc).

Note-se que os fins do planejamento poderão ser amplos, envolvendo aspectos diversos do direito urbanístico, mas sua aplicação não será direta ou, conforme classificação que adotamos, seus efeitos não serão plurisubjetivos. As medidas e opções adotadas nos planos territoriais gerais estaduais terão como destinatários os municípios que integram a unidade federativa e de maneira relativamente restrita, visto que não caberá ao Estado invadir ou tomar para si atividades e funções tipicamente municipais de ordenamento territorial, tendo como principais instrumentos de ação os incentivos fiscais e os investimentos públicos.

Nesse sentido, os planos estaduais atuam em uma dimensão diversa dos planos nacionais e locais, mas, em nosso entendimento, ainda têm o caráter eminentemente urbanístico, na medida em que se ocupam de investimentos e incentivos que influenciam a utilização, valorização e reestruturação do território.

Os planos estaduais serão, como é de se concluir, diversos entre si, na medida da necessidade de cada um dos 27 Estados membros brasileiros. Conforme já comentamos, existem Estados no Brasil eminentemente rurais, com pouca concentração urbana e com vastas áreas territoriais de inegável valor ambiental. Nesses Estados, os planos urbanísticos poderão estar voltados à identificação das áreas naturais que possam vir a ser objeto de posterior plano setorial, bem como nos incentivos tributários que evitem a utilização indevida daquele território ou a expansão urbana sobre essas áreas.

Em Estados com alto índice de urbanização, como é o caso de São Paulo, o planejamento estadual se dará, de maneira mais eficaz, no âmbito da regulamentação e investimentos metropolitanos, microrregionais e de aglomerações urbanas²²⁰⁰. Está disposto em norma da Constituição Estadual de São Paulo que, aquele ente de governo, visando a promover o planejamento regional, a organização e execução das funções públicas de interesse comum, criará, para cada unidade

²²⁰⁰ Nesse sentido é o entendimento de Silva, para quem o espaço microrregional constitui o âmbito mais propício à atuação urbanística do Estado membro. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129 e ss.

regional, um conselho de caráter normativo e deliberativo, assegurada a participação dos Municípios (art. 154), e que estes deverão compatibilizar, no que couber, seus planos e programas às diretrizes e objetivos estabelecidos nos planos e programas estaduais, regionais e setoriais de ordenamento territorial. E acrescenta que o Estado, no que couber, compatibilizará os planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento com o plano diretor dos Municípios e as prioridades da população local (art. 155).

Questão de grande repercussão está naquilo que se refere à *regionalização industrial* do Estado²²⁰¹. Tema ligado diretamente às questões ambientais e econômicas, a regionalização industrial consiste no “processo de localização de estabelecimentos industriais, mediante seu direcionamento, seu ordenamento e o controle de seu assentamento”²²⁰². Trata-se de uma função que envolve problemas jurídicos relevantes. Podemos destacar alguns para desenvolvimentos rápidos a seguir. A primeira questão centra-se no direito à *iniciativa privada*, que, em tese, teria liberdade para a escolha do local de instalação dos estabelecimentos; a segunda problematização é ligada à *competência* para disciplinar e determinar onde se instalariam tais regiões industriais.

A primeira questão pode ser facilmente resolvida, considerando a evolução da noção de propriedade e, dentre ela, de propriedade empresarial. A propriedade não é um objeto de deleite individual e todo e qualquer empreendimento observará as limitações administrativas que condicionam o exercício daquele direito. A regionalização da indústria constitui um aspecto desse condicionamento e, como já comentamos, terá repercussões econômicas, como é comum que o seja.

A questão de se saber quem tem a competência para disciplinar a regionalização passa pelas considerações já desenvolvidas anteriormente. Lembremos que a determinação da repartição espacial e da utilização do solo é atividade predominantemente municipal, que determina, através de planos territoriais, o zoneamento da cidade, ficando definidas as áreas com vocação industrial. A atuação Municipal não será, evidentemente, isolada. É preciso lembrar que tanto o Estado membro, quanto a União detêm competências em matéria urbanística e ambiental, podendo nesse sentido elaborar normas que influenciem indutivamente (no caso de incentivos financeiros ou outros estímulos) e também estabelecer regras gerais, com considerações acerca da regionalização industrial a serem observadas pelos Municípios no momento da elaboração de seus planos locais de urbanismo.

Lembremos, ainda, a legislação ambiental que trata do zoneamento industrial em âmbito nacional, a Lei Federal n. 6.803/80, que estabelece as diretrizes para as zonas industriais em áreas críticas de poluição. Essa normativa deverá ser observada pelo ente Municipal no momento do estabelecimento das regras de uso e ocupação do solo.

b) Planos microrregionais

Como já comentamos, o espaço microrregional constitui a dimensão mais favorável à atuação urbanística do Estado membro. As microrregiões são constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A constituição dessas microrregiões está prevista expressamente na constituição Federal, que concede ao Estado membro competência para instituí-las, segundo o art. 25, §3º. Não fica, entretanto, definido naquela Carta Fundamental o que consistiria uma “microrregião” (autarquia? associação de Municípios?). A resposta normalmente se encontrará nas Constituições Estaduais de alguns membros da federação.

A Constituição de São Paulo determina que o Estado, visando a promover o planejamento regional, a organização e execução das funções públicas de interesse comum, criará, para cada unidade regional, um conselho de caráter normativo e deliberativo, assegurada a participação dos Municípios

²²⁰¹ Termo desenvolvido por Silva, o qual adotaremos. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 131 e ss.

²²⁰² Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129.

(art. 154) e que estes deverão compatibilizar, no que couber, seus planos e programas às diretrizes e objetivos estabelecidos nos planos e programas estaduais, regionais e setoriais de ordenação territorial. E acrescenta que o Estado, no que couber, compatibilizará os planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento com o plano diretor dos Municípios e as prioridades da população local (art. 155).

A Constituição de Minas Gerais, por sua vez, prevê a institucionalização de autarquias territoriais de desenvolvimento, a que competirá coordenar a elaboração dos planos, programas e projetos permanentes de desenvolvimento integrado da região (art. 51), assim como estabelece a competência do Estado para participar do processo de execução das diretrizes dos planos diretores, não por sua interferência em assunto local, mas pela articulação dos serviços a cargo do Estado e de suas entidades de administração indireta, no âmbito urbano, com os Municípios, visando a harmonizar a execução das diretrizes do respectivo plano diretor, em favor do objetivo comum de ordenar o plano desenvolvimentodas funções sociais da cidade e de garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 244).

Os planos microrregionais de ordenamento territorial, espécie de plano urbanístico estadual, deverão ter, por fim, definido o ideal de desenvolvimento urbano no espaço que compõe cada microrregião estabelecida. Serão observadas as diretrizes gerais estabelecidas nas normas urbanísticas da União, do próprio Estado e as orientações definidas nos planos urbanísticos e de desenvolvimento econômico e social de nível federal e estadual, quando houver.

Tais planos são de grande utilidade para a salvaguarda do patrimônio cultural. A par das necessidades específicas de cada microrregião, o plano deverá conter, segundo Silva²²⁰³: I – prescrições globais sobre o desenvolvimento microrregional com base em parâmetros temporais e quantitativos estabelecidos em harmonia com a programação econômica e social da área; II – critérios gerais de assentamento urbano de relevância regional, de acordo com as diretrizes definidas pela lei e pela política de desenvolvimento urbano e regional do Estado; III – *critérios e vínculos para a tutela do patrimônio histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, etnológico e turístico da microrregião, quando cabível*; IV – delimitação e regras indicativas de controle do uso do solo de áreas supramunicipais que se considere necessário submeter a restrições especiais ou a uma adequada proteção ou melhoramento visando à tutela do meio ambiente natural, com vista à proteção florestal, à formação de parques e reservas naturais e ambientais, à preservação dos mananciais em geral, das várzeas e das margens de águas públicas de interesse regional, observadas a legislação federal pertinente e a competência municipal na matéria; V – indicação e localização de infraestruturas básicas de caráter regional e definição da rede viária e dos transportes ao nível da área considerada; VI – indicação dos instrumentos jurídico-institucionais necessários à implantação e execução do plano; VII – definição das diretrizes a serem observadas na execução de obras e serviços públicos estaduais na área; VIII – medidas para a adequação da estrutura urbanística existente ao modelo territorial proposto e para a coordenação dos planos urbanísticos especiais e municipais compreendidos na microrregião.

Para a elaboração dos planos microrregionais será necessária uma suficiente coordenação entre o Estado e os Municípios envolvidos, de maneira que se busque a articulação da ação estadual com a dos Municípios envolvidos na microrregião. É necessário atingir uma verdadeira compatibilização entre o plano microrregional e os planos urbanísticos municipais (plano diretor e demais regras que lhe seguem).

Os planos microrregionais deverão ser consubstanciados em forma de Lei Estadual e, para tanto, serão encaminhados para aprovação pelo Legislativo do Estado, como projeto de lei. A execução dos planos microrregionais será promovida pelos órgãos das respectivas microrregiões e, se possível, com a participação dos órgãos dos governos municipais.

2203

Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130-131.

c) Planos urbanísticos setoriais

O planejamento formulado pelos Estados membros poderá ainda referir-se à ordenação de setores especiais. Tais setores especiais são relacionados a áreas de atuação daquele ente de governo e poderão versar sobre áreas e locais de interesse turístico, sistematização de vias de comunicação extraurbanas, à proteção florestal e de mananciais, ao saneamento das populações de relevância supramunicipal, à conservação e valorização do patrimônio cultural, dentre eles o patrimônio arqueológico, paisagístico e arquitetônico, à regionalização industrial, à conservação e desenvolvimento do espaço rural, observada a legislação federal e qualquer outra finalidade que se enquadre em suas competências urbanísticas.

d) Planos metropolitanos

Conforme já comentamos em outras oportunidades²²⁰⁴, a Região Metropolitana é fenômeno que se apresenta nos nossos dias como consequência do crescimento físico das cidades, da conurbação gerada por este e de uma forte e expressiva interdependência econômica que se estabelece entre municípios vizinhos.

O crescimento das cidades é relativamente recente e veio atrelado ao fenômeno da industrialização e de avanços na medicina preventiva. Nunca em tão pouco tempo o crescimento demográfico foi tão alto e os índices de urbanização foram tão elevados como os que se assistiu nas últimas quatro décadas. A expansão urbana gerada por esse processo de crescimento promoveu uma “continuidade urbana” que abrange vários núcleos municipais administrados, *a priori*, independentemente. Essa continuidade geralmente traz consigo uma nova perspectiva de utilização e dinâmica territoriais e está na origem do reconhecimento de uma microrregião, uma aglomeração urbana ou da região metropolitana.

A organização de uma dessas entidades reflete uma realidade fática que desponta configurando novos interesses metamunicipais que não se esgotam na gestão local e que requerem uma ação coordenada. São os interesses *microrregionais*, das *aglomerações urbanas* e *metropolitanos*.

As regiões metropolitanas estão previstas na Constituição de 1988 e devem ser instituídas pelo Estado membro (art. 25, §3º) na ocasião em que se verifiquem a necessidade e a oportunidade²²⁰⁵.

Reconhecidas enquanto “entidades” coletivas, frutos da reunião de vários municípios, sua planificação urbanística ficará a cargo do Estado em que se encontra a Região Metropolitana. O planejamento metropolitano é, por outro lado, um grande desafio. Suas regras deverão ser observadas pelos planos diretores locais, em busca de uma harmonização de medidas urbanísticas, a fim de obter um equilíbrio da região.

Em Portugal, o âmbito regional é concretizado pelos planos regionais de ordenamento do território (art. 2º, 3º, do Decreto-Lei n. 389/99)²²⁰⁶.

²²⁰⁴ Cf. GUIMARÃES, Nathália Arruda. Regiões Metropolitanas. Aspectos Jurídicos. In: BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). *Ciências Jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 469-505.

²²⁰⁵ Antes da CF/88 a União promulgou a Lei Complementar n. 14/1973, criando as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza e a Lei Complementar n. 20/1974, que criou a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. A União as instituiu, mas não acompanhou a execução de seus objetivos ficando a cargo do Estado membro a sua estruturação e funcionamento, para o que foram criadas empresas públicas ou autarquias.

²²⁰⁶ Cf. CORREIA, Fernando Alves. *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo*. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

IV – Nível municipal

A Constituição Federal estabelece no inciso VIII, art. 30 que compete aos Municípios promover o “adequado” (termo de conceito impreciso) ordenamento territorial, através de: a) planejamento e b) controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. As duas primeiras atividades (planejamento e controle) são funções tipicamente públicas e administrativas, enquanto as demais (uso, parcelamento e ocupação) são atividades de aproveitamento urbanístico do solo em sentido amplo, públicas ou privadas (ou faculdades urbanísticas em concreto).

Reproduzindo quadro de Castilho²²⁰⁷, podemos visualizar o ordenamento territorial municipal da seguinte forma:

Funções administrativas	Aproveitamento do solo
a) Planejamento	1. Uso
b) Controle	2. Ocupação
	3. Parcelamento (transformação)

O planejamento e o controle são conceitos complementares da ciência da administração. Enquanto no processo de planejamento são avaliadas as situações existentes (a cidade que se tem) e definidas as metas (a cidade que se quer), o controle se realizará como requisito essencial durante o planejamento, na medida em que se verifica se há um adequado processo de planejamento (com respeito aos princípios do planejamento que veremos a seguir), bem como após a apresentação do documento de planificação, durante sua execução e a todo momento.

Medauar²²⁰⁸ ensina que a palavra “controle” vem do latim fiscal medieval “*contra rotulum*” que mais adiante foi absorvido pelo francês na expressão “*contre rôle*”, que é o “registro que efetiva o confronto com o registro original e serve para verificar os dados”. A noção de controle, segundo a autora, tem um “caráter multifário” podendo designar registro, verificação, vigilância, limitação etc. Na teoria da administração, verifica-se que “no processo de planejamento, deve estar presente a preocupação de incluir meios de verificar se a atividade – quando em execução – está caminhando em direção aos objetivos, e se os objetivos em si continuam adequados. Isto se chama prever as formas de controle”²²⁰⁹.

Portanto, a Constituição prevê a competência municipal tanto para planejar quanto para controlar, procurando enfatizar a necessidade deste último, isto é, a necessidade da vigilância na execução do plano e, pois, nas atividades de aproveitamento do solo. A intervenção do poder público local nas atividades de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano encontram-se plenamente respaldadas na Constituição, mas essa intervenção deve ser fundamentada em um planejamento anterior, obtendo-se com este a legitimidade para aplicar penalidades e outras medidas de coerção.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, regulamenta não somente o artigo 182 da Constituição, como também o inciso VIII, artigo 30, ao estabelecer de maneira detalhada o planejamento municipal. A atenção dedicada pelo legislador infraconstitucional, fundamenta-se, sobretudo, no artigo 182 da Constituição, que centraliza o Poder Público Municipal como executor por excelência da política urbana (art. 182, §1º, CF/88)²²¹⁰. Nesse contexto, a lei federal n. 10.257/2001 enumera, no art. 2º, os instrumentos a serem utilizados pelo poder público municipal, com vistas a implementação da política urbana local, dos quais destacamos aqueles ligados diretamente ao planejamento:

²²⁰⁷ Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. p. 349. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

²²⁰⁸ Cf. MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 13.

²²⁰⁹ MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Introdução à Administração**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 129

²²¹⁰ Cf. MEDAUAR, Odete. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Lei 10.257/2001. Comentários. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 45.

III – Planejamento municipal, em especial:

- a) *Plano diretor*;
- b) *Disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo*;
- c) *Zoneamento ambiental*;
- d) Plano plurianual;
- e) Diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
- f) Gestão orçamentária participativa;
- g) Planos, programas e projetos setoriais;
- h) Planos de desenvolvimento econômico e social.

A relação adotada pelo legislador federal é bastante heterogênea, abrangendo planos vocacionados para diferentes finalidades. É de se anotar, ainda, que embora extensa, a relação não é exaustiva, uma vez que o legislador se refere a “planejamento municipal, em especial”, ou seja, estes, constantes da relação, são especificamente mencionados, mas sem prejuízo de outros que possam vir a ser utilizados pelos Municípios²²¹¹.

Daí que a doutrina aponta, com fundamento na utilização corrente dos municípios brasileiros, outros instrumentos de planejamento local²²¹². A tendência é, por outro lado, que os instrumentos venham a ser classificados, independentemente de sua natureza, conforme sua finalidade, de maneira que se possa ter uma aplicação previsível²²¹³.

Dentre os instrumentos relacionados existem diferenças a destacar. Os primeiros (plano diretor, disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo e zoneamento ambiental) são, fundamentalmente, planos físicos, destinados a disciplinar os espaços urbanos.

Já no *Plano Plurianual*, as *diretrizes orçamentárias* e o *orçamento anual* são instrumentos basicamente econômicos, destinados a disciplinar o uso dos recursos financeiros municipais²²¹⁴.

A *gestão orçamentária* participativa refere-se ao processo de elaboração e execução dos orçamentos anteriormente referidos e corresponde a princípios e preceitos constitucionais (princípio participativo, art. 1, § único e planejamento participativo, art. 29, XII, todos da CF).

Os planos, programas e projetos setoriais referem-se a áreas específicas de atuação (saúde, saneamento básico, educação, transporte público etc).

Planos de desenvolvimento econômico e social devem abranger tanto as ações a serem empreendidas com o uso dos recursos financeiros municipais quanto as ações de particulares e de outros níveis de governo.

²²¹¹ Nesse sentido a doutrina de DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77.

²²¹² Ao lado dos planos diretores municipais, caracterizados por serem planos gerais de urbanismo, é possível verificar uma diversidade de planos que se caracterizam por possuir uma abrangência menor. Segundo Silva, no âmbito municipal, é possível identificar, para além do PDM, *planos microrregionais*, com valor de planos de coordenação no âmbito de cada região administrativa estadual; *planos parciais*, como são os de zoneamento, alinhamento, melhoramentos urbanos etc, e *planos especiais*, como são os planos de renovação urbana etc. Considerando que apenas os Municípios com mais de 20 mil habitantes são obrigados a estabelecer planos gerais de urbanismo (art. 182, §1º, CF/88), na maior parte deles predomina os planos de menor abrangência. Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106 e Tabela demonstrativa do Anexo II.

²²¹³ A previsibilidade dos planos brasileiros não chega a ser caracterizada como uma “tipicidade”. A ampla autonomia local dos entes municipais alarga a possibilidade de meios de regulamentação do solo, apesar de haver, em alguns casos, uma “tipicidade mínima” ou referencial, quando se trata dos municípios submetidos à obrigação de elaborar o plano diretor e o conteúdo que este deve conter. Trataremos desses detalhes no capítulo seguinte.

²²¹⁴ Cf. Lembremos a relevância desses instrumentos, nas palavras de Alves: “O orçamento público é instrumento político fundamental, uma vez que permite ao gestor público (isso pode ocorrer só no âmbito estrito da gestão ou de forma democrática e participativa) definir as prioridades de investimento em curto, médio e longo prazo, em pleno diálogo com as diretrizes das políticas. Em síntese, o orçamento público é uma forma de dar efetividade aos direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, dentre eles o Direito à Cidade, ao se traduzir em políticas públicas”. Cf. ALVES, Mércia. *Orçamento Público e Direito à Cidade*: “Só sei que nada sei”. **Boletim FNRU**, Rio de Janeiro, a. 5, n. 60, 2009. Nesse sentido, também, Meirelles, o qual seguimos de perto. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 158 e ss.

Tratemos, rapidamente, dos primeiros instrumentos mencionados no art. 2º, por se tratarem dos planos de aspecto físico, que nos cabe desenvolver em maiores detalhes.

a) *Plano Diretor*

O Plano Diretor é o instrumento central para a realização da política urbana comprometida com a socialização da propriedade. Elaborado no Brasil desde a década de 1930, o instrumento passou por várias alterações e variações de importância, estando hoje elencado como medida elementar de planejamento urbano local, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes (art. 182, §2º, CF/88). Pela centralidade que ocupa, dedicaremos ao instituto desenvolvimentos mais elaborados no capítulo seguinte. Por agora basta comentar que o plano irradia sobre os demais planos e programas municipais as diretrizes e prioridades do planejamento local, sendo verdadeiro coordenador da política urbana.

b) *Disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo*

O parcelamento, o uso e a ocupação do solo são, como vimos no quadro anterior, atividades de aproveitamento do solo. Deve-se comentar, inicialmente, que todas as atividades ali agrupadas são complementares, porém, distinguem-se por serem eventos de ordem e repercussão distintas.

O parcelamento do solo urbano é função pública, que detém prioritariamente o direito a urbanizar. A atividade é, portanto, função pública e está definida no contexto de estratégias do planejamento urbano local²²¹⁵.

O uso e a ocupação são atividades privadas que também podem ser exercidas pelo Poder Público.

Parcelar é um processo de urbanização; uso e ocupação pressupõem uma urbanização já feita. Parcelamento transforma a destinação da gleba; uso e ocupação dão ao lote a destinação adequada, prevista na lei. O parcelamento é manifestação concreta da expansão urbana (horizontal); uso e ocupação podem implicar em expansão vertical. Mas, como parcelamento é um gênero, é preciso descer às suas espécies, para avaliar o alcance da norma²²¹⁶.

Se a cidade é constituída por unidades edilícias e equipamentos públicos, geneticamente, o parcelamento urbanístico do solo irá formá-los e, por isso, o tema deve ser tratado antes do uso/ocupação, que deverá vir em seguida e dependente deste.

O parcelamento envolve várias espécies de atuação urbanística:

- i) *O arruamento*: abertura de ruas na gleba, formando quadras;
- ii) *O desmembramento*: subdivisão da gleba em lotes, com o aproveitamento do sistema viário existente (Lei n. 6.766/79, art. 2º, §1º);
- iii) *O loteamento*: a subdivisão de glebas em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos²²¹⁷, ou do prolongamento, modificação ou

²²¹⁵ A urbanização poderá ser executada por particular, através de contratos e incentivos fiscais, mas essas hipóteses são a exceção à regra. Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. p. 349. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

²²¹⁶ Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. p. 349. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

²²¹⁷ O Decreto da Cidade de São Paulo n. 21. 647/85, em seu art. 4º, definia logradouro público como “ruas, avenidas, estradas, praças e outros elementos que compõem a malha viária da cidade”. Posteriormente, outro decreto ampliou ainda mais a enumeração (Decreto n. 27.568/88, art. 3º). Além das modalidades elementares de parcelamento a prefeitura de São Paulo também inclui no parcelamento o “desdobro” (divisão de terreno, oriundo de parcelamento aprovado, regularizado, inscrito no Competente Cartório de Registro de Imóveis, com frente para rua oficial já existente, não implicando na abertura

ampliação das vias já existentes (Lei n. 6.766/79, art. 2º, §2º). “É, em suma, a divisão de quadras arruadas em lotes, para fins de edificação”.

O loteamento e o arruamento são institutos diversos, ainda que ambos constituam modalidades de parcelamento do solo, como também, o são o desmembramento e o desdobro de lote. São instituto conexo, sendo que o loteamento pressupõe sempre o arruamento.

Cabe mencionar que o processo de loteamento se subordina a dois tipos de normas jurídicas: as urbanísticas e as civis. As primeiras são de competência municipal e visam a assegurar aos loteamentos os equipamentos e as condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-los com o plano diretor do Município, para o correto desenvolvimento urbano. As normas de ordem civil são de competência exclusiva da União (art. 22, I, CF/88), que se consubstancia em grande parte na Lei n. 6.766/79²²¹⁸.

O parcelamento que revela o processo de urbanização no Brasil poderá ser desencadeado, fundamentalmente, em três situações distintas:

- i) Parcelamento do solo prévio, com base em ação do governo público local e posterior implantação de edificação;
- ii) Implantação simultânea de conjuntos e edificações integrados a um Plano de Parcelamento do Solo, como ocorre com os “conjuntos residenciais” e os “empreendimentos para fins sociais” em São Paulo;
- iii) A edificação espontânea, sem prévia urbanização, com ou sem títulos reconhecidos de propriedade, caracterizando o loteamento ilegal, que poderá ser clandestino ou irregular.

Os dois primeiros eventos podem ser implementados por entidades privadas ou públicas, o último denota a ausência do controle municipal, cumulada com a ineficácia de todos os níveis do governo em garantir a moradia digna e adequada à população.

A urbanização ou o parcelamento do solo deve ser, por outro lado, assumido como função pública. As maiores mazelas encontradas nas cidades brasileiras se devem à omissão do poder municipal somada aos problemas ligados à regulação fundiária urbana (lentidão e dificuldade de aplicação das novas regras trazidas pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade em processos envolvendo usucapião e concessão de moradia; falta de estratégias públicas eficazes para garantir o acesso a moradias populares dignas; falta de alternativas ligadas à posse e a subsídios para moradia etc).

A par das situações de urbanização irregular, em que pese a urbanização ser uma função pública, a previsão legal é que ela se concretize por particulares mediante autorização do poder público municipal. Com esse consentimento, o particular poderá estabelecer as glebas, segundo parâmetros definidos previamente e deverá promover espaços e instrumentos típicos exigidos na urbanização (arruamento, rede de esgoto etc)²²¹⁹.

de novas vias e nem no prolongamento das vias já existentes); o “remembramento” (é a soma de duas ou mais glebas ou lotes para a formação de novas áreas); “empreendimento para fins sociais” (Empreendimento de Interesse Social – EHIS corresponde a uma edificação ou a um conjunto de edificações destinado à população com renda igual ou inferior a seis salários mínimos) e “conjunto residencial” (conjunto residencial é composto de duas ou mais unidades habitacionais, agrupadas horizontalmente (classificada como R2h) ou verticalmente (classificada como R2v, em condomínio). Atualmente a prefeitura de São Paulo disponibiliza na internet um Manual de Orientação de Parcelamento do Solo, que contempla as competências, os roteiros de aprovação, os dispositivos legais, definições das modalidades de parcelamento, procedimentos administrativos, documentos necessários para efetivação do pedido de análise, modelos padrões de plantas. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/parsolo_1_1253120480.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

²²¹⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335.

²²¹⁹ Os instrumentos urbanos mínimos estão estabelecidos na Lei Federal n. 6.766/79, no art. 18: “Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos: (...) V - cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a

O custo da urbanização é em geral repassado aos compradores dos lotes assim obtidos, o que reforça a obrigação do loteador em, ao substituir o Estado, implantar as obras públicas mínimas exigidas²²²⁰. Essa é a forma tradicional no Brasil de parcelamento do solo para fins urbanos. Em regra, a atividade é exercida pelo particular interessado (proprietário dos terrenos inseridos em área de expansão urbana), salvo quando se trata da execução de urbanificação de áreas para a execução de planos de construção de casas populares, onde, em geral, estão envolvidas empresas privadas, associações de moradores ou de mutirantes, quando o projeto é executado pelo sistema de mutirão.

A participação dos particulares poderá se dar, outrossim, através da *concessão urbanística*, que “consiste numa espécie de concessão de obras públicas”²²²¹. Essa concessão não envolve a exploração de um serviço, mas apenas obras para a execução de projetos e planos de reurbanização ou renovação urbana de autoria dos municípios.

Já os conceitos de uso e ocupação do solo, indicando aparentemente atividades distintas, não são de fácil determinação. Silva²²²² afirma que

a correlação entre o uso e a ocupação do solo, em sentido urbanístico, é intensa, efetivamente. São instituições que se co-implicam, porque só se ocupa o solo (...) para nele exercer uma função urbana; vale dizer, para efetuar determinado uso. Uso e ocupação significam, afinal, a atividade (série de atos) de aproveitamento urbanístico (lato sensu) do terreno – ou sua utilização – dentro das diretrizes do plano e das normas urbanísticas, que estipulam índices de ocupação.

Em relação ao uso também verificam-se algumas situações complexas. Em diversos municípios observa-se que a definição do uso do solo é estabelecida na lei de parcelamento, mas também, na lei de zoneamento do solo urbano. O mais comum é verificarmos o uso do solo acompanhando uma certa vocação dos espaços das cidades, mas em muitas situações o uso definido para determinadas áreas do solo urbano é desrespeitado, tornando-se complexa a gestão do território nesse aspecto. É comum verificarmos em muitas cidades a inobservância dos padrões estabelecidos de uso que se propagam em razão de uma notória omissão da administração pública local, em seu dever de fiscalizadora do planejamento²²²³.

c) Fundamentos legais do parcelamento do solo

A legislação que se ocupa do parcelamento do solo é local, mas tem por referência a norma federal de 1979, Lei n. 6.766 de 19 de dezembro. O parcelamento urbanístico dos solos sujeita-se às normas urbanísticas estabelecidas na legislação municipal, sobretudo, aos planos diretores e às leis de zoneamento do solo. Significa dizer que, seguindo as orientações da Lei Federal n. 6.766/79, alterada pela Lei n. 9785/99, o parcelamento do solo para fins urbanos somente será admitido em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal (art. 3º).

A legislação municipal deverá proibir, em regra, o parcelamento do solo em: I - terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das

duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras (Redação dada pela Lei n. 9.785, 29.1.99)”.

²²²⁰ Sobre a atuação dos particulares na urbanização, existe vasta e ampla doutrina internacional. Cf. CLAVERO, Francisco Blanc. La Posición Jurídica del Urbanizador: Urbanismo Concertado y Contratación Administrativa. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 261-262, p. 143-164, septiembre 2001- abril 2002; FATÔME, Etienne. L'Urbanisme Contractuel. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, p. 63-72, Mai, 1993.

²²²¹ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 326 e ss.

²²²² Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 326 e ss.

²²²³ Nesse sentido alguns municípios de São Paulo, onde se verifica “situação caótica provocada pelas generalizadas violações ao zoneamento” e onde é fácil verificar a existência de construções incompatíveis com o que foi planejado, com padrões urbanísticos mínimos etc. Cf. AMIN FILHO, Carlos Alberto. Zoneamento em São Paulo: O diagnóstico da desordem e uma proposta de encaminhamento. In: FREITAS, José Carlos (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: CAOHRB, 1999. p. 259-278.

águas; II - terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III - terreno com declividade igual ou superior a 30%, salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; IV - terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; V - áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção. (Lei Federal n. 6.766/79, art. 3º, parágrafo único).

Deve-se comentar, rapidamente, que a função fiscalizadora do Município é, em situações como as vividas nas grandes cidades do Brasil, em regra, de extrema ineficácia. Não só porque há uma enorme carência estrutural das prefeituras, mas também porque existe um contingente humano que vive em situação de risco nos terrenos de ocupação irregular que não se resgata facilmente. As traumatizantes histórias de remoções e expulsões forçadas vividas em nosso país desde os tempos dos higienistas²²²⁴ demonstram que a ação pública de fiscalizar não pode ser tomada sem uma ação pública paralela de acesso à moradia popular²²²⁵.

A Lei Federal tem sido duramente criticada por sua ineficácia diante das situações concretas vividas nas cidades de hoje, sobretudo, quando se trata da reforma urbana²²²⁶. A aprovação do Estatuto da Cidade e a evolução dos princípios e da aplicabilidade do planejamento territorial brasileiro levaram a elaboração de um Projeto de Lei que substitui a atual Lei de Parcelamento. O projeto final que, após longa trajetória deverá ser votado nas casas legislativas nacionais, é o PL n. 3.057/2000. O projeto prevê a criação de “normas gerais disciplinadoras do parcelamento do solo para fins urbanos e da regularização fundiária sustentável de áreas urbanas”. A proposta é de que a Lei seja intitulada, na oportunidade, “Lei de Responsabilidade Territorial Urbana”.

Cabe comentar que a norma traz uma estrutura rica em conceitos (art. 2º do PL n. 3.057/2000) e estabelece requisitos urbanísticos e ambientais muito mais elaborados que a atual Lei para o parcelamento (art. 3 e ss e art. 12 e ss), impedindo expressamente o parcelamento “onde houver proibição para esse tipo de empreendimento em virtude das normas ambientais ou de proteção do patrimônio cultural” (art.5º, VI) e determinando as responsabilidades atribuídas ao empreendedor e ao Poder Público nas implantações e manutenção do parcelamento (art. 22 e ss).

Os maiores desenvolvimentos do projeto se dedicam à regulamentação dos *condomínios urbanísticos* (art. 11 e ss, art.22 e 23, 24, art. 28, “c”, art. 32, II e §4º, art. 118, art. 126.), fenômeno que provoca grande polêmica jurídica no país, à tutela do *meio ambiente* das cidades (art.12 e ss; art. 16 e ss) e ao *acesso à moradia* à população de baixa renda (art. 7º, §único; art. 8º, §2º; art. 80 e ss; art. 88 e ss; art. 92 e ss; art. 94 e ss e art. 99 e ss)²²²⁷.

O principal instrumento de atuação das municipalidades é a licença para construir, que deverá ser emitida de maneira integrada (aspecto urbanístico e ambiental do parcelamento, art. 35 e ss) em conformidade com uma legislação local atualizada e conforme as diretrizes estabelecidas na Lei Federal. O órgão competente local avaliará os projetos apresentados, estes que deverão observar os requisitos estabelecidos na Lei (art. 25 e ss).

O Projeto de Lei prevê, ainda, uma série de sanções para coibir o parcelamento irregular e a omissão da administração (art. 103 e ss).

²²²⁴ Cf. LACAZE, Jean-Paul. **A Cidade e o Urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 129.

²²²⁵ Sobre a questão da moradia popular no Brasil convém comentar a aprovação da Lei Federal n. 11.977/2009 de 7 de julho, que regulamenta o projeto federal “Minha Casa, Minha Vida”, onde se viabiliza o financiamento de unidades habitacionais populares (<http://www.minhacasaminhavida.com.br/>).

²²²⁶ Cabe aos governos municipais, entretanto, complementar a legislação federal, de maneira que se possa urbanizar de maneira humanista os espaços considerados “irregulares” em face dos parâmetros estabelecidos na legislação federal e municipal. Nesse sentido é exemplo o Município do Rio de Janeiro, que aprovou recentemente Lei Complementar que visa a minimizar os efeitos da distorção entre os tais parâmetros legais e a realidade que se verifica na cidade. A Lei Complementar n. 99, de 23 de setembro de 2009, dispõe sobre a possibilidade de regularização de obras, modificações e acréscimos executados em desacordo com as normas urbanísticas e edilícias vigentes, com o pagamento de contrapartida para o Município, tradicionalmente denominada de “Mais Valia”. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto 31.167, que estabelece as condições para legalização das aludidas irregularidades, fixando o prazo de 120 dias, contados a partir da publicação da lei, para formalização dos competentes pedidos.

²²²⁷ O projeto de Lei n. 3.057 de 2000 ainda não foi aprovado pelo Senado, mas já representa um amadurecimento das questões urbanísticas no nosso país.

d) *O loteamento ilegal*

O parcelamento do solo para fins urbanos, envolvendo, portanto, o loteamento, é uma instituição de direito urbanístico, tratando-se, pois, de uma instituição jurídica. A operação deixou de ser mera manifestação livre e espontânea de vontades particulares, passando a ser regulada não somente pelas normas civis, mas também pelas regras públicas de direito urbanístico, elaboradas em minúncias pela municipalidade, poder local que detém o dever de ordenar o território (art. 30, VIII, CF/88).

A legislação que circunda as operações de loteamento deve ser, portanto, e, *a priori*, observadas pelos particulares e pelos órgãos da administração pública.

Quando a legislação não é observada, a operação de divisão do solo, ainda que subjetivamente tenha a característica de plano de arruamento e de plano de loteamento, em verdade, juridicamente, não terá essa natureza, causando, por outro lado, efeitos diversos no mundo jurídico. Esses “loteamentos” ilegais podem ser de duas espécies, segundo Silva²²²⁸: a) os *clandestinos*, ou aqueles que não foram aprovados pela Prefeitura Municipal; b) os *irregulares*, que são aqueles aprovados pelo órgão competente, mas que não foram inscritos ou não são executados em conformidade com o plano e as plantas aprovadas.

O *loteamento clandestino* constitui, nas palavras de Silva²²²⁹, “uma das pragas mais daninhas do urbanismo brasileiro”. Os loteadores parcelam terrenos de que, não raro, nem sequer detêm título de domínio e, por isso, não conseguem aprovação de plano, quando se dignam a apresentá-lo à Prefeitura, pois o comum é que nem sequer se mobilizem para buscar tal providência, uma vez que onerosa e, muitas vezes, porque o loteamento incide sobre áreas de domínio público. Feito o “loteamento”, inicia-se a fase criminosa de venda dos lotes, geralmente adquiridos por pessoas de baixa renda e modestas que não recebem qualquer título válido e portanto não providenciam o licenciamento de obras que ali estabelecem, constituindo assim habitações sem licença edilícia ou qualquer título de propriedade. A situação é comum e está na base da formação das favelas no Brasil. Nessa situação praticam-se dois crimes simultaneamente pelo “loteador”: um em relação aos adquirentes de lotes e outros aos princípios urbanísticos. Criam-se áreas habitadas sem serem inabitáveis, sem qualquer estrutura urbanística, que se transformam num “quisto urbano de difícil solução, dada a questão social que elas geralmente envolvem”.

O *loteamento irregular*, por sua vez, constitui outro mal do sistema de parcelamento do solo e é comum em grandes cidades. Os loteadores, nessa situação, aprovam o seu loteamento junto à Prefeitura e, depois, abandonam o projeto inicialmente proposto, enveredando pela ilegalidade, quer executando o loteamento tal como foi aprovado, mas sem a inscrição no Registro de Imóveis, quer desrespeitando o plano aprovado e mesmo inscrito, modificando-o a sua conveniência, gerando dificuldades aos adquirentes dos imóveis para a obtenção de licença para construir.

Diante das duas realidades, muitas são as medidas possíveis a serem tomadas pela Prefeitura. Ela poderá, em primeiro momento, impedir os loteamentos mediante embargo às obras de urbanificação, exigindo sua regularização. Essa medida impede que o terreno seja habitado antes da sua regularização, mas exige uma eficácia na execução do dever de “controle do uso do solo” (art. 30, VIII, CF/88).

A prefeitura poderá, por outro lado, diante da situação concreta, assumir as obras de regularização urbanística do loteamento, mediante autorização legal, cobrando, em seguida, as despesas do loteador. Isso se dará apenas nos casos em que o loteamento já estiver edificado.

Na maior parte das vezes, entretanto, a regularização exige um esforço muito maior, quando, por exemplo, o loteamento clandestino se realiza em área de propriedade alheia, que pode ser também vítima.

As situações são diversas e a cada uma deverá corresponder uma solução especial. A vontade política e o investimento em estratégias de alta complexidade estão na base para a concretização de um

²²²⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 344.

²²²⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 344.

programa de regularização fundiária. Apesar de a Lei n. 6.766/79 estar aparelhada com um conjunto de normas bastante rigorosas e destinadas a reprimir loteamentos ilegais (art. 37-52), inclusive dando poderes ao Município e ao Distrito Federal para empreender a regularização de tais loteamentos às expensas do loteador (art. 40), as situações variam segundo uma complexidade maior ou menor, de acordo com o tempo de implantação do loteamento, o número de habitações, a localização do loteamento (podendo ser de risco ou área de proteção ambiental), o título que cada possuidor detém, entre outros.

Por outro lado, é de se admitir que o urbanismo no Brasil foi e ainda é executado na forma de um urbanismo de separação ou segregação social, o que dificulta a concretização de um direito à cidade que se quer para todos e não para apenas determinadas classes²²³⁰.

O conceito de regularização fundiária está previsto no artigo 2º do Projeto de Lei n. 3.057/2000, que dispõe:

II – *Regularização fundiária sustentável*: o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interesse social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; III – *Regularização fundiária de interesse social*: a regularização fundiária sustentável de assentamentos informais ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos em que existam direitos reais legalmente constituídos ou que se situem em zona especial de interesse social (ZEIS).

Os artigos 80 e ss do mesmo projeto estabelecem ainda as diretrizes da política de regularização fundiária sustentável. Segundo o art.81 daquele projeto de Lei,

observadas as diretrizes gerais de política urbana estabelecidas na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária sustentável pauta-se pelas seguintes diretrizes: I – Ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para a sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; II – Articulação com as políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental e mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo, e com as iniciativas públicas e privadas voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; III – Controle e fiscalização, visando a evitar novas ocupações ilegais; IV – Participação da população interessada em todas as etapas do processo de regularização; V – Estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; VI – Preferência de titulação para a mulher.

O assunto deverá ser regulamentado através de Lei Municipal que disciplinará no mínimo: I – os critérios, as exigências e os procedimentos para a elaboração e a execução dos planos de regularização fundiária; II – os requisitos e os procedimentos para a emissão da licença urbanística e

²²³⁰ No Brasil, inúmeros trabalhos sobre regularização fundiária ou reforma urbana, segregação espacial e social e relevância do direito urbanístico na concretização de direitos elementares como a moradia. Acerca do primeiro aspecto destacamos o artigo de CASTRO, Sonia Rabello. **Regularização Fundiária e o Sistema Jurídico**. Uma Introdução ao Tema. Disponível em: <http://www.soniarabello.com.br/biblioteca/regularizacao_fundiaria_e_o_sistema_juridico.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2009. Ainda a visitar: COUTINHO, Aldacy Rachid, Pobreza e Fome no Brasil Contemporâneo (uma análise a partir dos discursos do Presidente Lula), Coimbra, **Boletim de Ciências Econômicas**, v. L, p. 161-205, 2007; BASSOLS COMA, Martín. La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda. **Revista de Estudios de la Administración Local**, Madrid, n. 291, p. 103-116, enero-abril, 2003; CORTIÑAS-PELÁEZ, León. Derechos Humanos y Urbanismo. De una Axiología Constitucional Vulnerada. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 131, a. XXVII, p. 23-60, enero-febrero, 1993 e, na França, JACQUOT, Henri. D'un urbanisme de séparation à un urbanisme de mixité. **Droit et Ville**. Toulouse, n. 34, p. 87-103, 1992; HOSTIOU, René; STRUILLOU, Jean-François. **Politique foncière. Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, p. 451-479, 2005.

ambiental integrada; III – os mecanismos de controle social a serem adotados; IV – as formas de compensação cabíveis.

Mesmo antes da aprovação do Projeto de Lei n. 3.057/2000, diversos municípios brasileiros já elaboraram e aprovaram Leis de Regularização Fundiária. É o caso de São Paulo, que desde 2003 têm legislado sobre o tema (Lei n. 13.514/2003, de 16 de Janeiro), com vias a desafetar áreas públicas municipais da classe dos bens de uso comum do povo, ocupadas por população de baixa renda, com a finalidade de promover Programa de Regularização Urbanística e Fundiária. O Governo local fica autorizado, por força da referida lei, a outorgar concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso de áreas de propriedade pública municipal. A Lei n. 14.665/2008 de 8 de janeiro, e o Decreto 49.498/2008, de 16 de maio, vieram a aprimorar o sistema da lei de 2003. Tratam-se, entretanto, de normas aplicáveis apenas aos terrenos públicos municipais.

Muitos municípios incluem em seus próprios planos diretores²²³¹ as Zonas Especiais de Interesse Social, tecendo as regras para o acesso às moradias populares, criando um espaço dentro do Município para atender essa demanda²²³².

Interessante comentário de Castro²²³³ deve ser trazido à reflexão. Um dos problemas mais correntes no sistema territorial brasileiro diz respeito ao acompanhamento das novas construções. Para

²²³¹ É o caso do Plano Diretor de Fortaleza, onde se verifica nos artigos 5º, 73, 74, 75 e seguintes. Também é o caso do Decreto n. 44.667, de 26/04/2004, que regulamentou as disposições do Plano Diretor Estratégico, relativas às Zonas Especiais de Interesse Social e aos respectivos Planos de Urbanização, normas específicas para a produção de Empreendimentos de Habitação de Interesse Social, Habitação de Interesse Social e Habitação do Mercado Popular de São Paulo. No Município de Osasco foi aprovada, em 2006, a Lei Complementar n. 152/06 - Lei de ZEIS que estabelece nos artigos 6º a 13 os conteúdos mínimos dos Planos de Urbanização e Regularização, bem como dispõe sobre a formação da Comissão de Urbanização e Regularização que acompanha a elaboração do Plano de Urbanização e Regularização.

²²³² Em Niterói, Município do Rio de Janeiro, existe um Núcleo de Regularização Fundiária responsável por levantar as situações de ocupação e loteamento irregulares e promover a respectiva “legalização”. O Núcleo foi instaurado em 2006 pela Lei Municipal n. 2.372, de 20 de julho de 2006, e suas competências e atribuições estão reguladas no Decreto n. 9.988/2006. Ali fica estabelecido no art. 4º que “Compete ao Núcleo de Regularização Fundiária: I - Desenvolver propostas relativas à estruturação de programas e à implementação de projetos com o objetivo de: a) Promover a regularização dos loteamentos clandestinos, irregulares, abandonados ou não titulados; b) Solucionar conflitos de uso e ocupação do solo, propondo soluções de urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa-renda, sem remoção dos moradores, salvo em risco de vida ou em áreas de preservação ambiental; II – Promover e coordenar o apoio técnico e jurídico a iniciativas comunitárias em Áreas de Interesse Social de promoção de acesso à terra; III – Promover e coordenar, com o apoio da PGM e da Defensoria Pública ou outra instituição competente, a defesa dos direitos dos adquirentes de lotes irregulares; IV – Desenvolver e coordenar sistemas para o gerenciamento de informações de natureza física, socioeconômica e jurídica relativas às Áreas de Especial Interesse Social; V – Identificar ou propor alternativas de financiamento para os programas de urbanização, regularização fundiária, bem como, para a promoção de loteamentos e moradias para a população de baixa renda; VI – Identificar e propor usos a terras municipais ou de outros entes governamentais de modo a promover a oferta de terra urbanizada e moradia à população de baixa renda; VII – Propor a celebração de convênios, termo de cooperação técnica ou outros instrumentos de mesma natureza visando a implementação dos programas e ações de que trata o presente Decreto; VIII – Propor a revisão da legislação urbanística e edilícia com o objetivo de facilitar o acesso à terra e a moradia formal; IX – Efetivar o planejamento de ações integradas entre os diversos órgãos competentes para a solução das questões referentes à regularização dos loteamentos e favelas; X – Acompanhar junto aos órgãos que o compõe, por meio de seus respectivos representantes, o andamento dos processos referentes a projetos, obras e outras ações administrativas necessárias à regularização dos assentamentos.” Disponível em: <<http://www.urbanismo.niteroi.rj.gov.br/>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

²²³³ “É muitíssimo comum encontrar na administração pública quem pense que a licença de construção só deve ser dada ao proprietário ou a quem dele tenha procuração. E, em função disso, quem não tem algum título ou escritura estaria impedido de licenciar qualquer obra ou edificação, por empecilho burocrático colocado pela própria Administração. Nasce daí uma situação verdadeiramente paradoxal e esdrúxula: O possuidor, protegido pela legislação civil, é impedido pela Administração de exercer sua posse pela edificação no lote com a devida licença, porque a própria, por um lamentável equívoco jurídico, não lhe reconhece a legitimidade de pedir a licença. A Administração, neste caso, ao invés de só exercer a polícia urbanística para qual ela está legitimada, se transmuta em fiscal da titularidade de domínio. Decorrentemente, todas essas posses que virão se transmutar em domínio terão que percorrer o caminho da irregularidade urbanística para, posteriormente, virem a ser regularizadas! Cabe, neste caso, à Administração não só conceder a licença a qualquer cidadão que seja possuidor de boa-fé em qualquer área urbana, mas também agir positivamente em seu auxílio, educando, informando, apoiando e cooperando, especialmente com a população de baixa renda. Cabe-lhe, enfim, não só disponibilizar todo tipo de auxílio técnico na construção de suas habitações, como também no fornecer plantas e orientação quanto a melhor forma de edificar, se assim entender indispensável.” Cf. CASTRO, Sonia Rabello. **Regularização Fundiária e o Sistema Jurídico.** Uma Introdução ao Tema. Disponível em: <http://www.soniarrabello.com.br/biblioteca/regularizacao_fundiaria_e_o_sistema_juridico.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2009.

além da “cidade irregular” já consolidada, várias outras construções novas são levantadas a cada dia, sem que os órgãos fiscalizadores da prefeitura tomem conhecimento, licenciem ou auxiliem com orientações técnicas. Isso se dá porque as municipalidades brasileiras, em regra, tendem a retalhar e ignorar as construções estabelecidas sem título de propriedade. Ocorre que o Código Civil brasileiro, ao lado da Constituição Federal e do próprio Estatuto da Cidade reconhecem a posse legítima como forma de aquisição da propriedade (esteja ela acentada sobre um imóvel de titularidade pública ou privada). A posse, por sua vez, concretiza-se através de construções. Essas construções podem e devem ser orientadas dentro do contexto urbanístico do município. A prefeitura deve assumir prioritariamente, no entendimento da jurista mencionada e com a qual concordamos, seu papel de planejador urbanístico, abstendo-se de “controlar” a titularidade da propriedade ou trate da questão em apartado, para não inviabilizar o controle urbanístico.

e) *Zoneamento ambiental*

O Estatuto da Cidade traz o zoneamento como elemento do planejamento territorial das cidades (art. 2º, III, “c”, Lei n. 10.257/2001). A lei se refere ao zoneamento “ambiental”, de maneira que amplia os objetos do planejamento urbano ou confirma o interesse e atenção que este deverá dispensar ao meio ambiente que se insere nas cidades. O zoneamento ambiental, entretanto, não exclui o zoneamento urbanístico, ou incluiu este naquele conceito. Zoneamento é um instrumento geral que poderá ser aplicado para salvaguardar interesses ambientais e urbanos, estejam estes coenvolvidos ou não.

A par da classificação estabelecida pelo Estatuto da Cidade, devemos comentar que tradicionalmente a atuação municipal tem sido feita por meio das leis sobre o zoneamento, alinhamento, loteamento e código de obras. “Pelo zoneamento, divide-se o território da cidade em zonas e define-se um conjunto de usos e índices urbanísticos permitidos em cada uma”²²³⁴. O zoneamento é apresentado basicamente por meio de mapas e tabelas, que são anexos da lei que o aprova.

O zoneamento é um dos principais aspectos do planejamento territorial, porque ele cuida de dividir o território municipal, definindo a qualificação urbanística do solo (zona urbana, zonas urbanizáveis, zonas de expansão urbana e zona rural) e, para além disso, guarda um aspecto funcional que fixa detalhes como as “características que as construções deverão ter em cada zona (zoneamento arquitetônico), o que tem aplicação especial nas zonas de proteção histórica”²²³⁵, razão pela qual tem sido largamente utilizado na salvaguarda do patrimônio cultural dos centros antigos das cidades. Ele poderá ser o único instrumento de planejamento territorial ou, de maneira mais ideal, poderá estar vinculado a um plano diretor urbano, integrando-o, na forma de mapas e documentação gráfica. Seu caráter deverá ser, por outro lado, sempre amplo, abrangendo todo o município, uma vez que se configura, em regra, como a “manifestação concreta do planejamento urbanístico”²²³⁶, o que significa dizer que através dele configuram-se o direito de propriedade e o direito de construir, conformando-os ao princípio da função social²²³⁷.

²²³⁴ “No zoneamento, são contemplados entrelaçadamente as naturezas de uso; os coeficientes de edificação; as taxas de ocupação; os recuos exigidos das construções, sejam fronteiros, laterais ou de fundos; as dimensões de lote; o alinhamento. Vale dizer: o afastamento da edificação em relação à via pública e outros fatores que concorrem para dar completa e real identidade ou sentido à partição da cidade em zonas”. Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Zoneamento. Efeitos*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 61, p. 34, 1982.

²²³⁵ Por ser elemento central do tema que pretendemos tocar no presente trabalho, maiores desenvolvimentos sobre o zoneamento serão apresentados no próximo capítulo. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 241.

²²³⁶ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 242.

²²³⁷ O Projeto de Lei n. 3057/2000, texto que deverá ser apreciado pelas casas legislativas nacionais e substituirá a Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e Lei n. 10.932, de 3 de agosto de 2004, que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas e determina no art. 11º: “respeitadas as disposições desta Lei, cabe ao Plano Diretor ou a outra lei municipal definir, para as diferentes **zonas** em que se divide a área urbana do Município: I – **Os usos e os parâmetros urbanísticos** de parcelamento e ocupação do solo; II – As modalidades

O alinhamento define o traçado do sistema viário, separando o logradouro público das propriedades privadas contíguas. A legislação sobre loteamentos define o procedimento administrativo de sua aprovação às obras de urbanização e à destinação de terrenos para sistema viário, áreas livres e equipamentos comunitários. O Código de Obras (ou de edificações) estabelece parâmetros construtivos para cada tipo de edificação, com o objetivo de assegurar sua segurança e salubridade. Enquanto o zoneamento estabelece regras diferentes para cada porção do território, a legislação de loteamentos e o código de obras definem regras gerais e abstratas, aplicáveis independentemente da localização do empreendimento. Há, portanto, uma relação de complementaridade entre o zoneamento e o código de obras, uma vez que este define em detalhe as regras construtivas correspondentes aos usos previstos naquele²²³⁸.

A técnica do zoneamento é empregada de maneira semelhante em todo o País, mas obedece a uma nomenclatura variada em cada Estado. A título de exemplo podemos citar a cidade de São Paulo, onde encontramos o “Plano Diretor Estratégico” (Lei n. 13.430/2002), e ao seu lado a “Lei de Zoneamento” (Lei n. 13.885/2004), e a Cidade de Belo Horizonte (MG), que possui uma “Lei de Parcelamento do Uso do Solo” e um “Plano Diretor Urbano”.

Ao lado das leis de zoneamento ou de parcelamento do uso do solo encontramos muitos planos que não são operacionais, com denominações e conteúdos variados. É o caso dos “planos de desenvolvimento local integrado”, do “plano diretor de desenvolvimento urbano” ou mesmo do “plano diretor”. A denominação, em verdade, não pode ser tomada de imediato como uma referência para o conteúdo dos planos territoriais municipais no Brasil. É assim que em cada município encontraremos um sistema de planificação mais ou menos particular. O fato é que, todos aqueles municípios que possuem mais de 20 mil habitantes, devem elaborar seu plano diretor (art. 182, §2º, CF/88), cujo conteúdo mínimo é agora determinado na Lei Federal n. 10.257/2001 (art. 39 e ss). O conteúdo mínimo não prevê, por outro lado, uma efetividade imediata das previsões do plano diretor. A concretização dos preceitos definidos no plano diretor ficará a critério da municipalidade, ainda que se defenda uma reserva de plano, sobre a qual trataremos mais adiante. É assim que podemos encontrar um plano diretor de caráter predominantemente programador e com escasso valor jurídico ou um plano diretor que inclui o zoneamento em seu corpo legislativo, como matéria especial e autoaplicabilidade.

9.2. Tipologia dos planos territoriais portugueses

Existem diversos tipos de planos na ordem jurídica portuguesa, os quais a doutrina classifica de acordo com diversos critérios. De todas as classificações existentes, destacaremos aquela que se fundamenta no critério espacial de aplicação, segundo assim o critério utilizado anteriormente para tratar dos planos brasileiros. Esse critério é um dos mais frequentemente utilizados na planificação territorial, por ter sido adotado pelos legisladores portugueses e brasileiros, e tem a vantagem de permitir, por sua simplicidade, fazer um retrato do sistema de planejamento português e situar os planos diretores municipais. É possível distinguir no direito português cinco níveis, cujo âmbito espacial de aplicação é gradativamente mais restrito: nacional, regional, supramunicipal, municipal e submunicipal²²³⁹.

de parcelamento admissíveis; III – As diretrizes para a articulação do parcelamento do solo com o desenho urbano; IV – As diretrizes para o sistema de áreas verdes e institucionais” (destacamos).

²²³⁸ Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 108 e 109.

²²³⁹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 376

9.2.1. *Nível nacional*

Em âmbito nacional, situa-se o programa nacional da política de ordenamento do território, que estabelece as grandes opções com relevância para a organização do território nacional, abrangendo, por isso, todo o espaço do país (artigo 9º, n. 1, alínea *a*), da Lei n. 48/98 e os artigos 26 a 34 do Decreto-Lei n. 380/99²²⁴⁰.

Para além do programa nacional da política de ordenamento do território, a política de ordenamento do território e de urbanismo de âmbito nacional se concretiza através de: *planos setoriais*, com incidência territorial, e *planos especiais de ordenamento do território*, compreendendo os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas e os planos de ordenamento da orla costeira (art. 2º, Decreto-Lei n. 380/99)²²⁴¹.

9.2.2. *Nível regional*

Neste nível enquadram-se os planos regionais de ordenamento do território (PROT). Esclareça-se, no entanto, que a inserção no âmbito regional desses planos não significa que o seu âmbito territorial de aplicação coincida com as áreas das regiões administrativas, entendidas como autarquias locais (artigos 236, n. 1, e 255 a 262 da Constituição portuguesa). Essas áreas não foram ainda instituídas. A sua área de aplicação corresponde às áreas de atuação das comissões de coordenação e desenvolvimento regional, podendo aqueles organismos proporem ao Governo que o PROT seja estruturado em unidades de planeamento correspondentes a espaços subregionais integrados na respectiva área de atuação suscetíveis de elaboração e aprovação faseadas (art. 51, n. 2 e 3, do Decreto-Lei n. 380/99, na redação do artigo 1º, do Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de dezembro)²²⁴².

9.2.3. *Nível supramunicipal*

Neste nível, enquadram-se os planos intermunicipais de ordenamento do território, que abrangem a totalidade ou parte das áreas territoriais pertencentes a dois ou mais municípios vizinhos (art. 9º, n. 1, alínea *c*), da Lei n. 48/98 e 60 a 68, do Decreto-Lei n. 380/99.

9.2.4. *Nível municipal*

É no âmbito local que identificamos o planeamento de maior relevo, também em Portugal. Neste nível elaboram-se os planos municipais de ordenamento do território, divididos em *planos diretores municipais*; *planos de urbanização* e *planos de pormenor* (art. 69 e ss, do Decreto-Lei n. 380/99).

Os planos municipais de ordenamento do território são instrumentos de natureza regulamentar, aprovados pelos municípios, e neles se estabelece o regime de uso do solo, definindo modelos de evolução previsível da ocupação humana e da organização de redes e sistemas urbanos e, na escala adequada, parâmetros de aproveitamento do solo e de garantia da qualidade ambiental.

Seus objetivos são:

²²⁴⁰ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 376 e ss

²²⁴¹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²²⁴² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 376 e ss.

a) a tradução, no âmbito local, do quadro de desenvolvimento do território estabelecido nos instrumentos de natureza estratégica de âmbito nacional e regional; b) a expressão territorial da estratégia de desenvolvimento local; c) a articulação das políticas sectoriais com incidência local; d) a base de uma gestão programada do território municipal; e) a definição da estrutura ecológica municipal; f) os princípios e as regras de garantia da qualidade ambiental e da *preservação do património cultural*; g) os princípios e os critérios subjacentes a opções de localização de infra-estruturas, equipamentos, serviços e funções; h) os critérios de localização e distribuição das actividades industriais, turísticas, comerciais e de serviços; i) os parâmetros de uso do solo; j) os parâmetros de uso e fruição do espaço público; l) Outros indicadores relevantes para a elaboração dos demais instrumentos de gestão territorial (art. 70, Decreto-Lei n. 380/99).

Um dos aspectos mais relevantes dos planos municipais de ordenamento do território portugueses dá-se no fato de que eles são os instrumentos apropriados para estabelecer o “regime do uso do solo”. Esse regime é definido nos planos, sobretudo no plano diretor municipal, através da classificação e da qualificação do solo. Trata-se de atribuição exclusiva de tais instrumentos, cuja competência para elaboração é municipal. Essa exclusividade ficou refletida na alteração promovida pelo Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro, ao Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. Segundo Oliveira²²⁴³, o Decreto n. 316/2007 retirou a expressão “usos do solo” do art. 44 do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial a fim de eliminar do conteúdo material dos planos especiais de ordenamento do território (de competência do Governo central), a referência à fixação de usos, exclusivo dos planos locais de ordenamento do território. Os planos especiais destinam-se apenas a conter regimes de salvaguarda de recursos e valores naturais, e não a classificar e qualificar o uso do solo, quer por via da alteração de perímetros urbanos definidos nos instrumentos de planeamento, quer pela definição das categorias às quais se encontram associadas utilizações e parâmetros de ocupação. Ou seja, visa a clarificar-se que os planos especiais de ordenamento do território são meros planos de salvaguarda de recursos e valores naturais.

Englobando todo o território do município, o plano diretor, definido no artigo 84, do Decreto-Lei n. 380/99 é um instrumento de referência para a elaboração dos demais planos municipais de ordenamento do território e para o estabelecimento de programas de ação territorial, bem como para o desenvolvimento das intervenções setoriais da administração do Estado no território do município, em concretização do princípio da coordenação das respectivas estratégias de ordenamento territorial (art. 84, 2, do Decreto-Lei n. 380/99)²²⁴⁴.

O plano diretor define o modelo de organização espacial do território municipal com base na classificação e na qualificação do solo e sua elaboração é obrigatória para todos os municípios²²⁴⁵.

9.2.5. *Nível submunicipal*

Situam-se no nível submunicipal os planos territoriais tipificados na Lei n. 48/98 e no Decreto-Lei n. 380/99. São eles: a) os planos de urbanização e b) os planos de pormenor.

a) Os planos de urbanização concretizam, para uma determinada área do território municipal, a política de ordenamento do território e de urbanismo, fornecendo o quadro de referência para a aplicação das políticas urbanas e definindo a estrutura

²²⁴³ Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial**. Alterações do Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 54 e ss. No mesmo sentido já defendia CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 376 e ss.

²²⁴⁴ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 482 e ss.

²²⁴⁵ Item 3 e 4 do artigo 84, Decreto-Lei n. 38/99. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 482 e ss.

urbana, o regime de uso do solo e os critérios de transformação do território (art. 87, 1, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro).

b) Os planos de pormenor desenvolvem e concretizam propostas de ocupação de qualquer área do território municipal, estabelecendo regras sobre a implantação das infraestruturas e o desenho dos espaços de utilização coletiva, a forma de edificação e a disciplina da sua integração na paisagem, a localização inserção urbanística dos equipamentos de utilização coletiva e a organização espacial das demais atividades de interesse geral. O plano de pormenor pode desenvolver e concretizar programas de ação territorial e abrange áreas contínuas do território municipal, correspondentes, designadamente, a uma unidade ou subunidade operativa de planeamento e gestão ou a parte delas (art. 90, 1, 2 e 3, do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro)²²⁴⁶.

10. O planeamento democrático

Em uma sociedade democrática, o significado da expressão “participação popular” não é a de uma participação dos indivíduos em processos decisórios coordenados e/ou patrocinados pelo Estado como instância de poder separadas, mas sim na participação plena em processos decisórios. A mudança, a partir do discurso, da prática gestonária faz com que participação deixe de ser uma “liberalidade” ou “tolerada” pelo administrador para se tornar uma determinação política consequentemente provida de proteção jurídica²²⁴⁷.

Ao participar do processo decisório, as pessoas adquirem um interesse maior, ajudando a resolver o velho problema da apatia com a política e o custo dela advindo. Do mesmo modo, há uma dúvida crescente da capacidade do capitalismo em produzir e distribuir riquezas. É da própria natureza do sistema capitalista reproduzir a desigualdade para continuar operando.

A democracia participativa tem como premissa o interesse básico dos indivíduos na autodeterminação ou autonomia política e concebe a formação de vontade política de baixo para cima, num processo de estrutura com a participação de todos os cidadãos. O princípio político da participação, que inclui as modalidades legislativas e judiciais, está diretamente referido à legitimidade das instituições democráticas, de modo que a participação nas decisões administrativas tende a aproximar o administrado de todas as discussões e decisões em que seus interesses estejam diretamente envolvidos²²⁴⁸.

O princípio está inserido no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal do Brasil de 1988, texto que acolhe os postulados da democracia representativa e participativa. Em que pese o sistema representativo ser o elemento nuclear do conceito de democracia e ser adotado como expressão do princípio da maioria, o texto constitucional acabou por estabelecer a compatibilidade entre democracia representativa e democracia participativa, de forma que estas não se excluem ou concorrem, mas se complementam.

Além disso, em diversas outras passagens, o direito de participação popular é expressamente referido, por exemplo, na exigência de participação das associações representativas no planeamento municipal (artigo 29, XII), no gerenciamento da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII), da saúde (art. 198, III), da assistência social (artigo 204, II) e da educação (artigo 206, VI), entre outros inúmeros dispositivos que se ligam, direta ou indiretamente, ao tema.

Portanto, é mister afirmar que a vigente Constituição da República estabeleceu um sistema de exercício do poder político que conjuga a tradicional representação com a intervenção direta do povo no desempenho de todas as funções estatais (administrativa, legislativa e judiciária), superando a “velha dicotomia Estado e sociedade civil”, com o que os “particulares, os cidadãos, os destinatários

²²⁴⁶ Art. 90, itens 1, 2 e 3. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 487.

²²⁴⁷ Nesse sentido SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**. Uma introdução crítica ao planeamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 332 e ss.

²²⁴⁸ Nesse sentido, conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1996.

finais das ações estatais, paulatinamente estão deixando de ser considerados como intrusos nas atividades administrativas, especialmente nos processos de tomada de decisões”²²⁴⁹.

Vivemos, pois, numa democracia participativa.

O planejamento urbano constitucionalizado insere-se nessa dimensão participativa. A redação do inciso II, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade aponta a participação popular como diretriz fundamental dentro do sistema de gestão democrática proposto²²⁵⁰. Destarte, os conceitos jurídicos e políticos de gestão democrática e de participação popular são distintos, embora complementares, considerado o princípio político da participação como decorrente do sobreprincípio (ou padrão estruturante) democrático, assim descrito no Estatuto da Cidade:

“Artigo 2º (...) II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, na formulação e acompanhamento dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.”

Assim, temos entre as diretrizes gerais, a gestão democrática, e, especialmente, a participação popular, como fundamento jurídico normativo que deve ser considerado pelo legislador e observado pelo administrador.

Em relação ao Plano Diretor, no processo de sua elaboração e na fiscalização da sua implementação, o texto da lei prevê a promoção obrigatória de audiências públicas e debates, a publicidade e o acesso aos interessados (art. 40, § 4º).

Segundo Saule Júnior²²⁵¹,

a constituição de um sistema de gestão democrática da cidade no Município é condição essencial para os objetivos da política urbana serem atingidos, através da aplicação do plano diretor, uma vez que o processo de formulação e execução das políticas públicas, o planejamento municipal e o modelo de gestão da cidade são matérias vinculantes para a execução do plano diretor.

Também Bucci²²⁵² deixa claro a importância da gestão democrática dentro do Estatuto:

A própria situação topológica do capítulo, que é o penúltimo do Estatuto, antecedendo apenas as “Disposições Gerais”, além do seu conteúdo indicam seu caráter de norma de processo político-administrativo, que informa o modo concreto de formulação da política urbana e da incidência dos dispositivos tratados nos capítulos anteriores, para o quê se exige sempre a necessária participação popular.

(...)

A realização do processo democrático na gestão das cidades é a razão da própria existência do Estatuto da Cidade, que resulta, ele próprio, de uma longa história de participação popular, iniciada na década de 80, e que teve grande influência na redação do capítulo da política urbana da Constituição Federal (arts. 182-183).

(...)

A plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos de política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade (tais como o direito de preempção, o direito de construir, as operações consorciadas etc) não serão meras ferramentas a serviço de concepções tecnocráticas, mas ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos, sem exclusões.

²²⁴⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 35, n. 137: 255-264, jan./mar., 1998.

²²⁵⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ary. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, p. 45-60, 2002.

²²⁵¹ SAULE JUNIOR, Nelson (Coord.). **Direito à Cidade**. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 118.

²²⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, p. 322-341, 2002.

E, na realidade, o Estatuto introduz e regulamenta meios muito intensos de intervenção do Estado sobre a propriedade privada, os quais, se concebidos de uma forma tecnocrática ou se utilizados com desvio de finalidade, poderão acarretar danos consideráveis aos cidadãos. Some-se a isso o risco de “descambar para o totalitarismo”, presente no direito urbanístico em virtude de sua “visão totalizante de mundo”, e teremos, em linhas gerais, a importância do sistema de gestão democrática engendrado pela novel Lei de Responsabilidade Social.

Não só no Capítulo IV o Estatuto da Cidade refere-se à gestão democrática. Há, em seu todo, diversas normas esparsas que se afinam, direta ou indiretamente, com a forma compartilhada de gestão municipal estabelecida no capítulo específico que trata do tema.

As primeiras referências feitas pelo novo diploma legal à gestão democrática constam dos incisos II, III e XIII do seu artigo 2º, que veicula as suas diretrizes gerais. Podemos afirmar, neste passo, que a gestão democrática, a cooperação entre governo, iniciativa privada e população no processo de urbanização e a obrigatoriedade de audiência do poder público municipal e da população interessada para a implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população são, na realidade, princípios jurídicos, vetores para a interpretação tanto das demais normas do próprio Estatuto, quanto da legislação que lhe dá complemento, em qualquer nível. Cabe ressaltar, aqui, que a norma abrange a visão de impacto ambiental, tradicionalmente vinculado apenas ao meio ambiente natural.

Em seguida, ao disciplinar os chamados instrumentos de política urbana, novamente o Estatuto traz regramentos relacionados à gestão democrática: a gestão orçamentária participativa (artigo 4º, II, “f”, esmiuçada no artigo 44, adiante analisado); o plebiscito e o referendo (artigo 4º, II, “s”) e os estudos prévios de impacto de vizinhança (EIV) e de impacto ambiental (EIA) (artigo 4º, VI).

O parágrafo 3º do artigo 4º também estabelece o chamado controle social do dispêndio de recursos, exigindo a participação da comunidade no controle da utilização dos instrumentos de política urbana que demandem o dispêndio de recursos públicos.

A efetividade da norma restou comprometida pelo veto apostado ao artigo 52, I, do Estatuto, que estabelecia hipótese de improbidade administrativa para o prefeito que dificultasse o controle social, já que “tristemente, a tradição brasileira tem demonstrado existir um vínculo significativo entre a eficácia das normas e a força das sanções correspondentes para o caso de seu descumprimento”.

Nas razões do veto, invocou-se um pseudocaráter político do controle social, para vetá-la por contrariedade ao interesse público. Nos parece que tais adotam um posicionamento conservador que já não mais impera no seio do Direito Constitucional e Administrativo. O caráter político do controle prevalece até que normas jurídicas instituem sua obrigatoriedade, o que lhe dá, então, caráter jurídico. Mesmo que fosse necessária uma disciplina mais pormenorizada do tal controle social do dispêndio de recursos, entendemos que a hipótese de improbidade administrativa que havia sido traçada contribuiria decisivamente para a eficácia do § 3º, anteriormente citado.

O artigo 33, VII exige que a lei específica que aprove a constituição de uma operação urbana consorciada preveja controle compartilhado da operação com a sociedade civil.

O artigo 37, parágrafo único exige a publicidade dos documentos integrantes do Estudo de Impacto de Vizinhança. A mesma exigência de publicidade é repetida com relação ao Plano Diretor, no artigo 40, § 4º da lei sob comento.

A exigência é integralmente compatível com o princípio da publicidade. E, para além disso, a publicidade representa verdadeira condição para a participação. No dizer de Saule Júnior²²⁵³:

A participação popular tem como pressuposto o respeito ao direito à informação, como meio de permitir ao cidadão condições para tomar decisões sobre as políticas e medidas que devem ser executadas para garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

²²⁵³

Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson. Do Plano Diretor.. In MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 255-294, 2002.

O acesso às informações é elemento primordial para a democratização da gestão da cidade, que deverá ser utilizado por qualquer cidadão e não apenas pelos órgãos da administração municipal, permitindo eliminar a apropriação indevida do conhecimento sobre a cidade por pequenos grupos de técnicos e servidores da máquina estatal, que atendem apenas os interesses da minoria privilegiada que sempre teve acesso às instâncias do poder municipal.

Garantir a publicidade e o acesso às informações englobam condutas diversas da administração. A imposição de publicidade exige uma “postura ativa a ser tomada pela Administração”. Permitir o acesso, por sua vez, implica uma “postura de receptividade em relação a quem queira se inteirar dos assuntos de público interesse”²²⁵⁴.

Em nenhum momento as normas estabelecem o prazo mínimo para que as informações fiquem à disposição do público. O atendimento à exigência dependerá da análise do caso concreto, onde deverá ser levada em consideração, por exemplo, a complexidade do assunto tratado. Caso conclua-se pela insuficiência do prazo fixado em concreto, é perfeitamente possível a correção judicial da ilegalidade, sem prejuízo do enquadramento da conduta do prefeito municipal como improbidade administrativa (artigo 52, VI).

O processo de elaboração do Plano Diretor não poderia deixar de ser objeto das preocupações democráticas do Estatuto. Vislumbra-se uma preocupação considerável com a superação do chamado planejamento de gabinete, que provocou uma espécie de “discurso esquizofrênico” nas Administrações e funcionou como grande “gerador de desigualdades”, por não levar em consideração a grande parcela da população que vivia – e vive – à margem da legalidade. Reconhece-se a cidade com um “palco de conflitos”, que somente podem ser satisfatoriamente resolvidos em “espaços democráticos de negociação entre os diversos atores urbanos”.

Para os que pensam que a participação popular é um “atraso” para os trabalhos de planejamento do plano diretor, lembramos, nas palavras de Silva²²⁵⁵, que

é um completo engano pensar que a democracia atrapalha do planejamento, mesmo porque, se esta antinomia fosse verdadeira, seria correto eliminar imediatamente o planejamento. Ao contrário, o planejamento é uma forma de organizar a democracia e de exprimi-la. O que devemos dizer, de forma clara e tranquila, é que este tipo de planejamento toma o partido da maioria da população da cidade e a defende, aliás, por isso ele é democrático.

As exigências estabelecidas no artigo 40, § 4º atingem tanto o Poder Executivo, quanto o Poder Legislativo. Portanto, é obrigatória a realização de audiências e debates no âmbito de ambos os poderes, não restando cumprida a exigência se apenas um deles os realizar. E trata-se de verdadeira obrigatoriedade, com o que o legislador afastou-se da sistemática adotada na Lei de Processo Administrativo Federal, onde a realização é apenas uma faculdade do Poder Público.

O Estatuto também não estabeleceu os requisitos formais para a realização das audiências e debates, mas a análise do caso concreto tornará possível a constatação do cumprimento ou não das exigências²²⁵⁶. A lei municipal poderá, obviamente, estabelecer o procedimento a ser seguido nas convocações de audiências públicas e debates, mas sua eventual inexistência não tornará inaplicável a exigência do Estatuto, que reúne todos os elementos necessários à sua aplicabilidade imediata.

²²⁵⁴ Cf. MATTOS, Liana Portilho. Da Gestão Democrática da Cidade. In MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 295-332, 2002.

²²⁵⁵ Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

p. 9.

²²⁵⁶ A lei não define precisamente como e quando serão realizadas as audiências e os debates, mas determina que estas se realizem, sob pena de severa sanção para o caso de descumprimento da regra (ato de improbidade administrativa previsto no artigo 52,VI do Estatuto da Cidade). Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

Com efeito, a lei estabeleceu verdadeiro requisito de validade do Plano Diretor, em estreita vinculação com o estabelecido no artigo 29, VII, da Constituição Federal. Adotando-se como correta a concepção ampla de forma do ato administrativo, que a encara não apenas como a sua exteriorização, mas também como o conjunto de todas as formalidades que devem ser obedecidas no processo de gestação do ato, a inobservância das formalidades procedimentais estabelecidas evidentemente gera a sua invalidade.

Outro ponto importante para a efetividade do princípio da democracia participativa refere-se à gestão orçamentária participativa, como integrante do planejamento e gestão das cidades²²⁵⁷. O artigo 44 do Estatuto da Cidade dispõe que a gestão orçamentária participativa incluirá obrigatoriamente a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, ou seja, em todo processo de discussão orçamentária, como condição obrigatória para a sua aprovação pela Câmara Municipal. Essas disposições contidas no Estatuto da Cidade configuram-se em avanços legislativos para a efetivação do princípio da participação popular²²⁵⁸.

A participação popular pode se dar de diversas formas: informação (informar a população sobre o plano em elaboração), consulta (pesquisa pública), partilha do poder de decisão (através de reuniões de informação e/ou reivindicações de grupos representativos de moradores) e partilha de especialização²²⁵⁹.

O Estatuto instituiu aos Poderes Legislativo e Executivo o dever de garantir a publicidade dos documentos e informações produzidos (art. 40, §4º, II) e o acesso de qualquer interessado a tais documentos e informações (art. 40, §4º, III). *Dar publicidade* a esses atos significa divulgá-los, dar ciência ao público de sua existência. É, por assim dizer, postura ativa a ser tomada pela Administração. *Permitir o acesso*, por seu turno, constitui dever de tornar as informações disponíveis ao público. É de se comentar, ainda, que o avanço tecnológico, especialmente de recursos computacionais (sobretudo a Internet), tem impactos sobre todas as formas de participação citadas anteriormente. Ao longo de, pelo menos, 40 anos foram desenvolvidas algumas ferramentas que podem subsidiar o processo de planejamento urbano através da participação popular direta ou indireta²²⁶⁰.

O Plano diretor do Município de Vitória contém disposições expressas sobre a participação popular:

Art. 11. São objetivos do Sistema Municipal de Planejamento e Gestão Urbana:

I - Instituir canais de participação da sociedade na gestão municipal da política urbana;

²²⁵⁷ Cf. MOURÃO, Laís de Almeida (Coord.). **Gestão municipal democrática**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas – UPIJ, 2001.

²²⁵⁸ Conferir as disposições do artigo 40, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²²⁵⁹ Algumas diretrizes mínimas devem ser observadas para garantir a efetiva participação popular. Essas diretrizes podem ser resumidas em: divulgação, com a antecedência necessária à preparação dos interessados, das informações a discutir em audiência pública; abertura de participação a todos os detentores de legítimo interesse em participar do processo; divulgação dos comentários e sugestões formulados; e, finalmente, resposta fundamentada aos comentários e contribuições. Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²²⁶⁰ A contribuição da tecnologia para o implemento do planejamento participativo é inegável. Algumas prefeituras do Brasil já utilizam esse recurso, como é o caso de Recife, que utiliza esse meio para disponibilizar informações aos cidadãos e propor votações relativas ao Orçamento do Município. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/op/>>. Acesso em: 10 out. 2009. O assunto não será desenvolvido por nós neste momento, mas sugerimos a leitura de MAGAGNIN, Renata C.; SILVA, Antônio N.R.; COSTA, Marcela S. Planejamento Participativo e Internet (www): Um Breve histórico, tendências e perspectivas no Brasil e em Portugal. In: MENDES, José F.G. (et al.). **Contribuições para o Desenvolvimento Sustentável em Cidades Portuguesas e Brasileiras**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 163-177; CONCEICAO, Ronald Jesus da; CABALERONUNES, Blas Henrique. Planejamento e desenvolvimento regional sustentável. Uma análise do método aplicado na Região Metropolitana de Curitiba (RMC). Disponível em: <http://www.usp.br/fau/eventos/paisagemeparticipacao/poderpublico/A03_pd_rmc.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009 e SCHWEIZER, Paul D (et al.). **Planejamento Participativo na reestruturação urbana**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.

- II - Buscar a transparência e democratização dos processos de tomadas de decisão sobre assuntos de interesse público;
- III - Instituir um processo permanente e sistemático de discussões públicas para o detalhamento, atualização e revisão dos rumos da política urbana municipal e do seu instrumento básico, o Plano Diretor.

Em Portugal, a participação dos interessados é amplamente garantida. O Decreto-Lei n. 380/99 assegura expressamente que ao longo da elaboração dos planos municipais de ordenamento do território (o que inclui os planos diretores), a Câmara Municipal deve facultar aos interessados todos os elementos relevantes para que estes possam conhecer o estágio dos trabalhos e a evolução da tramitação procedimental, bem como formular sugestões à autarquia e à comissão mista de coordenação (art. 77, Decreto-Lei n. 380/99, e alterações posteriores).

O Decreto assinala, ainda, em vários momentos, a divulgação através da comunicação social e da respectiva “página da Internet”, no qual deverão constar os períodos de discussão, as eventuais sessões públicas a que haja lugar e os locais onde se encontram disponíveis as propostas de planos, com respectivo relatório ambiental, parecer da comissão de acompanhamento e demais pareceres eventualmente emitidos (art. 77, 3, Decreto-Lei n. 380/99)²²⁶¹.

Para, além disso, os planos municipais de ordenamento do território, entre eles os planos diretores municipais, deverão estar acessíveis a todos os cidadãos pela internet (art. 83, A, Decreto-Lei n. 380/99, com alteração conferida pelo Decreto-Lei n. 46/2009, de 20 de fevereiro)²²⁶².

Por iniciativa do Ministério das Cidades, através do Conselho Nacional das Cidades e as entidades que o compõe, foi iniciado em 2006 um movimento para mobilizar os municípios em prol do Planeamento Democrático. Foram envolvidos os Estados Federativos que atuaram como núcleos centralizadores de informação e divulgação de estratégias para a concretização dos princípios democráticos dos planos. Pesquisas e levantamentos sobre a situação atualizada dos planos diretores dos municípios de cada núcleo foram promovidos, bem como do estágio de elaboração de cada um. Diversas estratégias foram delineadas, entre elas a distribuição de 12 mil kits, em todos os estados. O kit contemplava diferentes linguagens e era composto dos seguintes itens: CD interativo do curso “Planeamento Territorial Urbano e Plano Diretor Participativo”, produzido pela Caixa Econômica Federal; livro “Plano Diretor Participativo: Guia para elaboração pelos municípios e cidadãos”, publicação do Ministério das Cidades em parceria com o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA); reedição do livro “Guia do Estatuto da Cidade”, produzido pela Câmara dos Deputados; cartaz da Campanha; folheto do “Decálogo do Plano Diretor Participativo”; vídeo-documentário de 15 minutos; e comerciais para rádio e televisão. Foi elaborada, ainda, uma página específica sobre a campanha no sítio do Ministério das Cidades (<http://www.cidades.gov.br/planodiretorparticipativo>), na qual poderiam ser encontradas todas as informações e materiais da campanha e onde os núcleos estaduais puderam atualizar diretamente as notícias sobre seus estados.

Outro importante instrumento de divulgação nacional foi a Rede Plano Diretor, também mantida pelo Ministério das Cidades, e que chega a mais de 20 mil endereços eletrônicos. A linha de mobilização, estreitamente ligada à da comunicação, representa um passo adiante em relação à anterior, já que buscou contemplar a conquista de atores sociais e de outros cidadãos para ajudar na implementação da campanha, para atuar nos Núcleos Estaduais, para participar de suas atividades e, especialmente, da elaboração e da implementação dos Planos Diretores em suas cidades. Ainda que muitos veículos e produtos da comunicação sirvam à mobilização, esta exige um trabalho dedicado para que a comunicação tenha como consequência novas atitudes e mudanças, ou seja, movimento.

²²⁶¹ Cf. Decreto-Lei n. 380/99. In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

²²⁶² O Decreto-Lei n. 46/2009, de 20 de fevereiro, deu nova redação ao art. 83, A, reforçando a relevância da disponibilização de informação digitalizada na internet: “1 – Os planos municipais de ordenamento do território vigentes são disponibilizados, com carácter de permanência e na versão actualizada, no sítio electrónico do município a que respeitam. Sobre os instrumentos de participação pública”. Conferir, ainda, OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Instrumentos de Participação Pública em Gestão Urbanística**. Coimbra: CEFA, 2000.

Assim, a mobilização dedicou-se a promover, de um lado, o contato com atores sociais para a interação em rede – como a formação dos Núcleos Estaduais, por exemplo. De outro lado, buscou implementar as outras linhas estratégicas com critérios territoriais, identificando *quem* e *onde* precisava ser atingido e conquistado pelos temas da campanha. A estratégia de capacitação teve como objetivo capacitar agentes multiplicadores e atores sociais para o processo de elaboração e implementação de Planos Diretores com foco nos municípios atingidos pelo prazo estabelecido no Estatuto da Cidade. Foi a principal linha de ação da campanha direcionada, dividida em duas etapas, todas realizadas no âmbito do Projeto Plano Diretor Participativo (Convênio 02/2005): i) oficinas regionalizadas de formação de multiplicadores, promovidas a partir de uma iniciativa nacional, e ii) oficinas e cursos promovidos nos estados, em articulação com os Núcleos.

Outra ação do Ministério das Cidades relacionada à capacitação foi o credenciamento de consultores e capacitadores com experiência no apoio à elaboração de Planos Diretores Municipais Participativos, que resultou em um cadastro de profissionais – pessoas físicas e jurídicas – nas modalidades “capacitação” e “assessoria técnica”. Esses profissionais foram selecionados a partir da comprovação de experiências em planejamento e gestão urbanos, especialmente na implementação do Estatuto da Cidade. Eles participaram das oficinas de multiplicadores e são opções a mais para prefeituras e outras entidades promoverem a capacitação de técnicos e representantes da sociedade civil para participarem nos processos de elaboração e implementação dos Planos Diretores.

Finalmente, a linha de acompanhamento buscava fechar o ciclo do grande movimento iniciado pelas outras estratégias da campanha. Era preciso acompanhar a execução das atividades espalhadas por todo o território nacional, pela ação dos núcleos estaduais e parceiros. Além disso, como saber se os municípios obrigados a cumprir o prazo de outubro de 2006 estavam sendo atingidos? E, se atingidos, estariam elaborando ou revendo seus Planos Diretores? Finalmente, como saber se os planos estavam em acordo com as diretrizes do Estatuto das Cidades – o objetivo final da campanha?

Além do apoio às atividades da campanha, os núcleos estaduais tinham a responsabilidade de acompanhar as cidades em cada estado. Foi realizada, ainda, uma pesquisa nacional, junto aos municípios enquadrados nos critérios de obrigatoriedade do Estatuto da Cidade, no escopo do projeto de que trata este relatório. Essa pesquisa procurou saber em que fase estavam seus Planos Diretores e se a participação social estava garantida.

Foi criado, também, um banco de experiências, que não apenas registra os casos selecionados, como retroalimenta a estratégia de capacitação, transferindo as lições aprendidas para os agentes envolvidos nos processos de elaboração de Planos Diretores nas cidades de todas as regiões do país²²⁶³.

11. O ordenamento urbanístico na ausência de planejamento urbano. As normas legais de direta aplicação

Como se verifica anteriormente, a ordenação urbanística estabelece-se a partir de um conjunto de regras que ordenam a atividade que se pode realizar no solo (forma das construções e edificações, alturas, tipologias edificatórias, usos a implantar etc). Dita ordenação pode fazer de muitas e diversas formas. A principal delas (e a mais rigorosa e técnica) é o planejamento urbanístico, a dizer, o planejamento determina o perfil da ordenação urbanística.

Pode ocorrer, sobretudo no Brasil, onde a planificação não é obrigatória para cidades com menos de 20 mil habitantes (artigo 182, §1º, CF/88), que a ordenação urbanística se estabeleça através de outros mecanismos. São as normas legais de direta aplicação (ex: Estatuto da Cidade art. 9º, da

²²⁶³ Cf. MINISTÉRIO DAS CIDADES, Campanha Plano Diretor Participativo. **Boletim n. 1 aos Núcleos Estaduais**. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/boletim1.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

usucapião urbano, Lei de Parcelamento do Solo etc)²²⁶⁴ e as normas locais especiais que tratam do regime de edificação (Código de Obras, alinhamento etc).

A ordem urbanística é composta por um conjunto de regras que ordenam o uso do solo. Essas normas são coordenadas e sistematizadas no Brasil com a implementação de um plano diretor. Ocorre que, mesmo sem esse instrumento, é possível realizar certa ordenação, se bem que muito mais modesta e imperfeita, através das leis esparsas voltadas às limitações da propriedade.

Isso ocorre também em outros países onde o planejamento ainda não atingiu a totalidade dos municípios ou entes locais de governo, como é o caso da Espanha. Naquele país, a ordenação urbanística poderá provir de três fontes²²⁶⁵: 1) a própria legislação urbanística (lei estatal/nacional ou da comunidade autônoma), 2) outra legislação ou instrumentos de planificação em matéria diferente da urbanística (ex: planos setoriais nacionais ou leis nacionais sobre águas ou costas) e 3) instrumento de classificação do solo (lei de zoneamento etc) – que não o plano diretor, acompanhado de leis especiais sobre a edificação.

O raciocínio e os exemplos citados podem ser aplicados à realidade brasileira, onde se verifica na maior parte dos municípios um planejamento sem planos.

²²⁶⁴ Nesse sentido, a ordenação espanhola previa no texto revisto da lei sobre o regime do solo e ordenação urbana, aprovado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, no artigo 74, atualmente revogado pela nova “*Ley del Suelo*”, que “mientras no exista plan o norma urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas...”. Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo, CASTELAO RODRIGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para juristas y técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 185.

²²⁶⁵ Cf. SANTOS DIEZ, Ricardo, CASTELAO RODRIGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para juristas y técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005. p. 185.

Título III - Do planejamento urbanístico e a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel

Capítulo III - Dos planos urbanísticos municipais

“Amo o ruído e a constante agitação das grandes cidades. O movimento contínuo obriga à observação dos costumes. O ladrão, por exemplo, ao ver toda a actividade humana, pensa involuntariamente que é um patife, e esta imagem alegre em movimento pode vir a melhorar a sua natureza decadente e arruinada. O boémio sente-se talvez mais modesto e pensativo quando vê todas as forças produtivas, e o devasso diz possivelmente a si mesmo, quando lhe salta aos olhos a docilidade das massas, que não é mais do que um sujeito miserável, estúpido e vaidoso, que só sabe ufanar-se com soberba. As grandes cidades ensinam, educam, e não com doutrinas roubadas aos livros. Não há aqui nada de académico, o que é lisonjeiro, pois o saber acumulado rouba-nos a coragem.”
(Robert Walser, em Jakob von Gunten)

1. Introdução

Para traçar em detalhes como a tutela primária do patrimônio cultural imóvel poderá ser efetivada através do plano diretor, devemos partir da análise desse instrumento municipal, cuja relevância é indiscutível no tratamento das questões que envolvem o uso do solo.

Por outro lado, antes disso, é necessário justificarmos a escolha, dentre tantos instrumentos urbanísticos, do plano diretor urbano.

A estratégia se fundamenta, sobretudo, pela centralidade que ocupa o planejamento²²⁶⁶ no trato da disciplina urbanística. Tal relevância leva a alguns a tratar o direito urbanístico como o direito dos planos ou “*planning law*”, como é o caso dos britânicos²²⁶⁷. A importância conferida ao instrumento urbanístico não é injustificável, ainda que, por vezes, possa parecer exaltada. Não propomos aqui a redução da problemática da tutela do patrimônio cultural ao plano diretor, nem tampouco defendemos a redução do objeto do direito urbanístico. Por certo, este é um “instrumento” para a operacionalização dos fins da ordem urbanística, não sendo o plano um fim em si mesmo.

É de se reconhecer, entretanto, que sua relevância se dá, entre outros, pela operacionalidade que confere aos diversos outros instrumentos da ação urbanística e se, mesmo nesse sentido, encontra-

²²⁶⁶ A Constituição Federal brasileira de 1988 também dedicou especial atenção ao planejamento e o elevou a instrumento essencial do direito urbanístico, articulando competências federais, estaduais e municipais e alguns dos instrumentos de execução (IPTU progressivo, desapropriação para reforma urbana, imposição do parcelamento ou edificação compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, concessão de uso). Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

²²⁶⁷ Nesse sentido encontramos a bibliografia inglesa: BLACKHALL, J. Cameron. **Planning Law and Practice**. 3. ed. London: Cavendish, 2005; MOORE, Victor. **A Practical Approach to Planning Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005; TELLING, A.E.; DUXBURY, R.M.. **Planning Law and Procedure**. 9. ed. London: Butterworths, 1993.

se no mesmo patamar de importância com aqueles, não se lhe deve negar a centralidade sistêmica, de onde irradiarão os efeitos perquiridos pelo planejamento urbanístico local²²⁶⁸.

Os planos, por outro lado, são até hoje os meios mais eficazes para a concretização substancial da ordenação territorial. “Não há que se reduzir o direito urbanístico aos planos, mas tão só realçar que, sem estes, o direito do urbanismo não responde cabalmente aos problemas e questões que visa a resolver”²²⁶⁹. É assim que, mesmo que no Brasil ocorra, em grande número, a urbanização sem um planejamento totalizante (a própria Constituição Federal apenas exige a elaboração de planos para cidades com mais de 20 mil habitantes, art. 182), o plano diretor ainda é o instrumento de maior destaque na ordem urbanística que se pretende estabelecer.

A escolha feita para o desenvolvimento do tema justifica-se por essa centralidade ocupada pelos planos diretores municipais, ainda que não desconhecamos a pertinência de muitos instrumentos urbanísticos na proteção dos monumentos culturais imóveis²²⁷⁰. Tratar do papel do plano diretor municipal nos pareceu relevante, sobretudo pelas dificuldades que verificamos na relação entre as políticas urbanas e as políticas culturais aplicadas pelos órgãos responsáveis pelo planejamento e pela proteção do patrimônio cultural. Separados em distintas estruturas administrativas, as dificuldades de “coordenação” de estratégias são sempre mencionadas, e a situação se agrava quando se trata da tutela de um interesse cultural nacional, quando então organismos de níveis diferentes (normalmente nacionais e municipais) se esforçam para executar as tarefas de planejar e tutelar de maneira harmoniosa, sem ferir os interesses particulares que cada uma dessas atividades demanda.

Para além das controvertidas questões envolvendo a coordenação de interesses e da atuação das variadas esferas de poder que se verificam no contexto do Estado Federativo do Brasil, compreendemos ser relevante destacar o papel do plano diretor no contexto cultural das cidades, tendo em vista o momento histórico vivido no país. Após a aprovação do Estatuto da Cidade (2001), todos os planos diretores dos municípios com mais de 20 mil habitantes foram (ou deveriam ter sido) reformulados²²⁷¹. Isso significa dizer que no país os planos diretores passaram por uma revisão profunda na medida em que a nova ordem urbanística se consolida e diversos instrumentos foram disponibilizados, finalmente, para que a planificação ocorra com maior efetividade e grande número de valores e interesses possam ser eficazmente assegurados.

Essa reforma urbanística pode ser comparada à reforma portuguesa, de onde advieram os planos de “segunda geração”²²⁷² ou, como nos parece mais adequado dizer, planos de um *novo ciclo*

²²⁶⁸ Em destaque os instrumentos da política urbana no Brasil elencados no artigo 4º, da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²²⁶⁹ Cf. VIANA, Cláudia. **A atividade administrativa de formação dos planos diretores municipais**. Braga: Coimbra Editora, 2002. p. 41.

²²⁷⁰ O Plano Diretor poderá prever e aglutinar uma série de instrumentos novos e outros “resgatados” pelo Estatuto da Cidade que possuem excelente resultado na salvaguarda dos bens culturais. Destacamos os seguintes meios trazidos pela Lei n. 10.257/2001: a) transferência do direito de construir, previsto no art. 35, que consiste na possibilidade do proprietário de imóvel urbano ou rural, público ou privado ser autorizado a exercer em outro local ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para preservação, dado o seu valor histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; b) direito de preempção, instituto previsto no art. 25 do Estatuto, segundo o qual, o poder público detém preferência na aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. Tal direito de preempção poderá ser exercido para a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico, segundo o art. 26, do mesmo Estatuto. Já elaboramos alguns comentários no Capítulo anterior. Cf. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 233-239.

²²⁷¹ O Estatuto da Cidade estabeleceu um prazo de cinco anos a partir da sua vigência para a aprovação dos planos diretores de municípios que se enquadravam nas hipóteses do art. 41 da mesma lei. O prazo para a aprovação dos planos brasileiros se encerrou em 10 de outubro de 2006 (“Art. 50. Os Municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do art. 41 desta Lei que não tenham Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor desta Lei deverão aprová-lo no prazo de cinco anos.”).

²²⁷² O termo “segunda geração” pode ser identificado em Raposo, ao tratar dos Planos pós reforma do ordenamento urbanístico português. Cf. RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Patrimônio. Inquérito aos PDMs de “1ª geração”. **Al-madan**, Almada, II série, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003.

do direito do urbanismo Português²²⁷³. Nesses mesmos termos podemos também, no Brasil, referir-nos aos planos pós-Estatuto da Cidade, que se reformularam sob influência e ordem deste²²⁷⁴.

Por outro lado, salvo no que diz respeito às cidades submetidas a um regime de preservação global e extensivo, como é o caso de Ouro Preto, em Minas Gerais, a maior parte dos municípios detém uma lista limitada de bens de interesse nacional, tendo, em grande parte, sobre seu território bens de relevância cultural local. Esse interesse local ou esse patrimônio cultural imóvel municipal intensifica a necessidade de tutela via plano diretor. A “fusão” a que se referia Bacquet se realiza ou se poderá realizar neste contexto: bens de interesse municipal dispersos em território submetido a planos diretores de segunda geração.

Não se ignora, em todo caso, que a proteção dos bens culturais imóveis é realizada, na maior parte das vezes, através de normativas especiais, apartadas do Plano Diretor e tampouco se menospreza o relevante papel desse instrumento (o plano) enquanto via secundária para a obtenção da salvaguarda pretendida²²⁷⁵. A exposição visa a demonstrar, entretanto, que a planificação urbana não só consagra uma proteção especial do patrimônio cultural arquitetônico, como é, também, uma via independente de proteção. Verificaremos, nessa perspectiva, os elementos que necessariamente deverão compor os planos para que as diretrizes legislativas de base sejam atendidas²²⁷⁶ e quais são os aspectos ainda pouco desenvolvidos sobre a proteção do patrimônio arquitetônico em uma perspectiva urbanística.

A abordagem não é recente, nem contudo completamente inédita. Entre nós, já afirmavam Mukai e Meirelles²²⁷⁷, que o estudo do tema “patrimônio histórico, artístico e cultural” teve início no campo do urbanismo. E assinala Meirelles²²⁷⁸, que

diante das novas exigências do bem-estar social, as limitações urbanísticas se classificam em cinco grupos bem distintos, conforme o interesse público tutelado: limitações de proteção ao domínio público; de proteção à salubridade urbana; de proteção à funcionalidade urbana; de proteção à segurança urbana; e de proteção estética, paisagística e monumental.

Salvia²²⁷⁹, na Itália, já afirmava que o “ordenamento do território engloba, seguramente, a conservação e a valorização de todos os recursos presentes no território, aqui incluso, obviamente, o patrimônio cultural”. A doutrina atual assume, além disso, uma posição ativa da legislação urbanística em relação ao patrimônio cultural. Significa dizer que não se trata apenas de “reconhecer” o patrimônio cultural já declarado por autoridade (já tombada, por exemplo), mas de reconhecer que a autoridade urbanística pode também introduzir, fundada em sua autonomia, em relação às exigências

²²⁷³ Nova fase ou novo ciclo do direito do urbanismo português bem identificado por Correia, ao se referir às mudanças da ordem urbanística daquele país e suas consequências na disciplina do ordenamento do território. Cf. CORREIA, Fernando Alves. Execução dos Planos Diretores Municipais. Breves Considerações. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Lisboa, n. 3, p. 67-86, junho, 1995.

²²⁷⁴ Não se ignora, entretanto, a “mecanização” de muitos planos diretores no país. De certa forma, “encurralados” pelo prazo (outubro de 2006) estabelecido pelo Estatuto da Cidade, muitos municípios “compraram” seus planos de técnicos que desconheciam a realidade local. Esses planos sofrem de total esvaziamento objetivo, não representando verdadeiro instrumento de uma política participativa de planejamento. A tendência é que a maioria deles seja paulatinamente substituída, visto que na prática não atendem às demandas locais e carecem de legitimidade.

²²⁷⁵ Sobre os instrumentos primários e secundários de salvaguarda do patrimônio cultural, conferir o capítulo II, da parte II do presente trabalho.

²²⁷⁶ Especificamente as diretrizes estampadas no artigo 2º da Lei Federal Brasileira n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, e os objetivos do ordenamento do território e do urbanismo português definidos no artigo 6º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território. Lei n. 48/98. Cf. MEDAUAR, Odete. *Coletânea de Legislação Administrativa*. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007 e CORREIA, Fernando Alves. *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo*. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²²⁷⁷ Cf. MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 234, p. 33-41, out./dez., 2003.

²²⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *O Direito de Construir*. São Paulo: RT, 1965. p. 119.

²²⁷⁹ Cf. SALVIA, Filippo. La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici. *Diritto e Società*, Verona, n. 3, p. 367-378, 2003.

particulares e locais, limites e vínculos mais rigorosos ou adicionais com fins de tutelar os bens de interesse cultural ou ambiental, já reconhecidos ou não por outra autoridade pública²²⁸⁰.

A tendência é confirmada pelos principais códigos de urbanismo da Europa. Nesse sentido, o Código francês, após a reforma de 13 de dezembro de 2000, assume expressamente a questão do patrimônio no contexto da planificação urbana local. O artigo L. 123-1 estabelece que o Plano Local de Urbanismo (PLU) poderá determinar as “regras relativas ao aspecto exterior das construções, suas dimensões e ordenamento de seu entorno, afim de contribuir para a qualidade arquitetônica e a inserção harmoniosa das construções em seu meio” (item 4º), bem como

identificar e localizar os elementos de paisagem e delimitar os quarteirões, ilhotas, imóveis, espaços públicos, monumentos, sítios e setores a proteger, a valorizar ou a requalificar por motivos de ordem cultural, histórica ou ecológica e definir, quando for o caso, as prescrições que assegurem sua proteção (item 7º)²²⁸¹.

A questão foi formalmente assumida também entre nós no Estatuto da Cidade, Lei Complementar n. 10.257/2001, que inclui, entre os fins da política urbana, a tutela do patrimônio cultural imóvel (art. 2º, inciso XII)²²⁸².

Da mesma maneira, programas de governo em nível federal apontam para uma tendência incontornável a “consolidar uma cultura urbanística do patrimônio”, de maneira que o IPHAN, dentre as ações que tem desenvolvido, tem proposto o estabelecimento de um novo modelo de gestão dos sítios históricos urbanos, que busque construir uma gestão compartilhada entre os diversos agentes envolvidos – esferas de governo em seus diversos níveis político-administrativos e sociedade civil organizada²²⁸³.

Decisões recentes nos principais Tribunais de Justiça do País reconhecem, por outro lado, a possibilidade de tutela do bem cultural através de normativas de caráter urbanístico, promulgadas em forma de leis municipais que determinam o *zoneamento* de áreas e integram o Plano Diretor Municipal²²⁸⁴.

²²⁸⁰ A legislação urbanística italiana se move nessa direção tendo assumido expressamente entre as finalidades da atividade urbanística “*la tutela dell’anzidetto patrimonio, che viene così elevato in certi casi a interesse primário o ‘comprimario’ della materia stessa*”. A Lei Toscana n. 5/1995 já assumia que cabe à planificação urbanística o tratamento da tutela do recurso essencial do território, incluindo entre estes: os bens naturais, paisagísticos, os sistemas de instalação e os documentos materiais da cultura. Cf. SALVIA, Filippo. *La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici. Diritto e Società*, Verona, n. 3, p. 367-378, 2003.

²²⁸¹ Cf. Art. L. 123-1, CRISTINI, René. *Code de L’urbanisme commenté*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 169.

²²⁸² 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: (...) XII – Proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico. Cf. MEDAUAR, Odete. *Coletânea de Legislação Administrativa*. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²²⁸³ Nesse sentido são os programas do IPHAN, como o Programa Nacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis). Conferir Brito, que seguiremos de perto nesse item. BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos – Urbis – IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

²²⁸⁴ Nesse sentido, o julgado em SP que reconhece o “tombamento”, nesse caso melhor seria “tutela” do patrimônio cultural via Resolução Municipal. Cf. Apelação Com Revisão 2746335100 Relator(a): Celso Bonilha Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público. Data de Registro: 21/02/2005 Ementa: Ação Civil Pública - ajuizamento pelo Ministério Público visando conservação de patrimônio histórico municipal (tombamento de imóvel no Jardim Europa) - questões afetas à não inscrição do tombamento no registro imobiliário, denúncia da lide, interesse de agir e inépcia da inicial já resolvidas em anterior agravo - **tombamento com fundamento em mera Resolução - possibilidade - inexistência de afronta aos princípios da legalidade e do direito adquirido, bem como ao direito de propriedade** - alegação de obras realizadas no local que afrontam à Resolução n.02/86 (tombamento) e às posturas municipais - legislação do Município que não compõem o tombamento e não podem ser objeto de questionamento em ação civil pública - situação já consolidada - reversão ao estado inicial - impossibilidade - inviabilidade do prosseguimento das atividades comerciais desenvolvidas no local - omissão das Administrações Estadual o Municipal na fiscalização da obra - hipótese que deve ser resolvida em perdas e danos, em ação própria - recursos não providos.

Da mesma maneira, em 1998, com a publicação da Lei de Bases do Ordenamento do Território e Urbanismo (Lei n. 48/98, de 11 de agosto), criou-se em Portugal uma nova dimensão para a política de ordenamento do território. Entre outros fins, pretendeu-se ampliar a coordenação entre os diversos níveis de planeamento, alterando-se os instrumentos de gestão territorial²²⁸⁵, passando a ser vinculativos aos particulares somente os planos municipais de ordenamento do território.

Em 2003, o território nacional português encontrava-se plenamente dotado de Planos Diretores Municipais que cobriam todo o espaço e marcavam uma nova era para o desenvolvimento em âmbito local no país.

Embora o PDM seja apenas um dos instrumentos de gestão territorial e política de solos previstos no Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, é nele que se fixam as grandes opções estratégicas de desenvolvimento local.

O PDM deverá ser fruto de um conhecimento profundo do município, o que implica levantar e estimar todos os recursos locais, sua adequada valoração e especificidade, bem como sua relação com os municípios vizinhos. Nesse contexto,

é incontornável considerar os elementos de interesse patrimonial, cada vez mais apreendidos como vetor indispensável de um desenvolvimento sustentado, não só pelo potencial econômico que se lhes reconhece, dada a importância que vão adquirindo as atividades ligadas ao turismo e ao lazer, mas também, pela assunção de que esse desenvolvimento deve extravasar a mera perspectiva economicista, de modo a satisfazer necessidades sociais básicas e garantir a preservação das memórias indispensáveis à permanente (re) construção das identidades individuais e de grupo²²⁸⁶.

Passemos à análise do planeamento municipal e dos principais aspectos formais e materiais dos Planos Locais de Urbanismo no Brasil, para então dissecarmos as hipóteses em que o plano urbanístico atua como via de salvaguarda do patrimônio cultural.

2. O planeamento municipal: o processo

“O processo de planeamento é mais importante que o plano”. Segundo Silva²²⁸⁷, com o qual concordamos, um plano, para ser legítimo e ter sentido, deve ser o resultado de um processo de planeamento. O planeamento como método deve ser utilizado em todos os setores da administração pública municipal e seu objetivo deverá ser sempre atender à realidade do município, influenciando diretamente em um desenvolvimento que a gestão local deverá perquerir.

Ocorre que, quando se assume a tarefa de “planejar” o solo, jamais se encontra um espaço abstrato e único, mas sempre, ao contrário, um espaço concreto e múltiplo, com diversas categorias que constituem a realidade dos municípios a ordenar.

A legislação fundamental da ordem urbanística no Brasil encontra-se primeiramente na Constituição Federal, que foi regulamentada pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), normativa que disciplina o processo de elaboração do Plano Diretor em seus artigos 39 a 42²²⁸⁸.

²²⁸⁵ Cumpre lembrar que a Gestão territorial engloba os domínios da elaboração, aprovação, alteração, revisão, execução e avaliação dos planos (art. 20, “2”, Decreto-Lei n. 380/99). Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

²²⁸⁶ Cf. RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Patrimônio. Inquérito aos PDM’s de “1ª geração”. **Almadan**, **Almada**, II série, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003.

²²⁸⁷ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137.

²²⁸⁸ Lembremos da atribuição elementar que os Municípios brasileiros possuem segundo o artigo 30, VIII da Constituição Federal de 88: “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planeamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. Cf. Constituição Federal do Brasil, In: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

Integram esse processo: a **participação da comunidade** (art. 40, §4º, inciso I, em respeito ao art. 29, XII, CF/88) e a **publicidade** e transparência dos atos e dos documentos formados a partir desse processo (art. 40, §4º, inciso II e III, Estatuto da Cidade).

Estabelece-se, ainda, que o plano cobrirá todo o território municipal (art. 40, §2º, Estatuto da Cidade) e um prazo para sua revisão de no mínimo dez anos (art. 40, §3º, Estatuto da Cidade)²²⁸⁹.

Além de reiterar a obrigatoriedade prevista pela Constituição Federal em relação aos municípios com mais de 20 mil habitantes (art. 182, §1º, CF/88), o Estatuto da Cidade amplia o sentido da norma Constitucional incluindo também, naquela regra, os Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, aqueles que pretendam estabelecer o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, os integrantes de áreas de especial interesse turístico e, ainda, no caso de realização de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (art. 41).

O Estatuto estabeleceu, ainda, em seu artigo 50, prazo até outubro de 2006 para que determinados municípios elaborem seus Planos Diretores. Os municípios com mais de 20 mil habitantes e os situados em regiões metropolitanas ou em aglomerações urbanas que não tivessem Plano Diretor ou que tivessem planos aprovados há mais de dez anos deveriam mobilizar-se e aprovar a lei elementar do planejamento urbanístico local. A Resolução Recomendada n. 9 do Conselho Nacional das Cidades²²⁹⁰ reafirmou esse prazo e incluiu entre os municípios obrigados a elaborar ou adaptar seus planos, aqueles localizados na Região Integrada de Desenvolvimento e Entorno do Distrito Federal (RIDE).

Em termos quantitativos, os municípios obrigados a cumprir a determinação do Estatuto da Cidade até outubro de 2006 somavam 1.683 em todo o país, o que corresponde a 30,2% do total de municípios brasileiros. A Tabela 1, do Anexo I, mostra a distribuição estadual e regional desses municípios.

A característica da norma federal é, entretanto, a generalidade. As indicações acerca do procedimento de planificação são referenciais, mas não descem a detalhes, deixando ao Poder Público Municipal uma larga margem de autonomia para a construção de um procedimento administrativo de planificação territorial. A noção desse “processo de planejamento territorial” será, por outro lado, forjada com orientações do Ministério das Cidades²²⁹¹, da doutrina e da jurisprudência do país, o que acaba por provocar um “modo de planejar” semelhante entre as numerosas municipalidades brasileiras.

As Leis Orgânicas Municipais e os próprios Planos Diretores, por outro lado, devem suprir essa generalidade exigindo, geralmente, que os Municípios organizem sua Administração e exerçam suas atividades com base num processo de planejamento permanente, descentralizado e participativo, como instrumento de democratização da gestão da cidade, de estruturação da ação do Executivo e orientação da ação dos particulares²²⁹².

A exemplo e completando o sentido do processo de planejamento, a Lei Orgânica paulista considera o processo de planejamento como “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”²²⁹³.

²²⁸⁹ A incidência do Plano Diretor em todo o território municipal também é regra em outros países estrangeiros como Itália, segundo art. 7º da Lei 1150 de 1942. Cf. CENTOFANTI, Nicola. **Diritto a Construire. Pianificazione Urbanistica. Espropriazione**. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 437.

²²⁹⁰ Publicada no Diário Oficial da União de 8 de junho de 2006.

²²⁹¹ Cf. O Ministério das Cidades brasileiro disponibiliza uma série de documentos com orientações para o procedimento do planejamento local. Há uma clara preocupação em garantir o respeito pela publicidade e participação popular nesses processos. É possível também verificar que o Ministério suporta iniciativas diversas e promove cursos e capacitação de pessoal das prefeituras. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>.

²²⁹² Cf. Nesses termos, o artigo 143 da Lei Orgânica do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/homepage/lom_05.pdf>. Acesso em: 2 out. 2009.

²²⁹³ Cf. Nesses termos, o §1º, do artigo 143 da Lei Orgânica do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/homepage/lom_05.pdf>. Acesso em: 2 out. 2009.

A Lei Orgânica do Rio de Janeiro²²⁹⁴, por sua vez, estabelece no art. 270 que o Município organizará suas ações com base num processo permanente de planejamento. Nos termos, ainda, dos artigos 138 e 139 da mesma Lei Orgânica, as ações governamentais obedecerão a processo permanente de planejamento, com o fim de integrar os objetivos institucionais dos órgãos e entidades municipais entre si, bem como as ações federais, estaduais e regionais que se relacionem com o desenvolvimento do Município (art. 138). Por outro lado, a execução dos planos e programas governamentais será objeto de permanente coordenação, com o fim de assegurar a eficácia na consecução dos objetivos e metas fixados (art. 139).

Da mesma forma, sem esgotar, evidentemente, todas as leis orgânicas das capitais, a Lei Fundamental do Município de Vitória²²⁹⁵ estabelece no seu art. 150, que o Governo municipal manterá processo permanente de planejamento, visando a promover o desenvolvimento do Município, o bem-estar da população e a melhoria da prestação dos serviços públicos municipais, integrando-o com a região na qual se insere. O desenvolvimento do Município terá por objetivo a realização plena de seu potencial econômico e a redução das desigualdades sociais no acesso aos bens e serviços, respeitadas as vocações, as peculiaridades e a cultura locais e preservado o seu patrimônio ambiental, natural e construído.

O planejamento municipal²²⁹⁶ compreenderá todos os órgãos setoriais da administração direta, indireta e fundacional, garantindo a compatibilização interna dos planos e programas de governo, relativos a projetos, orçamento público e modernização administrativa.

2.1. Instrumentos do planejamento municipal

Os instrumentos do planejamento local estão definidos nas Leis Orgânicas Municipais. Reflexo da autonomia municipal e da pluralidade dos municípios brasileiros, a enumeração desses instrumentos varia segundo a lei local analisada. A normativa urbanística terá, por outro lado, a tendência a uniformizar-se ou a apresentar pontos mínimos em comum em razão das disposições da Lei Federal de Bases, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001)²²⁹⁷.

Já tratamos rapidamente acerca dos instrumentos que integram o planejamento municipal. Nesta oportunidade é necessário adensar mais aqueles desenvolvimentos, direcionando o discurso a fim de tocar o tema proposto na presente dissertação.

Retomemos, portanto, o assunto e analisemos os instrumentos propostos pelo Estatuto da Cidade, norma federal de alcance nacional que deve ser observada por todos os municípios brasileiros:

Art. 4º. Para os fins desta lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

(...)

Inciso III – Planejamento municipal, em especial:

- a) Plano Diretor;
- b) Disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
- c) Zoneamento ambiental;
- d) Plano plurianual;
- e) Diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
- f) Gestão orçamentária participativa;
- g) Planos, programas e projetos setoriais;

²²⁹⁴ Cf. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/LeiOrganica/LeiOrganicaMunicipiodoRio.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2009.

²²⁹⁵ Cf. Lei Orgânica de Vitória. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/municipais/a_pdf/lei_organica_es_vitoria.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

²²⁹⁶ As leis orgânicas dos Municípios de Belo Horizonte (art. 184 e 185) e do Distrito Federal (art. 326) também estabelecem disposições semelhantes.

²²⁹⁷ O artigo 4º, inciso III, estabelece os instrumentos da política urbana e do planejamento municipal, especificamente. Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

h) Planos de desenvolvimento econômico e social.

Como já comentamos anteriormente, os instrumentos indicados pelo Estatuto da Cidade possuem natureza e finalidades variadas. Neste momento, nos interessa tratar dos instrumentos de planejamento local, identificados no item: a) Plano Diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo e c) zoneamento ambiental.

Primeiramente temos que lembrar que o Estatuto não traz uma lista exaustiva de instrumentos urbanísticos utilizáveis pelas prefeituras no exercício do seu dever de planificar. Essa opção deixa aberta uma infinidade de possibilidades aos governos locais, que podem manter suas tradições locais em matéria de urbanismo, ainda que devam observar os requisitos mínimos para a planificação exigidos na Lei Federal (Plano Diretor, conforme art. 39 e ss do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001).

Ao analisar os três instrumentos de planificação trazidos pelo Estatuto, devemos lembrar, ainda, que a tradição de nosso país é, primeiramente, a inexistência de Planos Diretores, ou seja, a urbanização sem um planejamento adequado ou, em outras palavras, a “urbanização espontânea”²²⁹⁸. Essa tradição de urbanização sem PDM se dá por diversas razões. A maior delas é a falta de iniciativa política local, somada a uma inércia de âmbito superior estadual ou federal. Segundo a Constituição Federal de 1988, primeira Carta a se pronunciar acerca da política urbana no Brasil, os Planos Diretores são obrigatórios apenas para as cidades com mais de 20 mil habitantes²²⁹⁹²³⁰⁰.

Na prática, dados do Ministério das Cidades informam que, atualmente, são obrigados a elaborar planos diretores cerca de 1.683 municípios²³⁰¹. O Brasil, por outro lado, possui, na integralidade, aproximadamente 5.560 municípios²³⁰², com estrutura de governo e poderes locais plenos.

A aplicabilidade dos princípios constitucionais ligados à causa urbanística (inclusive a função social da propriedade) é, portanto, bastante relativa. Ainda que muitos defendam a ampliação da interpretação da norma constitucional, visto que o sentido de função social da propriedade resta inócuo

²²⁹⁸

A cidade brasileira cresceu, de modo geral, sem planejamento. Ganhando porte, a princípio lentamente, a cidade viu seu espaço organizar-se e estruturar-se espontaneamente. Raras e tímidas foram as tentativas de prepará-las para um previsível crescimento futuro. O crescimento espontâneo significa, na verdade, a privatização do urbanismo, uma vez que por omissão, a função pública é cedida aos particulares. Cf. BATISTA, Maurício Nogueira. O planejamento da cidade. In: BRASILEIRO, Ana Maria (et al.). **Desenvolvimento e política urbana**. Rio de Janeiro: IBAM, 1976. p. 165-175 e CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. p. 349. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

²²⁹⁹

Exceção a essa regra encontra-se na Constituição Estadual de São Paulo: “art. 181. (...) §1º - Os Planos Diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal”. A constitucionalidade do dispositivo é, entretanto, matéria ainda não pacificada. Cf. Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/>>. Acesso em: 27 out. 2009.

²³⁰⁰

Já nos referimos anteriormente que o Estatuto da Cidade incluiu através do art. 41 os municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; aqueles onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; os integrantes de áreas de especial interesse turístico e aqueles inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (art. 41, incisos II, III, IV e V)

²³⁰¹

Pesquisa realizada em 2006 pelo Ministério das Cidades, com fins de identificação dos principais instrumentos urbanísticos e sua utilização pelos municípios brasileiros. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/>>. Acesso em: 5 out. 2009. Conferir tabela no Anexo I.

²³⁰²

De 1999 para 2002, o número de servidores públicos municipais cresceu quase 18%, totalizando quatro milhões em todo o País. Na média, eram 2,33 para cada 100 habitantes ou 4,86 nos municípios com até cinco mil habitantes. Essas são algumas das informações levantadas pela Pesquisa de Informações Básicas Municipais - Gestão Pública, do IBGE, que, ao longo de 2002, distribuiu questionários para as prefeituras dos 5.560 municípios brasileiros, coletando dados sobre contingente de servidores, política tributária, articulações intermunicipais, ações habitacionais, guarda municipal e conselhos da Criança e do Adolescente. A partir de informações fornecidas pelas próprias prefeituras, a MUNIC 2002 levantou, por exemplo, que cerca de 65% dos servidores públicos municipais eram regidos pelo Regime Jurídico Único, enquanto 15,8% eram celetistas e 19% tinham outros tipos de vínculo. No Distrito Federal, entre 1999 e 2002, quase 100 mil servidores indiretos tornaram-se estatutários. Em 2002, dispunham de Guarda Municipal 982 dos 5.560 municípios brasileiros. Rio de Janeiro e Amazonas eram as duas Unidades da Federação com o maior número de municípios que dispunham deste órgão de segurança. Cf. Dados do IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.org.br/>>. Acesso em: 22 out. 2009.

sem a aprovação de um Plano Diretor Urbano (art. 182, §2º, CF/88), a realidade do planejamento territorial brasileiro é que sua aplicação depende de iniciativa política e administração locais, muitas vezes carentes de estrutura e silentes nessa matéria.

Nesse sentido, em que pese à relevância conferida ao plano, sobretudo porque ele representa um avanço da democracia desde que garantida a participação popular conforme prevê a lei, os demais instrumentos de planificação mencionados, sobretudo o zoneamento e a legislação de parcelamento do uso do solo, são os de aplicação majoritária em nosso território.

Isso se dá, evidentemente, em razão de nossa história e nosso amadurecimento democrático, que também vem ao lado de nosso amadurecimento técnico²³⁰³. Nossos primeiros Planos Diretores datam da década de 1930²³⁰⁴ e eram formulados a partir de um diagnóstico científico que se revelou frio, distante, com objetivos criados politicamente sem a participação das camadas diversas da população ou das equipes de governo responsáveis pela sua implementação futura. Esses planos eram também extremamente generalistas, com diretrizes e programações de restrita aplicabilidade imediata, dependentes de uma futura normativa técnica que lhe tornassem concretos, como são as leis de zoneamento e de parcelamento do uso do solo. Estas, por outro lado, sempre foram mais simples e mais acessíveis às pequenas cidades.

Observou-se, ao longo do percurso histórico brasileiro, que a consciência da relevância de um planejamento globalizante obtido com os planos diretores municipais construiu-se primeiramente nas maiores cidades onde a urbanização desenfreada acabou por demonstrar que uma abordagem holística era necessária.

Tracemos, rapidamente, uma noção temporal dos planos territoriais brasileiros.

Em 1965 inicia-se um período caracterizado por “superplanos”, em que os planos técnicos passaram a englobar assuntos diversos, como as dimensões administrativas, políticas sociais e de desenvolvimento econômico, acompanhado de recomendações a serem implementadas posteriormente. Exemplos desses planos são o *Plano de Doxiadis* para o Rio de Janeiro, publicado em 1965, elaborado pelo arquiteto e urbanista grego Constantino Doxiadis, sob encomenda do então governador do Estado da Guanabara Carlos Lacerda²³⁰⁵, e o *Plano Urbanístico Básico (PUB)*, de São Paulo, aprovado em 1969.

²³⁰³

As primeiras escolas de Arquitetura e Urbanismo começaram a se organizar em 1930. Influenciadas pela Escola Nacional de Belas Artes e pelas escolas de Engenharia, buscavam estabelecer seus próprios métodos e se consolidaram paulatinamente, ao mesmo tempo em que as cidades se foram construindo, com carência evidente de profissionais desse ramo. Como exemplo dessa carência técnica, podemos citar as manifestações na cidade de Belo Horizonte, fundada em 1897 e projetada para ser novo núcleo administrativo do Estado de Minas Gerais. Comentários do jornal da época ilustram a situação vivida: Artigo do jornal Estado de Minas, de 1934: “Na construção de seus edifícios notáveis, um ‘quê’ de falta de gosto e de educação artística. A sua arquitetura não corresponde às suas necessidades de cidade moderna, falta-lhe a modelagem artística do arquiteto, os seus prédios não satisfazem em seu conjunto, ressentem-se de falta de harmonia estética dando a impressão de que predominou a vontade exclusiva do proprietário leigo do que a arte de quem projetou. Há falta de luz e falta de linhas harmônicas e muita sobra de aberrações artísticas e amontoados de ornamentações sem nenhuma finalidade”. Atualmente a cidade é considerada uma das primeiras a ter planejamento urbano. Ela é a terceira maior cidade brasileira e conta com aproximadamente 2.5 milhões de habitantes. Cf. OLIVEIRA, Cléo Alves Pinto; PERPÉTUO, Maini de Oliveira. O ensino na primeira escola de arquitetura do Brasil. **Revista Arqtextos** 066. Belo Horizonte, Texto especial 336, Novembro 2005. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/arqtextos/arq000/esp336.asp>>. Acesso em 22 out. 2009.

²³⁰⁴

Os primeiros Planos Diretores eram elaborados a partir de um diagnóstico científico dos problemas urbanos. Sua inspiração filosófica era o determinismo físico, o higienismo e seus criadores eram empresas de consultoria interdisciplinares, com pouco contato com as agências governamentais encarregadas da sua aplicação. O primeiro plano desse tipo foi o de Agache para o Rio de Janeiro, elaborado em 1930. Esse planejamento integrado não era diretamente operacional, pretendia apenas ser um instrumento preparatório para a elaboração dos demais instrumentos urbanísticos, como as leis de zoneamento e de parcelamento do solo, já corriqueiras. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 119.

²³⁰⁵

Durante o governo do presidente Juscelino Kubitschek (1956-1961), em 1960 a Capital do Brasil foi transferida para Brasília, tendo a cidade do Rio de Janeiro perdido muitas das suas principais funções, ligadas à administração pública. Para que a cidade pudesse se adaptar a sua nova condição e receber mais recursos financeiros, foi transformada em Estado da Guanabara, vindo Carlos Lacerda, um dos principais críticos da mudança, a ser o seu governador. Nesse período, no Brasil, foi incentivado o crescimento da indústria automobilística, passando o automóvel a ser um bem acessível à grande parte da população. Desse modo, em pouco tempo, as grandes cidades, como o Rio de Janeiro, viram as suas vias saturadas, não só pelo aumento do número de veículos em circulação, como também pela concentração de uma população que passava cada vez mais a morar em prédios de apartamentos e a trabalhar em edifícios comerciais. Para planejar o crescimento da cidade

Esses planos foram duramente criticados por seu distanciamento da realidade. O Plano Doxiadis é redigido em inglês e jamais fora traduzido para o português ou publicado para conhecimento público. Da mesma forma, o Plano Urbanístico Básico (PUB) de São Paulo é redigido em seis volumes de 3.400 páginas e trata não apenas do urbanismo físico, mas também de educação, saúde, habitação, bem-estar social, recreação, cultura, esportes, poluição do ar, gás, limpeza pública, comunicações, cemitérios, energia elétrica, iluminação pública, segurança pública, abastecimento, finanças e Administração Pública. Assim como o Plano Doxiadis, o PUB nunca fora publicado, nem mesmo executado.

Durante a segunda metade da década de 1960 e toda a década de 1970, elaboraram-se Planos de Desenvolvimento Local Integrado (PDLIs). Os planos desse período não se limitavam a assuntos de competência municipal, ou de aspecto urbanístico, mas extrapolavam para assuntos de competências estaduais e federais²³⁰⁶, tratando não só do município, mas de áreas vizinhas que sofressem influências da cidade. Suas recomendações são genéricas e condicionadas à legislação futura composta por leis, projetos e programas executivos²³⁰⁷.

Essa fase do planejamento territorial brasileiro corresponde a um aprofundamento das tendências iniciadas em 1930. O plano continua a ter um caráter programático, com conteúdo variável, e sua elaboração não é obrigatória²³⁰⁸. Sua abrangência territorial, por vezes, é superior a do

nesse novo cenário, foi encomendado o Plano Doxiadis, cujo urbanismo procurava projetar as necessidades futuras da população, em termos de circulação, habitação, trabalho e lazer. O novo Plano Diretor estava concebido em suas linhas gerais já em 1963, e ficou conhecido como Plano Policromático, devido à ênfase nas grandes vias de circulação que integrariam a cidade: a Linha Vermelha, a Linha Azul, a Linha Marrom, a Linha Verde, a Linha Amarela, a Linha Lilás. Admitindo a utilização do automóvel como meio de transporte individual e o do ônibus como meio de transporte de massa, de modo crescente e irreversível, esse sistema previa 403 quilômetros de vias expressas e mais 517 de vias principais no município do Rio de Janeiro, a ser complementado por 80 quilômetros de linhas de metrô. Embora o plano jamais tenha sido implementado em sua totalidade, nos anos seguintes, diversos governos implementaram partes importantes como a abertura de túneis, a construção de viadutos, a abertura da Linha Lilás e implementação de parte da Linha Verde e, décadas mais tarde, a Linha Vermelha e, posteriormente ainda, a Linha Amarela. Cf. DRIENDL, Tomas Georg. **Plano Doxiadis - Guanabara, a plan for urban development**. Rio de Janeiro: Editora Estado da Guanabara, 1965.

²³⁰⁶ No Estado de São Paulo, a Lei Orgânica anterior a 1988 estabelecia: “art.: 54. O Município iniciará o seu processo de planejamento elaborando o Plano Diretor de desenvolvimento integrado, no qual considerará, em conjunto, os aspectos físicos, econômicos, sociais e administrativos. Parágrafo único. O Plano Diretor de desenvolvimento integrado deverá ser adequado aos recursos financeiros do Município e às suas exigências administrativas.” No mesmo período e de maneira mais detalhada, o Estado de Alagoas estabeleceu a Lei Orgânica estabelecia no Art. 106. “o Município elaborará seu Plano Diretor de desenvolvimento integrado, considerando em conjunto os aspectos físico, econômico, social e administrativo, nos seguintes termos: I – Físico-Territorial: Com disposições sobre o sistema viário, urbano e rural, o zoneamento urbano, o loteamento urbano ou para fins urbanos, a edificação e os serviços públicos locais; II – Econômico: Com disposições sobre o desenvolvimento, enfatizando a assistência aos setores econômicos mais significativos na renda do Município; III – Administrativo: Com normas de organização institucional que possibilitem o permanente planejamento das atividades municipais e a sua integração nos planos estaduais e nacional; IV – Social: Com normas destinadas à promoção social da comunidade local e ao bem-estar da população”. E, por fim, a Lei Orgânica aprovada pelo Estado de Minas Gerais, que apresentava uma regulamentação dos elementos do plano em detalhes ainda maiores: “Art. 209. A elaboração do Plano Municipal de Desenvolvimento Integrado poderá compreender as seguintes fases, com extensão e profundidade compatíveis com o porte e as peculiaridades do Município: I – Estudo preliminar, abrangendo: Avaliação das condições de desenvolvimento; avaliação das condições da administração local; II – Diagnóstico: Do desenvolvimento econômico e social; da organização territorial; das atividades-fim da prefeitura; da organização administrativa e das atividades-v.g., meio da prefeitura; III – Definição de diretrizes, compreendendo: * Política de desenvolvimento; * diretrizes de desenvolvimento econômico e social; * diretrizes de organização territorial; IV – Instrumentação, incluindo: * Instrumento legal do plano; * programas relativos às atividades-fim; * programas relativos às atividades-meio; * programas dependentes da cooperação de outras entidades públicas”. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123-124.

²³⁰⁷ Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 122.

²³⁰⁸ Daí a juristas como Moreira Neto, em obra que inaugura o estudo do Direito Urbanístico Brasileiro se referir ao Plano Diretor como “o mais importante instrumento da Administração Municipal e, não obstante, tão pouco trabalhado em nosso país”. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 86.

município, o que se explica pelo fato de os planos diretores serem aprovados em sede da Lei Orgânica Municipal, esta última aprovada, na época, por leis estaduais²³⁰⁹.

A dificuldade em distinguir as funções urbanísticas de um plano diretor e seu envolvimento com os aspectos econômicos e estruturais dos municípios era a regra dos planos de desenvolvimento integrado dos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Podemos dizer que a elaboração dos planos atuais das duas respectivas capitais ainda sofre a influência desse histórico de planejamento.

Por outro lado, algumas cidades possuíam em suas Leis Orgânicas pré-Constituição de 1988 um distanciamento entre os instrumentos urbanísticos e as demais atividades municipais. É o caso do Estado do Rio de Janeiro e do Mato Grosso do Sul, onde se aprovaram Leis Orgânicas com previsão de dois instrumentos de planejamento, um exclusivamente urbanístico e outro abrangendo os demais aspectos da administração municipal²³¹⁰.

A mobilização em torno de um planejamento permanente nas cidades instaura um movimento de estruturação da Administração Pública que passa a contar com Secretarias Municipais de Planejamento e Órgãos Estaduais de Planejamento Metropolitano. Da mesma forma, a iniciativa privada passa a oferecer serviços de consultoria especializada nas áreas de planejamento, o que impulsiona a concorrência de diversos profissionais e técnicos do planejamento territorial na elaboração de normas e procedimentos públicos.

Esses planos e a estruturação da administração local marcam um terceiro período do planejamento no Brasil. Trata-se de uma “reação ao planejamento integrado”. Sua primeira vertente é a dos “planos sem mapa”²³¹¹. Durante a década de 1980, a elaboração dos planos diretores entrou em decadência, uma vez que suas recomendações eram raramente observadas. Seu conteúdo passou a ser reduzido e tornaram-se mais genéricos, contendo uma orientação geral da administração municipal, sem mapas ou diagnósticos. Sua elaboração, por outro lado, passa a ser dos próprios técnicos da Prefeitura, o que garantia ao menos certa identidade, ainda que suas disposições dependessem de futuras leis de detalhamento e execução. Exemplos desses planos são o Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado (PDDI) de 1971, da cidade de São Paulo, e o Plano Urbanístico Básico do Rio de Janeiro, de 1977.

No final da década de 1980, entretanto, surgem os primeiros “planos politizados”²³¹². São os planos que assumem fins de reforma urbana, atendendo a movimentos sociais urbanos²³¹³. Seu

²³⁰⁹ Os Planos Diretores de desenvolvimento integrado eram previstos nas Leis Orgânicas Municipais, que, no regime da Constituição de 1969, eram leis estaduais (com exceção do Estado do Rio Grande do Sul). Trata-se de um período em que a autonomia municipal era ainda bastante limitada. Cf. LOPES, Carlos Alberto de Sousa (Coord.). **Leis Orgânicas dos Municípios**. Brasília: Senado Federal, 1987.

²³¹⁰ A Lei Orgânica Municipal do Mato Grosso do Sul apresentava a seguinte redação, praticamente idêntica à do Rio de Janeiro: “Art. 113. Os objetivos do Governo Municipal serão enunciados principalmente através dos seguintes instrumentos de planejamento: I – Plano de desenvolvimento físico-territorial; II – Plano de governo; III – Orçamento plurianual de investimentos; IV – Orçamento anual. §1º. O plano de desenvolvimento físico-territorial fixará as diretrizes gerais de ocupação do solo urbano e de expansão urbana e será revisto a cada período de cinco anos, se não o for antes por motivos supervenientes; §2º. O plano de governo definirá a política municipal de desenvolvimento econômico, social e administrativo, e será submetido à Câmara Municipal até quatro meses após a posse do Prefeito, cobrindo o período de seu mandato. §3º. Aos Municípios carentes de recursos técnicos e financeiros não, se aplica a obrigatoriedade de elaboração do plano referido no §2º. Art. 114. O Estado e suas entidades de administração indireta darão prioridade na concessão de auxílios, empréstimos ou avais para obras de desenvolvimento urbano aos Municípios que possuam plano de desenvolvimento físico-territorial, e desde que a obra a ser executada esteja de acordo com esse plano e os recursos previstos nos orçamentos anual e plurianual”. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 124.

²³¹¹ Cf. VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 169-243.

²³¹² Nesses termos, VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 169-243.

²³¹³ Podemos dizer que se abre uma fase em que o “planejador” toma para si a tarefa de alterar as estruturas físicas que são nada mais do que o reflexo de nossa sociedade desigual, onde os mais ricos distanciam-se dos mais pobres territorialmente e beneficiam-se de estruturas urbanas privilegiadas. Vale lembrar a crítica da ideologia dos planos de Harvey, que nos recorda que a concepção das cidades é fundada em princípios capitalistas da propriedade privada e do mercado, havendo uma tendência do planejamento a reproduzir os processos sociais estabelecidos de maneira que a função primordial do meio construído é ser útil para a produção, circulação, troca e o consumo. HARVEY, David. *On Planning the Ideology of*

objetivo seria transformar o plano em um instrumento de reforma urbana. Tais planos são típicos das administrações de esquerda e se multiplicaram consideravelmente após a aprovação da Constituição de 1988. Os planos incluem propostas como a urbanização de favelas e o solo criado, muitas vezes, incompatíveis com certos interesses imobiliários dominantes. Esses planos têm a vantagem de se apresentarem mais técnicos, com caráter predominantemente urbanístico e limitar-se à competência municipal. As propostas de “integração” e desenvolvimento regional são abandonadas para se concentrar em proposições mais concretas, de interesse local. O plano pretende-se autoaplicável, incluindo disposições de natureza urbanística, jurídica e tributária²³¹⁴.

Os planos que analisamos na atualidade são em grande parte versões melhoradas, mais técnicas e objetivas das anteriores elaboradas na década de 1980.

Ao lado do desenvolvimento dos planos diretores, cumpre tratar do *zoneamento*, instrumento de planejamento territorial de larga aplicação prática no Brasil.

Se, por um lado, os planos diretores passaram por períodos de insipiência e inaplicabilidade, o zoneamento foi desenvolvido com grande continuidade e estabeleceu-se com relativo sucesso. A divisão do território das cidades em zonas, com o estabelecimento de usos permitidos e índices urbanísticos para os lotes e as edificações foi praticada em grande parte das municipalidades brasileiras. Embora, teoricamente, o zoneamento devesse ser orientado pelo planejamento (Plano Diretor), na prática, isso quase nunca aconteceu. O zoneamento integrou-se à estrutura rotineira das administrações locais, sendo elaborado por técnicos internos e aprovado pela Câmara Municipal. Até os dias de hoje é possível verificar uma grande aplicação desse instrumento, mesmo na ausência de um Plano Diretor. É assim que Villaça²³¹⁵ afirma que

a história do zoneamento é totalmente distinta da história do planejamento urbano *stricto sensu*, e até hoje predomina o zoneamento separado do Plano Diretor (embora no discurso, se afirme que o zoneamento é parte integrante de um Plano Diretor). Esta é a razão pela qual o zoneamento é a prática de planejamento urbano *lato sensu* mais difundida no Brasil²³¹⁶.

O sentido do planejamento e dos instrumentos urbanísticos sofre, por fim, uma radical mudança com a aprovação da Constituição de 1988. Se até então esses instrumentos eram pouco coordenados e o Plano Diretor não passava de um instrumento genérico e não operacional (apenas destinado a orientar a elaboração de instrumentos futuros de concretização), a nova Carta Constitucional lhe deu perfil e conteúdo de relevância.

O planejamento e o ordenamento do território passam a integrar o quadro de competências dos Municípios (art. 30, VIII, da CF/88), o que significa dizer que a função planificadora passa a ser reconhecida expressamente pela Constituição Federal, devendo estar, portanto, detalhada e estruturada nas legislações locais (Lei Orgânica e Leis Infraorgânicas).

A Constituição trata do planejamento territorial local em primeiro momento no art. 30, VIII, para, em seguida, dedicar um capítulo exclusivo às políticas urbanas no art. 182 e 183. Nas disposições constitucionais, a propriedade encontra seu contorno de maior relevância, estando diretamente vinculada às disposições e ao conteúdo do Plano Diretor Urbano.

Planning. In: BANISTER, David; BUTTON, Kenneth, NIJKAMP, Peter (Ed.). **Environment, Land Use and Urban Policy**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 1999. p. 41-61.

²³¹⁴ Cf. VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 169-243 e PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

²³¹⁵ VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 169-243.

²³¹⁶ É preciso mencionar que há exceção a essa regra, sobretudo, considerando à imensa extensão territorial brasileira. Em alguns Estados, como o Rio Grande do Sul, o zoneamento foi incorporado ao Plano Diretor desde a década de 1950, ao lado da programação de obras públicas. Nesses casos, não se coloca o problema da coerência entre o zoneamento e o plano, uma vez que ambos constituem um único documento. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 126-127.

Os Estados e os Municípios, por sua vez, estabelecem nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas, respectivamente, as estratégias através das quais as políticas urbanas se concretizarão, indicando os instrumentos para a sua realização.

No que se refere aos Municípios, as Leis Orgânicas orientam o planejamento local, indicando instrumentos de caráter urbanístico, ao lado de instrumentos de caráter geral, com aspectos econômicos e financeiros.

O Estatuto da Cidade aprovado em 2001 parece ser, nesse contexto, um instrumento de mudança que confere ao Plano Diretor uma relevância até então não verificada. Tal mudança é, entretanto, ainda recente e, como comenta Villaça²³¹⁷,

após tantas experiências de insucesso, a ideia de Plano Diretor, para muitos, já não tem mais a mesma simbologia – seria apenas um instrumento para a ordenação das cidades. O caos urbano, as desigualdades sociais, a violência e todos os demais problemas sociais não teriam num “superplano” a solução – necessitariam de uma articulação política e social muito mais ampla do que um Plano Diretor poderia significar.

A importância de um Plano Diretor não se pode, por outro lado, ser menosprezada. A sua elaboração e aprovação poderá denotar uma maior clareza na tomada de decisões envolvendo o uso do solo urbano, o que corrobora para a transparência da ação do planejador e o exercício da democracia local. Além disso, como já verificamos, sua elaboração é obrigatória para os municípios descritos na Lei (art. 41, Lei n. 10.257/2001)²³¹⁸ e sua técnica deve ser aprimorada a cada dia.

Resultado da opção de cada Municipalidade (aspecto inerente ao federalismo brasileiro), a escolha dos instrumentos de planificação estará expressa na Lei Orgânica local, observadas as exigências mínimas anunciadas pela normativa federal (art. 39 a 42, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

Podemos citar como exemplo o município de São Paulo, cuja Lei Orgânica dispõe no art. 144 que “integram o processo de planejamento os seguintes planos: I - O Plano Diretor, de elaboração e atualização obrigatórias, nos termos da Constituição da República; II - O plano plurianual; III - Os planos setoriais, regionais, locais e específicos”.

No Rio de Janeiro, a Lei Orgânica opta por enunciar os planos de forma diversa:

Art. 270 (...) § 2º - São instrumentos de execução do planejamento municipal: I - De caráter global: a) Plano Diretor; b) Plano plurianual; c) Lei de diretrizes orçamentárias; d) Orçamento anual; II - De caráter social: a) Planos municipais e seus desdobramentos, nos termos do art. 30, IV, a, desta Lei Orgânica; b) Planos de desenvolvimento regional ou metropolitano.

O Município de Vitória, por sua vez, estabelece no art. 163 que “para assegurar as funções sociais da cidade e da propriedade, o Poder Público Municipal poderá utilizar os seguintes instrumentos: I – Planejamento urbano: a) *Plano Diretor*; b) Parcelamento do solo; c) *Zoneamento*; d) Edificações e obras.” Em seguida, enumera os instrumentos de caráter tributário e financeiro, bem como os instrumentos jurídicos citados pelo Estatuto da Cidade em seu art. 4º.

A Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte tem disposição semelhante à do Município de Vitória, incluindo nos instrumentos de planejamento instrumentos típicos de gestão financeira e instrumentos jurídicos elencados no Estatuto da Cidade:

Art. 185 – São instrumentos do planejamento urbano, entre outros: I – *Plano Diretor*; II – Legislação de parcelamento, ocupação e uso do solo, de edificações e

²³¹⁷ VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 169-243.

²³¹⁸ Nesse sentido são os comentários de TOBA, Marcos Maurício. Do Plano Diretor. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Lei n. 10.257, de 10.07.2001. Comentários. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 237-256.

de posturas; III – Legislação financeira e tributária, especialmente o imposto predial e territorial progressivo e a contribuição de melhoria; IV – Transferência do direito de construir; V – Parcelamento ou edificação compulsórios; VI – Concessão do direito real de uso; VII – Servidão administrativa; VIII – Tombamento; IX – Desapropriação por interesse social, necessidade ou utilidade pública; X – Fundos destinados ao desenvolvimento urbano.

Não pretendemos esgotar todas as legislações municipais, mas da análise das principais capitais brasileiras (mais populosas) é possível concluir que apesar da variação da técnica de redação das cartas locais, o sistema de planejamento centra-se no Plano Diretor Urbano, por vezes denominado “plano de desenvolvimento urbano”. Ao lado deste, em geral, verifica-se o *zoneamento*, por vezes integrado ao Plano Diretor ou aprovado por lei especial, e o parcelamento urbano, também aprovado em lei especial ou integrante do plano, conforme disciplinar cada municipalidade. O Plano Diretor, ao lado desses instrumentos, integra o processo de planejamento urbano local²³¹⁹. É possível verificar, por fim, após a aprovação do Estatuto da Cidade, que os instrumentos ali definidos formam o quadro de referência para todos os municípios brasileiros (art. 4º, inciso III, Estatuto da Cidade).

2.2. Princípios do planejamento local

Após a consagração da democracia e do Estado Social de direito, as ações da administração pública são submetidas a princípios especiais.

No Brasil, os princípios aplicáveis ao planejamento territorial são depreendidos da doutrina e das leis territoriais produzidas nos três níveis de governo.

A dispersão dos princípios do planejamento dificulta a elaboração de uma teoria mais aprofundada do tema, mas não impede que se lancem algumas referências e construções coerentes do assunto.

Antes de passar à análise do sistema brasileiro, é forçoso comentar que, em Portugal, por uma questão de melhor técnica e maiores desenvolvimentos do assunto, os princípios do planejamento são enumerados explicitamente no Decreto-Lei n. 380/99. No artigo 8º da norma portuguesa, é possível identificar que o planejamento almeja a persecução de interesses que devem ser harmonizados e coordenados na medida de sua realização territorial.

É nesse sentido que os instrumentos de gestão territorial identificam os interesses públicos prosseguidos, justificando os critérios utilizados na sua identificação e hierarquização (1, art. 8º, Decreto-Lei n. 380/99)²³²⁰.

Os instrumentos de gestão, por sua vez, devem assegurar a harmonização dos vários interesses públicos com expressão territorial, tendo em conta as estratégias de desenvolvimento econômico e social, bem como a sustentabilidade e a solidariedade intergeracional na ocupação e utilização do território (2, art. 8º, Decreto-Lei n. 380/99).

²³¹⁹ Segundo, ainda, a doutrina de Silva, o processo de planejamento do Município realiza-se sempre mediante a elaboração, manutenção e execução de: I – Um plano de desenvolvimento municipal, que é “o plano de governo, pelo qual o prefeito definirá prioridades e objetivos de seu governo em função da realidade local”; II – Os planos regionais, setoriais e especiais, que couberem; III – O Plano Diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, e os demais planos urbanísticos (particulares, parciais, especiais ou setoriais) exigidos pela realidade local; IV – O plano plurianual, que define, em consonância com o plano do governo e o Plano Diretor, as diretrizes, objetos e metas da Administração Municipal; V – A lei de diretrizes orçamentárias, que, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, definirá, em termos financeiros, as metas e as prioridades do governo local, orientará a elaboração do orçamento anual e disporá sobre as alterações na legislação tributária, se tais alterações houverem que ser feitas; VI – Orçamento anual. Todos esses planos deverão ser compatíveis entre si e observar as políticas gerais e setoriais segundo as quais o Município organiza suas ações. Nesse sentido é a Lei Orgânica de São Paulo (art. 144, §1º) e o Estatuto da Cidade (art. 40, §1º). Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137.

²³²⁰ Cf. Decreto-Lei n. 380/99, In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

E ainda os instrumentos de gestão territorial devem estabelecer as medidas de tutela dos interesses públicos, explicitando os respectivos efeitos de tais medidas, na medida em que condicionam direitos privados e públicos da propriedade. As medidas de proteção dos interesses públicos, entre eles os interesses culturais e ambientais, constituem referência na adoção de quaisquer outros regimes de salvaguarda (4, art.8^o).

Segundo a doutrina de Correia²³²¹, depreende-se da normativa territorial que o procedimento de formação dos planos territoriais observe quatro princípios elementares que são: o da *colaboração* entre vários sujeitos de direito público para a formação dos planos, o da *avaliação ambiental estratégica* dos planos, o da *participação* dos interessados na elaboração dos planos e o da *justa ponderação* e da *superação* dos conflitos e interesses coenvolvidos nos planos.

O sistema do planejamento territorial brasileiro, por sua vez, centra-se na normativa nacional do Estatuto da Cidade. Ali são definidos princípios, dentre eles os princípios do planejamento urbano (o art. 40, §4^o da Lei n. 10.257/2001 anuncia alguns deles expressamente), que são geralmente assimilados e assumidos pelas cartas orgânicas municipais.

Na Lei Orgânica do Distrito Federal, encontramos a disposição do art. 170, onde se enumeram as orientações gerais para a concretização do processo de planejamento da prefeitura: “O processo de planejamento do desenvolvimento do Distrito Federal atenderá aos princípios da participação, da coordenação, da integração e da continuidade das ações governamentais”²³²².

Da mesma maneira a Lei Orgânica do Município de Florianópolis estabelece os princípios do planejamento a serem observados pela administração, em razão da elaboração dos planos: “Art. 116 - A definição das políticas, o planejamento, a execução e o controle das ações públicas municipais no campo social e econômico, respeitarão o princípio democrático, assegurada, em todas as fases, nos termos da lei, a participação de representantes dos setores interessados”²³²³.

Para além da legislação, a doutrina se esforça a elaborar um quadro principiológico do processo de planejamento. Segundo Silva²³²⁴, o planejamento permanente e adequado à realidade do Município deverá corresponder a princípios básicos, tais como:

I – O processo de planejamento é mais importante do que o plano

O referido princípio indica que o plano é apenas um resultado e, portanto, deve ser genuinamente fruto de um processo de planejamento. Significa dizer que o planejamento, como método, deve ser utilizado em todos os setores da Prefeitura e, sobretudo, quando se trata de gerir a cidade. Não pode haver, por fim, um plano sem planejamento.

II – O processo de planejamento deve elaborar planos estritamente adequados à realidade do Município

O fundamental é que os planos sejam invariavelmente adequados à realidade do Município. Eles devem espelhar os anseios e necessidades da população local e corresponder a um profundo conhecimento da realidade de cada espaço a gerir. Esse princípio é de difícil aplicação no Brasil. Infelizmente, é comum encontrarmos planos distantes da realidade das cidades. É comum verificar a existência de produtos “encomendados” pelas prefeituras, réplicas de outros planos padronizados que não refletem a realidade local, mas apenas atendem a exigências formais (prazo para aprovação ou renovação do plano). Por outro lado, a participação popular, exigência expressa do sistema de

²³²¹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 348.

²³²² Cf. Lei Orgânica do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/cldf/legislacao/lei-organica-1/>>. Acesso em: 2 out. 2009.

²³²³ Cf. Lei Orgânica de Florianópolis. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/forpgs/orglaw.pl?city=Florianópolis&state=SC&camara=1>>. Acesso em: 3 out. 2009.

²³²⁴ Nesse sentido é a doutrina de Silva, a qual seguimos de perto neste item. Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137.

planejamento territorial brasileiro (art.40, §4º, Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001), poderia evitar a ocorrência de “planos vazios”^{2325,2326}.

III – Os planos devem ser exequíveis

Os planos com disposições ilusórias ou com pretensões inviáveis devem ser evitados. A simplicidade e objetividade das diretrizes e opções do plano são vantagens a serem cultivadas. Um plano simples tende a ser exequível e de fácil apreensão. Sua elaboração refletirá a eficiência na utilização de recursos financeiros, técnicos e humanos disponíveis.

IV – A Municipalidade deve investir em estudos de profundidade razoável para orientar a ação planejadora

Um plano adequado à realidade não corresponde, necessariamente, a um plano com elaborações e estudos de extrema complexidade. A aproximação do setor técnico da prefeitura com a realidade local deve ser feita na medida em que o plano proponha alterações de relevo (renovações, projetos de revitalização que envolvem desapropriações, projetos de habitação popular etc) e no sentido de operacionalizá-las, sem, no entanto, perder-se em estudos infundáveis. É necessário ter

²³²⁵ Nesse sentido são as críticas a planos diretores “encomendados”. Nas palavras do autor: “Devido à ausência da participação popular no processo de elaboração do Plano Diretor de Ipameri, o poder público definiu princípios diretores para espaço urbano de Ipameri através de um planejamento tecnicista, que impôs diversos recursos urbanísticos e arquitetônicos nas etapas de planejamento com o objetivo de se promover a imagem da cidade, a fim de torná-la ‘competitiva, estratégica’. Dessa forma, urbanismo (ciência do planejamento) tornou-se o grande corresponsável pela leitura técnica e pelo estabelecimento de leis e princípios diretores para a cidade, designando o planejamento do solo em todas as escalas procurando pensar à ‘cidade em sua totalidade’ acabado por reduzi-la a uma ‘funcionalidade vazia’ restringindo o espaço geográfico, a sua dimensão física, priorizando na ordenação do território sua configuração arquitetônica e seus equipamentos; acabando por valorizar a obra física pura e desconsiderando seus habitantes que o constrói e o reproduz.” Cf. SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade: Uma introdução a crítica o planejamento e gestão dos espaços urbanos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

²³²⁶ Também nesse sentido, crítica do Ministério das Cidades. De acordo com o diretor de Planejamento Urbano do Ministério das Cidades, Benny Schasberg, embora venha sendo utilizado há várias décadas, até 2001, o Plano Diretor tinha um caráter meramente técnico, sem a participação da sociedade. “Assim, distantes da realidade, após se tornarem leis, eles eram engavetados, já que não eram ferramentas práticas de gestão e planejamento”, afirma Schasberg. O Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 2001) prevê que, durante a elaboração do plano, os poderes Executivo e Legislativo promovam audiências públicas e debates com a comunidade, além de tornar públicos os documentos e as informações produzidas. A partir de 2004, com a criação do Conselho das Cidades, o governo federal estabeleceu uma campanha nacional para conscientizar, estimular e apoiar os municípios a criarem seus planos de forma participativa. “Esta campanha procurou não só construir Planos Diretores, mas sim planos participativos que fossem instrumentos para democratizar nossas cidades”, explica o Diretor de Planejamento Urbano do Ministério das Cidades. Segundo ele, com o apoio do conselho, foram criados núcleos estaduais que, de forma descentralizada, deveriam apoiar e capacitar técnicos das prefeituras e representantes da sociedade civil. O professor do Departamento de Planejamento Territorial e Geoprocessamento da Universidade Estadual Paulista (Unesp) Roberto Braga acredita que nas cidades onde esse processo foi colocado em prática haverá um saldo qualitativo grande nos Planos Diretores. “A grande novidade é a participação popular. A parte técnica é a mesma de sempre. A dificuldade agora é como garantir o envolvimento das pessoas de forma eficaz, pois disso decorrem os ganhos qualitativos”, alerta Braga. Segundo ele, já na década de 1960, o Governo Estadual de São Paulo obrigava os municípios paulistanos a elaborar seus planos, sob pena de não receber repasses de verbas estaduais. Mas isso teria acontecido em um contexto autoritário, sem a participação da sociedade. “O resultado foi que boa parte das cidades encomendou a escritórios particulares planos previamente preparados. Houve casos em que apenas os nomes eram alterados”, conta o professor da Unesp. “Você tinha cidades do interior do estado cujos planos tratavam de normas de proteção das marinas e dos mangues e citava avenidas à beira-mar, deixando óbvio que havia sido copiado de outros feitos por cidades litorâneas.” Para garantir a eficácia dos novos planos, o Diretor de Planejamento Urbano do Ministério considera importante vincular o planejamento territorial e urbano ao planejamento orçamentário. “É fundamental que os planos estejam vinculados desta forma para que suas prioridades possam ser viabilizadas e se traduzam em projetos e ações concretas que beneficiem a população”, destaca Benny Schasberg. “Não é só questão de ter um bom plano. O município tem que ter capacidade de gestão, controle social e muita mobilização popular cobrando a execução do plano.” Cf. RODRIGUES, Alex. **Participação popular será diferencial dos Planos Diretores, avalia Ministério das Cidades**. Notícia veiculada através da Agência Brasil, em 30 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/12/30/materia.2006-12-30.6738784384/>>. Acesso em: 7 out. 2009.

conhecimento da realidade local, mas lembrando que o planejamento deve ser uma proposta debatida, apresentada por um administrador local orientado por essas informações e que, em seguida, abre espaço para a participação democrática dos interessados (art. 40, §4º, incisos I, II e III da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

V – *Complementaridade e integração de políticas, planos e programas setoriais*

Os planos locais de urbanismo cobrem toda a extensão das cidades e, portanto, deverão ser integrados a políticas urbanas e rurais. Ambas as realidades devem ser harmonizadas e integradas de maneira que se promova um desenvolvimento local coordenado.

VI – *Coordenação entre as políticas regionais e nacionais*

O planejamento local envolve diversos tipos de planos, como analisamos anteriormente. Esse rol não é, contudo, estabelecido em Lei Federal no Brasil, como ocorre em Portugal ou na França, por exemplo. Cada Lei Orgânica Municipal poderá estabelecer um parâmetro de planejamento. Apesar da autonomia das Prefeituras e da diversidade de estratégias municipais, as prefeituras tendem a estabelecer um planejamento urbano e a traçar paralelamente planos de desenvolvimento da cidade e do campo. Os planos e políticas locais deverão, por outro lado, estar coordenados com planos e políticas dos demais níveis de governo (estaduais e federais). O princípio da coordenação é inerente à administração pública e implicará a integração de políticas e planos. O planejamento local deverá, portanto, observar as demais políticas e por vezes reestruturar o plano local em função destas²³²⁷.

VII – *Democracia e acesso às informações disponíveis*

A participação popular é elemento indissociável de um planejamento que se pretende democrático. Garantido constitucionalmente (art. 29, XII, CF/88) e reafirmado pelo Estatuto da Cidade (art. 2º, II, e art. 40, §4º, I, II e III, todos da Lei n. 10.257/2001), o poder local publicará os programas e os projetos integrantes dos planos, organizando sessões públicas para o debate popular e disponibilizará todas as informações sobre o planejamento e o plano que se pretende produzir²³²⁸.

Da mesma maneira, em Portugal, a população tem garantido o direito à informação e à participação (artigos 5º e 6º do Decreto-Lei n. 380/99). O direito à informação se reconhece na medida em que todos os interessados têm direito a serem informados sobre a elaboração, aprovação, acompanhamento, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial.

O direito à *informação* compreende as faculdades de: a) consultar os diversos processos acedendo, designadamente, aos estudos de base e outra documentação, escrita e desenhada, que fundamentem as opções estabelecidas; b) obter cópias de atas de reuniões deliberativas e certidões dos instrumentos aprovados; c) obter informações sobre as disposições constantes de instrumentos de gestão territorial bem como conhecer as condicionantes e as servidões aplicáveis ao uso do solo (art. 5º, Decreto-Lei n. 380/99).

O direito à *participação*, por sua vez, será garantido a todos os cidadãos, bem como às associações representativas dos interesses econômicos, sociais, culturais e ambientais, e estes têm o

²³²⁷ Por vezes, as políticas públicas nacionais atingem níveis de grande complexidade que devem ser observadas pelo planejamento urbano local. Projetos como o PAC e o “Minha Casa, Minha Vida”, do Governo Federal, alteram significativamente as estratégias de habitação social dos municípios e exigem atuação conjunta entre o governo municipal e federal. Aos municípios cabe a implementação dos instrumentos da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), voltados ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade, comprometendo e adequando o planejamento territorial local. Cf. Lei Federal n. 11.977/2009, artigo 3º, §1º, III.

²³²⁸ Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

direito de participar na elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial (art. 6º, caput, Decreto-Lei n. 380/99).

Segundo o referido Decreto-Lei, o direito de participação compreende a possibilidade de “formulação de sugestões e pedidos de esclarecimento ao longo dos procedimentos de elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação, bem como a intervenção na fase de discussão pública que precede obrigatoriamente a aprovação” (art. 6º, 2, Decreto-Lei n. 380/99).

E, ainda, para garantir o pleno exercício do direito à participação, as entidades públicas responsáveis pela elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial divulgam, designadamente através da comunicação social: a) a decisão de desencadear o processo de elaboração, alteração ou revisão, identificando os objectivos a prosseguir; b) a conclusão da fase de elaboração, alteração ou revisão, bem como o teor dos elementos a submeter a discussão pública; c) a abertura e a duração da fase de discussão pública; d) as conclusões da discussão pública; e) os mecanismos de execução utilizados no âmbito dos instrumentos de gestão territorial; f) o início e as conclusões dos procedimentos de avaliação.

3. Os fins da função pública de planificação territorial

No que se refere à *finalidade*, o planeamento encontra seus maiores desafios.

Já verificamos nos capítulos anteriores que o ente local (Município) é quem detém a competência para executar a política urbana que se promoverá através da planificação territorial, cujas etapas se realizarão com a inafastável participação popular²³²⁹. O texto constitucional brasileiro assume que tal processo detém um forte teor de discricionariedade (é uma “política” urbana), não negando, ainda, que as escolhas feitas e explicitadas no plano que advém do processo de planeamento refletirão os posicionamentos coletivos de cada localidade, na medida em que se dá oportunidade para que a população se envolva na sua configuração²³³⁰.

Os fins da planificação territorial serão, dessa maneira, delineados, na medida em que cada municipalidade se manifestar e optar dentre inúmeras escolhas possíveis ligadas à utilização dos solos, à expansão da cidade e à tutela e conservação do patrimônio imóvel. Não há que se falar, dessa maneira, em uma planificação técnica e “neutra”²³³¹, mas sim em uma planificação que refletirá escolhas e posições políticas, o que designa uma discricionariedade de largo alcance²³³².

²³²⁹ Cf. Estatuto da Cidade, artigo n. 2º, “II – Gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”.

²³³⁰ Nesse sentido, se espera a concreção de um verdadeiro planeamento democrático e participativo, evitando a tecnocracia que envolve a elaboração de medidas administrativas. Parafraseando as palavras de Canotilho, deve-se buscar uma abertura do Estado de planificação territorial de maneira que se reconheça um verdadeiro “associativismo urbanístico” que se opõe a ideia tecnocrático-publicista de que a política e a gestão dos solos postulam um “governo de sabichões” e contra uma visão estritamente individualista da propriedade como um “direito fundamental individual”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 4, p. 69-79, dezembro, 1995.

²³³¹ Nesse sentido a análise das dimensões do planeamento territorial na Grã Bretanha. Cf. **Town and Country Planning. The Report of a committee of Inquiry appointed by the Nuffield Foundation**. London: The Nutfield foundation, 1986.

²³³² A discricionariedade dos planos já foi comentada no capítulo II, do primeiro título da presente tese. Sobre o assunto apenas relembramos as anotações de Correia: “A Lei reconhece ao legislador um acentuado poder discricionário na escolha das soluções que considerar mais adequadas e corretas no contexto do ordenamento do território, visto que a atividade de planificação é uma tarefa de previsão, na qual o conhecimento da realidade local e o juízo de prognose sobre a evolução futura dos processos urbanísticos desempenham um papel fundamental. Sem a liberdade típica do processo de planeamento urbanístico, a administração perderia a maleabilidade e a adaptabilidade essenciais para responder satisfatoriamente às condições de cada caso concreto. Essa liberdade está, entretanto, limitada pelos princípios jurídicos fundamentais dos planos urbanísticos e do direito urbanístico”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 285 e ss. Desenvolvimentos maiores sobre essa temática no Brasil, DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

As escolhas políticas locais seguirão, por outro lado, diretrizes traçadas em âmbito nacional e internacional, de maneira que, ainda que não se possa prever qual o perfil a ser assumido em cada plano local de urbanismo, é possível afirmar o que não se poderá propor em um Plano Diretor que se pretenda legítimo e comprometido com uma ordem jurídico-humanista de dimensões múltiplas.

Reflitamos, nesse sentido, acerca de alguns conceitos assumidos pelo legislador nacional brasileiro e que implicarão a vinculação dos entes de governo municipais, órgãos responsáveis pelo planejamento territorial.

3.1. Fins de desenvolvimento

O Estatuto da Cidade assume explicitamente que o planejamento deverá ser promovido com vistas ao “desenvolvimento”²³³³. Essa é a acepção que se extrai do art. 2º, inciso IV da Lei n. 10.257/2001. Entretanto, o planejamento urbano em particular é um conceito polêmico. De fato, o planejamento e o desenvolvimento, tido este como a principal política pública, são termos fortes e recorrentes no Estado Social de Direito²³³⁴ que carecem, no entanto, de significação precisa. O problema se agrava quando se fala em “planejar o desenvolvimento”²³³⁵. De qual planejamento e de qual desenvolvimento se fala? O desenvolvimento pode se referir ao crescimento do PIB ou à modernização tecnológica ou, ainda, à superação do “estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social” que caracteriza o subdesenvolvimento. Qual seria a opção a seguir pelo planejador urbano? Seria o Plano Diretor o instrumento adequado para eliminar o subdesenvolvimento?

O que é, com efeito, o subdesenvolvimento? Diversas obras do geógrafo Lacoste²³³⁶ foram dedicadas ao tema e aquele pesquisador, numa visão geopolítica, chegou a listar, em 1965, 14 traços fundamentais do subdesenvolvimento. Dentre eles destaca-se o *inchamento das cidades*²³³⁷ que gera as já conhecidas formas subintegradas de crescimento urbano.

Ao recorrermos à legislação urbanística para solucionar a questão, encontramos ali algumas respostas, mas insuperáveis questões aguardam passivas pelo esforço interpretativo da doutrina e da jurisprudência. Sendo assim, parece-nos que o caminho a seguir é o principiológico. Querendo dizer

²³³³ Como já citamos em oportunidade anterior, o termo desenvolvimento abarca uma série de significados. A ONU formulou um conceito na Declaração sobre o Desenvolvimento que vale trazer à colação: “1. O direito do desenvolvimento é um inalienável direito humano, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm reconhecido seu direito de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar; e no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. 2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação, que inclui o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais”. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 170.

²³³⁴ A atividade de planificação sofreu impulso relevante nas últimas décadas devido, especialmente, ao grau de intervenção da Administração Pública. Nas palavras de Correia, “o Estado de Direito Liberal do século XIX, que quase restringia a sua atividade à manutenção da ordem pública interna e à garantia da segurança externa, não tinha grande necessidade de lançar mão do instituto do plano. Mas, no Estado de Direito Social, em que a Administração Pública exerce funções de grande alcance, designadamente de apoio ao desenvolvimento econômico e social, de promoção da justiça social e de prestação social, o plano tornou-se num instrumento essencial da ação administrativa”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 348.

²³³⁵ Termo expresso no Estatuto da Cidade, como diretriz fundamental da política urbana do Brasil: “IV – **Planejamento do desenvolvimento das cidades**, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²³³⁶ Cf. LACOSTE, Yves. **Géographie du sousdéveloppement, géopolitique d’une crise**. 2. ed. Paris: PUF, 1976.

²³³⁷ O adensamento urbano nas cidades é ainda um dos principais problemas do mundo. Segundo relatório recente da ONU, os aglomerados urbanos ainda crescem, e a cada dia aproximadamente 200 mil pessoas migram para as cidades continuamente, o que equivale a uma cidade do tamanho de Santiago todos os dias. Cf. **Planning Sustainable Cities**. Genève: Un-Habitat publications, 2009.

que o que se espera do planejamento urbanístico brasileiro e do que ele se trata deve estar, em primeiro momento, estabelecido nas diretrizes gerais que orientam a política urbana daquele país.

No Estatuto da Cidade, o “planejamento” está definido em um primeiro momento no artigo 2º, que trata das diretrizes gerais da política urbana. No inciso IV desse artigo, o “planejamento” está relacionado com o “desenvolvimento” e resta condicionado ao atendimento de certos fins: “evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”.

O que se compreende por “distorções do crescimento urbano” pode variar, segundo o discurso que se assume. Noções desenvolvidas sobre a moradia digna, que pressupõe a estrutura de alojamentos que atendam a princípios de higiene, saúde, conforto e integração (que significa conectar o indivíduo ao contexto global da cidade e não isolar em bairros de baixa renda desérticos e deficientes de transporte e comércio de primeira necessidade), a tecnologia atual colocada à disposição do urbanismo (alinhamento, parcelamento etc), bem como certa estética urbana que se pretende atingir, permitem afirmar que em todas as cidades brasileiras é possível identificar “distorções” ou carências urbanísticas²³³⁸.

Tais distorções estão na origem do desconforto urbano de nossos dias. Estão na base do caos vivido nas cidades brasileiras. E o “caos urbano” reflete as consequências de uma lógica de acumulação capitalista – a aparente “desordem” que caracteriza grande parte das formas espaciais urbanas e dos processos que se dão na cidade é apenas “uma ordem que exige uma leitura mais atenta”²³³⁹. À expansão das cidades, unem-se as segregações socioespaciais mencionadas e no plano econômico, a metropolização gera desequilíbrios (entenda-se, “deseconomias”) gerais, como, por exemplo, o custo dos congestionamentos que atinge a todos os que se deslocam com veículos, indistintamente. O Plano Estratégico de Lisboa – uma das cidades mais congestionadas da Europa – registra que os congestionamentos provocam “elevado desgaste físico e psíquico nos cidadãos, grande consumo energético e a redução da produtividade nas atividades econômicas”²³⁴⁰. Dados publicados na Revista Polis registram que a velocidade média nas vias expressas de São Paulo vem caindo desde 1992, apesar das grandes obras viárias feitas. Tais elementos aumentam o “custo-cidade”, fazendo cair a competitividade sistêmica da economia brasileira.

Diante das cenas descritas, quais seriam as atividades urbanísticas e em função de quê deveriam atuar? A atividade urbanística no sentido que queremos abordar liga-se ao conceito de planejamento, ação estatal realizada em resposta à “desordem” ou à “ordem insustentável” das cidades.

O Estatuto da Cidade trouxe a expressão “ordem urbanística”, que passa a integrar o conjunto dos valores ou bens a serem defendidos pela ação civil pública (art. 1º, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pelo art. 53 da Lei n. 10.257/2001). Essa denominação não foi, entretanto, definida explicitamente pelo legislador. A doutrina tem socorrido o intérprete adensando o termo com base no artigo 1º da Lei de Bases (Estatuto da Cidade), conferindo à ordem urbanística o sentido de “conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos”²³⁴¹.

²³³⁸ O que representam essas “distorções”? Se o estatuto da cidade prega uma “ordem urbanística”, existiria então uma “desordem” urbanística? Em termos concretos a desordem não existe. Ela é uma “ordem” que não queremos. E, no caso da cidade, qual é essa ordem-desordem inaceitável? Em países em desenvolvimento como o Brasil, é a ordem da segregação socioespacial. Aquela que nega o direito à cidadania. É aquela onde se verifica a existência de uma cidade em forma de um imenso “quebra-cabeças, feito de peças diferenciadas, onde cada qual conhece seu lugar e se sente estrangeiro nos demais. É a este movimento de separação das classes sociais e funções do espaço urbano que os estudiosos da cidade chamam de segregação espacial”. Cf. ROLNIK, Raquel. **O que é cidade?** 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995. p. 40-41.

²³³⁹ SANTOS, Carlos Nelson F. Dos. O estudo geográfico da cidade no Brasil: Evolução e avaliação, 1994, p. 265. Apud: CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. Tese de doutoramento apresentada à USP, São Paulo, 1997. p. 37.

²³⁴⁰ Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. Tese de doutoramento apresentada à USP, São Paulo, 1997. p. 37.

²³⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 377.

A ordem urbanística deve encerrar em si uma finalidade: a institucionalização do desenvolvimento justo das cidades, garantindo-se o acesso às vantagens promovidas pelo investimento público, minimizando-se os efeitos da segregação espacial, controlando a valoração dos solos e reprimindo a especulação imobiliária.

Enquanto em maior parte dos discursos jurídicos dos países europeus depreende-se uma preocupação acentuada na prevenção de efeitos indesejáveis de uma urbanização descontrolada e da injusta distribuição dos encargos e mais-valias decorrentes dos investimentos públicos na urbanização, no Brasil, a planificação tende a se concentrar na realização de dois fins: a sistematização do crescimento das cidades (tentativa de controle e de organização das expansões urbanas) e a reforma urbana²³⁴², para a reparação dos efeitos desumanos da urbanização descontrolada e da exclusão social que herdamos das últimas décadas.

Esse perfil dos planos e da planificação urbanística no Brasil reflete uma evolução que atingiu, sobretudo, o Plano Diretor, instrumento essencial da política urbana municipal. Foi assim que, inicialmente, os planos locais preocupavam-se, sobretudo, com o “desenho da cidade”, o traçado das ruas, os locais em que os edifícios públicos deveriam se estabelecer para “decorar” a cidade, passando, na atualidade, a evidenciar uma concepção dinâmica, deixando de ser apenas a “sistematização do que já existe”, passando a ser a “sistematização do desenvolvimento futuro”, do “que esperamos por vir” não só da cidade, do núcleo urbano, mas de todo o município, englobando a sua área rural²³⁴³.

Na doutrina, encontramos ainda algumas noções acerca dos fins do planejamento urbano. Os objetivos básicos da política urbana, nas lições de Pessoa²³⁴⁴, são:

Primeiro, agir sobre a demanda do solo, para forçá-la a diminuir e levar ao adensamento, ajustando as necessidades através de medidas que permitam melhorar a rentabilidade e a utilização do equipamento comunitário e infraestrutura urbana, (...) segundo, agir sobre a oferta do solo, lutando contra a retenção especulativa, visando a aumentá-la de forma a compatibilizá-la com as necessidades do mercado.

No que se refere à legislação urbanística brasileira, o inciso IV, do artigo 2º do Estatuto da Cidade remete à ideia de “distribuição espacial (...) das atividades econômicas do Município”, de maneira que o Estatuto assume que o planejamento urbanístico deverá influenciar na distribuição dos investimentos capitalistas, favorecendo áreas, impulsionando setores, revitalizando regiões, renovando a utilidade de certos imóveis, aumentando a autonomia (em relação a serviços essenciais) de certos bairros da cidade. O planejamento é, assim, além de um instrumento de resgate social, um instrumento de resgate econômico, de influências múltiplas no contexto do município.

Não obstante tão relevantes finalidades (desenvolvimento, evitar e corrigir distorções provocadas pela urbanização etc), o planejamento deverá, ainda, ser sustentável. A sustentabilidade está na base de todos os instrumentos urbanísticos. Deve haver, necessariamente, um equilíbrio entre o desenvolvimento e o ambiente. Um não poderá suplantar o outro, sob pena de excluir a viabilidade da existência do homem e de se perder de vista a essência da humanidade, visto que sem o equilíbrio com o meio que nos cerca, tornamo-nos reféns claustrofóbicos de uma tecnologia de concreto²³⁴⁵.

²³⁴² O conceito de reforma urbana é um movimento que visa, entre outros, a garantir a regulamentação fundiária. Esta última é princípio norteador do Estatuto da cidade, previsto no art. 2º, inciso XIV: “XIV – Regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerada a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”. Cf. Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, in: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

²³⁴³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. .d. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99 e ss.

²³⁴⁴ PESSOA, Álvaro. Equacionando a nova propriedade urbana. In: **Direito do Urbanismo: Uma nova visão sóciojurídica**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, IBAM, 1981. p. 65.

²³⁴⁵ Vide notas sobre o desenvolvimento sustentável ou *le développement durable*, preconizado pela Convenção de Stockholm, 1972, e confirmado pela Convenção do Rio/92. Cf KISS, Alexandre. **Introduction au droit international de l’environnement**. Cours 1. Genève: UNITAR, 2006. p. 32.

Planejamento, desenvolvimento e sustentabilidade estão, portanto, na base da legislação urbanística do Brasil²³⁴⁶.

Em Portugal, por sua vez, a Lei n. 48/98 de 11 de agosto estabelece os fins da política de ordenamento do território e urbanismo. O artigo 3º da referida lei assume como fins da política de ordenamento do território e de urbanismo:

a) Reforçar a coesão nacional, organizando o território, corrigindo as assimetrias regionais e assegurando a igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso às infraestruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas; b) Promover a valorização integrada das diversidades do território nacional; c) Assegurar o aproveitamento racional dos recursos naturais, a preservação do equilíbrio ambiental, a humanização das cidades e a funcionalidade dos espaços edificados; d) *Assegurar a defesa e valorização do património cultural e natural*; e) Promover a qualidade de vida e assegurar condições favoráveis ao desenvolvimento das atividades econômicas, sociais e culturais; f) Racionalizar, reabilitar e modernizar os centros urbanos e promover a coerência dos sistemas em que se inserem; g) Salvar e valorizar as potencialidades do espaço rural, contendo a desertificação e incentivando a criação de oportunidades de emprego; h) Acautelar a proteção civil da população, prevenindo os efeitos decorrentes de catástrofes naturais ou da ação humana (destacamos)²³⁴⁷.

Os fins da política territorial portuguesa desdobram-se, ainda, em objetivos indicados no artigo 6º da mesma Lei n. 48/98. Dentre eles, destacamos “a reabilitação e a revitalização dos centros históricos e dos elementos de património cultural classificados” (alínea “h”, art. 6º, Lei n. 48/98).

Vejam, a seguir, em que medida os “fins” interferem e justificam os “meios” e como se comporta o plano diretor municipal brasileiro.

4. O Plano Diretor Municipal: o resultado

O Plano Diretor é o resultado do planejamento urbano, da tomada de decisões de caráter político. É o instrumento através do qual os Municípios definirão os objetivos a serem atingidos, assim como as regras básicas, as diretrizes, as normas do desenvolvimento urbano, estabelecendo, portanto, o zoneamento, as exigências quanto às edificações e um sem número de outras matérias fundamentalmente pertinentes ao uso do solo.²³⁴⁸

O Plano Diretor, como verificamos, é um tipo de plano administrativo de caráter especializado. Tentando inseri-lo na classificação mencionada anteriormente, podemos dizer que se trata de um plano imperativo, de caráter territorial. Imperativo porque é instituto jurídico com efeitos diretos no direito de propriedade. O plano urbanístico vem a conformar o conteúdo do direito de propriedade, segundo determina expressamente a Constituição Federal Brasileira²³⁴⁹.

É, ainda,

²³⁴⁶ Assim preceitua a Convenção de Estocolmo, realizada na Suécia, em 1972: “Princípio 14: O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar as diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio. Princípio 15: Deve-se aplicar o planejamento tanto na ocupação do solo para fins agrícolas, como na urbanização, com vistas a evitar efeitos prejudiciais sobre o meio e a obter o máximo benefício social, econômico e ambiental para todos. A este respeito devem ser abandonados os projetos destinados à dominação colonialista e racista”.

²³⁴⁷ Cf. Lei n. 48/98, In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 15 e ss.

²³⁴⁸ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 213.

²³⁴⁹ 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.” Constituição Federal Brasileira de 1988. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade e, por isso mesmo, com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interesse ou afetem a coletividade²³⁵⁰.

Assim como em Portugal, onde o “Plano Diretor estabelece o modelo de estrutura espacial do território municipal, constituindo uma síntese da estratégia de desenvolvimento e ordenamento local prosseguida, integrando as opções de âmbito nacional e regional com incidência na respectiva área de intervenção”²³⁵¹.

O Plano está previsto no artigo 182 da Constituição Federal brasileira e sua elaboração é obrigatória para as cidades com mais de 20 mil habitantes (§1º, art. 182). Trata-se do instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e é através dele que o conceito de função social de propriedade se concretiza (§1º e §2º, art. 182).

O Plano Diretor tem dimensão jurídica relevante, pois condiciona as demais regras municipais que venham a tocar na gestão do uso do solo. Apesar de ser obrigatório apenas para as cidades com mais de 20 mil habitantes, é possível afirmar que ele deveria ser elaborado por todos os municípios brasileiros, uma vez que é ele que define os contornos da propriedade e a condiciona a uma utilização social (art. 182, §2º, da CF/88).

Para além disso, o plano é o instrumento normativo competente para definir a função social da propriedade para fins urbanísticos (art. 182, §2º, CF/88) e é ato condição para a aplicação das sanções previstas na Carta Constitucional, em seu artigo 182, §4º (parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública).

O Plano Diretor também é relevante por ser caracterizado como “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, ratificado e adensado pelo Estatuto da Cidade em seu artigo 40, caput.

Resta mencionar que, não só apenas os instrumentos de sanção previstos no artigo 182, §4º da Constituição Federal de 1988 ficam condicionados a instituição de um Plano Diretor para serem adotados, como também, outros importantes instrumentos urbanísticos submetem-se a vinculação semelhante. É o caso dos instrumentos de implementação da política urbana como

direito de preempção(art. 25 e ss da Lei n. 10.257/ 2001, Estatuto da Cidade), outorga onerosa do direito de construir (art. 28 e ss do Estatuto), operações urbanas consorciadas (art. 32 e ss da Lei n. 10.257/ 2001, Estatuto da Cidade) e transferência do direito de construir (art. 35 e ss da Lei n. 10.257/ 2001, Estatuto da Cidade)²³⁵².

Conforme bem analisa, ainda, Meirelles²³⁵³, o Plano Diretor

é único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realize a sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas de administração e dos recursos de cada Prefeitura. O Plano Diretor não é estático, é dinâmico e evolutivo. Na fixação dos objetivos e na orientação do desenvolvimento do Município, é a lei suprema e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas

²³⁵⁰ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

²³⁵¹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 352.

²³⁵² Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²³⁵³ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-116.

em benefício do bem-estar social. 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 comunidade²³⁵⁴.

5. O Plano Diretor: função e objetivos

Vários são os tipos de planos voltados à realização de objetivos sociais do Estado. É, de fato, característica do atual Estado de Direito Social a elaboração de planos e projetos, com vista a organizar as medidas necessárias ao atendimento de diversos objetivos de interesse público. Para M. Imboden, o “plano é um instrumento ou um meio de coordenação de atos ou de decisões individuais”.

Os planos territoriais podem ser analisados de acordo com as funções que realizam. E a pluralidade de funções é característica marcante dos planos urbanísticos. Dentro dessa pluralidade, identifica-se a função de proteção, valorização e preservação do bem cultural imóvel.

A Constituição de 1988 confere ao Plano Diretor importantes atribuições e destacando-o como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, §1º). Seu objetivo deverá ser “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, caput). Para além disso, o plano deverá exprimir “as exigências básicas de ordenação da cidade”, que servirão para aferir o cumprimento da “função social da propriedade urbana” (art. 182, §2º). Enquanto para a propriedade rural a Constituição buscou fixar, ela própria, os critérios e parâmetros de sua função social (art. 186), a propriedade urbana, por sua vez, deverá ter seus contornos definidos no Plano Diretor Municipal. Nele é que se vai estabelecer as exigências fundamentais para esse fim.

Essa finalidade social é, evidentemente, de determinação bastante complexa. Cada plano deverá ser a seu modo o reflexo das necessidades de uma municipalidade e, para cada uma delas, as prioridades poderão variar segundo suas características.

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade determina uma série de diretrizes (art. 2º, da Lei n. 10.257/2001) que deverão ser observadas na medida em que se concretiza as funções das propriedades que integram uma localidade.

O Plano Diretor tem, por outro lado, um caráter funcional, sendo um instrumento incontornável para melhor conhecer a realidade local.

Tentando sistematizar as funções dos planos diretores, podemos tomar como referência a doutrina portuguesa de Correia, acrescentando ali alguns elementos especiais que compõe a nossa perspectiva brasileira.

As funções dos planos podem ser divididas em quatro grandes grupos: a) inventariação da realidade ou da situação existente, b) conformação do território, c) conformação do direito de propriedade do solo e d) gestão do território.

i) A inventariação da realidade ou da situação existente

A inventariação da realidade é função relevante estabelecida pelo Decreto-Lei n. 380/99 e se materializa como documentação que acompanha o plano setorial e procede ao diagnóstico da situação territorial sobre o qual o instrumento de política setorial intervém e à fundamentação técnica das opções e objetivos estabelecidos (artigo 37, n. 2, do Decreto-Lei 380/99).

O artigo 88, alínea *a*, do Decreto-Lei n. 380/99 estatui que o plano de urbanização prossegue o equilíbrio da composição urbanística, nomeadamente estabelecendo “a definição e caracterização da

²³⁵⁴ Nesse sentido também Gasparini, ao apontar a unicidade do Plano Diretor. Esse instrumento deve ser único e uno, não devendo estar consubstanciado em várias leis. Por dita razão, é uno, indivisível, e eventuais leis que venham alterar sua estrutura, acolhendo ou prescrevendo institutos urbanísticos, não podem ser havidas como Planos Diretores. Não pode existir mais de um Plano Diretor para cada Município. Cf. GASPARINI, Diogenes. Aspectos Jurídicos do Plano Diretor. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo. Imprensa Oficial, 2005. p. 79-108.

área de intervenção, identificando os valores culturais e naturais a proteger”, e, segundo o artigo 89, n. 2, alínea *a*, sendo o seu conteúdo documental integrado, entre outros elementos, por um “relatório fundamentando as soluções adotadas”.

O diagnóstico dos planos poderá levar ao reconhecimento de vários bens ou mesmo sítios de interesse cultural, fazendo com que a dinâmica das ações a serem promovidas em seguida no contexto das intervenções urbanísticas se deem de forma a atender propostas de sustentabilidade e valorização do patrimônio.

De fato, na elaboração dos planos urbanísticos e dos projetos de arquitetura podem ser utilizados diversos instrumentos de diagnóstico e de pesquisa que permitem definir as características dos quarteirões antigos, tanto no que se refere a sua história, quanto a sua morfologia. Paralelamente a essas pesquisas jurídicas e socioeconômicas, devem ser verificados os estados das habitações e a estrutura da população. Podemos citar como instrumentos fundamentais para promover um material documentário: a pesquisa histórica e fotográfica dos arquivos, os relevos fotográficos aéreos, as maquetes dos monumentos isolados e dos conjuntos monumentais.

Os estudos tentarão reconstituir a história urbana e arquitetural da vila, e a interpretação do material analisado permitirá compreender certos modelos de ocupação do solo, classificar os principais tipos de construção, verificar as ligações entre a forma urbana e a tipologia arquitetural, para, ao final, viabilizar a elaboração de uma planificação comprometida com a preservação cultural da cidade.

No Brasil, a inventariação também é função essencial dos planos urbanos e, assim como em Portugal, deve ser utilizado como medida preventiva de identificação de bens culturais de relevância e suas maiores carências em termos de proteção e valorização urbanística.

j) Conformação do território

Conformar o território é uma função comum a todos os planos, já que “todos eles pretendem programar, influenciar e organizar a ocupação e transformação do território e desenvolver harmoniosamente as diferentes parcelas do espaço”.

A conformação do território ao plano elaborado pelo Estado (seja em qualquer nível de Estado) deverá observar os efeitos e impactos nos diversos bens e sítios culturais no contexto urbano. De certo, uma das consequências esperadas dos planos liga-se efetivamente à proteção dos bens culturais urbanos que estão, normalmente, submetidos a fortes tensões, devido ao seu valor econômico se sobreporem muitas vezes a sua simples consideração como herança cultural.

Essa função geral está subjacente à definição e aos objetivos de várias normativas nos ordenamentos urbanísticos do Brasil e de Portugal.

No Brasil, como já referido, os planos urbanísticos destacam-se como instrumento de promoção social e regularização fundiária, centrando-se no Plano Diretor elaborado pelo município, que se caracteriza por ser um plano urbanístico geral, entre os instrumentos fundamentais do processo de planejamento local.

O Plano Diretor é fundamental para a atuação urbanística do Município e deve prever os meios institucionais necessários a sua implementação, execução, continuidade e revisão. Através dele, e de sua aprovação por lei municipal, atende-se à exigência constitucional do princípio da legalidade que rege o sistema brasileiro. Não se admite, assim, que se criem obrigações e se imponham constrangimentos senão em virtude de lei. No que se refere à matéria de interesse local e à utilização da propriedade e seu conteúdo social, o Plano Diretor é a lei que informa e que dispõe, concretamente, a realização desses elementos.

O Plano Diretor deve, pois, ser instituído de acordo com os princípios constitucionais e as diretrizes do Estatuto da Cidade, de forma que sua implementação torne concreto e exequível o direito à cidade culturalmente preservada. Para verificar se o conjunto de elementos legais do Plano Diretor atende aos preceitos referidos, é necessário interpretá-los de forma integrada, considerando-os entre si,

bem como em relação ao conteúdo mínimo indicado no Estatuto da Cidade (art. 42, da Lei n. 10.257/2001).

k) Conformação do direito de propriedade do solo

O direito de propriedade fica condicionado às prescrições dos planos. Isso ocorre em caráter essencial no direito de propriedade, uma vez que sua utilização, sua potencial funcionalidade e seus limites ligados à construção ficam determinados nas leis urbanísticas.

Toda a disciplina da propriedade fica, assim, submetida aos princípios e funções estabelecidas nos planos urbanos.

No Brasil, a disciplina da propriedade encontra na Constituição Federal o caráter definitivamente social no inciso XXIII do artigo 5º, que observa a propriedade e lhe condiciona a uma funcionalização de caráter socializante, atendendo ao interesse coletivo, suplantando o mero interesse individual.

A função social da propriedade é o princípio conformador do direito de propriedade e lhe penetra a estrutura, sendo elemento “do regime jurídico do direito de propriedade, incidindo sobre o seu conteúdo e o seu conceito”.

Com a adoção do Estado Social, expandem-se as funções exercidas pelo poder público. Abandonam-se, assim, o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal que provocaram imensas injustiças para se assumir a responsabilidade social, condicionando a realização do direito à garantia da justiça igualmente distribuída.

Tal Estado Social de Direito caracteriza-se pelo propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *welfare state*.

A propriedade imóvel urbana surge, nessas circunstâncias, por ser meio e fim de diversos elementos inerentes à condição humana e ao bem-estar do ser humano. É a partir dela que se obterá o direito à moradia, ao trabalho, à circulação, à preservação do ambiente histórico, paisagístico, ambiental, à saúde e, contextualizando todos esses direitos, o direito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto sociopolítico que envolve a concepção de propriedade surgem as legislações atuais que tratam de definir seu conteúdo, posicionando-a no ordenamento jurídico.

Seu conteúdo é lapidado pela Constituição, que garante a propriedade como fundamento econômico do Estado, condicionando-a ao cumprimento de sua função social devendo ser, em última análise, submetida ao interesse coletivo.

Atualmente, a propriedade apresenta-se como um novo direito real, em que o poder da pessoa sobre a coisa se vê substancialmente modificado no que tange ao caráter “absoluto” conferido pela doutrina e legislação individualistas clássicas.

Ora, se o “direito de propriedade” era antes considerado *absoluto*, por que deixava ao arbítrio do seu titular a decisão sobre a conveniência e o modo de seu aproveitamento? Hoje é tratado como direito condicionado ao atendimento a uma função social que contemplará, entre outros fins, a preservação de interesses culturais coletivos que suplantam o interesse meramente individualista do proprietário.

No Estatuto da Cidade ficam determinadas, para todos os efeitos, as “normas de ordem jurídica e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (§ único, artigo 1º, Estatuto da Cidade).

E a propriedade deverá atender às disposições dos planos urbanísticos, que necessariamente interferem em seu uso e adequação, podendo ser medida de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (inciso XII, artigo 2º, Estatuto da Cidade).

Em Portugal, o mesmo ocorre. Os planos, especialmente aqueles que “apresentem suficiente especificidade para conterem indicações sobre os destinos das áreas singulares”, conformam o direito

de propriedade do solo, estabelecendo prescrições que tocam a essência do direito, classificando-se o uso e destino da propriedade, a divisão do território em zonas e a definição dos parâmetros a que deve obedecer à ocupação, uso e transformação de cada uma delas.

Nesse sentido é o Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, ao estabelecer no seu art. 73, 1, que “a qualificação do solo, atenta a sua classificação básica, regula o aproveitamento do mesmo em função da utilização dominante que nele pode ser instalada ou desenvolvida, fixando os respectivos uso e, quando admissível, edificabilidade”.

Na esteira de um conceito amplo de urbanismo que engloba o solo rural e urbano, o Decreto estabelece em relação ao solo rural, que sua qualificação processa-se através da integração nas seguintes categorias:

- a) Espaços agrícolas ou florestais afectos à produção ou à conservação; b) Espaços de exploração mineira; c) Espaços afectos a actividades industriais directamente ligadas às utilizações referidas nas alíneas anteriores; d) Espaços naturais; e) Espaços destinados a infra-estruturas ou a outros tipos de ocupação humana que não impliquem a classificação como solo urbano, designadamente permitindo usos múltiplos em actividades compatíveis com espaços agrícolas, florestais ou naturais (art. 73, 2, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro).

Com relação ao solo urbano, a qualificação processa-se através da integração de categorias que conferem a suscetibilidade de urbanização ou de edificação. A qualificação do solo urbano determina a definição do perímetro urbano, que compreende: “a) Os solos urbanizados; b) Os solos cuja urbanização seja possível programar; c) Os solos afectos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano” (art. 73, 4, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro).

l) Gestão do território

Os planos urbanísticos são formados por disposições que promovem a execução de um processo urbanístico e, por tal razão, incorporam prescrições relacionadas à concretização desse processo. Tal característica denota que o plano não se traduz em um modelo hermético de prescrições acerca da maneira como deverá ser promovida a disposição do solo, mas também, como serão os meios de implementação de tais medidas.

Trata-se da gestão do território, que passa pela implantação dos meios e pela busca dos resultados perseguidos pelo plano.

Em Portugal, essa função fica subjacente em diversas normativas do Decreto-Lei n. 380/99. Destacamos o artigo 89, n. 2, alínea *b*, que indica que o “plano de urbanização” é acompanhado por um “programa contendo disposições indicativas sobre a execução das intervenções municipais previstas, bem como sobre os meios de financiamento das mesmas”, e o artigo 92, n. 2, alínea *c*, que dispõe que o “plano de pormenor” seja acompanhado, entre outros elementos, “pelo programa de execução das ações previstas e respectivo plano de financiamento”.

No Brasil, a função de gestão dos planos fica evidenciada no Estatuto da Cidade em diversos pontos. Cabe ao plano tratar da “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (inciso II, artigo 2º, Estatuto da Cidade).

É certo que o plano deverá atentar para a execução de suas finalidades, ainda mais que para atingir os objetivos traçados pela Política Urbana deverá utilizar-se de diversos instrumentos e mecanismos jurídicos, pautando-se sempre na efetiva realização dos propósitos planejados.

E por ter essa visão executiva dos planos, o legislador brasileiro dispõe no capítulo que trata do Plano Diretor, do seu conteúdo mínimo, exigindo que este disponha, necessariamente, sobre a “delimitação das áreas urbanas, onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização

compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização” (inciso I, artigo 42, Estatuto da Cidade).

Analisando o contexto legal que disciplina a função gestora dos planos, não resta dúvida de que a complexa tarefa de garantir as cidades sustentáveis estará entre os diversos elementos a serem executados pelo planejamento urbanístico.

De certo, algumas cidades vivem em função de suas identidades culturais e seu patrimônio cultural imóvel. Não obstante, a diversidade de interesses que envolvem o centro urbano deverá encontrar equilíbrio nas medidas políticas do Estado, evitando-se, assim, uma utilização insustentável do patrimônio e da cidade.

m) A proteção do patrimônio cultural imóvel

A elaboração dos planos de ordenação urbana deverá considerar os valores culturais dos bens imóveis que compõem o espaço a ser ordenado.

A utilização dos imóveis, as limitações da circulação viária nos centros históricos, a projeção do crescimento da cidade “extramuros”, ou fora do centro histórico, a utilização do zoneamento para exploração de áreas que garantam o crescimento sustentável e ordenado da cidade são medidas a serem tomadas pelas administrações locais.

Os planos devem abordar as questões relativas à proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural, para além de garantir a integração plena dos procedimentos tradicionais de tutela (entre eles o tombamento ou classificação) dos imóveis, uma vez que a proteção sustentável desses bens se dá não apenas com seu reconhecimento, mas também com a sua inserção útil e viva no contexto das cidades.

O maior desafio dos planos está, por outro lado, em identificar o patrimônio cultural imóvel, que poderá já ser objeto de tutela por parte de entes diversos do governo (Estado, União ou o próprio Município), ou ainda estar descoberto, sem qualquer medida de salvaguarda.

A identificação dos bens culturais do solo municipal será verificada na medida em que se realizam estudos gerais do território e na medida em que se garanta a participação dos órgãos especializados (institutos de proteção aos bens culturais, como são o IPHAN, no caso federal, e as secretarias especializadas dos Estados e Municípios) na salvaguarda do patrimônio cultural ou, em outras palavras, na medida em que se garanta a coordenação das políticas municipais consagradas nos planos locais e as políticas externas ou paralelas de diferentes níveis e conteúdos temáticos²³⁵⁵.

Identificar os bens culturais já reconhecidos é uma medida essencial. Trata-se da atuação do plano enquanto meio secundário de salvaguarda. Precisar as regras aplicáveis ao seu entorno, ampliando o sentido e o conteúdo da servidão automática que beneficia os bens culturais é reflexo, ainda, de uma atitude integrada de planejamento e salvaguarda. Instaurar, para além disso, um plano especial vinculado ou uma seção específica dentro da norma do plano diretor que estabeleça regras de salvaguarda dos bens culturais em ampla escala é, por fim, o ápice da coordenação ideal entre as políticas territoriais e culturais.

A salvaguarda de bens culturais é função do planejamento urbanístico local e deve integrar a estratégia e o procedimento de planificação territorial. Essa função é geralmente reconhecida como a simples coordenação de interesses culturais e urbanísticos, mas deverá ser ampliada, no sentido de garantir uma mais efetiva intervenção que corresponda a um comprometimento de toda a estrutura urbana local com a proteção, conservação e valorização do bem cultural²³⁵⁶.

Em uma segunda dimensão, o Plano Diretor atuará como instrumento de tutela dos bens culturais ainda não sujeitos a outra medida de salvaguarda. Esse aspecto é o que nos interessa

²³⁵⁵ Sobre a coordenação das políticas territoriais conferir Correia e a legislação portuguesa (Decreto-Lei n. 380/99, artigos 21 e 22). CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 392 e ss.

²³⁵⁶ As matérias são, como já tratamos no capítulo I, do título II, sobrepostas quando se trata do bem cultural imóvel. Os fins urbanísticos assumem o bem cultural como elemento relevante e que deve ser objeto de salvaguarda também pelos instrumentos planificadores.

desenvolver no próximo capítulo, registrando-se, por hora, o seu contexto dentro das funções gerais do Plano Diretor.

6. Conteúdo material do Plano Diretor

Os contornos jurídicos mais precisos a respeito do planejamento urbano no Brasil foram traçados somente com a edição da Lei Federal n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. A lei define a abrangência do Plano Diretor, o rol de quem está obrigado a editá-lo e os requisitos procedimentais de sua elaboração e conteúdo mínimo²³⁵⁷. O Estatuto estabelece em seu artigo 42 que

o Plano Diretor deverá conter no mínimo: I – A delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsória, considerada a existência de infraestrutura e de demanda para a 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.

Analisando os artigos mencionados no inciso II do artigo 42 anteriormente exposto, verificamos que todo Plano Diretor Municipal deverá tratar, ao menos, do parcelamento, da edificação ou utilização compulsória, do exercício do direito de preempção (art. 25, do EC), da outorga onerosa do direito de construir (art. 28, do EC), das operações urbanas consorciadas (art. 32, do EC) e da transferência do direito de construir (art. 35, do EC). Entretanto, ao optar por esse conteúdo mínimo, a Lei Federal deixa de apontar inúmeros outros elementos relevantes que devem ser tratados no Plano Diretor e que são incontornáveis no processo de planificação que se instaura para a produção dessa lei.

De certo que os municípios poderão livremente acrescentar outros elementos aos planos, mas a norma geral federal perdeu, mais uma vez, uma excelente oportunidade de abrir um leque mais amplo a ser observado por todos os municípios, sobretudo, na parte ambiental e cultural²³⁵⁸.

Por outro lado, da interpretação global da Lei e da Constituição federais, concluímos que existem matérias atribuídas pelo ordenamento jurídico ao Plano Diretor a respeito das quais este deverá deliberar, sob pena de esvaziamento de suas finalidades e descumprimento da obrigação que o Poder público municipal tem de planejar e de salvaguardar o patrimônio cultural (art. 30, VIII e IX, da CF/88).

O plano deverá observar as matérias reservadas a ele, em especial: a) delimitação das zonas urbanas, de expansão urbana e de urbanização específica; b) estabelecimento de índices urbanísticos relativos a áreas mínimas e máximas de lotes e coeficientes básicos, máximos e mínimos de aproveitamento; c) delimitação das áreas, cuja vegetação natural deva ser preservada ou suprimida; d) traçado do sistema viário principal da cidade, existente e projetado; e) as demais disposições apontadas no artigo 42²³⁵⁹.

A partir daí, as funções exercidas por cada parcela do território devem ser coordenadas com os termos previstos no Estatuto da Cidade para a aplicação de instrumentos diversos (o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, bem como o direito de preempção do art. 25; coeficientes de aproveitamento básicos do art. 28, §2º e possibilidade de alienar o direito de construir do art. 35; os locais onde serão admitidas as alterações do uso do solo, art. 29; e aquelas em que se permitirão as operações urbanas consorciadas, art. 32, entre outras)²³⁶⁰.

²³⁵⁷ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²³⁵⁸ Os bens culturais e ambientais foram expressamente assumidos como objeto do planejamento urbano (art. 2º, XII) e instrumentos jurídicos são adotados como elementos para implementação da política urbana (art. XX), mas o Estatuto da Cidade não tece maiores detalhes sobre o tema.

²³⁵⁹ Nesse sentido são os desenvolvimentos de PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 224- 225.

²³⁶⁰ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

É de se comentar, ainda, que as limitações legais ao direito de propriedade não poderão atingir o seu conteúdo essencial, nomeadamente um mínimo de faculdades de fruição e uso, sob pena de inconstitucionalidade. Outro aspecto a ser lembrado diz respeito à técnica do Plano Diretor. Os planos devem ser assinados por profissionais habilitados sob pena de não possuírem valor jurídico e nem sequer poderem ser aprovados pela Câmara Municipal ou a ela enviados pelo prefeito. É como dispõe a Lei n. 5.194/1966, em seu art. 3º:

Os estudos, plantas, projetos, laudos e qualquer outro trabalho de engenharia, de arquitetura e de agronomia, quer público, quer particular, somente poderão ser submetidos ao julgamento das autoridades competentes e só terão valor jurídico quando seus autores forem profissionais habilitados de acordo com esta lei²³⁶¹.

E assim chegamos a um ponto essencial do urbanismo. O processo de ordenamento que se consubstancia na fixação de regras e instrumentos condicionantes da transformação de espaço rústico em espaço urbano e da afetação e utilização deste deve ou não respeitar (ainda que desconformes aquelas regras) as afetações e utilizações do espaço²³⁶²: a) já consumadas, b) em curso de concretização, c) autorizadas nos termos legais, mas ainda não iniciadas e d) pendentes de procedimento administrativo ainda não decidido.

O solo abrangido por um plano urbanístico alcança um significado e uma importância que não são compartilhados por aquele que não é objeto de qualquer planificação. Na verdade, o plano define antecipadamente aquilo com que os proprietários poderão contar, estabelece regras e princípios que devem ser observados pela Administração e inspira confiança nos agentes interessados na realização de operações de transformação do solo, sobretudo a construção. “Objeto do direito de propriedade já não é hoje mais o solo em si, mas, em certo sentido, o solo planificado”²³⁶³.

É o Plano Diretor o instrumento competente para precisar a fluidez do conceito de função social da propriedade urbana, de maneira que o legislador municipal deverá fixar o perfil que a propriedade local deverá assumir (art. 182, da CF/88 e art. 39 do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001)²³⁶⁴.

No plano estará previsto, ainda, um sistema de acompanhamento e controle (art. 42, III, Estatuto da Cidade). Tal exigência visa a garantir que o plano seja sempre o reflexo de um planejamento contínuo e deve ser revisto sempre que a realidade demandar ou, no mínimo, a cada dez anos (art. 40, §3º, Estatuto da Cidade)²³⁶⁵.

Em Portugal, os planos municipais de ordenamento do território, entre eles os Planos Diretores Municipais, compõem-se de uma parte *escrita* e uma parte *desenhada*. A sua parte escrita é integrada pelo *regulamento*, o qual define um “modelo de organização municipal do território”, estabelecendo

²³⁶¹ Conforme comenta, ainda, Pinto, a importância deste dispositivo pode ser facilmente compreendida quando se recorda que o Plano Diretor tratará de assuntos como a definição das áreas suscetíveis de serem urbanizadas e de suas respectivas densidades construtivas. Se as edificações e os loteamentos têm que ser previamente projetados por um profissional, com maior razão haverá de ser a cidade planejada por profissionais competentes. Somente profissionais habilitados podem atestar que a ocupação prevista para determinada área não trará riscos para seus moradores (alagamentos, desmoronamentos etc) ou para o entorno (contaminação da água, do ar, do solo etc). A delimitação, por exemplo, das áreas de expansão urbana ou de urbanização específica pressupõe a realização de estudos técnicos que permitam identificar situações qualificadas pela Lei n. 6.766/1979 como insuscetíveis de parcelamento. “Art. 3º. (...) parágrafo único. Não será permitido o parcelamento do solo: I – Em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; II – Em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III – Em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; IV – Em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; V – Em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção”. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 224- 269-270.

²³⁶² CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n..9, p. 87-115, junho, 1998.

²³⁶³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 825.

²³⁶⁴ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²³⁶⁵ Trataremos da revisão dos planos em item a seguir.

um conjunto de elementos que são enumerados, exemplificativamente, nas 20 alíneas do artigo 85 do Decreto-Lei n. 380/99.

Os elementos ali elencados constituem o *conteúdo material* do plano. O conteúdo material também se constitui por estudos de caracterização do território municipal, por um *relatório*, que explicita os objetivos estratégicos e as opções de base territorial adotadas para o modelo de organização espacial que se propõe, bem como a respectiva fundamentação técnica, suportada na avaliação das condições econômicas, sociais, culturais e ambientais para a sua execução; por um *relatório ambiental* e por um *programa de execução*, contendo disposições indicativas sobre a execução das intervenções municipais previstas e o meio de financiamento destas (art. 86, n. 1, alínea a e 2, alíneas *a, b, c e d*, do Decreto-Lei n. 380/99)²³⁶⁶.

Os elementos que integram o *conteúdo material* do PDM e que estão descritos no RJIGT são significativos e destacamos os seguintes: a definição e caracterização da área de intervenção identificando as redes urbana, viária, de transportes e de equipamentos de educação, de saúde, de abastecimento público e de segurança, bem como os sistemas de telecomunicações, de abastecimento de energia, de captação, de tratamento e abastecimento de água, de drenagem e tratamento de efluentes e de recolha, depósito e tratamento de resíduos; a definição dos sistemas de proteção dos valores e *recursos naturais, culturais*, agrícolas e florestais, identificando a estrutura ecológica municipal; a referenciação espacial dos usos e das atividades, nomeadamente através da definição das classes e categorias de espaços; a identificação das áreas e a definição de estratégias de localização, distribuição e desenvolvimento das atividades industriais, turísticas, comerciais e de serviços; a definição de estratégias para o espaço rural, identificando aptidões, potencialidades e referências aos usos múltiplos possíveis; a identificação e a delimitação dos perímetros urbanos, com a definição do sistema urbano municipal; a especificação qualitativa dos índices, indicadores e parâmetros de referência, urbanísticos ou de ordenamento, a estabelecer em um plano de urbanização e plano de pormenor, bem como os de natureza supletiva aplicáveis na ausência destes; a definição de unidades operativas de planeamento e gestão, para efeitos de programação da execução do plano, estabelecendo para cada uma das mesmas os respectivos objetivos, bem como os termos de referência para a necessária elaboração de planos de urbanização e de pormenor; a identificação das áreas de interesse público para efeitos de expropriação, bem como a definição das respectivas regras de gestão; os critérios de perequação compensatória de benefícios e encargos decorrentes da gestão urbanística a concretizar nos instrumentos de planeamento previstos nas unidades operativas de planeamento e gestão, e a articulação do modelo de organização municipal do território com a disciplina consagrada nos demais instrumentos de gestão territorial aplicáveis; o prazo de vigência e as condições de revisão (alíneas *a, b, c, e, f, g, h, j, l, q, s, t e u*, do n. 1, artigo 85, Decreto-Lei n. 380/99)²³⁶⁷.

No referido Decreto, fica estabelecido que o Plano Diretor Municipal determina o modelo de estrutura espacial do território municipal, constituindo uma síntese da estratégia de desenvolvimento e ordenamento local prosseguida, integrando as opções de âmbito nacional e regional com incidência na respectiva área de intervenção(1, art. 84). O plano estabelece, ainda, o modelo de estrutura espacial do território municipal que se assenta na classificação do solo e desenvolve-se através da qualificação do mesmo(2, art. 84). Sua elaboração é obrigatória para todos os municípios do país (3, art. 84).

7. Natureza jurídica do Plano Diretor

A Constituição Federal de 1988 vinculou expressamente o Plano Diretor a ato do Poder Legislativo (art. 182, §1º), o que significa dizer que esse instrumento de planeamento urbano envolve

²³⁶⁶ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 623 -625.

²³⁶⁷ Cf. Art. 85, Decreto-Lei n. 380/99, In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

uma decisão do Poder Legislativo Municipal, e não apenas do chefe do executivo, como já se chegou a admitir. O Plano Diretor é, portanto uma lei²³⁶⁸.

Não só o Plano Diretor, mas os planos urbanísticos em geral devem ser aprovados por leis municipais. A regra decorre do princípio da legalidade. Não se admite que se criem obrigações ou restrições senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/88 e art. 40, Lei n. 10.257/2001)²³⁶⁹.

O Plano Diretor, especificamente, é necessariamente aprovado pela Câmara Municipal e segue o trâmite definido nas Leis Orgânicas Municipais. Geralmente a lei local exige que o plano seja aprovado pelo voto qualificado de dois terços dos membros daquela Câmara, o que atribui à Lei do Plano Diretor certa rigidez. Todos os elementos que integram o plano (mapas, levantamentos, projetos etc) integram a lei e convertem-se em normas jurídicas.

Segundo Silva, no Brasil,

todo plano urbanístico há de ser aprovado por lei. Pode-se suscitar aqui o problema que se coloca no modelo francês do planejamento econômico, qual seja, de saber se há confusão ou diferenciação entre o plano e a lei que o aprova. Constituem uma unidade jurídica ou são coisas diferentes o plano urbanístico do sistema brasileiro e a lei que o aprova? O plano tem também a natureza de ato legislativo como a lei que o aprova? Ou não passará de proposições técnicas e administrativas a que a lei aprovadora confere eficácia jurídica? (...) A lei, no caso, não constitui simples ato de aprovação de proposições técnicas e administrativas. Configura um articulado que revela as diretrizes normativas do plano e dá eficácia jurídica às regras concretas que ele contém. Por isso, a nosso ver, o plano passa a integrar o conteúdo da lei, formando, assim, como esta, uma unidade legislativa. Em sentido formal, portanto, os planos urbanísticos no Brasil têm natureza de lei, e também tem no sentido material, pois, como já vimos, são conformadores, transformadores e inovadores da situação existente, integrando o ordenamento jurídico que modificam, embora neles se encontrem também regras concretas de natureza administrativa, especialmente quando sejam de eficácia e aplicabilidade imediata e executiva²³⁷⁰²³⁷¹.

Outros elementos compõem o conceito jurídico e a natureza do Plano Diretor. No texto constitucional foi estabelecido que tal plano consiste no “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, §1º) e ainda, no mesmo dispositivo, determina-se a sua obrigatoriedade nas cidades com mais de vinte mil habitantes.

Além disso, o Plano Diretor foi posto como veículo delimitador das áreas suscetíveis de imposição de encargos urbanísticos aos proprietários de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 182, §4º).

O Plano Diretor no Direito brasileiro é uma lei municipal, é instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e

²³⁶⁸ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²³⁶⁹ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 143.

²³⁷⁰ Merece registro a posição contrária de Pinto, para quem a Constituição brasileira autoriza a interpretação de que o plano é uma figura nova, criada pela Carta Constitucional, aprovada por lei e não uma lei especificamente. Ele, o plano, seria um anexo à lei, por lhe faltar as características de generalidade e de abstração típicos de uma lei material. “O Plano Diretor não é uma lei, mas é aprovado por lei, assumindo a forma de um anexo”. E completa que “as leis destinam-se a regular determinada situação por prazo indeterminado. A vigência por prazo determinado é excepcional. Os planos, por outro lado, atuam sobre situações conjunturais e dinâmicas. Já se sabe desde sua elaboração que as prescrições neles contidas perderão atualidade se não forem implementadas em um período determinado, podendo ser até contraproducentes em um futuro distante. (...) A lei deve ser genérica, tratando igualmente todas as pessoas. As regras estabelecidas no Plano Diretor não são gerais, mas específicas para cada zona em que divide a cidade. A lei é veiculada por um texto verbalizado, enquanto o Plano Diretor é veiculado por mapas gráficos e tabelas numéricas. (...) a lei não depende de qualquer capacitação técnica específica para ser elaborada. Já o plano urbanístico resulta de estudos técnicos (...)”. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 256.

²³⁷¹ Nesse sentido também GASPARINI, Diogenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002. p. 196.

representa condição para impor obrigações ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado²³⁷².

Em Portugal, a legislação assume a questão de forma diversa, e a doutrina esforça-se a interpretar o assunto por prismas diferentes. A Lei de Bases n. 48/98, ao tratar dos instrumentos de gestão territorial, entre eles os planos, refere-se a sua “natureza regulamentar” (artigo 8º, alínea *b*). Por sua vez, o Decreto-Lei n. 380/98 traz a noção de que “os planos especiais de ordenamento do território são instrumentos de natureza regulamentar elaborados pela administração central” (art. 42, 1) e da mesma forma “os planos municipais de ordenamento do território são instrumentos de natureza regulamentar, aprovados pelos municípios” (art. 69, 1).

Apesar da descrição legal, a questão não parece resolvida. A doutrina de Correia²³⁷³ aponta que o problema da natureza jurídica dos planos “é de índole essencialmente teórica e doutrinária e não cabe ao legislador resolvê-lo”²³⁷⁴.

Desenvolvendo a questão, aquele jurista primeiramente distingue os planos sem eficácia plurisubjetiva dos planos com eficácia plurisubjetiva. No que respeita aos primeiros, não há muitas dúvidas de que os planos revestem a natureza de normas jurídicas e que alguns deles têm mesmo um caráter legislativo, como ocorre com o “programa nacional da política de ordenamento do território”, aprovado por lei da Assembléia da República (art. 34, Decreto-Lei n. 380/99) e com os planos setoriais que, por força de norma especial, sejam aprovados por decreto-lei (art. 41, Decreto-Lei n. 380/99). Significa que “os planos territoriais sem eficácia plurisubjetiva comungam, por via de regra, sob o ponto de vista material, das características de generalidade, abstração e de pretensão de durabilidade, próprias das normas jurídicas”²³⁷⁵.

Em se tratando dos planos com eficácia plurisubjetiva, a doutrina se divide em basicamente três posições:

a) o plano como *ato administrativo individual e concreto* e, portanto, sem caráter normativo, visto que não possuem caráter de atos gerais, ao contrário, modificam situações subjetivas determinadas especificamente (essa a posição de Sandulli);

b) o plano como um ato administrativo geral, posição que também nega o caráter de norma jurídica ao plano urbanístico, porém considera que se trata de uma decisão administrativa que, aplicando-se a uma situação concreta, tem como destinatários um conjunto indeterminado de pessoas. “A concreta das disposições do plano manifesta-se, na opinião dos adeptos desta doutrina, no fato de que ele definir as condições da utilização urbanística de cada parcela do território por si só abrangido”²³⁷⁶. Os destinatários das prescrições do plano são, entretanto, indeterminados no momento da sua publicação, abrangendo os atuais proprietários e todos aqueles que vierem a adquirir direitos reais sobre os terrenos situados dentro de seu âmbito de aplicação. O caráter de ato administrativo justifica-se, na opinião dos defensores dessa teoria, também pelo fato de suas disposições se esgotarem os seus efeitos com uma única aplicação. Giannini, Salvia e Teresi são seus principais defensores;

c) o plano como *ato normativo*, que, na opinião de Correia é a tese majoritária na doutrina e jurisprudência de direito comparado. Também é a posição defendida por Gomes, em relação ao plano diretor municipal e aos planos de urbanização em Portugal. Os planos urbanísticos, segundo essa teoria, apresentam características de generalidade e abstração próprias das normas jurídicas, tendo como função a integração da lei e fixando o ordenamento urbanístico aplicável a um determinado território. Admite-se que são regras gerais, ou seja, que a princípio não têm destinatário determinados, concretamente mencionados ou mencionáveis, e que disciplinam não um caso determinado, mas uma pluralidade de hipóteses reais que venham a verificar-se no futuro. Em resumo, são os argumentos desta teoria: os planos resultam de uma incumbência da Constituição e do legislador ordinário dirigida aos órgãos da Administração, não podem ser revogados pura e simplesmente pela Administração, mas

²³⁷² Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²³⁷³ Traçaremos em breve resumo as teorias que Correia traz em sua obra, de maneira que as referências aqui indicadas são do autor mencionado.

²³⁷⁴ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 604.

²³⁷⁵ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 602-603.

²³⁷⁶ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 606 e ss.

apenas alterados, revistos ou substituídos por outros; seu caráter vinculativo não apenas em relação aos particulares, mas igualmente em relação à Administração, que está obrigada a respeitá-los tanto nos atos de controle das operações urbanísticas dos particulares, como nas operações urbanísticas da sua iniciativa, de acordo com o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos; os planos estão sujeitos ao princípio da publicidade, sob pena de ineficácia jurídica; finalmente, os planos são atos criadores de direito, na medida em que fixam *ex novo* regras jurídicas respeitantes ao regime de uso destino e transformação do solo. Esta tese defende o caráter normativo dos planos urbanísticos e é claramente majoritária na doutrina espanhola e brasileira. É a posição de Garcia de Enterría e Parejo Alfonso, assim como de Carceller Fernandez;

d) uma última corrente doutrinária aponta os planos urbanísticos como *ato misto*. O plano, segundo esta teoria, não poderia ser qualificado como ato unitário, mas antes como um ato misto, constituído por determinações de natureza concreta e disposições abstratas, seu conteúdo é misto ou complexo, onde se aliam disposições normativas, atos administrativos gerais e, inclusive, disposições meramente programáticas. Defendem esta tese Benvenuti, Santaniello e Vignochi e Berti;

e) o *plano como instituto “sui generis”*, insuscetível de ser enquadrado nas formas típicas de atuação da administração pública. Forsthoff defende esta teoria salientando que o problema da natureza jurídica dos planos de alinhamento e dos planos de urbanização deve ser resolvido com base na análise do respectivo conteúdo, e não no exame da forma prescrita ou do procedimento observado para a sua elaboração. O plano não seria uma norma, não é uma combinação de regras jurídicas e atos administrativos, é um ato de natureza diferente. Não é norma, porque não é abstrato suficiente. Não é ato administrativo, porque não regula situação do indivíduo em face da Administração e impõe uma ordem que ultrapassa o quadro dos interesses individuais. Por essa razão o plano não se enquadra em nenhuma categoria típica.

A posição assumida por Correia²³⁷⁷, por sua vez, é de que os planos têm natureza normativa, que se justifica pelos atos de criação ou inovação jurídicas que lhes são inerentes.

As posições desenvolvidas são relevantes para determinar os contornos do contencioso dos planos, principalmente nos países que adotam Tribunais Administrativos, como é o caso de Portugal e França. Em relação ao Brasil, as questões envolvendo a aplicação dos planos e sua legalidade são resolvidas em sede dos Tribunais Judiciários, não havendo exceções a tratar nesse caso. Daí porque a doutrina não tenha dedicado tanto espaço à construção das teorias anteriormente referidas. Os planos são admitidos como leis, assim como os instrumentos de execução que lhes integram (planos de zoneamento, planos de loteamento e uso dos solos etc).

8. O processo de planeamento e a composição do Plano Diretor

O documento do Plano Diretor é composto por uma forma gráfica, compreendendo relatórios, mapas e quadros que retratam a situação existente e as projeções da situação futura proposta. A formação desse documento é tarefa multidisciplinar, onde predominam aspectos técnicos. A implementação da técnica estará, por outro lado, totalmente comprometida com opções políticas e as suas previsões, igualmente, terão caráter normativo²³⁷⁸.

A elaboração do Plano Diretor Municipal é de responsabilidade do chefe do Poder Executivo local. Órgãos especializados do planeamento da prefeitura se ocupam do processo de elaboração, que envolve lenta preparação e exige metodologia específica. Deve-se recordar que o plano é uma peça técnica e, portanto, é elaborado por técnicos especializados (arquitetos, engenheiros ou urbanistas)²³⁷⁹.

²³⁷⁷ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 643.

²³⁷⁸ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 144.

²³⁷⁹ Os planos urbanísticos são documentos técnicos, cujo regime jurídico está definido na legislação regulamentadora das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo. A Lei n. 5.194/1966 dispõe em seu art. 7º: “As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, arquiteto e do engenheiro agrônomo consistem em: (...) b) Planeamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária”. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 253.

O projeto pode ser aceito ou não pelo prefeito, mas este nunca poderá alterá-lo por conta própria, visto que sempre deverá haver um técnico que execute alterações e se responsabilize por elas²³⁸⁰²³⁸¹.

Um aspecto que deve ser mencionado reside aí. O plano é caracterizado pela tecnicidade e o processo de planejamento configura-se pela multidisciplinaridade.

Segundo Wilhelm²³⁸², o processo de planejamento envolve dez passos: 1º) apreensão do conhecimento existente sobre a situação encontrada, no que diz respeito à atualização, abrangência, confiabilidade e profundidade; 2º) “leitura” da cidade, para identificação de suas estruturas básicas e caracterização dos subsistemas típicos dos diversos grupos sociais e etários; 3º) lançamento de hipóteses e alternativas, mediante o estabelecimento de um diagnóstico integrado e de prognósticos; 4º) investigações, mediante pesquisas de campo, por entrevistas, levantamentos diretos, censos, operações de consulta pública ou amostragens; 5º) proposição do segundo objeto possível (conceito desejável de vida urbana; alternativas de estruturas possíveis ou desejáveis; demandas, serviços, áreas); 6º) plano de estrutura representado pela “planta da cidade proposta”; 7º) documentos normativos de condução, legislação de uso do solo e de loteamentos, lei de proteção à paisagem, reformas administrativas, códigos tributários e de edificações, orçamento-programa e outras formas de alocação de recursos financeiros; 8º) operações de indução, mediante estímulos de variada natureza; 9º) formação de quadros; 10º) continuidade do processo: “para que a finalidade última do plano se realize é preciso que ele efetivamente tenha provocado um processo permanente da aplicação de suas recomendações, realimentação de informações e revisões periódicas”.

Silva²³⁸³ aponta quatro estágios essenciais para a elaboração democrática do Plano Diretor:

a) *Estudos preliminares*: avaliam a situação e os problemas de desenvolvimento do Município e propõem a ordem e a necessidade de estudos subsequentes.

b) *Diagnóstico*: conclusão da análise realizada na etapa anterior, o diagnóstico é fruto de uma análise da realidade da cidade e dos problemas identificados. É nesta fase que se identificam as variáveis a serem consideradas para a proposição de soluções e aplicação de instrumentos urbanísticos.

c) *Plano de diretrizes*: estabelece as orientações gerais para a solução dos problemas identificados e fixa objetivos da organização territorial.

d) *Instrumentação do plano*: compreende a elaboração dos instrumentos de atuação, de acordo com as diretrizes estabelecidas e identifica as medidas capazes de atingir os objetivos escolhidos.

Das quatro fases desenvolvidas por Silva, destaquemos as três últimas, por sua relevância. Primeiramente o *diagnóstico*, por ser elemento chave no processo de planejamento territorial. Ele determinará: 1) *os problemas existentes nas áreas analisadas*; 2) *as necessidades a atender*; 3) *os tipos de atuação a desenvolver* para atender às necessidades identificadas.

Segundo Silva, os problemas identificados abrangem aqueles “objetivos”, ou seja, referentes aos bens e serviços que a municipalidade se propõe a disponibilizar à comunidade local, bem como os problemas “de estrutura”, que se referem à adequação organizacional e administrativa do Município para que este seja apto a cumprir suas tarefas.

²³⁸⁰ A elaboração de documentos técnicos por pessoas físicas ou jurídicas não habilitadas caracteriza exercício ilegal da profissão (Lei n. 5.194/1966, art. 6º, “a”).

²³⁸¹ Meirelles conceitua os termos básicos para a definição do âmbito do monopólio profissional: “Projeto, planta e plano exprimem conceitos técnicos fundamentalmente diferentes, mas geralmente confundidos na linguagem leiga e na redação legislativa. (...) Projeto de construção é o conjunto de estudos, cálculos e desenhos necessários à expressão técnica e artística da obra a ser executada. Plano, em sentido amplo, é toda programação. Com esta amplitude, porém, não é usado na terminologia específica das construções. Em urbanismo emprega-se a expressão ‘plano’ com diversos qualificativos, para designar a ordenação físico-espacial de determinada área, ou a destinação urbanística do terreno. Assim, se diz, corretamente, ‘plano regional’, ‘Plano Diretor’, ‘plano viário’, ‘plano de zoneamento’, ‘plano de loteamento’, etc”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 6. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 299.

²³⁸² WILHEIM, Jorge. **O substantivo e o adjetivo**. São Paulo: Perspectiva, 1976. p. 185.

²³⁸³ Cf. Teoria de Silva, que adaptamos. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 144.

As necessidades a atender são identificadas na análise dos problemas existentes e indicam as ações que devem ser empreendidas para seu atendimento, segundo uma escala de prioridades que é estabelecida politicamente.

Os tipos de atuação a desenvolver são elementos de um diagnóstico que se quer prospectivo. Não só os problemas são identificados, mas também as opções para solucioná-los.

Nas palavras de Silva²³⁸⁴,

o diagnóstico corresponde a uma análise da situação visando a coligir dados informativos para estabelecer as diretrizes das mudanças que se quer empreender, buscando responder – sempre que possível, quantitativamente – às seguintes perguntas: (a) Quais são os problemas existentes? (b) Quais são as necessidades a atender? (c) Que tipos de atuação devem ser desenvolvidos?

O diagnóstico deverá compreender duas partes: a *primeira* consistirá em uma análise retrospectiva da situação existente, em que se procurará identificar os principais problemas e suas causas, e a *segunda*, onde se elaborará uma análise projetiva, onde se salienta os meios necessários a utilizar para a solução daqueles problemas verificados, de acordo com as diretrizes gerais estabelecidas e com vistas ao atendimento das carências encontradas.

Existem métodos utilizados pelos planejadores municipais que envolvem a análise do desenvolvimento cultural e precisamente histórico da cidade, onde se analisa o passado do local e a estruturação urbana ao longo do tempo. Esse método é extremamente interessante, sobretudo, para garantir que o planejamento tenha o aspecto cultural que atenda aos interesses do patrimônio da cidade. Evidentemente, ele não é tomado isoladamente pela administração local e estará ao lado de outros métodos, como o *mapeamento cadastral*, onde se elabora uma série de mapas (de uso do solo, de área construída, de áreas verdes existentes etc), o método da *quantificação universal*, através do qual se mede os diâmetros e extensão dos elementos mais relevantes da cidade, de maneira que é possível ter uma noção das dimensões da vila, e o método da *leitura direta* das estruturas urbanas, onde se realiza pesquisa de campo, com entrevistas, formulários de inquérito etc, a fim de obter informações relevantes sobre a funcionalidade os locais, a movimentação, a vivência e as expectativas. A combinação de todos esses métodos garante um planejamento com bons resultados. Eles promovem o conhecimento da cidade de maneira que se poderá projetar as transformações que se quer implementar, com menor margem de erro.

O plano de diretrizes tem, por sua vez, o objetivo de estabelecer o conjunto de orientações a serem seguidas na solução dos problemas identificados através do diagnóstico. As diretrizes gerais consistem na determinação dos rumos que a municipalidade pretende tomar em cada área específica do planejamento, envolvendo o estabelecimento de metas a serem atingidas, bem como a seleção das estratégias para alcançá-las.

A **instrumentação do plano** consiste na escolha dos instrumentos que podem atender os objetivos das diretrizes estabelecidas. Incluem-se no plano aqueles instrumentos de natureza múltipla (jurídicos, tributários, limitações administrativas etc) que se tornarão medidas capazes de concretizar o projeto de cidade que se elaborou mediante o diagnóstico e o plano de diretrizes. Trata-se do plano propriamente dito, compreendendo relatório, mapas, quadros, propostas de transformação e tudo que a realidade existente aconselhar, como previsão de estudos técnicos, humanos, financeiros necessários à implementação e execução do plano a curto, médio e longo prazo.

Durante todo o processo de planejamento é necessário garantir a participação da população interessada e especificamente das associações representativas dos segmentos da comunidade, bem como o livre acesso às informações contidas no futuro plano. Esses requisitos estão previstos no Estatuto da Cidade, em seu artigo 40, §4º, incisos I, II e III e são elementos inafastáveis de legitimidade.

Em Portugal, a legislação é minuciosa e estabelece em detalhes o procedimento de formação dos diferentes planos territoriais, regulando com precisão “a sucessão ordenada de atos e formalidades

²³⁸⁴

Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145.

tendentes à formação e manifestação de vontade da Administração Pública” (art. 1º, n. 1, do Código de Procedimento Administrativo)²³⁸⁵.

A elaboração dos planos municipais de ordenamento do território compete à Câmara Municipal, sendo determinada por deliberação a publicar no Diário da República e a divulgar através da comunicação social, que estabelece os respectivos prazos de elaboração (art. 74, Decreto-Lei n. 380/99). A elaboração de planos municipais de ordenamento do território obriga a identificar e a ponderar, nos diversos âmbitos, os planos, programas e projetos com incidência na área em causa, considerando os que já existam e os que se encontrem em preparação, por forma a assegurar as necessárias compatibilizações²³⁸⁶.

9. A lei do Plano Diretor

Dentre os instrumentos que integram o processo de planeamento e de elaboração do Plano Diretor destaca-se o projeto de lei do PDM. Antes de ser obrigatório para a Administração e particulares, o documento, fruto de todos os trabalhos que compõem o processo de planeamento territorial, deverá ser encaminhado à Câmara Municipal para análise e aprovação.

O projeto tem iniciativa do prefeito e é deste a responsabilidade pela supervisão de todo o processo de planeamento.

O processo de elaboração dessa lei é aquele estabelecido pela Lei Orgânica do Município e também nessa fase deve-se garantir a participação popular (art. 40, §4º, Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

Em geral, após apresentado o projeto à Câmara, com todos os documentos que integram o futuro plano, o presidente desta o remeterá às comissões competentes, para estudo e parecer.

Segundo Silva²³⁸⁷, é possível que o projeto do Plano Diretor sofra emendas e, da mesma forma como ocorre com outras leis municipais, ele poderá ser aprovado, com ou sem emendas, ou rejeitado. Dificilmente um projeto é rejeitado *in totum*, a não ser que estudos revelem sua absoluta inviabilidade ou não haja meios de aperfeiçoá-lo sem comprometer seu sentido e valores. Por outro lado, devem-se evitar emendas que desfigurem o projeto ou o tornem inexecutável²³⁸⁸.

Outro aspecto a tratar acerca da Lei do Plano Diretor diz respeito ao prazo para sua elaboração e as consequências para quem não o fizer.

Conforme se verifica da Constituição Federal (art. 182, §1º), o plano é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes, o que significa dizer que a situação muda no momento em que uma vila passa a ter o número de habitantes indicado, devendo observar, a partir de então, a obrigação de fazer instituída pela Carta Constitucional.

Entretanto, até a elaboração do Estatuto da Cidade, a regra da Constituição não era executável. Os municípios, então, editavam ou deixavam de editar seus Planos Diretores, ainda que tivessem mais de 20 mil habitantes, segundo o melhor juízo dos dirigentes locais.

A situação foi alterada com a aprovação do Estatuto em 2001. É possível vislumbrar na nova lei pelo menos três categorias distintas de consequências – por assim dizer – *sancionatórias* que o descumprimento do dever de editar o Plano Diretor suscita. Tais consequências podem ter natureza *institucional*, *funcional ordinária* e, ainda, *funcional extraordinária*. Analisemos cada uma separadamente.

²³⁸⁵ O Código do Procedimento Administrativo é a lei geral que regula a atuação dos órgãos da Administração Pública, quando esta, exercendo poderes de autoridade, estabelece relação jurídica com os particulares. O Código foi aprovado pelo Decreto-Lei n. 442/91, de 15 de novembro, e alterado pelo Decreto-Lei n. 6/96, de 31 de janeiro.

²³⁸⁶ Cf. Decreto-Lei n. 380/99. In: CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

²³⁸⁷ Nesse sentido, SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 147.

²³⁸⁸ Cumpre anotar posição contrária de Pinto, segundo o qual o projeto do plano encaminhado pelo Executivo deverá ser aceito inteiramente ou rejeitado *in totum*, não podendo ser alterado pelo Legislativo. Caso contrário, poderiam ser introduzidas emendas à revelia do processo de planeamento. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 262.

Do ponto de vista institucional, deixar de editar o plano significa privar o Município da utilização de uma série de instrumentos urbanísticos que, hoje, com o Estatuto da Cidade em vigor, estão disponíveis. Além dos instrumentos previstos na Constituição, vários outros foram apresentados pelo Estatuto da Cidade e estão vinculados à existência do plano. É o caso, como já comentado anteriormente, do direito de preempção, da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir. Não editar o plano significa, assim, afastar do Município a possibilidade de utilização de novos mecanismos de política urbana, o que caracteriza um prejuízo para a comunidade local.

Do ponto de vista funcional, é preciso lembrar que o Plano Diretor foi fixado em caráter obrigatório para determinadas cidades e a sua não-edição submete os infratores às sanções ordinárias previstas nos regimes jurídicos funcionais aplicáveis às autoridades responsáveis.

O Estatuto prevê sanções especiais para determinadas infrações cometidas pelo chefe do Executivo municipal relacionadas ao Plano Diretor. As condutas consideradas graves passam a caracterizar atos de improbidade administrativa por expressa tipificação do Estatuto (art. 52 e seus incisos). Mereceu tal tratamento a conduta do prefeito que impeça ou deixe de garantir os mecanismos de divulgação e participação popular na elaboração do Plano Diretor (mecanismos, estes previstos no art. 40, §4º do mesmo Estatuto), bem como deixe de tomar as providências necessárias para a aprovação e a atualização do Plano Diretor nos prazos fixados na lei (art. 40, §3º e art. 50 do Estatuto da Cidade)²³⁸⁹.

Portugal, por sua vez, possui um regime de aprovação e vigência diverso. Segundo o Decreto-Lei n. 380/99, a elaboração dos planos municipais de ordenamento do território, entre eles o Plano Diretor, compete à Câmara Municipal (art. 74). A elaboração dos planos está, por outro lado, fortemente comprometida com a compatibilização dos planos, programas e projetos paralelos com incidência territorial na área em causa, o que repercutirá diretamente na sua criação e vigência. Em função da compatibilização (a compatibilização é decorrente do princípio da coordenação já comentado anteriormente)²³⁹⁰, a elaboração do Plano Diretor será “acompanhada” por uma comissão de acompanhamento²³⁹¹, cuja composição deverá traduzir a natureza dos interesses a salvaguardar e a relevância das implicações técnicas a considerar, integrando representantes de serviços e entidades da administração direta ou indireta do Estado, do município e de outras entidades públicas, cuja participação seja aconselhável no âmbito do plano (art. 75-A, Decreto-Lei n. 380/99).

A comissão, após acompanhar continuamente os trabalhos de elaboração do futuro plano, deverá apresentar um parecer escrito, assinado por todos os seus membros, com menção expressa da orientação defendida, que se pronuncie sobre os seguintes aspectos: a) cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis; b) compatibilidade ou conformidade da proposta de plano com os instrumentos de gestão territorial eficazes; c) fundamento técnico das soluções defendidas pela Câmara Municipal (art. 75-A, Decreto-Lei n. 380/99).

O parecer final da Comissão acompanha a proposta de plano apresentada pela Câmara à Assembleia Municipal.

²³⁸⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²³⁹⁰ Maiores desenvolvimentos sobre a compatibilização do Plano Diretor e o princípio da coordenação: CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito Urbanístico**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 398.

²³⁹¹ O acompanhamento da elaboração dos planos municipais de ordenamento do território visa a apoiar o desenvolvimento dos trabalhos e assegurar a respectiva eficácia; promover a compatibilidade com os instrumentos de gestão territorial eficazes, bem como a sua compatibilização com quaisquer outros planos, programas e projetos de interesse municipal ou supramunicipal; permitir a ponderação dos diversos atos da administração pública suscetíveis de condicionar as soluções propostas, garantindo uma informação atualizada sobre os mesmos; promover o estabelecimento de uma adequada concertação de interesses. Art. 75, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

²³⁹² A portaria n. 1474/2007, de 16 de novembro, retificada pela Declaração de Retificação n. 1-C/2008, publicada no DR, I Série, de 15 de janeiro de 2008, regula a constituição, a composição e o funcionamento da comissão de acompanhamento (CA) da elaboração e da revisão do Plano Diretor Municipal (PDM). Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

Concluída a elaboração da proposta de plano e emitido o parecer da comissão de acompanhamento, a Câmara Municipal poderá ainda promover, nos 20 dias subsequentes à emissão daquele parecer, a realização de reuniões de concertação com as entidades que, no âmbito daquela comissão, hajam formalmente discordado das soluções previstas no futuro plano, tem em vista promover uma solução concertada.

Ao longo da elaboração dos planos municipais, a Câmara deve facultar aos interessados todos os elementos relevantes para que estes possam conhecer o estágio dos trabalhos e a evolução da tramitação procedimental, bem como, formular sugestões (art. 77, Decreto-Lei n. 380/99).

Concluído o projeto de versão final do Plano Diretor Municipal, este é enviado à comissão de coordenação e desenvolvimento regional territorialmente competente, a qual pode emitir parecer no prazo de dez dias, improrrogáveis, a notificar, sendo o caso, a Câmara Municipal e a Assembleia Municipal (art. 78, “1”, Decreto-Lei n. 380/99).

Os planos municipais de ordenamento do território são aprovados pela Assembleia Municipal, mediante proposta apresentada pela Câmara Municipal. Se o Plano Diretor Municipal aprovado mantiver incompatibilidades com plano setorial ou plano regional de ordenamento do território, deve ser solicitada a sua ratificação nos termos do art. 80 do Decreto-Lei n. 380/99.

Antes da reforma²³⁹³ promovida pelo Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro, estavam sujeitos à ratificação governamental todos os planos intermunicipais de ordenamento do território e todos os planos diretores municipais, os planos de urbanização, na falta de plano diretor municipal eficaz, e os planos de pormenor, na falta de plano diretor municipal ou plano de urbanização eficazes, bem como todos os planos municipais de ordenamento do território, no caso de se afastarem ou se desviarem, em alguma ou alguma das suas disposições, em relação a um plano hierarquicamente superior com o qual devessem ser competíveis ou conformes. Entendia-se que, em todos esses casos, se justificava um controle preventivo do Governo, “com vista a despistar a violação por parte dos planos dos princípios legais e regulamentares e com vista a verificar a observância por parte dos planos objecto de ratificação do princípio da articulação com outros instrumentos de planeamento eficazes”²³⁹⁴.

A ratificação exprimia o reconhecimento da sua conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes, bem como com quaisquer outros instrumentos de gestão territorial eficaz (art. 80, antes da reforma do Decreto-Lei n. 316/2007). Após a reforma, que implicou ampla diminuição do perímetro de aplicação do instituto da ratificação governamental dos planos, apenas os Planos Diretores municipais mantêm-se submetidos à regra, e unicamente quando, no procedimento de elaboração e aprovação (bem como no de alteração ou revisão), seja suscitada a questão da sua compatibilidade com planos setoriais ou regionais de ordenamento do território e sempre que a Câmara Municipal o solicite, para que, em concretização do princípio da hierarquia mitigada, o Governo possa ponderar sobre a derrogação daqueles instrumentos de gestão territorial, que condicionam a validade dos instrumentos de gestão territorial de âmbito municipal (art. 79, 2 e art. 80, do Decreto-Lei n. 380/99)²³⁹⁵.

²³⁹³ Nas palavras de Correia, a vasta gama de medidas de simplificação procedimental trazidas pelo Decreto-Lei n. 316/2007, implicou em “drástica diminuição do perímetro da ratificação governamental dos planos municipais”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito Urbanístico**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 392.

²³⁹⁴ Ainda segundo CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito Urbanístico**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 405.

²³⁹⁵ Segundo Correia, o Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro, trouxe a drástica redução do perímetro de aplicação do instituto da ratificação governamental dos planos. Baseando-se nos princípios da responsabilização municipal e da simplificação administrativa e invocando a aprovação do PNPT, a aprovação da revisão do PROT-Algarve e a pendência do procedimento de elaboração de quatro novos planos regionais de ordenamento do território, o legislador optou por sujeitar a ratificação pelo Governo apenas os planos diretores municipais e unicamente quando, no procedimento de elaboração e aprovação (bem como no procedimento de alteração ou revisão), seja suscitada a questão da sua compatibilidade com planos setoriais ou regionais de ordenamento do território e sempre que a câmara municipal o solicite, para que, em concretização do princípio da hierarquia mitigada, o Governo possa ponderar sobre a derrogação daqueles instrumentos de gestão territorial, que condicionam a validade dos instrumentos de gestão territorial de âmbito municipal (exórdio do Decreto-Lei n. 316/2007). Correia discorda da eliminação da exigência da ratificação governamental por considerar que a exigência da ratificação governamental, nas hipóteses previstas antes da reforma legislativa de 2007, constituía um valioso instrumento de prevenção de violações ilegais do princípio da hierarquia dos planos e de colisões ilegais entre as normas dos diferentes planos

Após sua devida aprovação, a lei do Plano Diretor deverá ser publicada no Diário da República, no prazo máximo de três meses, passando a ser, a partir daí, vigente para todos os efeitos (art. 81, “2”, Decreto-Lei n. 380/99).

10. Conteúdo formal e eficácia da lei do Plano Diretor

Toda planificação do espaço possui evidentemente um aspecto documental que inclui:

- *Um aspecto gráfico* ou cartográfico: mapas, planos e também fotos, notadamente as panorâmicas aéreas;
- *Um aspecto técnico*, relativo, por exemplo, à realização de equipamentos públicos sem os quais o funcionamento da cidade é impossível (iluminação, tráfego rodoviário, sistemas de escoamento de águas etc) e
- *Um aspecto jurídico*, no sentido de que a planificação não só se materializa através de documentos de inventariação (de verificação da realidade), mas igualmente, através da elaboração de regras jurídicas gerais e impessoais, ao lado das quais será possível identificar, precisamente, o campo de aplicação dos instrumentos jurídicos e as opções políticas escolhidas no decorrer desse processo²³⁹⁶.

O conteúdo da lei do Plano Diretor, portanto, sob o aspecto formal, é o mesmo do plano propriamente dito. Todos os elementos que compõem o plano são parte integrante da lei. Ali se identificará uma parte descritiva, onde geralmente são fixados os objetivos e diretrizes básicas do planejamento urbano/rural local e uma parte gráfica, onde se definirão as áreas urbanas, urbanizáveis, de expansão urbana e eminentemente rurais. Na parte gráfica, ainda, poderão estar estabelecidas zonas de interesse variado, com nomeação específica (zonas habitáveis, industriais, de proteção cultural etc), conforme o uso ou destinação previstos. Os documentos que integram o plano dispõem em resumo sobre a ordenação do solo em geral, o uso de cada parcela do território, a possibilidade de parcelamento, o sistema de circulação e o *zoneamento*.

O aspecto formal dos planos não está definido em detalhes na Legislação Federal, o que suscita uma ampla discricionariedade aos poderes locais na elaboração de seus Planos Diretores. Por outro lado, da análise dos Planos Diretores de algumas capitais é possível concluir que todos se apresentam com conteúdo formal semelhante, variando pouco nesse aspecto, conforme a característica predominante do município.

As normas contidas no Plano Diretor podem descer a detalhes e, com isso, ser de aplicação imediata, de forma que boa parte dos efeitos do plano serão sentidos desde o momento de sua aprovação e vigência formais. Em alguns casos, entretanto, a lei do plano poderá deixar certas disposições para concretização ulterior, ficando dependentes da aprovação de planos especiais. Essa situação é bastante comum e pode ocorrer no caso das disposições sobre o uso do solo, edificações ou mesmo no zoneamento de áreas de interesse cultural e social.

Dessa forma, pode ocorrer que o plano seja apenas uma norma “geral”, ficando sua aplicação contida, ao aguardo de planos especiais, denominados setoriais ou executivos. Em todo caso, o plano será eficaz “nos limites de suas determinações, importando efeitos desde logo vinculantes para os órgãos públicos e para os particulares, que ficam sujeitos às suas normas”²³⁹⁷. Por outro lado, o plano não pode delegar as matérias a ele reservadas a outros instrumentos jurídicos. O plano não pode ser

municipais de ordenamento do território e, além disso, um virtuoso mecanismo de publicidade das alterações introduzidas em um plano municipal hierarquicamente superior por um plano municipal hierarquicamente inferior. Com a abolição do controlo governamental preventivo nos casos mencionados, corre-se o risco do aumento do contencioso dos planos e, por isso, de agravamento da insegurança jurídica (p. 412-413). Maiores críticas sobre a ratificação e sua reforma a conferir em CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito Urbanístico**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 401 e ss.

²³⁹⁶ Nesse sentido a planificação francesa, conforme doutrina de DAVIGNON, Jean-François. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Éditions du Juris-Classeur, 2004. p. 27.

²³⁹⁷ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 147.

apenas um conjunto de normas indicativas de outras normas, nem apenas conter diretrizes ou princípios gerais, como ocorre em muitos municípios. O plano deve tratar diretamente dos assuntos que lhe são atribuídos, na forma determinada pela Lei Federal (Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001), e coordenar-se com os planos gerais aprovados pelas entidades verticais do Governo Federal. O plano deverá atender, portanto, a um determinado grau de precisão, legalmente definido²³⁹⁸.

A generalidade do plano não deve comprometer, por outro lado, um aspecto relevante que deve ser tratado. O planejamento urbanístico não se substitui por normas e intervenções a par de seus ditames. Queremos com isso dizer que as regras do Plano Diretor devem ser observadas por todos os órgãos da Administração local, sob pena de uma pulverização dos fins e regras estabelecidas naquela lei. Uma regra aprovada posteriormente deverá ser feita conforme e nos limites definidos no Plano Diretor, passando a integrá-lo e não a assumir temas que são inerentes àquele. Em resumo,

nenhum órgão setorial pode ter o poder de ordenar unilateralmente o território, por meio de obras ou de limitações ao direito de propriedade. As demandas setoriais devem ser canalizadas para o órgão responsável pelo urbanismo, a quem compete ponderar todas as demandas incidentes sobre o território²³⁹⁹.

Trata-se do *princípio da reserva de plano*, que garante institucionalmente que as diversas demandas setoriais sejam coordenadas pelo órgão de planejamento. Ele consiste na exigência de que as medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam ser executadas.

É então que, a partir da vigência do Plano Diretor, todos os atos contrários cometidos pela Municipalidade (promovidas por órgãos setoriais sem competência ou executados em desacordo com aquelas regras) serão nulos²⁴⁰⁰. Da mesma forma, as limitações à propriedade operam imediatamente, quer quanto à obrigação de não fazer, como as regras *non aedificandi* contidas em áreas assim declaradas como tal, quer quanto às obrigações de fazer, como a obrigação de edificar, parcelar ou utilizar, de maneira a atender à função social da propriedade (art. 182, §4º, CF/88 e art. 5º da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade).

Por outro lado, a eficácia do Plano Diretor só opera a partir da entrada em vigor, como verificamos. Questão que se coloca constantemente diz respeito à vulnerabilidade que determinadas parcelas da cidade estão expostas em razão da dificuldade em se prevenir ou garantir a execução do futuro plano. Muitos proprietários, cientes do conteúdo do plano a ser aprovado, atuam no sentido contrário deste, afim de escapar a certas limitações ou condicionantes futuros.

Não há, no Estatuto da Cidade ou em legislação nacional, previsão de medidas de *salvaguarda* que possibilitem à autoridade local, observados certos requisitos, suspender toda outorga de licença para construir ou urbanizar, quando se verifique que os pedidos são contrários ao plano em elaboração ou em revisão.

Essa possibilidade existe em países como a França, a Itália, Alemanha²⁴⁰¹ e Portugal²⁴⁰², mas ainda não está disponível em nosso ordenamento jurídico.

²³⁹⁸ Nesse sentido também PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 223.

²³⁹⁹ Conforme desenvolve Pinto, “o princípio da reserva de plano é o que permite a articulação entre o ordenamento jurídico e o planejamento. Este opera não tanto pela imposição de obrigações aos agentes públicos e privados, mas pela proibição de ações não planejadas. (...) A reserva de determinadas matérias para o plano urbanístico impede a aprovação de medidas isoladas, aumentando a segurança jurídica (...)”. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 216 e ss.

²⁴⁰⁰ A sanção 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 possa ser realizada sem um planejamento urbanístico prévio, cujo produto final é o Plano Diretor. Cf. PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 221.

²⁴⁰¹ O código de urbanismo alemão prevê a possibilidade tomar medidas de salvaguarda durante o período de elaboração dos planos de construção (B-Plan), relativas aos pedidos de licença para construir (BauGB, § 14 et s.). Cf. **Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Traduction par Anne Cathaly-Stelkens. Paris: LES CAHIERS DU GRIDAUH. n. 8, 2003. p. 26 e ss.

Os conteúdos material e formal do Plano Diretor português seguem as especificações do Decreto-Lei n. 380/99. Significa dizer que o plano necessariamente tocará as matérias definidas no art. 85 do referido Decreto²⁴⁰³ e se comporá formalmente dos documentos definidos no art. 86 do mesmo diploma²⁴⁰⁴.

11. Execução do Plano Diretor

Após aprovação da Câmara, o plano se tornará vigente, conforme disposições transitórias da própria Lei.

A sua execução material efetiva-se através da aplicação da lei, o que poderá exigir a expedição de leis posteriores especiais, regulamentos ou planos executivos, planos especiais e parciais assim exigidos.

Os instrumentos de execução, segundo Spantigatti²⁴⁰⁵, são de duas categorias: os que entendem como mecanismos de controle e os que entendem como mecanismos de substituição e dão origem a quatro tipos (controle por parte do Poder Público e controle por parte dos particulares, substituição de titularidade nas atribuições dos Poderes Públicos e substituição de titularidade nos direitos privados).

A licença de obras e o Habite-se são os instrumentos de controle público mais importantes, porque impedem a construção e o uso de imóveis em contraste com as determinações do plano. O direito subjetivo e o interesse legítimo de particulares, destinatários das normas urbanísticas do plano, constituem os estímulos do controle particular, mediante ações de anulação ou de impedimento de atos contrários a essas normas²⁴⁰⁶.

12. Revisão do Plano Diretor

“Modificações e revisões do plano local de urbanismo são remédios oficiais contra o decurso do tempo que, mais ou menos rapidamente, torna um documento de urbanismo obsoleto”²⁴⁰⁷.

É característica do planejamento territorial a dinâmica de uma adaptação permanente às mudanças nas circunstâncias de fato, realidades sociais e econômicas e nas circunstâncias de direito, que podem interferir nas propostas e diretrizes de um documento urbanístico²⁴⁰⁸.

²⁴⁰² Em Portugal, o Decreto-Lei n. 380/99 disciplina, dos artigos 107 a 112, uma ampla gama de medidas preventivas do plano. Ali fica definido que em área para a qual tenha sido decidida a elaboração, alteração, revisão ou suspensão de um plano municipal de ordenamento do território podem ser estabelecidas medidas preventivas destinadas a evitar a alteração das circunstâncias e das condições de fato existentes que possa limitar a liberdade de planejamento ou comprometer ou tornar mais onerosa a execução do plano (art. 107, 1). Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

²⁴⁰³ Já comentamos sobre o conteúdo material do Plano Diretor português no item anterior.

²⁴⁰⁴ Os componentes formais ou documentais do Plano Diretor português segundo o artigo 86 do Decreto-Lei n. 380/99 são: “a) Regulamento; b) Planta de ordenamento que representa o modelo de estrutura espacial do território municipal de acordo com a classificação e a qualificação dos solos, bem como com as unidades operativas de planejamento e gestão definidas; c) Planta de condicionantes que identifica as servidões e restrições de utilidade pública em vigor que possam constituir limitações ou impedimentos a qualquer forma específica de aproveitamento. 2 - O Plano Diretor Municipal é acompanhado por: a) Estudos de caracterização do território municipal; b) Relatório fundamentando as soluções adotadas; c) Programa contendo disposições indicativas sobre a execução das intervenções municipais previstas bem como sobre os meios de financiamento das mesmas. 3 - Os demais elementos que acompanham o Plano Diretor Municipal são fixados por portaria do Ministro do Equipamento, do Planejamento e da Administração do Território”. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 417 e ss.

²⁴⁰⁵ Cf. SPANTIGATTI, Federico. **Diritto Urbanistico**. Padova: CEDAM, 1990. Em abordagem mais atualizada, URBANI, Paolo; MATTEUCCI, Stefano Civitarese. **Diritto Urbanistico**. Organizzazione e rapporti. 3. ed. Torino: Giappicelli Editore, 2004. p. 335 e ss.

²⁴⁰⁶ Cf. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 149.

²⁴⁰⁷ Cf. MAILLOT, Dominique. *Modification et Révision du plan local d'urbanisme*. **Droit et Ville**, Paris, n. 53, p. 129-155, 2002.

A qualidade de vida obtida através da satisfação de um “direito à cidade”, consagrada pela Lei Federal n. 10.257/2001 depende da sincronia entre plano e realidade. Os procedimentos de modificação e revisão dos planos de urbanismo têm por objeto atender a essa necessidade. É importante, ainda, observar que a realidade sempre será mais ágil que qualquer medida de adaptação que se possa utilizar, mas a urgência não poderá ser álibi do laxismo. Um equilíbrio é sempre difícil de atingir.

As modificações, por seu turno, não poderão fazer, evidentemente, tábua rasa do passado. A execução de novos condicionantes da propriedade deve observar certos parâmetros e direitos já adquiridos. As alterações, por outro lado, suscitam problemas de salvaguarda dos efeitos do plano, já comentados rapidamente. Sob pena de não ter efeito, os planos brasileiros ainda carecem de medidas elaboradas de salvaguarda, aplicáveis durante os processos de elaboração e alteração dos planos, na medida em que seus termos não são plenamente eficazes no mundo jurídico nesse período.

Da mesma forma, as alterações devem advir de uma ampla discussão com a sociedade, garantindo-se a participação popular.

Passemos a uma análise rápida da questão no contexto brasileiro.

1. Campo de aplicação

Os planos urbanísticos (Planos Diretores, planos de zoneamento e planos de uso e ocupação do solo) não são, evidentemente, imutáveis. Ainda que por longo período os planos brasileiros não tenham sido considerados temporários, a partir da década de 1980 os planos assumiram um caráter mais prático e, portanto, adquiriram maior dinamismo. Esse dinamismo tem como repercussão uma flexibilidade dos planos, que não significa instabilidade, mas adaptabilidade.

Após a Lei n. 10.257/2001, a revisão dos planos foi internalizada como elemento do processo de planejamento constante que se quer implantar em todas as municipalidades brasileiras. Passa a ser, portanto, um dever jurídico da autoridade local a adaptação periódica do Plano Diretor e, conseqüentemente, dos demais instrumentos de planificação. O art. 40, §3º do Estatuto da Cidade determinou que “a lei que instituir o Plano Diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos”. Essa regra é relevante, pois assume uma opção política que busca preservar a eficiência da planificação urbana, exigindo que sua diretriz básica seja revista periodicamente²⁴⁰⁹. A obrigatoriedade é reforçada pelo sistema sancionatório previsto no próprio Estatuto da Cidade em seu artigo 52, VII. A inércia do administrador em promover a revisão do Plano Diretor é considerada ato de improbidade administrativa, sujeitando o infrator às penas ali cominadas²⁴¹⁰.

Além da alteração obrigatória prevista no Estatuto no prazo de dez anos, é de se afirmar que as alterações pontuais, efetuadas em decurso de tempo menor do que o previsto, devem ser, da mesma maneira, admitidas²⁴¹¹.

Deve-se observar, por outro lado, que as alterações propostas não devem atingir a coerência e sistematicidade do plano, não podendo ser admitida a revisão que reforme pontos em dissonância com as diretrizes assumidas genericamente naquele instrumento, sob pena de invalidade.

²⁴⁰⁸ Essa adaptabilidade dos planos também traz uma série de questões ainda não regulamentadas no contexto brasileiro. Noções de sucessão dos planos no tempo restam por ser mais bem construídas. Algumas interessantes noções e pistas acerca da temática foram desenvolvidas por Oliveira, no contexto português. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. Reflexão sobre algumas questões práticas no âmbito do direito do urbanismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra, Coimbra, volume comemorativo, p. 935-976, 2003.

²⁴⁰⁹ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

²⁴¹⁰ “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 2 de junho de 1992, quando: (...) VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei.”

²⁴¹¹ “Não há nada que impeça, em tese, a alteração pontual de um Plano Diretor, por intermédio de lei municipal de mesma hierarquia.” Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-334.

A questão é complexa visto que o processo de elaboração dos planos segue uma lógica que envolve, entre outros, a participação popular e a ampla discussão dos temas tocados pelo planejamento. As alterações posteriores, entretanto, seriam de caráter simplificado.

As alterações devem ser propostas por leis de mesma natureza daquela que aprova o Plano Diretor. Significa dizer que, se o Município aprova seu plano por Lei Ordinária, a alteração, ainda que ínfima, deve observar o mesmo procedimento legislativo.

Interessante observar o sistema português e o sentido e alcance das alterações dos planos naquele país, onde se verifica um regime especial nessas circunstâncias.

2. Em Portugal

Os planos são em Portugal, assim como no Brasil, um

instrumento de programação e de coordenação de decisões administrativas individuais com incidência na ocupação do solo, bem como um fator de previsibilidade das decisões administrativas de gestão urbanística, e constituem um importante instrumento de segurança para os particulares²⁴¹².

Essas características dos planos não poderiam ser garantidas se não houvesse certa “estabilidade”, que em Portugal é traduzida em uma “duração mínima” de vigência. Ao contrário do Brasil, onde o legislador preocupou-se antes com a inércia e a desatualização dos planos, instituindo prazos mínimos de revisão, o legislador português cria critérios de estabilidade, determinando um prazo mínimo de “imutabilidade”, que só se desconsiderará em casos excepcionais. Nesse sentido, o art. 25 da LBOTU determina que os planos municipais e especiais do ordenamento do território “devem respeitar um período de vigência mínima legalmente definida, durante o qual eventuais alterações terão caráter excepcional”²⁴¹³.

Regulamentando aquela Lei de Bases, o Decreto-Lei n. 380/99 de 22 de setembro, estabelece no art. 95, item 1, que “os planos municipais e os planos especiais de ordenamento do território só podem ser objeto de alteração decorridos três anos sobre a respectiva entrada em vigor”. A essa regra, o Decreto estabelece exceções. Estão elas listadas no item 2 e suas alíneas, dentre as quais destacamos a “e”, onde se prevê “alterações aos planos de ordenamento de áreas protegidas decorrentes de alterações dos limites da área protegida respectiva”.

Os planos devem ser estáveis e, ao mesmo tempo, adaptar-se a realidades factuais. A *alterabilidade* do plano é, portanto, elemento natural a este, mas deve ser harmonizado com o princípio da continuidade e da segurança jurídica.

A dinâmica dos planos concretiza-se em Portugal através da “*alteração, correção material, retificação, revisão e suspensão*”, e na Lei de Bases n. 48/98²⁴¹⁴ e no Decreto Lei n. 380/99²⁴¹⁵ encontra-se o regime jurídico de cada uma dessas modalidades, considerando os princípios da *alteração dos planos*, da *estabilidade dos planos com eficácia plurisubjetiva* e da *pluralidade de formas e procedimentos de alteração*.

A *alteração* consiste numa “reanálise meramente parcelar ou pontual” do plano, através da introdução de algumas modificações no seu conteúdo prescritivo, ainda que relacionadas com regras e princípios respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, com vista a adaptar o plano às

²⁴¹² Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 564.

²⁴¹³ Lei n. 48/98, de 11 de agosto, Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 25.

²⁴¹⁴ Cf. Artigos 25 a 27, da Lei n. 48/98, de 11 de agosto.

²⁴¹⁵ Cf. Decreto-Lei n. 380/99, com alterações posteriores, inclusive Decreto-Lei n. 46/2009, de 20 de fevereiro. Estabelece um título da “dinâmica dos planos” e rege o tema dos artigos 93 a 100.

mudanças das circunstâncias de fato ou de direito (relacionadas com a entrada em vigor de leis, regulamentos ou planos supervenientes), entretanto ocorridas²⁴¹⁶.

As *correções materiais* dos instrumentos de gestão territorial, por sua vez, são admissíveis para efeitos de:

- a) Acertos de cartografia determinados por incorrecções de cadastro, de transposição de escalas, de definição de limites físicos identificáveis no terreno, bem como por discrepâncias entre plantas de condicionantes e plantas de ordenamento; b) Correções de erros materiais, patentes e manifestos, na representação cartográfica; c) Correções de regulamentos ou de plantas determinadas por incongruência entre si (art. 97-A, 1 e 2)²⁴¹⁷.

As correções materiais podem ser efetuadas a todo o tempo por declaração da entidade responsável pela elaboração do instrumento de gestão territorial, sendo publicadas na mesma série do Diário da República em que foi publicado o instrumento de gestão territorial objecto de correção.

A *revisão*, por sua vez, dos instrumentos de gestão territorial “implica a reconsideração e reapreciação global, com carácter estrutural ou essencial, das opções estratégicas do plano, dos princípios e objetivos do modelo territorial definido ou dos regimes de salvaguarda e valorização dos recursos ou valores territoriais” (art. 93, n. 3, do RJIGT, Decreto-Lei n. 380/99). Essa revisão global se dará, no mínimo, a cada dez anos, segundo artigo 98, n. 3 do RJIGT²⁴¹⁸.

Interessa-nos comentar que os planos municipais de ordenamento do território devem se coordenar. Os Planos Diretores municipais, por sua vez, tendem a ser alterados na medida em que planos especiais de urbanização e planos de pormenor aprovados posteriormente lhe sejam incompatíveis. Essas alterações são de carácter obrigatório e em se tratando de planos com eficácia plurisubjetiva, é preciso aguardar o prazo de três anos estabelecido, a menos que dentre as disposições dos planos especiais verifique-se algumas das exceções previstas no art. 95, 2, do Decreto-Lei n. 380/99, entre elas, alterações relativas a áreas protegidas, o que poderá incluir áreas onde se estabelece uma nova classificação de monumentos, conjuntos e sítios culturais.

As *retificações* dos planos podem ter lugar a qualquer momento e são admissíveis para efeitos de: correções de erros materiais provenientes de divergências entre os elementos aprovados e os elementos publicados; correções de erros materiais ou de cálculo, patentes e manifestos, nas disposições regulamentares ou na representação cartográfica, acertos de cartografia determinados por incorrecções de cadastro, de transposição de escalas, de definição de limites físicos identificáveis no terreno, bem como por discrepâncias entre plantas de condicionantes e plantas de ordenamento, e correções de regulamentos ou de plantas determinadas por incongruência entre os mesmos (art. 97-A, n.1, do RJIGT, Decreto-Lei n. 380/99 e alterações).

O procedimento da retificação é simples e célere, se comparado aos demais, por se tratar de “ajustes” necessários que não tocam diretamente o conteúdo material das disposições.

A *suspensão* consiste na paralisação, durante um período de tempo determinado, dos efeitos de todo ou de parte do plano, quer sob o ponto de vista territorial, quer sob o ponto de vista material. Os artigos 26 da LBOTU e 99, n. 1 e 2, do RJIGT referem-se à possibilidade de suspensão, total ou parcial, dos planos, o que significa que a suspensão tanto pode envolver a totalidade ou parte da área tratada pelo plano, como abranger toda a parte do conteúdo prescritivo daquele documento.

²⁴¹⁶ Cf. CORREIA, , Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 570.

²⁴¹⁷ Possibilidade incluída pelo Decreto-Lei n. 46/2009, de 20 de fevereiro.

²⁴¹⁸ Noção ampliada pela reforma promovida pelo Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro. O legislador português passa a identificar de maneira mais precisa os procedimentos de revisão e alteração, fazendo com que a revisão se traduza atualmente numa “reconsideração e reapreciação global, com carácter estrutural, das opções estratégicas, dos princípios e objetivos do modelo territorial definido ou dos regimes de salvaguarda e valorização dos recursos e valores territoriais, enquanto a alteração corresponde a uma modificação dos instrumentos de gestão territorial que não dispõe daquelas particularidades e que, por isso, apresenta um carácter mais pontual e limitado”. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial**. Alterações do Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 34 e ss.

A suspensão deve ser fundamentada, deve conter expressamente o prazo e a incidência territorial da suspensão, bem como indicar as disposições suspensas. A suspensão deve ser acompanhada, por outro lado, de medidas preventivas, a fim de evitar um “vazio” na disciplina urbanística no tempo previsto. A suspensão parcial ou total do plano acarreta não só o estabelecimento de medidas preventivas, mas também a abertura do procedimento de revisão ou alteração do plano de ordenamento suspenso (art. 100, n. 8, do RJGT, Decreto-Lei n. 380/99, com alteração do Decreto-Lei n.46/2009, de 20 de fevereiro). A suspensão durará pelo mesmo período que as medidas preventivas²⁴¹⁹.

Os pressupostos da suspensão estão previstos nos artigos 26 da LBOTU e 93, n. 4, do RJGT, quanto aos instrumentos de desenvolvimento territorial e aos instrumentos de política setorial; no artigo 99, n. 1, do RJGT, relativamente aos planos especiais de ordenamento do território; no n. 1 do artigo 100 do mesmo diploma, e no que se refere aos planos municipais, nas alíneas *a* e *b* do n. 2, do também artigo 100 do RJGT.

Como se observa do regime português, as definições e minúcias ali encontradas são úteis e relevantes para uma interpretação da realidade brasileira. Ainda não possuímos medidas preventivas que suportem as alterações propostas nos planos e é evidente a utilidade de um regime procedimental nacional que oriente e especifique cada tipo de alteração dos planos.

A dificuldade em estabelecer um regime mais minucioso de procedimentos para as alterações dos planos reside, entre outros, na estrutura federativa brasileira. O Município detém competência constitucional para legislar sobre assuntos de seu interesse (art. 30, I, CF/88) e os aspectos relacionados aos procedimentos legislativos são definidos em sede de Lei Orgânica.

É comum observar na legislação fundamental dos municípios brasileiros o estabelecimento de regras para a elaboração de leis, o que deverá ser observado também no que se refere aos Planos Diretores e às leis de caráter urbanístico em geral. Uma lei somente poderá ser substituída e alterada por outra de igual caráter.

Nesse sentido, o Município de Belém, no Pará, estabelece em sua Lei Orgânica que “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” (art. 71, parágrafo único, Lei Orgânica do Município).

Alguns Municípios consideram a Lei do Plano Diretor Urbano como uma Lei Complementar e, por isso, submetem o regime de alteração do Plano ao regime comum das Leis Complementares, que é relativamente rígido. Nesse sentido é a Lei Orgânica do Município de Aracajú, onde se estabelece que o Plano é Lei Complementar (art. 105, IV).

Algumas Leis Orgânicas estabelecem, ainda, o prazo menor para a revisão global do plano diretor do que aquele de dez anos estabelecido no Estatuto da Cidade. Nesse sentido é também a Lei Orgânica do Município de Aracajú, onde se estabelece que a revisão deva ser feita em no mínimo cinco anos da aprovação do mesmo (art. 222).

²⁴¹⁹ Segundo preâmbulo do Decreto-Lei n. 46/2009, de 20 de fevereiro, que alterou o regime jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro), “a alteração ao regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial operada pelo Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro, permitiu um significativo incremento da responsabilização municipal associada à simplificação de procedimentos, nomeadamente, através da alteração do regime aplicável à ratificação dos planos municipais de ordenamento do território. Efectivamente, de acordo com o novo regime, apenas os planos directores municipais, em casos excepcionais, devem ser ratificados. O Governo considera, no entanto, que semelhante esforço deve ser promovido igualmente numa outra esfera, a das suspensões dos planos municipais de ordenamento do território, que continuaram, até hoje, a carecer de intervenção governamental. De facto, a efectiva responsabilização dos municípios pelas suas opções em matéria de ordenamento do território e de urbanismo apenas terá lugar quando a esfera decisória relativamente a este mecanismo da dinâmica dos instrumentos de gestão territorial pertencer unicamente aos órgãos do município. Neste contexto, entende o Governo ser necessário promover uma nova alteração ao regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, de forma a conferir plena autonomia e responsabilidade aos municípios neste domínio. Devido a esta alteração ao regime das suspensões de planos municipais de ordenamento do território, foi constatada a necessidade de proceder a alterações em matérias relacionadas, em especial, do regime das medidas preventivas. Assim, também se deixa de prever a necessidade de ratificação de medidas preventivas, que apenas ocorria em situações excepcionais”. Nesse sentido, verificar a nova redação da Lei e alterações que se desencadearam. Em relação ao regime anterior, OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial**. Alterações do Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 34 e ss.

As Leis Orgânicas não tecem, por outro lado, maiores detalhes quando se trata de alterações pontuais dos Planos Diretores. As revisões globais, por outro lado, são adotadas seguindo o regime geral estabelecido no Estatuto da Cidade e nas Leis Orgânicas, enquanto as alterações parciais do plano ainda aguardam maiores desenvolvimentos legais e doutrinários.

Título III - Do planejamento urbanístico e a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel

Capítulo IV – Análises conclusivas: a tutela do bem cultural imóvel por meio dos Planos Diretores Municipais - Os planos territoriais em concreto

*"O povo, por ele próprio, quer sempre o bem, mas, por ele próprio, nem sempre o conhece."
(Jean Jacques Rousseau)*

1. Introdução

As políticas de urbanismo tomaram a forma que se reconhece na atualidade logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, em especial nos países mais atingidos com o evento, como foi o caso da Itália e a Alemanha. Como relembra Virga²⁴²⁰, o urbanismo se enquadra na função de planificação e implica o exercício de poder regulamentar do Estado. A primeira Lei Orgânica em matéria de urbanismo da Itália surgiu em 7 de agosto de 1942 e se caracteriza pela preocupação em estabelecer um parâmetro de “reconstrução” do meio urbano associado a uma “salvaguarda” do patrimônio destruído pelo evento bélico.

Ainda que Brasil e Portugal não tenham sentido com a mesma intensidade os efeitos da guerra, as legislações de caráter cultural e patrimonial daqueles países começam a se sedimentar e generalizar em período equivalente. É assim que a Lei Federal que dispõe sobre o patrimônio cultural e em vigor no Brasil até os dias de hoje data da década de 1930 (Decreto-Lei n. 25/37) e a norma portuguesa que toca pela primeira vez no tema do patrimônio cultural após a Primeira Guerra data de 1932 (Decreto n. 20.985, de 7 de março de 1932)²⁴²¹.

A legislação urbanística, por sua vez, desenvolveu-se de maneira distinta²⁴²² e centra-se, na atualidade dos países mencionados, no Estatuto da Cidade do Brasil (Lei Federal n. 10.259/2001) e na Lei de Bases do ordenamento do território de Portugal (Lei n. 48/98, de 11 de agosto).

As leis urbanísticas, por outro lado, em decorrência da ampliação dos fins das normas que tratam do regime do uso do solo, assumem o patrimônio cultural como objeto de suas regulamentações²⁴²³. É inafastável, portanto, a todo plano de natureza urbanística que tenha por fim a

²⁴²⁰ Cf. VIRGA, Pietro. **Diritto Amministrativo**. I principi. v. 1. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 393 e ss.

²⁴²¹ Cf. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 281 e ss.

²⁴²² Já tratamos da evolução histórica dos regimes jurídicos urbanísticos dos países analisados em oportunidade própria, razão pela qual não a desenvolveremos novamente nesse momento.

²⁴²³ Assim reconhece expressamente uma das diretrizes definidas no artigo n. 2 do Estatuto da Cidade “XII - proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do *patrimônio cultural*, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. Da mesma forma legislação portuguesa, art. XX, Lei de Bases n. 48/98: “Artigo 3.ºs **fins** Constituem fins da política de ordenamento do território e de urbanismo: *d*) Assegurar a defesa e valorização do patrimônio cultural e natural; *e*) Promover a qualidade de vida e assegurar condições favoráveis ao desenvolvimento das actividades económicas, sociais e culturais; *f*) Racionalizar, reabilitar e modernizar os centros urbanos e promover a coerência dos sistemas em que se inserem;”. Mais precisamente, vários artigos do Decreto-Lei n. 380/98, em destaque para o art. 15, item 2: “2 - Os instrumentos de gestão territorial, designadamente através do programa nacional da política de ordenamento do território, dos planos regionais e planos intermunicipais de ordenamento do território e dos planos sectoriais relevantes, estabelecem as

qualificação e classificação do uso do solo considerar a existência de bens culturais e viabilizar sua “proteção, preservação e recuperação”, conceitos que compreendemos como “*tutela, proteção, conservação e valorização*”, de acordo com nossos desenvolvimentos nos capítulos anteriores.

Esse aspecto do planejamento territorial local é de extrema relevância, tendo em vista que o desenvolvimento da matéria urbanística teve no Brasil um avanço que não foi acompanhado pela legislação e desenvolvimento teórico culturais. Queremos com isso dizer que, muitas das ações que compõem a salvaguarda do patrimônio cultural dependem ou estão diretamente relacionadas com o planejamento territorial, sobretudo o municipal e o intermunicipal, onde se afiguram as situações de maior impacto para os bens culturais imóveis.

A importância do estudo do bem cultural sob o ponto de vista urbanístico se adensa ao observarmos a estrutura administrativa do patrimônio cultural e as dificuldades de coordenação entre esta e a estrutura administrativa territorial ou urbanística. No Brasil, no nível nacional, a política de salvaguarda do patrimônio cultural segue as regras dispostas no Decreto-Lei n. 25/37 aprovado no século passado e que, ainda que relativamente bem elaborado, não faz menção à relação intrínseca que o patrimônio cultural material imóvel possui com o território, limitando-se a estabelecer um regime “individualista” do patrimônio que não corresponde a atual tendência à “fusão” de interesses e regimes, bem como à coordenação de políticas culturais a que assistimos.

Como assinala Brito²⁴²⁴, as estratégias a serem efetivamente adotadas para o desenvolvimento urbano sustentável devem garantir o desenvolvimento territorial e socioeconômico ecologicamente equilibrado e culturalmente diversificado. A preservação de áreas urbanas degradadas de valor histórico-cultural tem sido foco de atenção por parte dos agentes governamentais, nas experiências urbanísticas mais recentes no campo internacional. Essas experiências têm apresentado, segundo os seus contextos, uma gama de soluções bastante ampla, seja nos níveis e padrões de intervenção, seja nos modelos e estratégias de gestão adotados para enfrentar o problema da preservação sustentável do patrimônio cultural urbano. No Brasil, apesar das tentativas realizadas ao longo das últimas três décadas pela busca de formas mais adequadas para a preservação desse patrimônio, reconhece-se, cada vez mais, a urgência quanto à articulação da política cultural às demais políticas setoriais que incidem sobre as cidades, como as políticas de desenvolvimento urbano, do meio ambiente, da educação, do turismo, entre outras.

E assevera, o mesmo autor que

com o advento do Estatuto da Cidade, novas exigências se evidenciam para os gestores públicos, diante dos diversos instrumentos passíveis, agora, de aplicação e as responsabilidades decorrentes, considerando a obrigatoriedade de elaboração de Planos Diretores Municipais e do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, assegurando a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, entre outras diretrizes.

Há uma inegável e crescente sensibilização da doutrina e da legislação (tanto nacionais, quanto internacionais) em relação ao tema do patrimônio cultural imóvel e sua contextualização nas políticas urbanas que deverá necessariamente ser acompanhada pelo planejamento territorial em seus diversos níveis.

Os bens culturais de interesse nacional, como sabemos, são objeto de tutela especial por parte do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Como já comentamos em capítulo anterior, o IPHAN promove apenas a salvaguarda dos bens de interesse nacional localizados, necessariamente, em território municipal e estadual, simultaneamente. A cada Estado membro caberá,

medidas indispensáveis à proteção e valorização daquele patrimônio, acautelando o uso dos espaços envolventes”. Cf. NABAIS, José Casalta. **Direito do Patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

²⁴²⁴ BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis). IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

da mesma maneira, elaborar normativa própria para estabelecer os critérios de salvaguarda especial do patrimônio de relevância estadual. As municipalidades, por sua vez, devem observar as normativas federais e estaduais (art. 30, IX, CF/88), mas podem elaborar suas próprias leis de salvaguarda, desde que observem as exigências mínimas dispostas na legislação estadual e nacional.

Embora detenham essa competência, é comum verificar que muitos municípios se limitam a reproduzir ou fazer referência aos termos do Decreto-Lei Federal n. 25/37 de maneira totalmente desassociada da realidade urbanística e cultural locais.

As medidas tomadas pelos órgãos da administração federal e estadual, por sua vez, deverão estar coordenadas com o planejamento urbanístico local, que tratará, necessariamente, das repercussões que aquela tutela implica no ordenamento territorial. Isso significa dizer que no desenrolar do planejamento e da gestão do uso do território dever-se-á abrir espaço para ouvir os representantes do IPHAN (arquitetos, historiadores etc) e dos órgãos estaduais do patrimônio cultural, considerar as medidas de salvaguarda impostas pelo tombamento promovido por aqueles entes, viabilizando a elaboração de um plano com caráter de instrumento secundário de salvaguarda e, portanto, submetido aos interesses e prioridades definidos na legislação do patrimônio cultural. Trata-se, portanto, da coordenação dos interesses de cada órgão especializado, na medida da realização de suas competências especiais, porém, concorrentes.

A repercussão desse diálogo (coordenação) poderá ser verificada em inúmeras situações. Em grande parte delas o planejamento urbanístico local poderá ampliar o sentido da salvaguarda promovido eventualmente no nível federal, estendendo o conteúdo e noção da servidão automática da qual se beneficia o patrimônio cultural. Aquele sistema de normas de natureza urbanística poderá estabelecer zonas especiais de salvaguarda considerando o território municipal como um todo, favorecendo a cidade com os benefícios decorrentes dessa estratégia de valorização do patrimônio (exposição da cidade no cenário nacional, incentivo ao turismo, revitalização de áreas etc). Trata-se da integração definitiva dessas áreas urbanas ao contexto geral da cidade, reconhecendo seus valores culturais e suas respectivas repercussões de natureza econômica, turística, ambiental e urbanística. As áreas onde se verifica algum interesse cultural devem deixar de ser tratadas apenas como “um conjunto de monumentos” para ser reconhecidas como tecido urbano que se integra às demais dinâmicas da cidade.

Tomados como elementos da legislação de caráter urbanístico, integrados, portanto, ao conteúdo da planificação da cidade, os bens culturais forjam um sistema de atuação coordenada da União, Estados e Municípios, onde se elaboram concorrentemente legislações de natureza urbanística e cultural incidentes sobre um mesmo objeto comum.

A dimensão da salvaguarda do patrimônio será, nesse sentido, ampliada e reforçada na medida em que todos os entes de governo assumam seus interesses e comprometam seu planejamento com os fins culturais aos quais nos referimos.

Neste momento cumpre lembrar a distinção que nos esforçamos a elaborar nos capítulos anteriores dos diferentes conceitos que envolvem a atuação do Estado e dos particulares frente ao patrimônio cultural. Tutela, conservação, proteção e valorização, são os elementos-chave para a compreensão da disciplina cultural no Brasil.

O texto constitucional utiliza expressões como “proteger”, “defender”, “valorizar”, “acautelar”, “promover”, “incentivar” nos artigos especialmente dedicados à cultura (artigos 215 e 216, CF/88), o que engloba os sentidos e as ações que nos esforçamos a condensar para fins do discurso aqui proposto. Compreendemos, portanto, que, da análise da Constituição Federal e legislação infra no Brasil, tanto a tutela, quanto a valorização, proteção e conservação são competências compartilhadas por todos os entes da federação²⁴²⁵.

²⁴²⁵ As competências legislativas em matéria de patrimônio cultural são concorrentes, conforme se verifica dos artigos 24, VII, VIII, IX e 30, I, II E a competência executiva é comum, conforme se verifica do artigo 23, III, IV e V e 30, IX, todos da Constituição Federal. Cf. MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

Para a afirmação de nossa tese é ainda fundamental verificarmos as definições mencionadas, o que já fizemos em capítulo anterior, mas que resumimos neste momento, a fim de delimitar mais uma vez o objeto de nosso trabalho.

Segundo nossas conclusões apresentadas no capítulo I, parte II da presente tese, a **tutela** do bem cultural significa, em primeiro momento, o seu reconhecimento enquanto tal, ou seja, a sua inclusão no rol dos bens integrantes do patrimônio cultural. Para além de significar o reconhecimento do bem enquanto elemento portador de um interesse cultural, a tutela gera, em segundo momento, três consequências: o dever de **conservação, proteção e valorização** do bem. A *conservação* está diretamente relacionada ao dever de agir do proprietário, no sentido de garantir a boa manutenção do bem cultural, a fim de promover a sua perenidade em condições equivalentes ou semelhantes às atuais. Para além disso, o bem passa a integrar o conceito de patrimônio nacional, no sentido de ser objeto de *proteção* de todos, refletindo-se enquanto dever compartilhado pelo Estado e cidadãos. Seu significado é, em suma, evitar que qualquer ato atinja o bem cultural, descaracterizando-o ou dilapidando-o em parte ou em toda a sua estrutura. Por fim, o bem cultural deve ser *valorizado*, tendo sua fruição disciplinada, no intuito de garantir seu pleno acesso, a conformização de seu entorno e a garantia de uma plena integração social e cultural. Todos esses atos compõem o que chamamos de **salvaguarda** dos bens culturais.

Lembremos que o nosso patrimônio cultural material imóvel é composto por: a) bens imóveis construídos ou arquitetônicos; b) bens arqueológicos, paleológicos e espeleológicos; c) bens quilombolas; d) bens paisagísticos, necessariamente inseridos em uma zona urbana, zona de expansão urbana ou ainda em zona não urbanizável, conforme declarar a legislação urbanística local; e) locais ou lugares referência para manifestações culturais de caráter imaterial²⁴²⁶.

Neste item, que consideramos conclusivo para a formulação da tese até então desenvolvida, é necessário elaborar os desenvolvimentos finais relacionados ao Direito a uma cidade culturalmente preservada, o que implicará a atuação do Município, detentor da competência de ordenar o solo, comprometida com a salvaguarda do patrimônio cultural imóvel. Interessa-nos, especificamente, destacar as hipóteses em que essa salvaguarda se dará em *caráter primário*²⁴²⁷, ou seja, quando o planejamento municipal poderá tutelar os bens culturais de seu interesse de forma autônoma, independente de ato especial (tombamento), aplicando-se dessa forma a ordem constitucional explícita no artigo 216, §1º, que anuncia dentre os meios de tutela do patrimônio brasileiro, “outras formas de acautelamento e preservação”.

2. A tutela e o planejamento territorial

A tutela do bem cultural está dentre os fins assumidos pelo Estado Social Democrático de Direito (art. 215 e ss, CF/88), assim como a ordenação territorial e a defesa do patrimônio cultural são deveres de todo ente municipal no Brasil (art. 30, inciso VIII e IX, da CF/88).

Tutelar significa “reconhecer o valor cultural” de um bem, seja porque se trata de um bem histórico, artístico, arqueológico, paisagístico ou porque aquele encerra em si outros valores assumidos como relevantes referências de identidade em uma determinada coletividade.

A tutela é ato jurídico que deve emanar de um sujeito de direito público, com competência para sua declaração, com efeitos na esfera de direitos do proprietário e possuidor do bem tutelado.

²⁴²⁶ A legislação local tem considerado, também, os espaços ou lugares referenciais para as comunidades locais por ser palco para a realização de manifestações culturais. Significa dizer que um bem imóvel poderá ser declarado como de interesse cultural não pelo valor que aporta em si mesmo, mas pela repercussão que uma manifestação cultural de caráter imaterial lhe confere (saber fazer, feiras, festa popular, folclore etc).

²⁴²⁷ Desenvolvemos a noção de meios de salvaguarda primário e secundário no capítulo II, título II da presente tese, de forma que não nos ateremos a esses conceitos novamente neste capítulo conclusivo. Pra já, é possível lembrar que o caráter *primário* da salvaguarda é aquele que se refere aos meios de tutela dos bens culturais, ou seja, os meios ou instrumentos jurídicos capazes de identificar os bens culturais e reconhecê-los como tal, configurando-lhes novo regime jurídico. A salvaguarda em caráter *secundário*, por sua vez, refere-se aos meios através dos quais são promovidos os demais atos decorrentes da tutela, a saber, todos os atos ligados à proteção, conservação e valorização dos bens culturais.

Os Municípios, assim como os Estados e a União, são competentes para tutelar bens culturais (art. 24, VII, art. 30, IX, todos da CF/88). A cada um desses entes fica reservada a competência para tutela dos bens na medida de seu interesse. Ou seja, aos municípios cabe a tutela de bens de relevância local; aos Estados, a tutela de bens estaduais, e à União, a de bens de repercussão nacional. No que se refere aos Municípios é possível, e essa tem sido a posição de alguns municípios brasileiros, utilizar o plano diretor e instrumentos de ordenamento territorial para reconhecer que um bem é cultural e, ao mesmo tempo, traçar-lhe um perfil especial de utilização que implicará em conservação e valorização desse patrimônio.

Essa função está fundamentada na legislação constitucional que confere ao Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I, artigo 30, CF/88) e salvaguardar o patrimônio cultural que se insere em seu território (inciso IX, artigo 30, CF/88), ao mesmo tempo em que lhe confere a tarefa de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo (inciso VIII, art. 30, CF/88).

A hipótese da tutela via planejamento fundamenta-se, ainda, na ampliação que a Constituição Federal admitiu das vias tradicionais de tutela, nomeando-as como “outras formas de acautelamento e preservação” (§1º, art. 216, CF/88).

Em sequência, a Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, norma nacional de caráter geral que define as diretrizes da política urbana de que trata os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, determina que um dos objetivos daquela política será o de “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (inciso XII, artigo 2º, Estatuto da Cidade).

Em grande parte dos Municípios que possuem atualmente um plano diretor também há um patrimônio cultural que se deve integrar à política de ordenamento territorial. Essa integração se dará na medida em que se considerem os bens já tutelados (tombados ou sujeitos de outro meio de tutela) na elaboração de estratégias urbanísticas (renovação, projetos especiais de revitalização urbana etc) e na definição dos parâmetros de uso e ocupação do solo (limitações ao direito de propriedade e à faculdade de construir e classificação do uso do bem imóvel).

O reconhecimento de novos bens culturais será, por outro lado, uma função inovadora a ser assumida pelo mesmo planejamento territorial e decorre da ampliação do sentido e das funções que este assume, bem como da autonomia que o Município goza na estrutura de poderes do Estado federativo brasileiro.

Não faltam fundamentos legais que sustentem a ação municipal, mas ainda há uma tímida atuação por parte destes entes locais.

É preciso reforçar, nesse sentido, a repercussão da autonomia local no atual sistema federativo brasileiro e o amplo leque de competências reconhecido aos Municípios. O planejamento urbano brasileiro se caracteriza pela autonomia e centralidade do ente municipal. É no nível local de governo que se concretizará a política urbana, através da elaboração de planos cujo conteúdo deverá abranger uma considerável gama de interesses e temas. A divisão do espaço e o uso do solo deixa de ser um fenômeno espontâneo e passa a ser tratado como um objeto científico complexo, devendo conformar e coordenar aspectos ambientais, sociais, econômicos e culturais.

Após analisar os principais instrumentos de planificação no Brasil, podemos concluir que o sistema urbanístico naquele país centra-se no plano diretor urbano²⁴²⁸. Desenvolvemos no capítulo anterior os principais aspectos desse instrumento, destacando, entre outros, a variedade de seu conteúdo e aplicabilidade, podendo este ser um meio eficaz para a tutela do patrimônio cultural. Entendemos, por outro lado, que dentre as diversas medidas que o plano engloba é preciso especificar aquelas que efetivamente poderão executar a *tutela* do patrimônio cultural imóvel pretendida.

Em nosso entendimento, dentre as medidas urbanísticas que se inserem no contexto geral do planejamento urbano local e, conseqüentemente, integram-se aos planos diretores (quando exigidos e existentes), algumas merecem destaque, visto que atingem os principais aspectos da propriedade

²⁴²⁸ É verdade que a CF/88 e o Estatuto da Cidade estabelecem critérios para a obrigatoriedade de elaboração dos planos diretores (mais de 20 mil habitantes, integrantes de áreas especiais etc), mas, em termos numéricos, a maior parte da população brasileira hoje reside em cidades onde existem planos.

privada, delimitando seu conteúdo, ou seja, estabelecendo os critérios de uso, gozo e disposição desses bens.

Por vezes, o Plano Diretor nomeará, expressamente, os bens culturais imóveis que reconhece como elementos sujeitos à salvaguarda municipal. Esse método é bastante utilizado e em regra tutela o bem, reconhecendo-o como tal, mas deixando para regulamentação posterior a definição de seu regime especial de uso e restrições.

Outras vezes, e esta parece ser a forma mais completa de tutela urbanística municipal de bens culturais, os planos diretores servem-se do *zoneamento* (instrumento típico do direito urbanístico com função múltipla) para identificar os bens culturais, nomeando-os especificamente e também estabelecendo um regime de uso do solo compatível com os interesses que decorrem desse reconhecimento (proteção, conservação e valorização do bem ou bens culturais).

Através dessa técnica, delimitam-se os usos possíveis, os que não são aceitos e os que são tolerados em determinadas áreas do território municipal, definindo-se um regime próprio e adequado que poderá tanto reconhecer o valor cultural de bens imóveis locais, quanto promover a proteção, a conservação e a valorização destes. Esses regimes implicarão restrições diversas, inicialmente ligadas à possibilidade de reformar e construir, e poderão tecer em detalhes os limites e condições de uso, anotando expressamente todas as condicionantes que envolvem o exercício dos direitos das propriedades ali envolvidas.

O regime definido no zoneamento tem a vantagem de poder associar bens tutelados com diversas graduações de interesse (nacional, estadual e municipal), englobando bens já reconhecidos por legislação especial própria, como os novos “nascidos” do planejamento territorial local, para além de ser via adequada para obter um comprometimento eficiente dos bens que integram o entorno desse patrimônio cultural imóvel, de forma a obter uma máxima proteção e valorização dos bens culturais em apreço.

3. Plano Diretor: a função de tutela do patrimônio cultural

Como já verificamos, o Plano Diretor é o instrumento central do planejamento territorial brasileiro.

Seu conteúdo e suas funções são tratados pela legislação nacional de maneira geral e indicativa, porém, vinculativa. Isso significa dizer que as diretrizes do Estatuto da Cidade devem ser necessariamente observadas no planejamento de níveis federal, estadual e municipal.

Também já mencionamos em várias oportunidades que o inciso XII, do art. 2º, da Lei n. 10.257/2001 assume como princípio do planejamento territorial no Brasil a: “XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”.

É assim que o planejamento local estará, necessariamente, comprometido com seu patrimônio, sob pena de incompatibilidade com a Lei Federal.

Em grande parte dos Planos Diretores das capitais brasileiras, observamos o compromisso com o patrimônio cultural imóvel com maiores ou menores destaques à disciplina, mais ampla ou mais restrita utilização dos diversos instrumentos que os compõem.

Há uma diferença notável entre as cidades que possuem sítios ou centros históricos tombados a nível federal e mesmo mundial (Unesco) e as demais, onde se verifica apenas alguns patrimônios tombados a nível federal e predominam os imóveis de relevo local²⁴²⁹.

²⁴²⁹ O investimento de recursos federais é concentrado em cidades com “sítios tombados” ou, tecnicamente falando, conjuntos de interesse cultural homogêneos e centralizados, mormente reconhecidos pela Unesco como patrimônio cultural. Nesse sentido há grande movimentação do IPHAN, especificamente através do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis), a fim de inserir tais centros no contexto urbanístico das cidades. No Brasil, atualmente, cerca de 26 cidades integram o Programa. Cf. <http://www.iphan.org.br> e BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis). IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos,

Em todos os casos, é inegável que o patrimônio cultural está presente (toda cidade possui seu legado) e que as políticas locais tendem a manter setorizadas as questões que envolvem a disciplina dos solos e a disciplina dos bens culturais.

Ao mesmo tempo, a primeira tendência que se extrai dos textos brasileiros analisados é a de uma crescente mobilização no sentido de *coordenar* as políticas territoriais com as políticas culturais no município. No que diz respeito à tutela via planejamento urbano, verificamos, por outro lado, certas dificuldades.

As dificuldades mais frequentes estão ligadas ao caráter excessivamente programático que muitos planos locais de urbanismo assumem, deixando em regra para legislação futura e especial o reconhecimento e regulamentação do tema cultural de suas cidades. Perde-se, aí, grande oportunidade de identificar e regulamentar regimes apropriados aos bens culturais. O planejador urbano, como verificamos no capítulo anterior, deve instaurar um processo de planejamento com base em estudos prévios, estabelecer diálogos com a comunidade (planejamento participativo), identificar os principais problemas e necessidades espaciais, econômicas, sociais, ambientais e culturais da cidade. Todas essas informações e todo esse procedimento não possuem equivalentes no sistema especial de salvaguarda do patrimônio cultural. O planejamento urbano tem em relação aos métodos excessivamente tecnocratas dos órgãos especializados em patrimônio cultural vantagens indiscutíveis, sobretudo em um momento onde se reconhece o valor cultural de bens e manifestações populares, ampliando o sentido de “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216, caput, CF/88).

Resta comentar que o patrimônio que poderá ser objeto de tutela via plano diretor não é apenas o conjunto, mas também os bens culturais individualmente considerados. Os planos devem citar os monumentos que identificar e não devem perder a oportunidade, e é essa uma das maiores “vantagens” do plano, de disciplinar o entorno dos mesmos através do zoneamento especial que amplia a noção de servidão do bem cultural, podendo garantir aspectos diversos e específicos que podem ir muito além do conceito restrito de visibilidade trazida no Decreto-Lei n. 25/37, de acordo com as necessidades e especificidades de cada bem cultural imóvel.

3.1. As zonas especiais de interesse cultural

Em todos os planos diretores das capitais brasileiras analisadas, o zoneamento é a técnica utilizada para dividir os diversos espaços vinculando-os a usos e ocupações específicas e harmônicas²⁴³⁰. Como bem anota Silva²⁴³¹, “o zoneamento constitui um procedimento urbanístico que tem por objetivo regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas, no interesse do bem-estar da população”²⁴³².

Em regra, o zoneamento se dá em duas dimensões. Uma dimensão totalizante, que abrange todo o território municipal e é geralmente apontado nos planos brasileiros como “macrozoneamento”, e uma segunda dimensão delimitada, voltada à definição de um regime de uso especial para uma parcela territorial específica (nesse sentido as zonas especiais de interesse social – ZEIS, assumidas expressamente no Estatuto da Cidade, art. 4º, V, “f”, Lei n. 10.257/2001, de 10 de julho).

Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

²⁴³⁰ Segundo pesquisa do IBGE, cerca de 58,2% dos Municípios brasileiros com mais de 20 mil habitantes utilizam a técnica do zoneamento especial de preservação cultural. Conferir Anexo II e Perfil dos Municípios Brasileiros. Gestão Pública, 2004. Rio de Janeiro: Instituto brasileiro de Geografia e Estatística, 2005. p. 33.

²⁴³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 242.

²⁴³² Segundo, ainda, Aubry: “Le zonage est l’un des aspects essentiels du plan local d’urbanisme, comme d’ailleurs de tous les documents de planification urbaine (...) il consiste à délimiter des zones à destinations différentes et qui seront dotées de règles différentes”. Cf. AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Droit de l’urbanisme et de la construction**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2004. p. 215.

O macrozoneamento é técnica que se justifica em razão do atual perfil dos planos diretores municipais. O planejamento local, ao tratar da cidade como um todo, engloba todo o seu território e, portanto, deve dar conta das questões e interesses envolvendo o uso e o parcelamento dos solos segundo um critério amplo e conjugado. De fato, um zoneamento de apenas parte da cidade poderia comprometer a harmonia que se pretende estabelecer entre os usos e aproveitamentos de todo o solo municipal. Além de tecnicamente condenável, o zoneamento parcial poderia também esconder, consciente ou inconscientemente, propósitos discriminatórios e protecionistas de interesses particulares dos moradores da área, sem levar em conta valores e interesses mais amplos de toda a cidade.

Aliadas ao zoneamento geral do município, as áreas ou zonas especiais adotam regimes mais detalhados e restritos ao território por elas determinado. Essas zonas especiais não possuem regulamentação especial em nível nacional no Brasil (ao contrário de Portugal que as define minuciosamente), cabendo aos Municípios a tarefa de lhes conferir contorno e conteúdo mais densos²⁴³³.

A falta de detalhamento em nível nacional não é obstáculo para a elaboração dessas zonas especiais, sendo constante a utilização desse instrumento pelos Municípios brasileiros no estabelecimento de regimes especiais ligados à salvaguarda de interesses ambientais, culturais e sociais.

Nesse sentido, o zoneamento poderá ter amplitude e objetivos múltiplos, ligados fundamentalmente nos bens jurídicos que visa a tutelar, sendo um “meio” ou “forma” para atingir fins diversos, conforme as situações concretas identificadas no território.

n) natureza e objetivos do zoneamento

O zoneamento é um instrumento territorial de ordenação do solo e deve ser aprovado por lei. Essa lei poderá ser o próprio Plano Diretor Municipal ou uma Lei Municipal especial apartada, devendo, em todo caso, estar coordenada com os objetivos e fins definidos naquele instrumento central de planificação. Como já verificamos, em suas dimensões ampla e restrita, o zoneamento assumirá como objetivos a sistematização territorial dos solos do município com fins diversos ligados à distribuição de atividades e usos no território (industriais, residenciais, comerciais etc), bem como a tutela de bens e interesses específicos, como são os interesses ambientais e culturais.

No caso do zoneamento com fins de tutela e valorização do patrimônio cultural, a lei disciplinará os limites para o exercício do direito de propriedade imóvel localizada na área declarada como tal, estabelecendo critérios de construção e reforma, que poderão abranger aspectos estéticos (cor e estilo da fachada do imóvel, portas, janelas, grades etc), estruturais (normas de segurança), restrições de uso (atividades permitidas, toleradas e proibidas) e acessibilidade (visitação, visibilidade etc).

A qualificação do solo, será, assim, em nosso entendimento, o aspecto determinante da tutela dos bens culturais imóveis via zoneamento/planejamento urbano. Ela diz respeito à vocação de uso que se quer conferir a uma determinada porção territorial, elemento diretamente vinculado à natureza do bem imóvel que compõe aquele determinado território.

Os planos diretores municipais definem o *regime do uso do solo* através da *classificação* e da *qualificação* do território (nesse sentido também em Portugal, no art. 71, 72, 73, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, e alterações posteriores). A *classificação* do solo define o destino elementar dos terrenos que poderão se distinguir entre solo urbano e solo rural. O solo rural é, como já comentamos, aquele com vocação para atividades agrícolas, pecuárias, florestais ou minerais, assim

²⁴³³ É de se ressaltar, porém, recente legislação nacional que conceitua as zonas especiais de interesse social, sem, no entanto, dedicar-lhes qualquer regulamentação mais aprofundada: “V – Zona Especial de Interesse Social - ZEIS: parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo”. (Lei Federal n. 11.977/2009, de 7 de julho).

como o que integra os espaços naturais de proteção ou de lazer ou que seja ocupado por infraestruturas que não lhe confirmam a situação de solo urbano. O solo urbano, por outro lado, é aquele para o qual é reconhecida uma vocação para o processo de urbanização, nele se compreendendo os terrenos urbanizados ou em vias de urbanização, formando em seu conjunto um perímetro urbano²⁴³⁴.

A qualificação do solo, como ensina Correia²⁴³⁵, regula o aproveitamento do mesmo em função da utilização dominante que nele pode ser instalada ou desenvolvida, fixando os respectivos uso e edificabilidade.

No Brasil, uma das funções do zoneamento está no estabelecimento das diversas possíveis maneiras de se “usar” o território. Em outras palavras, o zoneamento define os limites que a propriedade privada deverá respeitar, estabelecendo o conteúdo das faculdades de usar a coisa. Enquanto lei de natureza urbanística, o zoneamento poderá estar inserido no plano diretor ou, como na maior parte dos municípios brasileiros, materializa-se em uma lei de zoneamento apartada.

A relação entre os limites do direito de propriedade e o patrimônio cultural resta, portanto, evidente. Na medida em que se quer tutelar um patrimônio cultural, é possível identificá-lo no contexto do regime do uso do território de maneira que a disciplina ali estabelecida traduza um comprometimento da política urbana com a política do patrimônio cultural.

Essa ideia está coordenada com as orientações gerais das leis nacionais e internacionais do direito do patrimônio cultural que abordam os bens culturais inseridos em um contexto dinâmico das cidades e do regime de uso do território. O regime de uso definido na legislação municipal e conforme já comentamos, englobará aspectos amplos concernentes à distribuição de atividades no território (macrozoneamento), bem como aspectos específicos relativos aos imóveis que se inserem naquelas áreas (zoneamento especial).

Em dimensão mais especial ou próxima dos bens imóveis que compõem as áreas ou zonas estabelecidas pela legislação urbanística local deve se estar atento para que, além de regular as aceções físicas dos imóveis (construtibilidade, regime de alterações, padrões de segurança, higiene etc), é preciso também tratar de questões ligadas às formas tradicionais de sua utilização, a sustentabilidade desses bens e a valorização que se deve garantir.

Um dos objetivos do regime do solo deverá ser, portanto, identificar os bens culturais imóveis que compõem o ambiente urbano e para além disso estabelecer critérios de uso que evitem sua descaracterização, tenham sido estes identificados isoladamente ou em conjunto.

O zoneamento poderá garantir simultaneamente a tutela dos bens culturais imóveis e o estabelecimento de um regime especial do entorno desse patrimônio, protegendo-o, estabelecendo critérios de conservação, programas de restauração e valorização, evitando com isso a degradação e efeitos negativos consequentes da omissão do Estado e das pressões exercidas pelo mercado imobiliário²⁴³⁶.

²⁴³⁴ Segundo ainda o legislador português (n. 3, art. 72, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de Setembro), a reclassificação do solo como urbano tem caráter excepcional sendo limitada aos casos em que tal for comprovadamente necessário face à dinâmica demográfica, ao desenvolvimento econômico e social e à indispensabilidade de qualificação urbanística. Tais critérios de reclassificação serão estabelecidos em decreto regulamentar posterior (n. 4, art. 72, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de Setembro). Cf. CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 823.

²⁴³⁵ Nesse sentido o Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de Setembro, e alterações posteriores. A qualificação do solo atenta a sua classificação básica, regula o aproveitamento do mesmo em função da utilização dominante que nele pode ser instalada ou desenvolvida, fixando os respectivos uso e, quando admissível, edificabilidade. Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 823.

²⁴³⁶ Situações críticas relacionadas ao uso dos bens culturais podem ser verificadas em Lima, capital do Peru. Ali, a região central da cidade, com aproximadamente 900 hectares, foi elevada a centro histórico e reconhecida como patrimônio da humanidade pela Unesco. Considerado um dos maiores centros históricos do mundo, o patrimônio daquele país sofre com a fragmentação do uso daquele território e com a especulação imobiliária. Em diversos pontos é possível encontrar prédios com subdivisões irregulares, onde se estabelecem moradias sem as condições mínimas de dignidade. Forte movimento de descentralização e pressão para a modernização daquela área contribue para agravar a situação do cenário. O país, que sofreu retrocesso legislativo com a reforma constitucional de 1993, quando foi eliminado o direito à moradia do texto máximo, agora aguarda a aprovação de dois projetos de lei que visam a restaurar aquele direito (à moradia), bem como aprovar uma Lei Geral de Renovação Urbana, que teria por fim a adequação do uso dos bens situados em áreas de interesse cultural. Cf. BERNARDINI, Silvia de los Rios. Resistência social pela centralidade de Lima. **Boletim Direito à Moradia e à Cidade na América Latina**, Porto Alegre, Ano 1, n. 3, p. 8-10, set./out., 2008.

Por outro lado, em sua dimensão “macro”, a definição do uso do solo expõe o aspecto econômico do planejamento urbano. É através dessa delimitação que a cidade define onde se exercerão o comércio, onde se poderá instalar serviços diversos, onde se fixarão as residências e as indústrias. Questões amplas ligadas ao tráfego à circulação, à poluição visual e do ar devem ser reguladas e atigem direta ou indiretamente os bens culturais imóveis inseridos no contexto urbano e rural das cidades.

A valorização dos bens culturais está diretamente ligada ao uso desse patrimônio. Manter o patrimônio cultural imóvel vivo no contexto da cidade é um desafio que deve ser assumido de maneira cautelosa. Certas atividades devem ser evitadas sob pena de desvalorizar aquilo que deveria ser lembrado por suas características excepcionais²⁴³⁷.

Como já dito, no Brasil o regime de uso dos solos tradicionalmente se dará através de legislação própria, a par ou não do plano diretor, sob o título de zoneamento ou conforme determinar a normativa municipal competente. Não há um regime único comum a todos os municípios, daí uma certa dificuldade em identificar precisamente como e em que medida a tutela do patrimônio cultural se materializará. Não se adota no Brasil o princípio da tipicidade dos planos, como se verifica em Portugal, e resta aos Municípios uma larga autonomia para a elaboração de um regime de ordenamento territorial local.

Em Portugal, por outro lado, o regime do uso dos solos se dará em sede dos planos municipais de ordenamento do território, destacando-se, entre eles, o plano diretor, que estabelece, entre outros: o modelo de organização espacial do território municipal, de acordo com os sistemas estruturantes e a classificação e qualificação dos solos; a definição dos sistemas de proteção dos valores e recursos naturais, culturais, agrícolas e florestais, identificando a estrutura ecológica municipal; os objetivos de desenvolvimento estratégico a prosseguir e os critérios de sustentabilidade a adotar, bem como os meios disponíveis e as ações propostas; a identificação das áreas e a definição das estratégias de localização, distribuição e desenvolvimento das atividades industriais, turísticas, comerciais e de serviços; a especificação qualitativa e quantitativa dos índices, indicadores e parâmetros de referência, urbanísticos ou de ordenamento, a estabelecer em plano de urbanização e plano de pormenor, bem como os de natureza supletiva aplicáveis na ausência destes; a definição de unidades operativas de planeamento e gestão, para efeitos de programação da execução do plano, estabelecendo para cada uma das mesmas os respectivos objetivos, bem como os termos de referência para a necessária elaboração de planos de urbanização e de pormenor; a programação da execução das opções de ordenamento estabelecidas; a identificação de condicionantes, designadamente reservas e zonas de protecção, bem como das necessárias à concretização dos planos de protecção civil de carácter permanente (art. 85, Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro, e alterações posteriores).

O plano diretor português poderá, a nosso entender, estabelecer um regime complementar, seguido da identificação dos bens culturais imóveis, o que lhes confere um carácter eminentemente secundário. Segundo o regime jurídico português analisado, os planos de ordenamento territorial se prestarão em regra ao estabelecimento de critérios envolvendo as servidões inerentes aos bens culturais, como já comentamos em capítulo anterior (zonas especiais de protecção e planos de pormenor de salvaguarda, com regulamentação pormenorizada do Decreto-Lei n. 309/2009, de 23 de outubro). A tutela ou identificação desses bens se dará, por outro lado, por órgão especializado da estrutura administrativa, não havendo na legislação de bases ou nos decretos regulamentadores pistas no sentido de que esse ato possa ser substituído pela Lei do Plano Diretor Municipal, como verificamos, por exemplo, no sistema brasileiro.

As diferenças estão fundamentalmente ligadas aos regimes políticos dos Estados brasileiro e português. Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a flexibilidade dos meios de tutela dos bens culturais é expressa no art. 216, §1º da CF/88 ao tratar “das outras formas de acautelamento”, não

²⁴³⁷ Nesse sentido é doutrina italiana, ao compreender que o planejamento urbanístico inclui a gestão econômica de seus centros históricos (ampliáramos aí no sentido de seus bens culturais em geral). A administração local terá, entretanto, a faculdade de evitar ou vedar determinadas categorias de uso (comerciais etc) que venham a ser incompatíveis com o valor cultural da área. Cf. URBANI, Paolo; MATTEUCCI, Stefano Civitarese. **Diritto Urbanistico**. Organizzazione e rapporti. 3.ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2004. p. 260.

caminha no mesmo sentido a carta constitucional portuguesa e tampouco a legislação infraconstitucional daquele país, que centra-se sobretudo na “classificação” e na “inventariação” dos bens culturais (art. 16, 1, da Lei 107/2001, de 8 de setembro).

Apesar disso, o planejamento urbanístico local português apresenta-se mais estruturado e aborda a questão do patrimônio cultural imóvel assentado em seu território com mais ênfase e integração que o verificado no planejamento urbanístico local brasileiro. É possível verificar, também, que em todos os planos portugueses analisados, a seguir reconhece-se expressamente o valor cultural de determinados bens imóveis, o que poderá revelar, por vezes, elementos que ainda não foram identificados por outros meios primários de salvaguarda.

Resta-nos, entretanto, interpretar alguns planos diretores municipais, para concluirmos definitivamente acerca dessas observações teóricas.

4. Análise dos planos

O Plano Diretor é um instrumento fruto de opções políticas. Como todos os instrumentos que resultam de um processo político, ele expressa interesses, intenções e tendências de grupos que formam a sociedade. Esses interesses ficam evidenciados nas opções feitas e expressas no documento final de planificação local e podem ou não denotar uma sensibilidade em relação a determinados temas e questões. O ideal, como é sabido, é que ao concluir-se a partir de um processo arejado envolvendo participação popular democrática e sólida informação técnica, o plano fosse sempre um elemento de equacionamento correto dos diversos cenários que envolvem o planejamento territorial municipal (cidade, campo, patrimônio, ambiente natural, questões sociais, econômicas etc). Esse ideal, entretanto, em maior parte das vezes demanda amadurecimento político, técnico, prática da gestão democrática e uma dose considerável de coragem e humanidade.

Um plano de qualidade e de denso e apropriado conteúdo, por outro lado, realiza-se após um previsível caminho de estudos, consultas, participações da população interessada e de técnicos. Há, em outros termos, certas “fórmulas de sucesso” dos planos, o que se poderá observar e seguir em cada municipalidade, ainda que com as suas devidas adaptações.

É fundamental, como já comentamos anteriormente, que os planos contemplem um exaustivo inventário dos recursos locais e a sua adequada valoração, atendendo à especificidade de cada município e às relações de proximidade e complementaridade com os municípios vizinhos. Nesse contexto, é incontornável considerar os elementos de interesse cultural, cada vez mais apreendidos como vetor indispensável do desenvolvimento sustentável, não só pelo potencial econômico que se lhes reconhece, dada a importância que vão adquirindo as atividades ligadas ao turismo e ao lazer, mas também pela assunção de que esse desenvolvimento deve extravasar a mera perspectiva economicista, de modo a satisfazer necessidades sociais básicas e garantir a preservação das memórias indispensáveis à permanente (re)construção das identidades individuais e de grupo²⁴³⁸.

Recordemos que a Constituição Federal brasileira de 1988 transferiu aos Municípios expressas atribuições e competências em matéria de Patrimônio Cultural e Urbanístico local, estipulando que devem, por exemplo, VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (art. 30, CF/88). A legislação federal, por sua vez, reforça em suas diretrizes o papel daquele ente local de governo e o dever da “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (inciso XII, art. 2º, Lei n. 10.257/2001). Da mesma maneira, em Portugal a Lei n. 159/99, de 14 de setembro, transferiu para as autarquias locais atribuições na área do “patrimônio cultural, paisagístico e urbanístico do

²⁴³⁸ Nesse sentido, Raposo, que seguiremos de perto neste capítulo. RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Patrimônio. Inquérito aos PDMs de “1ª geração”. *Al-madan, Almada*, II série, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003.

município”²⁴³⁹, estipulando que devem, por exemplo, organizar e manter um inventário atualizado de ocorrências desse tipo (art. 20), como a Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Patrimônio Cultural (Lei n. 107/2001, de 8 de setembro) decreta que “o conhecimento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural constituem um dever do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais” (art. 3º), explicitando ainda que “deverá ser tido em conta, na elaboração dos instrumentos de planeamento territorial, o salvamento da informação arqueológica contida no solo e no subsolo dos aglomerados urbanos, nomeadamente através da elaboração de cartas do património arqueológico” (art. 79)²⁴⁴⁰.

O momento vivido em ambos os países é, em razão do arcabouço legislativo em vigor, inovador e propício para avanços consideráveis relacionados ao planejamento territorial e à proteção dos bens culturais e ambientais.

Brasil e Portugal estão, a nosso ver, em plena “reforma” urbanística. O segundo país, mais avançado do que o primeiro, mas, ainda assim, ambos em momentos semelhantes de reformulação de seus planos locais de urbanismo. No Brasil, todos os municípios com mais de 20 mil habitantes devem elaborar um plano diretor urbanístico local, e a Lei Federal n. 10.247/2001 exige a revisão daqueles já existentes, com vistas a adequar as normas municipais às proposições da Lei Federal. O prazo para que a maior parte das prefeituras elabore e revise seus planos expirou em 9 de outubro de 2006 (segundo art. 50, Lei n. 10.247/2001).

A reforma no Brasil é sensível, representa a concretização de uma coordenação de princípios a nível nacional até então não vivenciada. Traduz um amadurecimento político e legislativo do país e um reconhecimento de que o planejamento territorial está na base para a realização de uma série de outros direitos elementares.

No presente capítulo analisaremos os planos urbanísticos em vigor nas principais capitais municipais do Brasil, escolhidas por região, mediante sorteio, a fim de identificarmos se há nesses “planos referência” (assim denominados por se tratar de planos de capitais de Estado e, portanto, com inegável influência nas demais planificações municipais vizinhas) elementos voltados à salvaguarda do patrimônio cultural, em especial, se o plano prevê ou realiza ele próprio a *tutela urbanística do bem cultural imóvel*.

5. As regiões do Brasil e suas capitais

O Brasil é dividido em cinco regiões: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul. Nessas cinco regiões, encontram-se 27 unidades federativas, sendo 26 Estados membros e um Distrito Federal, que compõem a União federativa brasileira. A cada 27 unidades federativas corresponde uma capital, ente municipal dotado de atribuições urbanísticas e patrimoniais, reconhecido como membro especial da estrutura federativa brasileira (art. 1º, CF/88).

Para a análise proposta, considerando o volume das planificações e também a fiabilidade e atualidade dos documentos obtidos, optamos por avaliar uma capital por região, tentando com isso avaliar planos atualizados segundo o Estatuto da Cidade, elaborados em contextos consideravelmente diferentes para então identificar a existência ou não da tutela do patrimônio cultural via PDM.

Passemos à análise proposta.

²⁴³⁹ Nesse sentido, Raposo, que seguiremos de perto neste capítulo. RAPOSO, Jorge. . Planos Diretores Municipais e Património. Inquérito aos PDMs de “1ª geração”. *Al-madan, Almada*, II série, n. 12, p. 82-94, dezembro, 2003.

²⁴⁴⁰ Cf. NABAIS, José Casalta. *Direito do património Cultural*. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

5.1. Região Norte

5.1.1. Belém – Pará

O plano diretor de Belém, capital do Estado do Pará, foi aprovado através da Lei Municipal n. 8.655/2008, de 30 de julho. Seus preceitos estão condicionados à Lei n. 10.257/2001, conforme dispõe o seu artigo 1º.

O plano visa a concretizar o conceito de função social da cidade e da propriedade, inserindo nesse conceito, entre outros fins, a salvaguarda do patrimônio cultural (art. 3º, II, “d”)²⁴⁴¹.

Abrangendo a totalidade do território, o plano assume em regra um caráter abstrato, direcionando futuras leis e planos, disciplinando genérica e principiologicamente ações em diversas áreas de atuação municipal, conectadas de alguma forma com a distribuição espacial e o uso do solo.

Seguindo uma tendência multidisciplinar do planejamento territorial, o plano aglutina diversos interesses, estabelece objetivos e propõe diretrizes setoriais da política de gestão urbana. No Título III determina os objetivos da gestão urbana e define as diretrizes para a política de desenvolvimento econômico (Cap. I, art. 7º e ss), para as políticas sociais (Cap. II, art. 10 e ss) e para as políticas de infraestrutura e meio ambiente (art. 30 e ss).

Dentre as políticas sociais, destaca em seções: a política de educação (art. 10 e ss), a política da saúde (art. 15 e ss), a política da assistência social (art. 18 e ss), a política de patrimônio cultural (art. 20 e ss), a política de esporte e lazer (art. 23 e ss) e a política de habitação (art. 26 e ss).

A política de patrimônio cultural merece comentários por estabelecer *objetivos e diretrizes* a serem seguidos pelo planejador urbanístico (respectivamente arts. 20 e 21 da Lei Municipal analisada) e prever a elaboração de uma lei municipal que consubstancie um “plano municipal de patrimônio cultural” (art. 22)²⁴⁴². Para além disso, o art. 21 estabelece como diretriz para a consecução dos

²⁴⁴¹ “Art. 3º: São princípios fundamentais para a execução da política urbana do Município de Belém: I - **função social da cidade**, que compreende os direitos à terra urbanizada, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura e serviços públicos, ao transporte coletivo, à mobilidade e acessibilidade, ao emprego, trabalho e renda, à assistência social, bem como aos espaços públicos e ao **patrimônio ambiental e cultural do Município**; II - função social da propriedade urbana, abrangendo: (...) d) **preservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental do Município**.” Cf. Lei Municipal de Belém n. 8.655/2008 (Regulamento do Plano Diretor Municipal) de 30 de julho.

²⁴⁴² “**Art. 20:** A Política Municipal de Patrimônio Cultural, entendida como força social de interesse coletivo e direito social básico, visa garantir a cidadania como vetor de desenvolvimento econômico e de inclusão social, e tem como objetivos: I - estabelecer e consolidar a gestão integrada do patrimônio cultural; II - assegurar a livre expressão das diversidades culturais, garantindo aos cidadãos igualdade básica dos direitos sociais e culturais, inclusive o direito à criação e fruição das obras do pensamento e das artes; III - universalizar as informações culturais; IV - desenvolver e fortalecer o potencial turístico, de forma sustentável, com base no patrimônio histórico, cultural e natural do Município; V - registrar, documentar, proteger e promover a preservação, a conservação, a revitalização, a reabilitação e a divulgação dos bens culturais materiais, naturais ou construídos, assim como dos bens imateriais considerados patrimônios ou referenciais históricos, paisagísticos e culturais; VI - sensibilizar a sociedade para o valor da preservação do patrimônio histórico cultural e da memória do Município. **Art. 21** Para a consecução dos objetivos da Política Municipal de Patrimônio Cultural, o Poder Público deve obedecer às seguintes diretrizes: I - identificar e registrar a produção cultural do Município, por meio de inventários dos bens culturais de natureza material e imaterial, sistematizando e disponibilizando as informações; II - universalizar e democratizar o acesso à produção cultural; III - descentralizar as atividades culturais; IV - reconhecer e valorizar os detentores de conhecimento, dos hábitos e modos de viver das diferentes populações indígenas e as tradicionais, como as comunidades de pescadores, assentamentos rurais, populações ribeirinhas, populações extrativistas e investir no processo de produção de bens culturais; V - fomentar o desenvolvimento de atividades culturais a partir de organizações populares; VI - revisar, ampliar, regulamentar e fortalecer os mecanismos e instrumentos de incentivo à preservação cultural, em especial, a legislação municipal de preservação de bens culturais, do patrimônio ambiental e referências urbanas; VII - identificar e delimitar novas áreas de interesse à preservação; VIII - fomentar parcerias público-privadas, especialmente na captação de recursos; IX - ampliar e garantir a participação e o controle social nas instâncias decisórias, por meio de conselhos, fóruns, conferências e outros; X - fortalecer o processo econômico-cultural como fonte de geração e distribuição de renda; XI - elaborar e implementar Plano de Reabilitação e Conservação de áreas degradadas, em especial a área do Centro Histórico de Belém e seu entorno; XII - garantir a criação e a ampliação da oferta de equipamentos e espaços culturais no território municipal; XIII - desenvolver e fortalecer o potencial turístico, garantindo a sustentabilidade sócioeconômica, cultural e ambiental do Município; XIV - implantar programas e projetos de Educação Patrimonial. Parágrafo único. O Executivo Municipal deverá elaborar, no prazo máximo de dezoito meses a contar da data de publicação desta Lei, o Plano de reabilitação e conservação de áreas de interesse à preservação do patrimônio histórico e cultural. **Art. 22** O Poder Público

objetivos da Política Municipal de Patrimônio Cultural que se insere na Política de Gestão Urbana: “VII – identificar e delimitar novas áreas de interesse à preservação;”.

Dentre os objetivos gerais da política urbana de Belém encontramos ainda o de “manter e ampliar os programas de preservação do patrimônio natural e construído” (artigo 5º,VI).

O plano distingue claramente as políticas culturais (concentradas no Capítulo voltado às políticas sociais) das ambientais (detalhadas no Capítulo III que trata da infraestrutura e meio ambiente propriamente dito), o que reforça nosso entendimento de que o discurso jurídico necessita dessa separação de temas para concretizar suas proposições (ver nossos desenvolvimentos no capítulo I, do título II da presente tese).

No Título IV, o plano detalha e concretiza o ordenamento territorial. Nessa parte consideramos o plano de Belém bastante concreto, definindo em seus capítulos a *estrutura espacial* (Cap. I, art. 77 e ss), a *divisão territorial* (Cap. II, art. 78) e os *parâmetros e instrumentos urbanísticos* (Cap. III, art. 135 e ss).

No Capítulo II, dedicado à divisão territorial (art. 78 e ss), está definido o macrozoneamento da cidade (art. 79). O macrozoneamento divide a cidade em macrozona do ambiente urbano (art. 80) e macrozona do ambiente natural (art. 82).

Dentro da macrozona do ambiente urbano, estão definidas as Zonas de Ambiente Urbano (ZAU), em função das características dominantes de uso e ocupação, bem como objetivos e diretrizes de cada uma. Essas zonas são estabelecidas no próprio plano diretor, indicadas no texto regulamentar e documentadas em mapas anexos à lei.

Na cidade, é possível verificar a presença de patrimônio cultural material e imaterial em diversas zonas, com características também variadas. Podemos citar o exemplo das ZAUs 6 e 7 (art. 93 e 94, respectivamente), onde são encontradas edificações de interesse histórico e ambiental²⁴⁴³.

A ZAU 7 (art. 94) é dividida em três setores (I, II e III). Em todos eles se pode encontrar elementos construídos de interesse cultural. O Setor I representa o núcleo ou “centro histórico”; o Setor II é a zona de transição entre o centro histórico e as demais áreas da cidade. Seu uso é misto e a tendência é a degradação dos bens culturais imóveis. Dentre os objetivos traçados para o Setor II (§5º, art. 94) estão: I – requalificar, preservar e conservar imóveis históricos, II – *manter a ambiência e legibilidade no entorno imediato de imóveis, conjuntos ou quadras de interesse cultural*. Para tanto, a diretriz do Setor II centra-se no dever de incentivar a recuperação, preservação e conservação dos imóveis históricos (art. 94, §6º, I).

Em seguida é dedicada uma seção especial no texto da lei para as zonas especiais (art. 100).

A seção III é inaugurada com três subseções: a subseção I, que define as zonas especiais de interesse social (ZEIS) (art. 101); a subseção II, que estabelece as zonas especiais de interesse ambiental (ZEIA) (art. 108); a subseção III, que estabelece as zonas especiais de interesse do patrimônio histórico e cultural (ZEIP) (art. 113), e a subseção IV, que estabelece as zonas especiais de promoção econômica (ZEPE) (art. 117).

As zonas especiais de interesse do patrimônio histórico e cultural (ZEIP) são áreas formadas por sítios e conjuntos arquitetônicos de valor e significância cultural, de relevante expressão artística, histórica, arqueológica e paisagística, que requerem preservação e reabilitação ou compatibilização com o sítio integrante do conjunto (Anexo VI da Lei Municipal).

No artigo 114 e ss, a lei dispõe expressamente quais são os elementos/bens que integram a ZEIP. *O zoneamento encontrado na lei confirma nossa tese de que o plano diretor pode ser meio primário de tutela do patrimônio cultural.*

Municipal deverá elaborar em conjunto com representantes da sociedade civil, e, encaminhar à Câmara Municipal de Belém, no prazo de dezoito meses a contar da publicação desta Lei, **projeto de lei instituindo o Plano Municipal de Patrimônio Cultural.**” Cf. Lei Municipal de Belém n. 8.655/2008 (Regulamento do Plano Diretor Municipal) de 30 de julho.

²⁴⁴³ A ZAU 7 divide-se em três setores (I, II e III). O setor I apresenta atributos históricos, paisagísticos e culturais, desempenha tradicionalmente as funções de centro comercial, administrativo e de serviços portuários tradicionais. Apresenta, por outro lado, grande número de edificações históricas descaracterizadas (art. 94, IV), o que levou o legislador a apontar como objetivo da gestão urbana nessa zona AA “§2º- requalificar, preservar e conservar o núcleo histórico”. Cf. Lei Municipal de Belém n. 8.655/2008 (Regulamento do Plano Diretor Municipal) de 30 de julho.

Complementando a noção de patrimônio e as limitações que o plano poderá impor sobre a propriedade em geral e especificamente, sobre a propriedade que se caracteriza como bem cultural, o Capítulo III, do Título do ordenamento territorial, estabelece os parâmetros urbanísticos (art. 135), dentre eles, destacamos: I – coeficiente de aproveitamento básico, mínimo e máximo; II – gabarito de altura; III – taxa de permeabilização; IV – afastamentos; V – taxa de ocupação. Todos esses índices podem ser determinados com fins de salvaguarda do patrimônio cultural.

Por fim, cumpre comentar que o artigo 226 do novo Plano Diretor do Município de Belém amplia a área de entorno do centro histórico de Belém, o que caracteriza uma intervenção direta da regra urbanística com fins de valorização daquele patrimônio e a utilização do plano enquanto *meio de salvaguarda secundária*, ou seja, meio para a realização dos fins de proteção, conservação e valorização dos bens culturais ali identificados.

Desses pontos, concluímos que: o Plano Diretor de Belém assume a *salvaguarda primária*, ao estabelecer zonas de proteção onde se inserem imóveis tombados e não tombados, e também *salvaguarda secundária*, ao estabelecer zonas especiais culturais ou regimes especiais do entorno do centro histórico tombado.

5.2. Nordeste

5.2.1. Salvador – Bahia

Salvador, capital do Estado da Bahia, aprovou seu Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano através da Lei n. 7.400/2008. Capital de referência na região Nordeste, elaborou um documento com 349 artigos e extensa documentação anexa (glossário, mapas etc).

O artigo 3º proclama o plano diretor como instrumento central da política urbana do município e, pela abrangência de seus preceitos, pode-se dizer que ele ocupa um papel ainda maior em todas as áreas de atuação ligadas ao desenvolvimento local.

As funções sociais da cidade e da propriedade também são eleitas como princípios elementares da política urbana (art. 7º, I e II) e a função social da propriedade urbana se realiza na medida em que esta é voltada a, entre outras, “IV – conservação do meio ambiente e do patrimônio cultural” (art. 7º, §2º, IV).

O plano de Salvador é comprometido com o equilíbrio ambiental e abre um Título exclusivo para tratar do meio ambiente (Título IV, art. 17 e ss).

A cultura, por sua vez, é tratada em suas diversas acepções. Um título da lei é dedicado à cultura e à política cultural, reconhecendo a “transversalidade” (horizontalidade) da cultura na concepção e implementação das políticas públicas municipais (art. 47, VII). Nesse contexto, ações voltadas ao incentivo e à produção cultural e uma série de diretrizes voltadas à promoção da cultura são assumidas (art. 48). A revitalização de áreas urbanas centrais e antigas da cidade é assinalada no texto como diretriz geral da política cultural (art. 48, VIII).

No Capítulo II, que trata das diretrizes específicas da política cultural, a lei dedica uma seção ao patrimônio cultural (art. 53 e ss). Ali fixa as diretrizes da política cultural para a conservação, especificamente, dos bens culturais, o que envolve: “I - planejamento e implementação de ações, enfatizando a **identificação**, documentação, **promoção**, **proteção** e restauração de bens culturais no Município”.

Além da conservação dos bens culturais da cidade, o artigo menciona pela primeira vez os bens arqueológicos, que mereceram destaque em toda a lei, como veremos.

O plano estabelece critérios e remete à Lei Municipal posterior a competência para estabelecer normas específicas de proteção ao patrimônio local (art. 53, V). O aspecto programático do plano não significa que ele não tenha conteúdo de aplicação direta, ao contrário, fixa uma política de **coordenação** (art. 53, VII)²⁴⁴⁴ entre as esferas administrativas especiais (ligadas ao patrimônio, ao

²⁴⁴⁴

Merece comentários a relevância concedida pelo Plano ao planejamento do turismo da cidade. O turismo está, ali, necessariamente vinculado ao patrimônio cultural imóvel e um impulsiona o outro simultaneamente. “Art. 53. (...) VII - VII -

turismo e ao planejamento urbano propriamente dito), sem deixar de estabelecer, por si próprio, as áreas onde se encontram os bens culturais imóveis mais relevantes da cidade, como veremos a seguir (tutela do bem cultural).

Em seguida, o Plano trata em título próprio do ordenamento territorial (art. 130 e ss), dispendo sobre o macrozoneamento e o zoneamento. O macrozoneamento é conceituado na lei como

o instrumento que define a estruturação do território em face das condições do desenvolvimento sócio-econômico e espacial do Município, consideradas a capacidade de suporte do ambiente e das redes de infra-estrutura para o adensamento populacional e a atividade econômica, devendo orientar a Política Urbana, no sentido da consolidação ou reversão de tendências quanto ao uso e ocupação do solo (art. 131).

Nessa perspectiva, o município define a macrozona de ocupação urbana (art. 131, §2º, I) e a macrozona de ocupação natural art. 131, §2º, II).

A macrozona de ocupação urbana atenderá a diretrizes estabelecidas no Plano e está dividida em diversas áreas com vocação predominante (art. 132, parágrafo único). Dentre as macroáreas da macrozona de ocupação urbana encontra-se a macroárea de requalificação urbana, o que envolve, entre outros, a renovação/requalificação urbana conciliada com a proteção do patrimônio histórico e ambiental (art. 132, V) e a preservação dos bens culturais (art. 132, VI)²⁴⁴⁵.

O Capítulo III, do Título do ordenamento territorial trata do zoneamento propriamente dito. A partir do artigo 164, ficam definidas as zonas de usos residenciais (art. 166), zonas de usos não residenciais (art. 171 e ss), do corredor de usos diversificados (art. 183), da zona de proteção ambiental (art. 185) e dos coeficientes de aproveitamento (art. 186).

O plano se dedica detalhadamente às zonas de caráter eminentemente cultural no Capítulo V, onde trata do sistema de áreas de valor ambiental e cultural (art. 213 e ss). Nesse capítulo ficam instituídas as áreas de valorização ambiental onde se inclui, sob o mesmo título, as áreas com qualidade e interesse ambiental e cultural, simultaneamente consideradas ou não (art. 214). Ali são definidas unidades de conservação ambiental (art. 216, I e II) e reconhece-se ou assenta-se no contexto do planejamento territorial municipal as Áreas de Proteção Ambiental (APA) criadas por Legislação Estadual (art. 217).

O que nos interessa destacar é o que a lei considera de “subsistema de áreas de valor urbano-ambiental”. Esse subsistema está definido no art. 225 da lei e abrange o conceito de bem paisagístico, por apresentar características naturais e culturais simultaneamente. Em seguida, a lei estabelece o regime do “subsistema das áreas de proteção cultural e paisagística” (APCP – art. 229).

Ali o plano indica concretamente áreas do patrimônio cultural imóvel, compreendendo o centro histórico da cidade e outras definidas em 28 incisos (art. 230, incisos I a XXVIII). Realiza, portanto, uma *salvaguarda primária* dos bens culturais assim reconhecidos.

articulação com os órgãos responsáveis pelo **planejamento do turismo**, para que: a) observem os problemas associados à utilização e divulgação dos bens naturais e de valor cultural, especialmente os protegidos por lei; b) **estimulem a requalificação dos imóveis tombados**, utilizando-os como **pousadas, museus ou outros equipamentos** que potencializem **o uso do patrimônio histórico-cultural**”. Cf. Lei Municipal de Salvador n. 7.400/2008. Disponível em: <http://www.seplam.salvador.ba.gov.br/lei7400_pddu/conteudo/texto/lei7400-08.htm>

²⁴⁴⁵ Dentre as diretrizes da macroárea de requalificação urbana destacamos: “Art. 132. (...) V - requalificação dos espaços degradados ou em processo de degradação, em especial os espaços públicos, mediante transformações urbanísticas estruturais, de forma **conciliada com a proteção do patrimônio histórico e ambiental; VI - preservação das características simbólicas dos espaços, cenários e monumentos aí localizados, de fundamental importância para a memória e a identidade local; VII - proteção aos padrões** de ocupação do solo característicos dos **sítios históricos**, bem como aos mirantes, cones visuais importantes e elementos da paisagem natural e construída que definem a imagem urbana de Salvador”. Cf. Lei Municipal de Salvador n. 7.400/2008. Disponível em: <http://www.seplam.salvador.ba.gov.br/lei7400_pddu/conteudo/texto/lei7400-08.htm>.

Além de indicar quais são as áreas de reconhecido valor cultural, o plano diretor estabelece as diretrizes gerais das APCP. Por outro lado, a Lei do Plano Diretor limita-se a indicar a área, deixando para lei posterior municipal a sua regulamentação (art. 213)²⁴⁴⁶.

No entanto, ainda que não teça maiores detalhes em relação às áreas indicadas no art. 230, o plano estabelece critérios e restrições de uso para três APCP: a Encosta da Vitória (art. 232); a Encosta do Canela (art. 233) e a Encosta de Ondina/São Lázaro (art. 234). Para esta última, o plano estabelece expressamente e concretamente que a área é *non aedificandi*.

Desses pontos concluímos que: o plano de Salvador estabelece diretrizes gerais, mas também concretiza objetivos específicos da política urbana da cidade. Pela análise dos artigos mencionados, podemos dizer que o zoneamento definido na Lei Municipal é assumido enquanto *meio primário de salvaguarda* do patrimônio cultural imóvel, ainda que remeta à lei específica a competência para definir critérios específicos de uso e ocupação das áreas anunciadas. Da mesma forma, para além de concretizar a tutela, as zonas especiais culturais portam-se como instrumentos *secundários de salvaguarda*, garantindo a valorização dos bens ali identificados.

5.3. Centro-Oeste

5.3.1. Goiânia – Goiás

O Plano Diretor de Goiânia, capital do Estado de Goiás, foi aprovado através da Lei Complementar Municipal n. 171/2007, de 29 de maio.

O plano divide-se em três partes, Títulos, Capítulos e Seções, como os demais instrumentos territoriais analisados. Sua extensão e profundidade são, contudo, reduzidas se comparadas às legislações das demais capitais.

A primeira parte trata em seu Título I da política urbana. O Capítulo I tece considerações sobre princípios e objetivos, institui o plano e o processo de planejamento como elementos da política urbana e estabelece os princípios que a regem.

Tais princípios estão definidos no art. 2º e são: igualdade, oportunidade, transformação e qualidade. O objetivo precípuo da política urbana é o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, garantindo à população a requalificação do território do Município e uma cidade mais justa e sustentável (art. 2º, segunda parte caput).

No artigo 3º, o plano reconhece o direito à cidade sustentável (inciso I), à moradia digna (inciso II), ao cumprimento da função social da propriedade urbana e da cidade (inciso III), à gestão democrática (inciso IV) e à inclusão social e étnica (inciso V).

O Capítulo II trata do conteúdo do Plano Diretor (art. 5 e ss), assumindo-o como instrumento de planejamento que abarca o território como um todo e compõe-se de documentos gráficos, tabelas e representações espaciais, para além da parte regulamentar. O plano deverá, outrossim, definir e/ou regulamentar: a) modelo espacial; b) perímetro urbano; c) macrozoneamento das áreas urbana e rural; d) macro rede viária básica; e) sistema coletivo de transporte; f) rede hídrica estrutural; g) o desenvolvimento econômico; h) programas especiais; i) vazios urbanos.

O patrimônio cultural é tratado, pela primeira vez e diretamente, no Título II, que trata das estratégias de desenvolvimento urbano, especificamente no Capítulo I, que dispõe acerca da estratégia de ordenamento territorial (art. 6º e ss).

No artigo 8º, quando se assume como estratégia de ordenamento territorial uma diversidade de ações tomadas como “programas” (atualização normativa, medidas de informação à população etc), é possível verificar a “reabilitação do centro” e o “programa de resgate e preservação memória

²⁴⁴⁶ “Art. 231. São diretrizes gerais para as Áreas de Proteção Cultural e Paisagística, APCP: I - **regulamentação, mediante legislação específica**, das áreas indicadas nesta Lei para institucionalização como APCP; II - identificação, mapeamento e delimitação de novas áreas do Município, passíveis de enquadramento como APCP, que serão institucionalizadas mediante lei específica.” Cf. Lei Municipal de Salvador n. 7.400/2008. Disponível em: <http://www.seplam.salvador.ba.gov.br/lei7400_pddu/conteudo/texto/lei7400-08.htm>.

histórico-cultural do Município” (inciso V, art. 8º), duas medidas ligadas diretamente ao patrimônio cultural da cidade²⁴⁴⁷.

O conteúdo e objetivos dos programas não são, por outro lado, esmiuçados na lei complementar, e tampouco se identifica no plano e seus anexos gráficos quais as áreas ou zonas específicas sobre as quais recairão tais medidas.

O Capítulo II do mesmo título segue tratando da estratégia de sustentabilidade socioambiental (art. 9º e ss). O plano assume um conceito amplo de patrimônio ambiental, incluindo dentre eles os bens culturais e naturais²⁴⁴⁸.

Nesse ponto, cabe uma crítica ao legislador de Goiânia. O artigo 9º define as responsabilidades do ente municipal frente ao patrimônio cultural existente em seu território, mas, ao invés de manter a ampla acepção do termo cultural (valor significativo de caráter cultural), restringe os bens de interesse a uma categoria ou um aspecto artístico denominada “art déco”²⁴⁴⁹. A definição de “art déco” é restritiva. Ainda que exista forte referência local²⁴⁵⁰ que justifique a escolha do legislador, a tendência a que se assiste hoje é o reconhecimento de manifestações culturais diversas, inclusive as ditas populares²⁴⁵¹.

²⁴⁴⁷ “Art. 8º A implementação da estratégia de ordenamento territorial se dará por meio do alcance de seus objetivos decorrentes do planejamento racional das ações públicas e a devida orientação das ações privadas, impulsionadas pelos seguintes programas: (...) III – Programa de **Reabilitação e Requalificação do Centro**, que objetiva revigorar sua função de pólo regional de serviços administrativos, de serviços, de apoio à economia local e regional e de serviços sócio-culturais a toda comunidade, realçando seus **valores simbólicos tradicionais, sociais e culturais**, complementado pelas habitações e pela vigilância pública efetiva, que promovam a sustentação permanente da animação no centro; (...) IV – Programa de Resgate e **Preservação da Memória Histórico-Cultural do Município**, que objetiva recuperar os marcos representativos da memória da cidade e dos aspectos culturais de sua população, visando a **preservação dos simbolismos históricos**, respeitando a evolução histórica dos direitos humanos e a pluralidade sócio cultural, bem como o despertar de uma relação de identidade da sociedade goianiense com seus espaços urbanos.” Cf. Lei Complementar Municipal de Goiânia n. 171/2007, de 29 de maio. Disponível em: <<http://www.camaragyn.gov.br/UserFiles/plano%20diretor%20-%20publicacao%203-12-2008.pdf>>.

²⁴⁴⁸ “**Art. 9º** A estratégia de sustentabilidade sócio-ambiental prioriza o desenvolvimento local de forma sustentável para todo o Município de Goiânia, privilegiando a qualidade do **Patrimônio Ambiental que abrange os Patrimônios Cultural e Natural**, visando a proteção, a recuperação e a manutenção dos aspectos paisagísticos, históricos, **culturais**, arqueológicos e científicos: I – **integram o Patrimônio Cultural**, o conjunto de bens imóveis de valor significativo, edificações isoladas ou não, enquadradas como “art déco”, os parques urbanos e naturais, as praças, os sítios e paisagens, com simbolismo cultural, assim como manifestações e práticas culturais e tradições que conferem identidade a estes espaços.” Cf. Lei Complementar Municipal de Goiânia n. 171/2007, de 29 de maio. Disponível em: <<http://www.camaragyn.gov.br/UserFiles/plano%20diretor%20-%20publicacao%203-12-2008.pdf>>.

²⁴⁴⁹ **Art Déco** foi um movimento popular internacional de design de 1925 até 1939, que afetou as artes decorativas, a arquitetura, o design interior e o desenho industrial, assim como as artes visuais, a moda, a pintura, as artes gráficas e o cinema. Esse movimento foi, de certa forma, uma mistura de vários estilos (electismo) e movimentos do início do século XX, incluindo construtivismo, cubismo, modernismo, bauhaus, art nouveau e futurismo. A sua popularidade na Europa foi durante os picos dos loucos anos 20 e continuou fortemente nos Estados Unidos através da década de 1930. Embora muitos movimentos de design tivessem raízes em intenções filosóficas ou políticas, a Art Déco foi meramente decorativa. Na altura, este foi visto como estilo elegante, funcional e ultra moderno. Representa a adaptação pela sociedade em geral dos princípios do cubismo. Edifícios, esculturas, joias, luminárias e móveis são geometrizados. Sem abrir mão do requinte, os objetos têm decoração moderna, mesmo quando feitos com bases simples, como concreto (betão) armado e compensado de madeira, ganham ornamentos de bronze, mármore, prata, marfim e outros materiais nobres. Diferentemente da Art Nouveau, mais rebuscada, a Arte Déco tem mais simplicidade de estilo. Cf. Unes, Wolney. **Identidade Art Déco de Goiânia**. São Paulo: Ateliê, 2003.

²⁴⁵⁰ No Brasil, o estilo influenciou artistas como o escultor Vitor Brecheret (1894-1955), o pintor Vicente do Rego Monteiro (1899-1970), entre outros. Uma obra de Brecheret em estilo Art Déco é o Monumento às Bandeiras, em São Paulo. O edifício-sede da Biblioteca Mário de Andrade e o Estádio do Pacaembu, ambos também em São Paulo, são dois grandes marcos arquitetônicos do estilo na cidade. Outro belo exemplar da Art Déco na capital paulista situa-se na rua Domingos de Moraes. Foi o Art Déco que inspirou os primeiros prédios de **Goiânia**, nova capital de Goiás, projetada em 1933 por Atilio Correa Lima, cujo acervo arquitetônico é considerado um dos mais significativos do país. Alguns dos exemplos mais significativo da Art Déco no Brasil são a Torre do Relógio da Central do Brasil e o Cristo Redentor no Rio de Janeiro. A arquitetura Art Déco está espalhada por todo o país, mas os principais acervos Art Déco brasileiro concentram-se em São Paulo, Rio de Janeiro e **Goiânia**. Cf. Unes, Wolney. **Identidade Art Déco de Goiânia**. São Paulo: Ateliê, 2003.

²⁴⁵¹ Por entender que a interpretação jurisprudencial do artigo 1º do Decreto-Lei n. 25/1937 – que organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – está em desconformidade com a Constituição Federal de 1988, a procuradora-geral da República em exercício, Sandra Cureau, ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de

O art. 12, por sua vez, estabelece como estratégia de sustentabilidade socioambiental do Município a “valorização do patrimônio cultural” (inciso II, art. 12).

Essa “valorização” se concretizará, entre outras formas, através de um

Programa de Valorização do Patrimônio Cultural que objetiva identificar e classificar elementos de valor cultural, definir diretrizes e desenvolver projetos, com vistas a resgatar a memória cultural, respeitando a evolução histórica dos direitos humanos e a pluralidade sócio-cultural, restaurando, revitalizando, potencializando áreas significativas e criando instrumentos para incentivar a preservação (inciso II, art. 13).

Não há, por outro lado, na própria Lei Complementar, um anexo ou descrição pormenorizada do conteúdo de tal programa ou das áreas beneficiadas. Trata-se de uma norma programática.

Em sequência, a Lei abre um Capítulo V (art. 42 e ss) sobre estratégia de desenvolvimento sociocultural, onde estabelece que o municipal priorizará a inclusão social da população, adotando políticas públicas que promovam e ampliem a melhoria da qualidade de vida dos seus cidadãos, atendendo as suas necessidades básicas, garantindo a fruição de bens e serviços socioculturais e urbanos e a participação da população (art. 42).

A noção de qualidade de vida está, portanto, vinculada ao acesso ao patrimônio cultural, o que implica sua salvaguarda integrada ao planejamento territorial.

Constituem estratégias norteadoras das ações dos agentes públicos e privados na cidade e da aplicação dos instrumentos de gerenciamento do solo urbano, quanto aos aspectos socioculturais: aquelas voltadas à promoção institucional da moradia provida de toda a infraestrutura urbana, a **valorização, divulgação e proteção cultural e do patrimônio histórico**, a disseminação e estímulo à prática esportiva e ao lazer, o acesso digno à saúde e à educação, e a inserção do cidadão aos benefícios da cidade (art. 43).

No mesmo capítulo, o legislador abre seções que descem a maiores detalhes, traçando diretrizes para a promoção da educação (art. 52), saúde (art. 55), assistência social (57), inclusão social (art. 59), cultura (art. 61), esporte, lazer e recreação (art. 63) e segurança alimentar e nutricional (art. 65).

Interessa-nos desenvolver a seção dedicada à cultura (art. 61 e ss).

Segundo o art. 61, as estratégias relativas ao campo cultural objetivam:

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 206. Com a ação, a PGR busca nova interpretação do dispositivo, no sentido de incluir no enunciado da norma o conceito amplo de bem cultural, conforme os artigos 215 e 216 da Carta Magna vigente. Apesar de reconhecer o Decreto-Lei n. 25/1937 como um “marco legal que instituiu o tombamento no contexto brasileiro, dando início aos trabalhos de preservação em âmbito nacional”, a autora entende que a interpretação que ainda se faz do artigo 1º da norma deve ser superada. Segundo a PGR, não cabe mais o entendimento jurisprudencial de que somente merecem proteção patrimonial os sítios ou paisagens de feição notável e os bens vinculados a fatos memoráveis da história brasileira que tenham excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico. Conforme argumenta a autora, desde a década de 1980, e especialmente com o texto constitucional de 1988, houve significativa mudança de perspectivas no que se refere à proteção patrimonial no país, a qual se converteu em direito fundamental de dimensão coletiva e expressão de fraternidade. Também cita, na ação, fundamentos internacionais que vêm agregar esse novo posicionamento, tais como a Convenção Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico, o Conselho da Convenção Europeia sobre o Valor do Patrimônio para a Sociedade e a Convenção de Nairóbi, realizada pela Unesco em 1976. Além disso, na visão da PGR, a Constituição de 1988 ampliou a ideia de patrimônio cultural, que “começou a ser formulada como fator, produto ou imagem de constituição e identidade dos povos, vinculada ao sentido de pertença e multiplicidade de elementos formadores da sociedade humana e à preservação de sua memória”. A interpretação do conceito, previsto no artigo 1º do Decreto-Lei 25/1937 continua, no entanto, englobando apenas o tratamento excepcional do valor do bem cultural. Para a procuradora-geral em exercício, “o que importa, agora, é a atenção especial que se dá à cultura material e imaterial dos grupos sociais formadores da sociedade”, valorizando não mais somente o fundamento estético, mas o conceito de patrimônio relacionado à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, isto é, levando em consideração os bens culturais e históricos, como um reflexo dos valores, das crenças, dos conhecimentos e das tradições. Com base em tais argumentos e apontando a presença dos pressupostos autorizadores da concessão de medida cautelar (fumaça do bom direito e perigo na demora), a PGR pede ao Supremo que julgue procedente a ADPF, dando-se interpretação conforme os artigos 215 e 216 da Carta Magna vigente, do art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118450>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

I – **preservar e divulgar** as substâncias e ambiências culturais e de promoção histórica, com vistas a recuperar os marcos representativos da memória da cidade e dos aspectos culturais de sua população, na perspectiva da preservação dos simbolismos históricos, bem como do despertar de uma relação de identidade da sociedade com seus espaços urbanos. II – **garantir à população a acessibilidade aos bens e a produção cultural** do município através da realização de eventos, viabilização e integração entre bairros e regiões do Município; III – promover uma **política democrática, descentralizadora**, compartilhada e integrada com instituições estatais, privadas e a população; IV – **preservar, apoiar, incentivar, valorizar e difundir** as **manifestações culturais** no território do Município, representando as diversidades e assegurando o processo criativo constituído; V – estimular a preservação dos bens patrimoniais, materiais e imateriais, e articular com a sociedade, Estado e Município ações que contemplem a salvaguarda de sua diversidade; VI – **criação de planos, programas e projetos culturais** que subsidiem a formação artística incentivando e apoiando a comunidade na edificação em áreas públicas e no uso de equipamentos públicos.

Em seguida, o art. 62 estabelece as diretrizes que nortearam os “programas estratégicos do campo cultural” :

I – ampliação das ações integradas das políticas sociais conjugadas entre os órgãos setoriais, oportunizando as parcerias com as instituições públicas e privadas a promoção cultural e serviços públicos no Município; II – promoção e intercâmbios culturais entre áreas artísticas e instituições culturais de diversos portes, regiões e nacionalidades, bem como a oferta de cursos de capacitação, qualificação e habilitação para preservação e circulação de bens culturais; III – ampliação da proposta orçamentária baseada na sustentabilidade, na logística, no mercado e na produção cultural e salvaguarda dos investimentos orçamentários provenientes de tributos e outros recursos municipais; IV – disponibilização de dados e informações culturais do Município, facilitando a comunicação e atuação entre os profissionais e agentes culturais; V – promoção e interação entre o setor de produção cultural com os meios de comunicação para **difusão** das áreas artísticas à população; VI – **valorização, defesa e preservação dos bens patrimoniais do Município**, articulando com estatais, setores privados e sociedade, ações que contemplem a **salvaguarda** do patrimônio material e imaterial; VII – ampliação e garantia de **acessibilidade**, segundo as normas da ABNT, na estrutura física e equipamentos nos espaços culturais, priorizando o atendimento às pessoas com deficiência.

A seção dedicada à cultura é, como na maior parte dos planos diretores analisados, programática e seus princípios se concretizam em grande parte na medida em que o administrador municipal elabora projetos especiais vinculados ao planejamento urbano.

O plano diretor de Goiânia, na sequência, abre parte que trata do modelo espacial (art. 72 e ss) da cidade, definindo o perímetro urbano e rural do município (art. 73, 74 e 75). Além da divisão elementar da cidade em rural e urbana, o plano define oito macrozonas (art. 77), sendo uma macrozona construída ou urbana e sete rurais específicas. Não identificamos no plano uma zona de extensão urbana ou de caráter misto, tampouco a agricultura urbana.

O Título III da Parte II, trata dos elementos estruturadores do modelo espacial (art. 80 e ss). O modelo espacial é estruturado pelos seguintes elementos naturais e construídos: “I – os ecossistemas hídricos e florestais; II – (...) V – os elementos de interesse histórico e cultural, componentes dos Setores: Central, Campinas e Sul”.

O Título IV estabelece os instrumentos urbanísticos de regulação para intervenção no solo com fins de cumprimento da função social da propriedade (art. 83 e ss).

Na Seção III do Capítulo I, do oTítulo IV anota-se o procedimento para os empreendimentos de impacto (art. 94) e estabelece-se a obrigatoriedade para o relatório do meio ambiente e estudos de

impacto que podem ser utilizados com vistas a evitar prejuízos ao patrimônio cultural material e imaterial.

No Capítulo II do mesmo título estão estabelecidas as normas específicas para a macrozona construída (art. 109 e ss).

Ficam estabelecidas, segundo o art. 110, para efeito de dar tratamento urbanístico à Macrozona Construída as seguintes unidades territoriais:

I – **Áreas Adensáveis**, para as quais serão incentivadas as maiores densidades habitacionais e de atividades econômicas, sustentadas pela rede viária e de transporte, subdividindo-se em duas naturezas: a) aquelas áreas de maior adensamento, ao longo dos Eixos de Desenvolvimento Exclusivos e nas áreas caracterizadas como vazios urbanos; b) aquelas áreas de médio adensamento, ao longo dos Eixos de Desenvolvimento Preferenciais. II – **Áreas de Desaceleração de Densidades**, para as quais serão dirigidas ações de controle e redução do atual processo de densificação urbana; III – **Áreas de Adensamento Básico**, correspondente às áreas de baixa densidade, para as quais será admitida a duplicação dos atuais padrões de densidade, visando a correlação das funções urbanas em menores distâncias e a otimização dos benefícios sociais instalados, estando sujeita ao controle de densidades resultante da relação do número de economias por fração ideal de terreno; IV – **Áreas de Restrição à Ocupação**, para as quais serão estabelecidas normas de restrição parcial ou absoluta à ocupação urbana²⁴⁵².

Integram a unidade territorial identificada como **Área de Restrição à Ocupação** as “**Áreas de Patrimônio Ambiental que abrangem os Patrimônios Cultural e Natural e Áreas Aeroportuárias**” (art. 115). E em seguida, a lei conceitua o que compreende por áreas de patrimônio cultural:

§ 1º Constituem as Áreas de Patrimônio Cultural, o conjunto de bens imóveis de valor significativo, edificações isoladas ou não, enquadradas como “Art Decó” **dentre outras**, os parques urbanos e naturais, as praças, os sítios e paisagens, assim como manifestações e práticas culturais e tradições, que conferem identidade a esses espaços²⁴⁵³ (art. 115).

Por fim, no art. 134 estabelece-se os instrumentos em geral de política urbana dentre os quais encontra-se “IX – tombamento e inventários de imóveis, conjuntos urbanos, sítios urbanos ou rurais, acompanhados da definição das **áreas envoltórias de proteção e instituição de zona de especial interesse histórico e urbanístico**”.

Nesse inciso, destaca-se a ampliação do conceito de servidão ou entorno do bem cultural, sendo possível estabelecer através de um instrumento de política urbana, os critérios e restrições da área que envolve o bem cultural (zoneamento especial cultural). Essa medida é reconhecidamente comum no planejamento urbano brasileiro e o plano de Goiânia a integra expressamente, o que enriquece o tratamento da matéria patrimonial naquele município.

O plano, por outro lado, não apresenta ele próprio um mapeamento das áreas de entorno já reconhecidas e deixa para legislação municipal posterior a sua concretização.

Por outro lado, a lei segue com a indicação de diversos instrumentos urbanísticos úteis no tratamento e salvaguarda do patrimônio cultural (art. 135 a 164).

Dentre os referidos instrumentos, os institutos da preempção, disciplinada no art. 138; outorga onerosa, disciplinada no art. 146; transferência do direito de construir, disciplinada no art. 157, e operações consorciadas, disciplinada no art. 160, tocam diretamente o tema²⁴⁵⁴, configurando-se enquanto meios de *salvaguarda secundária* do patrimônio.

²⁴⁵² Cf. Lei Complementar Municipal de Goiânia n. 171/2007, de 29 de maio. Disponível em: <<http://www.camaragyn.go.gov.br/UserFiles/plano%20diretor%20-%20publicacao%203-12-2008.pdf>>.

²⁴⁵³ Nesse item a Lei amplia o conceito de patrimônio que havia restringido no Artigo 9º.

²⁴⁵⁴ Cf. Lei Complementar Municipal de Goiânia n. 171/2007, de 29 de maio. Disponível em: <<http://www.camaragyn.go.gov.br/UserFiles/plano%20diretor%20-%20publicacao%203-12-2008.pdf>>.

Desses pontos concluímos que: não podemos afirmar, por outro lado, que Goiânia utilize o plano diretor como *meio primário de salvaguarda* do patrimônio cultural local (tutela). A lei assume um caráter extremamente programático, com eficácia, portanto, contida, o que esvazia essa função do plano.

Deve-se reconhecer, entretanto, que há um esforço do legislador em estabelecer a coordenação dos interesses urbanísticos e culturais, na medida em que se compromete a realizar ações típicas de uma *salvaguarda secundária*, ainda que em grande parte essa estratégia dependa de iniciativas posteriores da Administração.

5.4. Sudeste

5.4.1. São Paulo – São Paulo

São Paulo, capital do Estado de São Paulo, aprovou seu plano diretor estratégico através da Lei Municipal n. 13.430/2002, de 13 de setembro.

Como os demais planos analisados, o PDM de São Paulo apresenta-se dividido em Títulos, Capítulos, Seções e Subseções onde aborda questões relacionadas à distribuição e uso dos solos conformando-os a princípios do Estado Social.

O Título I dedica-se ao estabelecimento de conceitos, finalidades, abrangência e objetivos gerais do Plano Diretor Estratégico.

Nesse contexto, o plano é eleito instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano (art. 2º) e assinala a importância da coordenação de seus preceitos com os demais planos aprovados em instâncias superiores – nacional, regional e metropolitana (art. 2º, §3º).

Abarcando a totalidade do Município (art. 3º), define a função social da propriedade urbana (art. 3º, II) e estabelece prazos para o desenvolvimento de ações estratégicas e para o cumprimento das diretrizes propostas (art. 5º, I e II).

O PDM de São Paulo dá ênfase à erradicação da pobreza (art. 7º, I, II e III), o que compromete o solo a uma reforma urbana e ao acesso à moradia popular digna (art. 7º, VI); à cidade sustentável (art. 7º, IX), tratando da questão ambiental com destaque em diversos artigos e em capítulo especial (Capítulo III, Título II, art. 54 e ss); à distribuição dos encargos e benefícios da urbanização (art. 7º, V); o acesso à cidade a todos, beneficiando a inclusão social e a democratização do espaço (art. 7º, III), e à participação popular nos processos de planejamento e decisão, reforçando o aspecto democrático da política urbana atual (art. 7º, XII).

É objetivo geral do Plano Diretor Estratégico de São Paulo, entre outros de igual relevância, (art. 8º): “IV - elevar a qualidade do ambiente urbano, por meio da preservação dos recursos naturais e da proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural, urbanístico, arqueológico e paisagístico”. E, mais especificamente, dentro dos objetivos da Política urbana do Município (Capítulo III, art.9 e ss), encontra-se “Art.9º. (...) VI - **a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente e da paisagem urbana**”.

O mesmo artigo reforça, ainda, a função social que o Município deverá atender e implementar. O parágrafo único, inciso II do art. 9º elege como função municipal “garantir qualidade ambiental e paisagística” enquanto centro metropolitano e capital estadual.

Em seguida, no artigo que define as diretrizes da política urbana de São Paulo (art. 10º), destacamos a ênfase e o comprometimento da gestão urbanística com a “cidade sustentável” (art. 10º, inciso II), de maneira que se estabeleça entre os presentes e futuros habitantes um compromisso intergeracional²⁴⁵⁵ e novamente a “**proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e**

²⁴⁵⁵ “Art. 10 – A Política Urbana obedecerá às seguintes diretrizes: (...) II - a **utilização racional dos recursos naturais** de modo a garantir uma **Cidade sustentável**, social, econômica e ambientalmente, para as presentes e futuras gerações.” Cf. Lei Municipal de São Paulo n. 13.430/2002 de 13 de setembro. Disponível em: <http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/planejamento/plano_diretor/0003>.

construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e urbanístico” (art. 10º, inciso XI).

O Título II do Plano tece o que se compreende por políticas públicas, traçando objetivos, diretrizes e ações estratégicas (art. 14 e ss). O Capítulo II trata do desenvolvimento humano e qualidade de vida (art. 20 e ss) e, dentre os variados temas abordados (trabalho, educação, saúde, assistência social, esportes, segurança urbana, abastecimento e agricultura urbana), encontra-se uma Seção dedicada à cultura (art. 39 e ss).

A abordagem, nesse ponto do plano, abre um leque de ações diversificadas a serem implementadas pelo Município: estruturação municipal, promoção, incentivo e fruição da produção cultural (art. 39)²⁴⁵⁶; recuperação e revitalização de equipamentos culturais (art. 41, VI); criação de sistemas de identificação de bens tombados (valorização – art. 41, XIII); inventariação (art. 41, XV); educação cultural (art. 41, XVI); revitalização e mapeamento cultural (art. 41, XXI)²⁴⁵⁷.

Ainda no Título II, o plano abre o Capítulo III dedicado ao meio ambiente (art. 54 e ss), onde desenvolve na Seção II, das políticas de desenvolvimento urbano, os objetivos da política de urbanização, ficando clara a preocupação do planejador de São Paulo em conter o crescimento da cidade e promover a sustentabilidade desta ao eleger instrumentos como a renovação urbana (art. 76, IV) e a fiscalização afim de evitar assentamentos irregulares (art. 76, XIII).

A tendência ao reaproveitamento das áreas já urbanizadas e à contenção do crescimento insustentável deve ser, por outro lado, coordenada com os interesses do patrimônio cultural imóvel, como assinala o art. 77, inciso I²⁴⁵⁸.

²⁴⁵⁶ “**Seção VI - Da cultura - 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; **b)** garantir a todos os espaços e instrumentos necessários à **criação e produção** cultural; **c)** democratizar a gestão da cultura, estimulando a participação dos segmentos responsáveis pela criação e produção cultural nos processos decisórios, garantindo a formação e informação cultural do cidadão; **II** - assegurar o pleno funcionamento de equipamentos e serviços culturais municipais; **III** - construir políticas públicas de cultura e contribuir para a constituição de esfera pública da cultura com a participação da sociedade; **IV** - articular a política cultural ao conjunto das políticas públicas voltadas para a inclusão social, especialmente as educacionais e de juventude; **V** - apoiar manifestações culturais que se situam à margem da indústria cultural e dos meios de comunicação; **VI** - promover o aperfeiçoamento e valorização dos profissionais da área da cultura; **VII** - reformar e criar leis, instituições e mecanismos destinados ao financiamento e fomento à cultura; **VIII** - incentivar a cultura popular desenvolvida diretamente pela comunidade através das Escolas de Samba, blocos carnavalescos e outras manifestações.” Cf. Lei Municipal de São Paulo n. 13.430/2002 de 13 de setembro. Disponível em: <http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/planejamento/plano_diretor/0003>.

²⁴⁵⁷ “**Art. 41** - São ações estratégicas no campo da Cultura: **I** - elaborar o Plano Municipal de Cultura em conjunto com representações da sociedade civil e outros setores do governo; **II** - apoiar e participar da Conferência Municipal de Cultura envolvendo todos os segmentos culturais da Cidade de São Paulo; **III** - reorganizar e manter ativo o Conselho Municipal de Cultura, com a participação de todos os segmentos culturais; **IV** - garantir a inserção da política cultural no processo de orçamento participativo; **V** - estimular a ocupação cultural dos espaços públicos da Cidade; **VI** - **recuperar e revitalizar os equipamentos culturais** da Cidade, como teatros, centros culturais, bibliotecas, casas de cultura e centros de terceira idade; **VII** - construir nas regiões a ação cultural descentralizada, conjuntamente com movimentos sociais e agentes culturais; **VIII** - implantar unidades culturais nas regiões menos providas de recursos; **IX** - utilizar os equipamentos municipais – teatros, bibliotecas, centros culturais e casas de cultura – como espaços e mecanismos de descentralização e inclusão cultural; **X** - promover, de modo descentralizado, a realização de mostras de cinema, teatro e música; **XI** - ampliar o número de bibliotecas da rede municipal e implantar sistema de atualização permanente de seus acervos; **XII** - descentralizar apresentações dos corpos estáveis do teatro municipal; **XIII** - **criar sistemas de identificação visual de bens tombados e áreas históricas**; **XIV** - formar e ampliar público teatral através de acesso e encenações do repertório brasileiro e internacional; **XV** – inventariar e conservar monumentos e obras escultóricas em logradouros públicos; **XVI** – **informar e orientar** a população sobre patrimônio artístico, arquitetônico e cultural, incentivando assim sua fruição e preservação; **XVII** – **revitalizar edifícios de interesse histórico**, por meio de utilização para finalidade adequada à sua preservação e valorização; **XVIII** - preservar, atualizar, ampliar e divulgar a documentação e os acervos que constituem o patrimônio cultural do Município; **XIX** - trabalhar, em conjunto com a comunidade escolar, visando desenvolver programas de artes, da cultura, da cultura da paz e da solidariedade; **XX** - desenvolver, em conjunto com o Conselho Municipal do Idoso, projetos culturais que resgatem a dignidade e valorizem o papel do idoso na sociedade; **XXI** – estabelecer o mapeamento cultural com a contagem de equipamentos culturais públicos e privados nos distritos do Município.” Cf. Lei Municipal de São Paulo n. 13.430/2002 de 13 de setembro. Disponível em: <http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/planejamento/plano_diretor/0003>.

²⁴⁵⁸ “**Art. 77** – São diretrizes para a Política de Urbanização e Uso do Solo: **I** - a reversão do esvaziamento populacional, melhoria da qualidade dos espaços públicos e do meio ambiente, estímulo às atividades de comércio e serviços e **preservação e reabilitação do patrimônio arquitetônico** nas áreas subaproveitadas de urbanização consolidada; **II** - o

Dentre as ações estratégicas da política de urbanização e uso do solo (art. 78), devemos destacar a criação de “instrumentos urbanísticos para estimular a requalificação de imóveis e bairros protegidos pela legislação de bens culturais, adaptando-os para funções adequadas às suas características e preservando-os como elementos de referência para a população” (art. 78, inciso II). O planejamento territorial, nesse ponto, assume um dos aspectos de maior relevância da salvaguarda dos bens culturais que é o seu uso.

Dentro desse mesmo capítulo dedicado à política do meio ambiente e do desenvolvimento urbano, o plano estabelece uma subseção que trata especificamente do patrimônio histórico e cultural (art. 88 e ss), definindo objetivos e diretrizes a serem implementados (art. 88 e 89, respectivamente). São objetivos da política relativa ao patrimônio histórico e cultural **documentar, selecionar, proteger e promover a preservação, a conservação, a reciclagem, a revitalização e a divulgação** dos bens **tangíveis**, naturais ou construídos, assim como dos bens **intangíveis**, considerados patrimônios ou referências históricas ou culturais no âmbito do Município (art. 88).

São diretrizes para a política relativa ao Patrimônio Histórico e Cultural (art. 89): **I** - a elaboração de normas para a preservação de bens culturais; **II** - a revitalização de áreas degradadas em especial a área central e a área da estrada de ferro Perus-Pirapora assinalada no mapa nº 1 desta lei²⁴⁵⁹; **III** - a preservação e a identidade dos bairros; **IV** - a disponibilidade das informações sobre o patrimônio histórico-cultural à população; **V** - a sensibilização da opinião pública sobre a importância e a necessidade de preservação de seu patrimônio; **VI** - o incentivo à fruição e ao uso público dos imóveis tombados.

São ações estratégicas da política do Patrimônio Histórico e Cultural (art.90): **I** - **utilizar legislação municipal ou tombamento** para proteger bens culturais, vegetação significativa e referências urbanas; **II** - mapear e inventariar bens culturais e patrimônio ambiental, formando cadastro de dados informatizado; **III** - assegurar o adequado controle da interferência visual nas áreas envoltórias de imóveis preservados; **IV** - elaborar estudos e fixar normas para as áreas envoltórias de bens tombados, contribuindo para a preservação da paisagem urbana e racionalizando o processo de aprovação de projetos e obras; **V** - incentivar a preservação do patrimônio por meio de mecanismos de transferência de potencial construtivo e implementar política de financiamento de obras e de isenções fiscais; **VI** - criar mecanismos de captação de recursos em áreas de interesse histórico ou cultural, visando à sua preservação e revitalização; **VII** - incentivar a participação e a gestão da comunidade na pesquisa, identificação, preservação e promoção do patrimônio histórico, cultural, ambiental e arqueológico; **VIII** - organizar sistema de informações e de divulgação da vida cultural e da história da Cidade; **IX** - promover a instalação de centros de memória dos bairros, favorecendo a preservação de sua identidade, história e cultura.

Em seguida, o plano abre o Título III, onde trata do Plano Urbanístico e Ambiental propriamente dito, estabelecendo seus elementos estruturadores e integradores (Capítulo I, art. 101 e ss), as regras de uso e ocupação do solo (Capítulo II, art. 146 e ss) e um capítulo dedicado aos instrumentos de gestão urbana e ambiental (Capítulo III, art. 198 e ss).

Nesse título nos interessa comentar o Capítulo II, que se dedica ao uso e ocupação do solo. Na Seção II, o plano define o macrozoneamento (art. 147 e ss), dividindo a cidade de São Paulo em uma macrozona de proteção ambiental (art. 147, I) e uma macrozona de estruturação e qualificação urbana (art. 147, II). As macrozonas são definidas na parte regulamentar do plano e também em mapas que integram a lei (art. 147, §1º).

Na Seção III, o plano estabelece o zoneamento da cidade (art. 159 e ss), onde estabelece os usos e os coeficientes de aproveitamento.

Ainda na Seção III, o plano estabelece as zonas especiais (art. 167 e ss), que são

controle do adensamento construtivo em áreas com infra-estrutura viária saturada ou em processo de saturação; **III** - a promoção de adensamento construtivo e populacional em áreas de urbanização em desenvolvimento com capacidade de suporte da infra-estrutura instalada.” Cf. Lei Municipal de São Paulo n. 13.430/2002 de 13 de setembro. Disponível em: <http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/planejamento/plano_diretor/0003>.

²⁴⁵⁹ O plano reconhece concretamente o interesse cultural da estrada de ferro Perus-Pirapora e assume expressamente a função de revitalização, que integra o conceito mais amplo de salvaguarda do patrimônio cultural.

porções do território com diferentes características ou com destinação específica e normas próprias de uso e ocupação do solo, edificação, situadas em qualquer macrozona do Município, compreendendo: **I** - Zonas Especiais de Preservação Ambiental (ZEPAM); **II** - Zonas Especiais de Preservação Cultural (ZEPEC); **III** - Zonas Especiais de Produção Agrícola e de Extração Mineral (ZEPAG); **IV** - Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS).

A ZEPEC

As Zonas de Preservação Cultural (ZEPECs) (art. 168, Plano Diretor) “são porções do território destinadas à preservação, recuperação e manutenção do patrimônio histórico, artístico e arqueológico, podendo se configurar como sítios, edifícios ou conjuntos urbanos.”

As ZEPECs são detalhadas na Lei Municipal n. 13.885/2004, de 25 de agosto, conhecida como Lei de Zoneamento do Município de São Paulo.

A Lei de Zoneamento estabelece 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 de São Paulo.

Segundo o art. 114 da Lei de Zoneamento, pelas suas características diferenciadas, as ZEPECs classificam-se em três subgrupos²⁴⁶⁰:

I – Bens imóveis representativos (BIR): imóveis ou conjunto de imóveis de caráter histórico ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico, inclusive os que tenham valor referencial para a comunidade;

II – Áreas de urbanização especial (QUE): conjuntos urbanos com características homogêneas de traçado viário, vegetação e índices urbanísticos, que constituem formas de urbanização de determinada época, que devem ser preservados por suas qualidades ambientais;

III – Áreas de proteção paisagística (APP): sítios e logradouros com características ambientais, naturais ou antrópicas, tais como: parques, jardins, praças, monumentos, viadutos, pontes, passarelas e formações naturais significativas, entre outras.

Os usos dos imóveis inseridos em ZEPEC são os mesmos permitidos para as zonas de uso e categorias das vias em que se situam, porém a intervenção nesses imóveis será regulamentada pelo governo local, prevalecendo, no caso de contradição, as normas dos órgãos oficiais de salvaguarda dos bens culturais.

Nesse sentido, toda reforma, demolição, corte de vegetação e novas edificações em imóveis enquadrados como ZEPEC ficam sujeitos à prévia autorização da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano (SEMPULA). Os pedidos para autorização de intervenções serão apreciados em 90 dias pelo órgão municipal responsável, prazo em que aquele ente municipal deverá obter, se for o caso (se houver medida especial que incida sobre o bem em questão), parecer dos órgãos de salvaguarda de bens culturais de nível municipal, estadual ou federal (na ocasião dos bens serem também tutelados por estas entidades administrativas).

Os imóveis ou áreas tombadas ou preservadas por legislação municipal, estadual ou federal, bem como os imóveis classificados por Lei Municipal, enquadram-se como ZEPEC (art. 168, §1º, do Plano Diretor).

De fato, no art. 115, inciso I, da Lei de Zoneamento, é possível auferir o enquadramento como ZEPEC de todos os imóveis ou áreas tombadas ou preservadas de alguma maneira por órgão municipal, estadual ou federal. Da mesma forma, o inciso II do mesmo artigo indica expressamente as leis municipais que reconhecem o valor cultural de alguns imóveis, incluindo-os no conceito de ZEPEC. E, por fim, e mais relevante para nossa análise, o inciso III, do art. 115 da Lei de Zoneamento

²⁴⁶⁰ Cf. BERNARDES, Claudio. **Plano Diretor Estratégico, Lei de Zoneamento e a Atividade Imobiliária em São Paulo**. São Paulo: O nome da rosa, 2005. p. 75 e ss.

menciona quadro descritivo onde se encontram numerosos imóveis reconhecidos pela Lei como ZEPEC.

Nesse sentido, as ZEPECs são, a nosso entender, uma *via primária de salvaguarda do patrimônio cultural*, podendo abranger não somente os bens já tombados por legislações específicas, como também outros que se enquadrem nos requisitos estabelecidos no plano diretor (ser bem cultural, histórico, artístico, arqueológico etc) (ex: Quadro 6, anexo da Lei de Zoneamento Municipal)²⁴⁶¹.

Por fim, cabe comentar que no Capítulo III, do Título III, onde estão definidos os instrumentos de gestão urbana e ambiental (art. 198 e ss), o Município adota como instrumento urbanístico: “XI - tombamento e inventários de imóveis, conjuntos urbanos, sítios urbanos ou rurais, acompanhados da definição das áreas envoltórias de proteção e instituição de zonas especiais de interesse social (art. 198, XI)”.

Desses pontos concluímos que: o zoneamento das áreas tombadas ou que detenham reconhecidamente um interesse cultural é assumido tanto como *via primária* quanto *via secundária* de salvaguarda, o que demonstra que o planejamento urbano paulista assume tanto a *coordenação das políticas* culturais e urbanísticas com vistas a sua integração, quanto mais especificamente a *tutela dos bens culturais*.

5.5. Sul

5.5.1. Porto Alegre – Rio Grande do Sul

O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre (PDDUA) em vigor foi instituído pela Lei Complementar Municipal n. 434/99. A Lei de 99 veio substituir o primeiro Plano Diretor da Cidade, datado de 1979, instaurado através da Lei Complementar n. 43/79.

Ainda que elaborado antes da aprovação da Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), o plano de Porto Alegre é considerado bastante atualizado e já atende às disposições daquela norma federal. O Plano de Porto Alegre sempre foi, em verdade, tomado como referência nacional para a implantação de uma política territorial democrática e organizada, de maneira que suas determinações são coerentes com os princípios da Lei nacional, restando em vigor sem grandes alterações.

Como a maior parte dos demais planos analisados, o PDDUA de Porto Alegre é dividido em Partes, Títulos, Capítulos, Seções e Subseções, onde se organizam as referências da política de desenvolvimento urbano e ambiental do município.

A lei gaúcha é uma das primeiras a contemplar estratégias ambientais e urbanísticas de maneira conexa e estruturada. A parte programática do PDDUA começa a tratar do aspecto ambiental do plano logo no art. 2º:

Art. 2º O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental incorpora o enfoque ambiental de planejamento na definição do modelo de desenvolvimento do Município, das diretrizes e das estratégias para a execução de planos, programas e

²⁴⁶¹ “Subseção II – Das Zonas Especiais de Preservação Cultural (ZEPEC). Art. 114. As Zonas de Preservação Cultural – ZEPEC são áreas do território destinadas a preservação, recuperação e manutenção do patrimônio histórico, artístico, arqueológico, podendo se configurar como sítios, edifícios ou conjuntos urbanos. Art. 115. Ficam enquadrados como ZEPEC: I – os imóveis ou áreas tombados ou preservados por órgão municipal, estadual e federal; II. Os imóveis referidos nos quadros 8M da Lei n. 9.725, de 02.07.84; 8B da Lei n. 8.328, 02.12.75; 8C da Lei n.8.769, de 31.08.78 e 8D da Lei n.8.848, de 20.12.78, bem como os referidos nos artigos 1º das Leis n.s 10.737, de 12.07.89 e 10.759, de 05.10.89, ficando extinta a denominação Z8-200, mantendo sua ordem seqüencial, tendo definidos seus níveis de preservação e o subgrupo a que pertencem através de decreto, bem como as normas a orientar as intervenções, respeitada orientação dos órgãos oficiais de preservação; III - os imóveis descritos no Quadro 06 do anexo a esta parte desta lei. Parágrafos. Os imóveis indicados pelas Subprefeituras nos Livros anexos à parte II desta lei deverão ser encaminhados para análise do órgão competente de preservação do patrimônio e, poderão ser enquadrados como ZEPEC mediante parecer favorável na revisão do Plano Diretor Estratégico prevista para 2006, ou por meio de lei específica.” Cf. BERNARDES, Claudio. **Plano Diretor Estratégico, Lei de Zoneamento e a Atividade Imobiliária em São Paulo**. São Paulo: O nome da rosa, 2005. p. 211 e ss.

projetos, enfatizando a participação popular, a sustentabilidade econômica, social e ambiental²⁴⁶².

Definidos os princípios e assumido o aspecto inafastavelmente ambiental do planejamento territorial (art. 1º e 2º), a lei abre o Título II para tratar da estruturação urbana (art. 4º e ss).

Dentro do tema da estruturação, o Capítulo IV (art. 13 e ss) esmiuça a noção de qualificação ambiental e assume um conceito amplo de ambiente, integrando no patrimônio ambiental o que se compreende por patrimônio cultural e natural (art. 13).

Em seguida o art. 14 traz o conceito de patrimônio cultural propriamente dito:

Art. 14. Integra o Patrimônio Cultural, para efeitos desta Lei, o conjunto de bens imóveis de valor significativo – edificações isoladas ou não –, ambiências, parques urbanos e naturais, praças, sítios e paisagens, assim como manifestações culturais – tradições, práticas e referências, denominados de bens intangíveis –, que conferem identidade a estes espaços.

O conceito adotado pela lei municipal é amplo e engloba manifestações materiais e imateriais da cultura local.

Por outro lado, o parágrafo único do referido artigo transfere a tutela ou identificação dos bens culturais a dois outros instrumentos jurídicos: tombamento e/ou inventariação:

Parágrafo único. As edificações que integram o Patrimônio Cultural são identificadas como Tombadas e Inventariadas de Estruturação ou de Compatibilização, nos termos de lei específica, observado que: de Estruturação é aquela que por seus valores atribui identidade ao espaço, constituindo elemento significativo na estruturação da paisagem onde se localiza; de Compatibilização é aquela que expressa relação significativa com a de Estruturação e seu entorno, cuja volumetria e outros elementos de composição requerem tratamento especial.

Essa postura da lei nos parece criticável, tendo em vista que o patrimônio cultural poderia ser ele também identificado pelo próprio plano diretor, para além dos meios anotados pelo legislador, ampliando-se, assim, as vias de salvaguarda do bem cultural.

Entretanto, segundo confirmam comentários de Graeff²⁴⁶³, arquiteta da equipe de patrimônio histórico e cultural da Secretaria Municipal da Cultura e coordenadora do Grupo de Patrimônio Ambiental e Cultural do 2º PDDUA de Porto Alegre, “todos os bens que constituem o Patrimônio Cultural serão identificados através de inventários, com critérios próprios de seleção. O inventário, portanto, passa a ser reconhecido como instrumento de conhecimento.”

O plano segue, por outro lado, estabelecendo princípios e orientações que deverão ser observados no trato dos bens culturais encontrados no solo municipal, deixando claro que o planejador territorial deverá atuar no sentido de promover a proteção, conservação e valorização do patrimônio (*salvaguarda secundária*).

O artigo 17 estabelece a forma de implementação da estratégia de qualificação ambiental, incluindo as noções de :

I - **conceituação, identificação e classificação** dos espaços representativos do Patrimônio Ambiental, os quais deverão ter sua ocupação e utilização disciplinadas; II - **valorização do Patrimônio Ambiental** como espaços diversificados na ocupação do território, constituindo elementos de fortalecimento das identidades cultural e natural; III - **caracterização** do Patrimônio Ambiental como elemento

²⁴⁶² Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁶³ Cf. GRAEFF, Elena. **Patrimônio Cultural, a cidade e o plano diretor**. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm2/18.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

significativo da valorização da paisagem e da estruturação dos espaços públicos e, como tal, integrante do Programa de Espaços Abertos; IV- promoção de ações de saneamento, de monitoramento da poluição e de otimização do consumo energético; V - **aplicação de instrumentos urbanísticos e tributários com vistas ao estímulo à proteção** do patrimônio natural nas propriedades identificadas nos termos do § 3º do art. 32.

No intuito de executar as medidas de qualificação ambiental, o plano apresenta a via dos “programas”, ou ações governamentais especiais (art. 18). Dentre eles destacamos o “programa de valorização do patrimônio cultural” (inciso I, art. 18), que envolve ações e políticas que permitem identificar e classificar elementos de valor cultural, estabelecer diretrizes e desenvolver projetos com vistas ao resgate da memória cultural, tais como restauração, revitalização e potencialização de áreas significativas, e criar ou aperfeiçoar instrumentos normativos para incentivar a preservação.

Seguindo a técnica dos planos, a lei trata no Título III do “modelo espacial” (art. 26) de Porto Alegre. Ali se estabelece o conjunto de diretrizes de desenvolvimento urbano tendo em vista as estratégias definidas anteriormente.

O §1º do art. 26 merece alguns comentários. Nesse item, a lei declara que “todo o território de Porto Alegre é **cidade**”. O legislador quis com isso dizer que o plano deverá englobar a totalidade do município e tratar da função social e urbanística das propriedades, inclusive aquelas em que a ocupação é rarefeita. A lei distingue, portanto, ocupação intensiva de ocupação rarefeita e divide as Áreas de acordo com esse critério.

O Capítulo I, do Título III (art. 27) trata das áreas de ocupação intensiva e rarefeita conceituando a primeira como “área que, conciliada com a proteção do Patrimônio Ambiental, se caracteriza como prioritária para fins de urbanização” (art. 27, §1º). As áreas de ocupação intensiva do Município estão indicadas no mesmo artigo e no anexo 1.1. da lei.

Em seguida, estão as áreas de ocupação rarefeita que se caracterizam pelas

características de baixa densificação, onde será dada predominância à proteção da flora, da fauna e demais elementos naturais, admitindo-se, para a sua perpetuação e sustentabilidade, usos científicos, habitacionais, turísticos, de lazer e atividades compatíveis com o desenvolvimento da produção primária (art. 27, §2º).

As áreas de ocupação intensiva e rarefeita, por sua vez, dividem-se em unidades de estruturação urbana, macrozonas e regiões de gestão do planejamento (art. 28).

O Capítulo II, do Título III (art. 29 e ss) divide o território do município em nove macrozonas²⁴⁶⁴. Dentre elas destacamos a **Macrozona 1**, intitulada “Cidade Radiocêntrica”, que identifica o Centro Histórico e reconhece a necessidade de proteção do patrimônio cultural imóvel (art. 29, I), e a **Macrozona 4**, intitulada “Cidade da Transição”, compreendendo a Cidade Radiocêntrica e a

²⁴⁶⁴ “Art. 29. As Macrozonas dividem o território municipal em: Macrozona 1 - Cidade Radiocêntrica: engloba o território compreendido pelo Centro Histórico e sua extensão até a III Perimetral, constituindo a área mais estruturada do Município, com incentivo à miscigenação e proteção ao patrimônio cultural; (...) IV - Macrozona 4 - Cidade da Transição: compreendida entre a Cidade Radiocêntrica e a Cidade Jardim, devendo manter suas características residenciais, com densificação controlada e valorização da paisagem. Constitui marco estruturador desta Macrozona o Corredor de Centralidade Cavallhada/Tristeza, que faz conexão entre bairros, sendo limitado longitudinalmente pelas ruas Dr. Barcellos e Pereira Neto. V - Macrozona 5 - Cidade Jardim: caracteriza-se pela baixa densidade, pelo uso residencial predominantemente unifamiliar e elementos naturais integrados às edificações, com especial interesse na orla do Guaíba; (...) VIII - Macrozona 8 - Cidade Rururbana: área caracterizada pela predominância de patrimônio natural, propiciando atividades de lazer e turismo, uso residencial e setor primário, compreendendo os núcleos intensivos de Belém Velho, Belém Novo e Lami, bem como as demais áreas a partir da linha dos morros da Companhia, da Polícia, Teresópolis, Tapera, das Abertas e Ponta Grossa; IX - Macrozona 9 - Parque Estadual Delta do Jacuí: área de preservação do patrimônio natural, que constitui elemento fundamental para o processo de desenvolvimento sustentado e inclui o Núcleo de Ocupação Intensiva da Ilha da Pintada, devendo ser valorizada através da utilização do solo compatível com a sua função no equilíbrio ambiental da cidade. Parágrafo único. As macrozonas estão representadas na fig. 10.” Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>.

Cidade Jardim, com ênfase no controle do uso compatível com a salvaguarda do patrimônio e a valorização da paisagem (art. 29, IV).

O Capítulo III (art. 30) trata dos elementos estruturadores do modelo espacial e cita, dentre eles, o centro histórico da cidade, inserindo o patrimônio cultural imóvel no contexto da dinâmica da cidade como um todo. O §1º, do mesmo artigo, descreve o centro histórico como

área de urbanização mais antiga do território do Município, com limites entre o lago Guaíba e o contorno da I Perimetral, desenvolvendo-se como um espaço de diversidade comercial, que contém equipamentos públicos e privados, instituições financeiras, parte da área portuária e concentração de áreas e bens de interesse cultural (art. 30, §1º).

Para além das macrozonas, o plano gaúcho também estabelece as zonas de uso (art. 31 e ss). As zonas de uso representam parcelas do território municipal, propostas com as mesmas características, em função de peculiaridades a serem estimuladas (art. 32). As zonas são agrupadas de acordo com determinadas noções (art. 31) e distintas em categorias (art. 32).

Das noções trazidas pela lei, destacamos a noção de zona de “manutenção do patrimônio ambiental” (art. 31, VI), lembrando que no conceito de ambiente incluem-se os patrimônio cultural e natural. Nesse sentido, a manutenção do patrimônio ambiental se realizará na medida em que o patrimônio cultural e natural forem salvaguardados.

Das categorias de zona, destacam-se a **Áreas de Interesse Cultural**, “zonas que apresentam ocorrência de patrimônio cultural representativo da história da cidade, com características físicas ou não, que lhes conferem um caráter excepcional” (art. 31, IV).

Segundo comentários feitos a lei por Graeff²⁴⁶⁵, as **Áreas de Interesse Cultural** substituem as Áreas Funcionais de Interesse Paisagístico e Cultural existentes no 1º PDDU, mantendo seu caráter de excepcionalidade e, como tal, exigindo tratamento diferenciado através de regimes urbanísticos próprios. Essas “Afs” originais serão reavaliadas, podendo ocorrer alterações nos seus limites e inclusive a extinção, em situações onde não mais existirem as características que justificaram, na época, o tratamento especial a elas aferido. Além disso, como consequência dos novos conceitos adotados, novas áreas foram identificadas, para as quais serão fornecidos regimes urbanísticos e limites precisos em prazo estipulado pela lei²⁴⁶⁶ (180 dias da aprovação da Lei Complementar de 99, segundo art. 161 do Plano Diretor).

Voltando à análise da Lei Complementar, após tratar de maneira geral do zoneamento da cidade, o plano abre uma segunda parte (art. 33 e ss) de suas disposições, configurando o sistema de planejamento.

É assim que no Título I está previsto o Sistema Municipal de Gestão do Planejamento (art. 33 e ss); no Título II, os componentes do sistema de planejamento (art. 35 e ss); no Título III, os instrumentos do Plano Diretor (art. 42 e ss), e no Título IV, os instrumentos de regulação para a intervenção no solo (art. 49 e ss).

Dentro do Título IV, que trata dos instrumentos de regulação para a intervenção no solo, destacamos o Capítulo VII, que trata dos equipamentos urbanos e das áreas especiais (art. 72 e ss). O artigo 73, do Capítulo VII, conceitua as áreas de interesse ambiental como

aquelas que exigem regime urbanístico específico, condicionado a suas peculiaridades no que se refere a características locais, forma de ocupação do solo e valores ambientais, classificando-se em: I - Áreas Especiais de Interesse

²⁴⁶⁵ Cf. GRAEFF, Elena. **Patrimônio Cultural, a cidade e o plano diretor**. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm2/18.htm>>.

²⁴⁶⁶ Segundo o próprio plano diretor (art. 161), a municipalidade possui 180 dias para definir os limites das áreas e lugares de interesse cultural previstos no art. 32, IV e art. 86, §2º. De fato, através do Decreto n. 12.719, de 23 de março de 2000, o Município dispôs acerca das **Áreas Especiais de Interesse Cultural**, no que se refere a criação de subunidades e compatibilização de regime urbanístico, de acordo com as disposições da Lei Complementar n. 434 de 1999, que instituiu o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental. cf. Decreto n. 12.719, de 23 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/dec12719.htm>>.

Institucional; II - Áreas Especiais de **Interesse Urbanístico**; III - Áreas Especiais de **Interesse Ambiental**.

Segundo esmiuça os parágrafos que seguem do art. 73,

§1º Nas Áreas Especiais, até a definição do regime urbanístico próprio, por lei específica, será concedido licenciamento para parcelamento do solo, uso e edificação, através de Projetos Especiais, resguardadas as condições ambientais desejáveis, não podendo acarretar prejuízo aos valores ambientais intrínsecos que determinaram a instituição da Área Especial de que se trata. §2º Após a instituição de Área Especial, o Poder Executivo enviará à Câmara Municipal projeto de lei definindo o seu regime urbanístico, no prazo máximo de 01 (um) ano.

As áreas especiais de Interesse urbanístico, por sua vez, dividem-se em “ I - Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS); II - Áreas Urbanas de Ocupação Prioritária (AUOP); III - Áreas de Contenção ao Crescimento Urbano (ACCRU); IV - **Áreas de Revitalização**” (art. 75).

As áreas de revitalização são

I - os setores urbanos que, pelo seu significativo **Patrimônio Ambiental** ou pela sua relevância para a cidade, devam ter tratamento diferenciado a fim de **valorizar suas peculiaridades, características e inter-relações**; II - áreas que integrem projetos, planos ou programas especiais, e que, visando à otimização de seu aproveitamento e à reinserção na estrutura urbana, atenderão às normas específicas definidas (art. 81).

O reconhecimento/tutela e o regime de áreas de revitalização se dará mediante lei apartada do Plano Diretor (art. 82)²⁴⁶⁷.

A lei identifica, entretanto, algumas áreas, reconhecendo o interesse cultural que aportam. O regime dessas áreas é remetido a lei especial municipal futura (art. 83)²⁴⁶⁸. Por outro lado, o próprio plano estabelece no que se refere ao **centro histórico**, limites e um regime especial de aplicação imediata (art. 84)²⁴⁶⁹.

²⁴⁶⁷ “**Art. 82.** As Áreas de Revitalização serão instituídas por lei e detalhadas por resolução do Conselho Municipal do Desenvolvimento Urbano Ambiental, observado o disposto no art.164.” cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁶⁸ “**Art. 83.** Ficam identificadas, entre outras, as seguintes Áreas de Revitalização: I - **Centro Histórico** - local de origem da cidade e de concentração de grande diversidade de atividades urbanas; deverá ser objeto de plano específico envolvendo a multiplicidade de situações que o caracterizam.” Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁶⁹ “**Art. 84.** Quanto ao **Centro Histórico**, observar-se-á: I - **vedação** de bancos e postos de abastecimento, em pavimentos térreos dos prédios localizados nos logradouros para tanto identificados no Anexo 5.8; II - **permissão da atividade bancos** nos pavimentos térreos dos prédios nas demais ruas, quando, em seu conjunto, consideradas as testadas dos imóveis sobre os quais acederem, não ultrapassarem 25% (vinte e cinco por cento) da testada do quarteirão; III - **a edificação de garagens atenderá o disposto no Anexo 10**; IV - **a identificação de novos logradouros, além dos relacionados no Anexo 5.8, far-se-á mediante lei específica**; V - as atividades existentes em pavimento térreo, nos locais com limitação de uso, poder-se-ão realocar neste perímetro, desde que não implique aumento de polarização, sendo, neste caso, dispensada a aplicação do disposto no inciso I deste artigo; VI - nos bancos localizados em Edificações de Estruturação não incide a **limitação de uso** das testadas prevista no inciso II; VII - em Edificações de Estruturação localizadas nos logradouros referidos no inciso I e na situação prevista no inciso VI, a atividade bancos será permitida - a critério do SMGP e ouvido o Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural (COMPAHC) - inclusive em pavimento térreo, desde que os interessados restaurem e conservem as características originais do prédio e, no caso de o mesmo estar restaurado, contribua para o Fundo Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural - FUMPAHC; Parágrafo único. A aplicação do disposto no inciso VII é condicionada aos seguintes parâmetros: I - a aprovação final do projeto e liberação do alvará de localização e funcionamento são condicionadas ao prévio depósito junto ao FUMPAHC, com destinação específica à recuperação de bens culturais; II - a doação a que se refere o inciso VII deste artigo deverá ter como base de cálculo o custo de construção diretamente proporcional à área do pavimento térreo a receber a atividade.” Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

Na sequência, o plano abre a Seção III, dedicada às **Áreas Especiais de Interesse Ambiental** (art. 86 e ss), onde toca novamente no tema do patrimônio cultural, situando, dentre elas, as **Áreas de Interesse Cultural** (art. 86, II)²⁴⁷⁰.

A lei cria, nesse ponto, três níveis de abordagem das áreas especiais de interesse ambiental: “**áreas**”, “**lugares**” e “**unidades de interesse**”²⁴⁷¹, conforme escalas diferentes de incidência e coordenação dos bens culturais e ambientais identificados (art. 86, §1º)²⁴⁷².

O art. 87, por sua vez, estabelece penalidades nos casos de infrações cometidas contra os bens culturais e ambientais identificados nas Áreas de Interesse Ambiental²⁴⁷³. Segundo essa norma, os bens inseridos nas áreas definidas não podem ser alterados de forma alguma (modificação, destruição, remoção, desfiguração ou o desvirtuamento), sob pena de aplicação das penalidades ali descritas.

Em seguida, o plano dispõe novamente sobre as Áreas de Interesse Cultural, especificamente na Subseção II (art. 92 e ss), desta vez inseridas no contexto das “III - Áreas Especiais de **Interesse Ambiental**”, mencionadas no art. 73, inciso III do Capítulo VII.

Segundo o art. 92, as **Áreas de Interesse Cultural** “são áreas que apresentam ocorrência de Patrimônio Cultural que deve ser preservado a fim de evitar a perda ou o desaparecimento das características que lhes conferem peculiaridade” (destacamos).

O §2º, por sua vez, define a via através da qual as áreas, lugares e unidades serão **identificadas**:

§2º A preservação de Áreas, Lugares e Unidades far-se-á pela definição de regime urbanístico específico, por **tombamento e inventário**. E o §4º completa: “§4º A identificação das áreas e dos bens que constituem Patrimônio Cultural será **objeto de estudos** específicos baseados no Inventário do Patrimônio Cultural, observados o valor histórico, a excepcionalidade, os valores de representatividade, de referência, arquitetônico, simbólico, práticas culturais, tradições e heranças, levando ainda em

²⁴⁷⁰ “**Art. 86.** A identificação de **Áreas Especiais de Interesse Ambiental** visa ao cumprimento das diretrizes constantes na Lei Orgânica do Município referentes às políticas de preservação dos patrimônios cultural e natural e dividem-se em: I - Áreas de Proteção do Ambiente Natural; II - **Áreas de Interesse Cultural.**” Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁷¹ “Art. 86. (...) §1º A abordagem das Áreas Especiais de Interesse Ambiental, nas Áreas de Ocupação Intensiva e Rarefeita, ocorrerá em três níveis, a partir da abrangência espacial e de suas peculiaridades: I - **Áreas de Interesse Ambiental** - são porções de território com características culturais ou naturais diferenciadas que estruturam a paisagem ou constituem ecossistemas importantes, atribuindo-lhes identidade, com repercussões em nível macro na cidade; II - **Lugares de Interesse Ambiental** - são porções de território, situados ou não em Áreas, que permitem identificar a ocorrência de conjuntos de elementos culturais ou naturais relacionados entre si, que, por seus valores, são passíveis de ações de preservação; III - **Unidades de Interesse Ambiental** - são elementos pontuais, naturais ou culturais, que possuem valor significativo passível de ações de preservação. §2º Através de lei, poderão ser instituídas novas Áreas de Interesse Cultural e de Proteção do Ambiente Natural com definição de limites e regime urbanístico próprios. §3º As intervenções em Áreas Especiais de Interesse Ambiental serão objeto de Estudo de Viabilidade Urbanística, constituindo Projeto Especial. §4º VETADO. §5º Deverão ser criados critérios claros, objetivos e padrões diferenciados que ressalvem a supremacia dos elementos naturais sobre os de construção na Área de Ocupação Rarefeita na qual a conservação das condições naturais contribua para a manutenção e equilíbrio dos ecossistemas.” Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁷² Segundo Graeff, a nova abordagem dos espaços físicos que demandam tratamento diferenciado levou à criação dos lugares e unidades de interesse para preservação, em função de escalas diferentes. A relação das unidades ainda se fará em forma de listagem, agora denominados bens inventariados, de estruturação e compatibilização, substituindo as de interesse sociocultural e de adequação volumétrica, respectivamente. Cf. GRAEFF, Elena. Patrimônio Cultural, a cidade e o plano diretor. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm2/18.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁷³ “**Art. 87.** A modificação não autorizada, a destruição, a remoção, a desfiguração ou o desvirtuamento da feição original, no todo ou em parte, em Áreas Especiais, Lugares e Unidades de Interesse Ambiental, sujeita o infrator às seguintes penalidades: I - interdição de atividade ou utilização incompatíveis com os usos permissíveis; II - embargo da obra; III - obrigação de reparar os danos que houver causado ou restaurar o que houver danificado ou reconstituir o que houver alterado ou desfigurado; IV - demolição ou remoção de objeto que contrarie os objetivos de preservação; V - em caso de destruição de edificação Tombada e Inventariada de Estruturação, sem autorização do Poder Executivo, o imóvel terá o potencial construtivo limitado ao equivalente à área construída existente anteriormente à destruição; VI - aplicação de multa nos termos da lei.” Cf. Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 434/99. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

consideração as relações físicas e culturais com o entorno e a necessidade de manutenção de ambientação peculiar.

Já comentamos anteriormente a posição do Plano de Porto Alegre acerca da via de identificação dos bens culturais. Compreendemos que o plano em si é uma legislação robusta, de grande alcance e longo período de elaboração. Ocorre que, no momento de sua elaboração ou revisão, é possível identificar e, portanto, incluir, as referidas áreas de interesse cultural ou ambiental, no corpo normativo que se está a produzir, dando ao plano um efeito prático e um alcance de dimensões ampliadas. Da mesma maneira, as revisões posteriores, por outro lado, podem ocorrer e se consubstanciam mediante leis municipais com rigor semelhante. Nesse sentido, tais leis poderiam, em nosso entender, indicar as áreas de interesse cultural, traçando-lhes um regime especial ou apenas submetendo-as ao regime definido para cada zona já determinada no Plano Diretor.

Entretanto, o legislador gaúcho não deixa muito clara a aplicabilidade imediata da norma urbanística, favorecendo interpretações contraditórias²⁴⁷⁴.

Para concluir a análise da parte regulamentar do Plano Diretor de Porto Alegre, cumpre dizer que a Parte III da lei estabelece o Regime do Plano Regulador, instituindo no Título I, as normas gerais do regime urbanístico (art. 94 e ss), distribuídas nos Capítulos I, que trata do regime das atividades (art. 99 e ss); Capítulo II, do Controle das Edificações (art. 104 e ss), e o Capítulo III, do parcelamento do Solo (art. 134 e ss), dentre o qual destacamos a disciplina do loteamento (art. 143), desmembramento (art. 149), fracionamento (art. 151), edificação no parcelamento do solo (art. 153). Por fim, a Parte IV da Lei se dedica às disposições finais e transitórias (art. 159 e ss).

Encontramos, ainda, no Anexo 3, a identificação de áreas especiais de interesse cultural na área central e, no Anexo 5, que trata do grupamento de atividades, zonas de uso específicas do patrimônio cultural. O Anexo 6, por sua vez, traz índices de aproveitamento relacionados ao patrimônio cultural, e o Anexo 7 estabelece índice volumétrico para esse tipo de área.

Após a aprovação do PDDUA de Porto Alegre alguns decretos foram aprovados tocando a matéria do patrimônio cultural da cidade. São eles o Decreto n. 12.719, de 23 de março de 2000, o Decreto n. 14.126, de 28 de fevereiro de 2003, e o Decreto n. 14.530, de 14 de abril de 2004.

O **Decreto n. 12.719/00** dispõe sobre as Áreas Especiais de Interesse Cultural, no que se refere à criação de subunidades e compatibilização de regime urbanístico, de acordo com as disposições da Lei Complementar n. 434 de 1999, que institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental. O **Decreto n. 14.126/03** altera os limites da Área Especial de Interesse Cultural – Bairro Pedra Redonda, com base no artigo 163, inciso VII da Lei Complementar n. 434, de 1º de dezembro de 1999. O **Decreto n. 14.530/04** dispõe sobre as Áreas Especiais de Interesse Cultural previstas no art. 92 do PDDUA e explicita parâmetros para aprovação de projetos nas respectivas áreas.

As áreas de interesse cultural deverão ser identificadas pela Prefeitura Municipal de forma a definir para cada “lugar” as diretrizes de uso e ocupação do solo e da morfologia de seus espaços, valorizando e promovendo a preservação do patrimônio ambiental aí localizado. Deverão ser consideradas as diretrizes gerais de uso e ocupação do solo urbano da cidade, que devem estipular, para cada área selecionada, todas as características volumétricas, os usos e sua distribuição e demais especificações arquitetônicas, paisagísticas ou urbanísticas necessárias à digna valorização dos bens culturais e seus entornos, servindo como guia obrigatório dos projetos a serem aprovados pelo Poder Público Municipal. Deverão, também, servir de base para o estabelecimento de regimes específicos a cada área e orientarão a aprovação de projetos pelo Município²⁴⁷⁵.

O plano gaúcho é rico e resulta de um processo contínuo de análise e envolvimento popular. É possível auferir de seus termos que não se trata de um plano distante e formal, mas de um acordo explícito entre população e administração pública. A política do Rio Grande do Sul tem sido

²⁴⁷⁴ Nesse sentido: GUIMARAENS, Maria Etelvina B. Parecer n. 1114/05. Assunto: **Preservação do Patrimônio Cultural**. Imóvel Inventariado de Estruturação. Aplicação do parágrafo 7º do art. 107 da LC 434. Processo n. 02.246681.3, apresentado pela Procuradoria Municipal do Município de Porto Alegre.

²⁴⁷⁵ Cf. CABRAL, Gilberto; ALMEIDA, Maria Soares de. **Instrumentos de Intervenção propositiva no planejamento de Porto Alegre**. Disponível em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm2/17.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

comprometida com uma visão de esquerda que vem predominando nas últimas décadas, o que favoreceu a participação popular e enriqueceu os planos elaborados.

Desses pontos concluímos que: no que se refere à *tutela do bem cultural via plano diretor*, devemos dizer que o PDDUA de Porto Alegre não assume tal tarefa explicitamente, ainda que em relação a algumas áreas o faça claramente (área central e algumas áreas explicitadas em decreto). A opção do legislador é de deixar a cargo de lei posterior a identificação e regulamentação de áreas de interesse cultural e privilegiar instrumentos como o inventário para realizar tal tarefa.

Por outro lado, o plano é sensível aos demais elementos de salvaguarda (proteção, conservação e valorização), assumindo nesse sentido a diretriz exposta no inciso XII, do art. 2º da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da cidade), consagrando-se enquanto *meio secundário de salvaguarda* do patrimônio cultural.

6. Os distritos de Portugal e os Concelhos/Municípios correspondentes

A base da estrutura administrativa de Portugal são os 308 municípios (também chamados Concelhos, administrados por câmaras municipais), que se subdividem em 4.257 freguesias (administradas por juntas de freguesia).

Essa estrutura cobre completamente o território nacional, mesmo em locais onde a respectiva câmara e junta não têm qualquer jurisdição prática (zonas de administração militar, parques ou reservas naturais etc), não existindo qualquer ambiguidade ou duplicação nessa atribuição.

As divisões administrativas de nível superior são muito menos claras, uma situação que tem merecido a atenção dos políticos e da opinião pública sem que isso resulte na simplicidade que se encontra noutros países (em contraste com a simplicidade da divisão de segundo e terceiro níveis em Portugal). Entre essas podem incluir-se os Distritos, as Províncias, os NUTS II e III, as Comunidades Urbanas e as Associações Intermunicipais (q. v.).

Existem outras divisões de nível superior não administrativas, específicas de um ramo de atividade (as comarcas judiciais, as regiões de turismo), de carácter mais técnico, histórico ou cultural. Houve também várias tentativas de definir regiões naturais que raramente obedecem às divisões administrativas.

Para a análise proposta, pensamos ser representativa a análise dos planos diretores municipais dos Concelhos mais populosos, distribuídos nos 18 distritos portugueses, em basicamente três regiões geográficas (Norte, Centro e Sul). A partir desses critérios selecionamos via sorteio os seguintes Concelhos, que passamos a analisar.

6.1. Norte

6.1.1. Braga

Braga é a mais antiga cidade portuguesa e uma das cidades cristãs mais antigas do mundo. Fundada no tempo dos romanos como Bracara Augusta, conta com mais de 2.000 anos de história como cidade. Situada no norte de Portugal, mais propriamente no Vale do Cávado, Braga possui 176.154 habitantes no seu Concelho (2008), sendo o centro da região Minhota, com mais de um milhão de habitantes (2007)²⁴⁷⁶.

É uma cidade cheia de cultura e tradições, onde a história e a religião vivem lado a lado com a indústria tecnológica.

Na gíria popular é conhecida como a “*cidade dos arcebispos*”, já que durante séculos o seu arcebispo foi o mais importante na Península Ibérica. É ainda detentor do título de Primaz das Espanhas e a “*Roma Portuguesa*”. No século XVI, o arcebispo D. Diogo de Sousa, influenciado pela

²⁴⁷⁶

Cf. COSTA, Luís. **Para a história de Braga**. Braga: Edições APPACDM, 1995.

sua visita à cidade de Roma, desenhou uma nova cidade onde as praças e igrejas abundam tal como em Roma. A este título está também associado o fato de existirem inúmeras igrejas por quilômetro quadrado em Braga. É ainda considerada o maior centro de estudos religiosos em Portugal. Outro título de Braga é de “*Cidade Barroca*”. Durante o século XVIII, o arquiteto André Soares transformou a cidade de Braga no *ex-libris* do Barroco em Portugal. Além disso, é também a “*Cidade Romana*”, por ter sido, no tempo dos romanos, a maior e mais importante cidade situada no território onde seria Portugal. Ausônio, ilustre letrado de Bordéus e prefeito da Aquitânia, incluiu Bracara Augusta entre as grandes cidades do Império Romano. Finalizando, Braga também é chamada de a “*Capital do Minho*” ou “*Coração do Minho*”, por estar localizada no centro dessa província.

Braga reúne um pouco de todo o Minho e todo o Minho tem um pouco de Braga, a “*Cidade dos Três Sacro-Montes*”. Ela possui santuários situados a sudeste numa cadeia montanhosa, que são, pela ordem leste a sul: Bom Jesus, Sameiro e a Falperra (Sta. Maria Madalena e Sta. Marta das Cortiças). A cidade está estritamente ligada a todo o Minho: a norte situa-se o tradicional Alto Minho, a leste, o Parque Nacional de Peneda-Gerês, a sul, as terras senhoriais de Basto e o industrial Ave e a oeste, o litoral marítimo Minhoto.

A relevância de um plano diretor comprometido com o patrimônio é, pois, evidente. O plano diretor de Braga foi ratificado com alterações, pela Resolução do Conselho de Ministros n. 9/2001. O regulamento do plano diretor municipal divide-se em V Capítulos, Seções e 120 artigos.

No Capítulo I estabelecem-se as disposições gerais e refere-se ao conteúdo de seus termos, que engloba as plantas de ordenamento e de condicionantes atualizada (art. 1º). A aplicabilidade é em todo o território municipal (art. 2º) e seu conteúdo material estabelece as regras de ocupação, uso e transformação do solo (art. 3º).

Dentre os objetivos do plano diretor, a lei elege o equilíbrio entre um projeto de crescimento e desenvolvimento urbano e a conservação e recuperação da riqueza patrimonial existente (item “4”, art. 5º). Não há comentários, por outro lado, acerca de bens culturais materiais ou imateriais que porventura venham a ser criados ou identificados, focando-se, *a priori*, no patrimônio já consolidado.

Dentre os volumes que compõem o plano, cabe ressaltar a existência de uma **planta do patrimônio cultural arquitetônico e arqueológico** (vol. V, art. 10º), onde se descreve graficamente a localização de bens culturais daquela natureza. O plano diretor, nesse caso, indica via mapeamento as áreas onde se reconhece um interesse cultural²⁴⁷⁷.

Para além disso, no Capítulo II ficam estabelecidos os condicionantes, servidões e restrições de utilidade pública (art. 14 e ss). Dentre as condicionantes estão as “zonas de proteção do patrimônio arquitetônico ou arqueológico classificado ou em vias de classificação” (art. 18º). O mesmo artigo dispõe que “o processo respeitante às zonas de proteção do patrimônio arquitetônico ou arqueológico ou em vias de classificação obedece a legislação específica”²⁴⁷⁸.

Na sequência, o art. 19 estabelece mais um parâmetro condicionante:

Artigo 19º. **Área de aplicabilidade do regulamento municipal de salvaguarda e revitalização do centro histórico de Braga.** Na área crítica de recuperação e reconversão urbanística do centro histórico da cidade de Braga e da zona dos Galos, aplica-se o Regulamento Municipal de Salvaguarda e Revitalização do Centro Histórico da Cidade de Braga.

Na área de proteção ao patrimônio arquitetônico e arqueológico inventariado e na área urbana com proteção arqueológica, aplicar-se-á o regime previsto no Regulamento Municipal de Salvaguarda e Revitalização do Patrimônio Cultural do Concelho de Braga (art. 20).

²⁴⁷⁷ Esse mapeamento poderá coincidir com o patrimônio já identificado pelos órgãos responsáveis pelo patrimônio cultural português, assumindo-se enquanto *meio secundário de salvaguarda* ou eleger dentre os seus elementos, novos bens culturais, o que lhes configura um aspecto de *meio primário de salvaguarda*.

²⁴⁷⁸ Cf. Plano Diretor Municipal de Braga. Disponível em: <http://www.cm-braga.pt/docs/CMB/Regulamentos/01_RegPDM.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010.

O regulamento²⁴⁷⁹, por sua vez, designa um gabinete especial de Salvaguarda e revitalização do património cultural construído do Concelho de Braga (GSR), composto por uma equipe pluridisciplinar que deve integrar os elementos das especialidades necessárias à implementação do projeto municipal. Compete ao GSR planejar, promover e executar, de forma integrada, as ações destinadas a: “a) Salvaguardar e revitalizar o Património Cultural Construído e promover a recuperação e reabilitação das áreas definidas no artigo 4º; b) Promover a classificação dos Bens Imóveis de Interesse Local; c) Fomentar acções de animação cultural que visem a participação da comunidade no Projecto” (art. 3º).

Segundo, ainda, o artigo 5º, 1, do mesmo regulamento, compete especificamente ao GSR:

(...) c) Elaborar os Planos de Salvaguarda dos bens Imóveis de Valor local nos prazos estabelecidos pela Lei; d) Elaborar os projectos de revitalização dos espaços públicos nas áreas de intervenção, bem como promover e acompanhar as respectivas obras de execução; (...) i) Colaborar na elaboração e revisão dos Planos de Ordenamento Territorial, nomeadamente no Plano Director Municipal, no Plano Geral de Urbanização e nos Planos Parciais de Urbanização ou de Pormenor, quando relativos à sua área de intervenção; j) Emitir parecer sobre projectos de iniciativa de serviços municipais ou de outros organismos públicos centrais, regionais ou locais sempre que careçam de parecer municipal e incidam sobre a sua área de intervenção.

O gabinete especial de salvaguarda é um órgão especializado dentro da estrutura administrativa municipal de Braga. Ele é um órgão consultivo e atua obrigatoriamente em todos os eventos em que o património surge como objeto ou sofre com as repercussões naturais do processo contínuo de intervenção na cidade.

Voltando ao regulamento do Plano Diretor, o art. 21 da Lei Municipal de Braga estabelece as zonas de proteção de edifícios públicos, definindo e indicando as zonas existentes e já legalmente constituídas.

O Capítulo III (art. 34 e ss) abre o tema do “uso dominante do solo” e classifica o solo de Braga segundo o uso predominante em: “a) Espaços urbanos; b) Espaços urbanizáveis; c) Espaços industriais; d) Espaços de indústrias extractivas; e) Espaços agrícolas; f) Espaços florestais; g) **Espaços culturais**; h) Espaços canais” (art. 34).

Dentre os espaços classificados pela lei, interessa-nos desenvolver alguns comentários sobre os espaços culturais, para os quais fora dedicada a Seção IX (art. 105 e ss) da lei elementar da política territorial do Concelho de Braga.

O art. 105 caracteriza os espaços culturais como aqueles

de protecção dos recursos patrimoniais, especialmente a salvaguarda dos valores arquitectónicos, arqueológicos e urbanísticos, incluindo: Imóveis classificados, e em vias de classificação, imóveis de interesse concelhio e património arquitectónico e arqueológico inventariado e área urbana com protecção arqueológica²⁴⁸⁰.

O artigo 106, por sua vez, estabelece o “estatuto de uso e ocupação” dos referidos espaços, determinando que “qualquer intervenção neste espaço deve privilegiar a valorização, protecção, conservação e recuperação dos valores culturais, arquitectónicos, arqueológicos e urbanísticos identificados na carta do ordenamento, condicionantes e do património cultural, arquitectónico e arqueológico do PDMB”.

Em consequência, a “edificabilidade” nos espaços referidos ficará condicionada a um regime especial. Segundo o artigo 107 do PDMB:

²⁴⁷⁹ Cf. Regulamento Municipal de Salvaguarda e Revitalização do Centro Histórico da Cidade de Braga. Disponível em: <http://www.cm-braga.pt/docs/CMB/Regulamentos/01_RegProjMunSalvRevPatrim.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁸⁰ Cf. Plano Diretor Municipal de Braga. Disponível em: <http://www.cm-braga.pt/docs/CMB/Regulamentos/01_RegPDM.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010.

1. A edificabilidade fica condicionada pela legislação geral e normas em vigor e parecer do organismo competente, excepto quando se tratar de património arquitectónico e arqueológico inventariado e área urbana com protecção arqueológica, que serão objecto de regulamentação própria. 2. Nas áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, aplicar-se-ão as normas do Regulamento Municipal de Salvaguarda e Revitalização do Centro Histórico da Cidade de Braga.

Por fim, cumpre ressaltar o Capítulo IV, que trata das “unidades operativas de planeamento e gestão (UOPG) (art. 112 e ss).

Nesse capítulo, o Plano de Braga caracteriza os espaços “cujas características exigem um tratamento mais detalhado ao nível de planeamento urbano e uma gestão urbanística individualizada que tenha em consideração as suas especificidades” (item 1, art. 112).

O tratamento individualizado deverá ser promovido através de regulamentos especiais apartados do PDMG. Importa comentar que

enquanto não estiverem elaborados e aprovados os planos respeitantes às áreas integradas nas unidades operativas de planeamento e gestão, são admitidas intervenções urbanísticas no âmbito dessas unidades, operadas mediante a observância das normas gerais estabelecidas no regulamento de PDMB para a respectiva classe de espaço e desde que, as intervenções não colidam com os princípios e expectativas definidas para as UOPG (item 2, art. 112).

Dentre as áreas compreendidas nas unidades operativas de planeamento e gestão a seguir identificadas são sujeitas a planos municipais de ordenamento do território:

Art. 113, 1. a) Plano de urbanização ou a plano de pormenor: UOPG 1 – Vale de Santo Estevão \ Palmeira; UOPG 2 – Cedofeita \ Adaúfe; UOPG 6 – Picoto \ Vimieiro; UOPG 7 – Trezeste (ECAN) \ Vimieiro ; UOPG 8 – Estrada \ Lomar ; UOPG 9 – Assento \ Padim da Graça; UOPG 10 – Cones \ Maximinos e Real; UOPG 11 – Reguengo \ Tenões ; UOPG 12 – Granja \ Este S. Pedro; UOPG 13 – Santuários; b) Plano de urbanização: UOPG3 - Real/Dume; c) Plano de pormenor, aprovado U.O.P.G. 5 -Monte Picoto. 2. Constitui também, a unidade operativa de planeamento e gestão, sujeita a regulamento municipal de gestão urbanística aprovado, a UOPG 4 - Área Crítica de Recuperação e Reconversão Urbanística do **Centro Histórico** e a Área Crítica de Recuperação e Reconversão Urbanística da **Zona dos Galos**.

O plano de Braga é comprometido com o património existente e sua simplicidade e clareza são vantagens inegáveis a serem mencionadas. As áreas de interesse cultural identificadas no momento da elaboração do plano são mencionadas pela lei e recebem, com isso, um tratamento coordenado com os interesses de desenvolvimento municipal, diretamente ligados à noção de cidade que se quer ter, construir e reconstruir.

A criação de um órgão especializado (GSR) que atua junto ao planeamento urbano é outro ponto a ressaltar.

Desses pontos concluímos que: as disposições do plano refletem um compromisso enquanto *meio secundário de salvaguarda* do património cultural português, estabelecendo uma nítida e estruturada coordenação entre os interesses urbanísticos e culturais. Podemos afirmar, por outro lado, que os bens culturais identificados no Plano de Braga e seus componentes são reconhecidos como tais pelo plano diretor, o que o caracteriza como *meio primário de salvaguarda*, ainda que não se possa concluir pela utilização daquele enquanto meio autónomo de tutela do bem cultural.

6.2. Centro

6.2.1. Lisboa

O atual Plano Diretor Municipal de Lisboa foi elaborado entre 1990 e 1993 e aprovado pela Assembleia Municipal de Lisboa em 26 de maio de 1994, tendo sido ratificado pelo Governo em 14 de julho de 1994, entrando em vigor a 29 de setembro de 1994, após ter sido publicado em Diário da República.

Viria a enquadrar o projeto espacial decorrente do PEL num instrumento ordenador, mas com conteúdo normativo.

A CML desenvolveu um sistema de planeamento estratégico com recurso a diversos instrumentos urbanísticos e em articulação com o PDM, este dotado de suporte técnico definido.

O quadro legal que vigorava – Decreto n. 69/90, de 2 de março – permitiu a definição de conteúdos mínimos num quadro conceitual de maior flexibilidade de processo. O PDM (que vigora atualmente) viria a ter um caráter misto de Plano de Estrutura e de Plano de Zonamento, aligeirando-se o nível dos estudos de diagnóstico ao essencial, de forma a que estes respondessem simultaneamente aos dois tipos de planos.

Com o objetivo de introduzir uma atitude de planeamento estratégico na prática quotidiana da autarquia, ficou estabelecida a elaboração simultânea dos PUs, PPs e projetos de intervenção prioritária, paralelamente à elaboração simultânea formal do PDM (“Plano Estratégico de Lisboa”, CML, 1992 e “a estratégia e a prática de planeamento urbanístico em Lisboa 1990-1995”, CML, 1995).

Tal método permitiu o aprofundamento de medidas e propostas a várias escalas, simultaneamente.

O regulamento do PDM tipificou e pormenorizou categorias de espaço urbano, adiantando regras jurídicas, e a respectiva planta de ordenamento veio a integrar informação recolhida através dos diagnósticos dos PMOTs.

Com a definição das unidades de planeamento e gestão (UOPs) ao nível da planta de ordenamento do PDM, enquanto elementos fundamentais do plano, pretendeu-se introduzir na estrutura espacial do território do município um conceito operacional de plano.

Definiram-se cerca de 30 UOPs, a ser objeto das propostas de intervenção urbanística, através de planos ou de regulamentos municipais.

Ainda quanto ao seu conteúdo, é de frisar a importância das Cartas do Patrimônio e do ambiente que constituíram referências para a definição de diversas categorias de espaços, assim como para o estabelecimento de regras de intervenção ao nível dos PMOTs.

Devido à não-monitorização do modelo do sistema de planeamento estratégico de Lisboa introduzido em 1990 (PE e PDM) e a conclusão dos PUs e PPs elaborados até 1995, esse sistema de planeamento veio a ser desacelerado e graves assimetrias estruturais prevaleceram na cidade, tais como: a dicotomia centro-periferia, necessitando uma maior contenção e qualificação das expansões com a revitalização do centro; déficits de equipamentos coletivos e de habitação capazes de “estancar” a perda e o envelhecimento da população residente; a ausência de uma eficaz política de mobilidade que tire o máximo partido da integração dos vários modos de transporte e em particular potencie os modos de transporte ecológicos²⁴⁸¹.

O Plano Diretor Municipal de Lisboa encontra-se atualmente em processo de revisão e em fase de elaboração.

Em razão dos objetivos desse item, nossa análise irá considerar o plano em vigor, que passamos a apresentar com maiores minúncias.

²⁴⁸¹ Informações obtidas no site do Plano Diretor Municipal de Lisboa. Disponível em: <http://pdm.cm-lisboa.pt/ap_2.html>. Acesso em: 20 jan. 2010.

O Plano Diretor de Lisboa é dividido em sete Títulos e 132 artigos. O Título I trata das disposições gerais (art. 1º e ss); o Título II, das servidões administrativas e outras restrições (art. 8º e ss); o Título III, mais extenso do plano, trata do uso dos solos e divide-se em três capítulos, cada qual dividido em seções e subseções (art. 10º e ss); o Título IV trata dos planos de urbanização e de pormenor e dos regulamentos (art. 118 e ss); o Título V das cedências e compensações (art. 120 e ss); o Título VI aborda as unidades operativas de planeamento e gestão (art. 123 e ss) e, por fim, o Título VII expõe as disposições finais e transitórias (art. 126 e ss).

No que concerne ao Título I, devemos comentar que o Plano Diretor Municipal de Lisboa tem por objetivo geral estabelecer as regras a que deve obedecer a ocupação, uso e transformação do território municipal e definir as normas gerais de gestão urbanística a utilizar na execução do plano (art. 1º).

A esse objetivo podemos somar a definição do n. 2, art. 69 do Decreto Lei n. 380/99, de 22 de setembro: “os planos municipais de ordenamento do território estabelecem o regime e uso do solo definindo modelos de evolução previsível da ocupação humana e da organização de redes e sistemas urbanos e, na escala adequada, parâmetros de aproveitamento do solo e de garantia da qualidade ambiental”.

O plano diretor português atenderá, ainda, à definição constante na Carta Europeia de Ordenamento do Território (Torremolinos, 1993): “o ordenamento do território é a expressão espacial das políticas econômicas, sociais, culturais e ecológicas de toda a sociedade”.

No que se refere a sua aplicação, esta se dará na totalidade da área do território do município (art. 1º, 2).

O PDM é constituído por um regulamento traduzido graficamente em plantas de ordenamento de classificação: do espaço urbano (b1, art. 2º); planta de componentes ambientais urbanas (b2, art. 2º); planta de unidades operativas de planeamento e gestão (b3, art. 2º); inventário municipal do património (b4, art. 2), e planta de condicionantes que se subdivide em duas plantas, assinando as servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública ao uso dos solos, (c, art. 2º).

Constituem também, elementos complementares do PDM: o *relatório* (art. 2º, 2, a), onde são descritos os princípios, os objetivos e as opções que fundamentaram o PDM e constitui um documento de apoio para sua interpretação e aplicação, e a *planta de enquadramento* (art. 2º, 2, b), onde se localiza o município na região envolvente e referenciam-se as principais relações regionais.

O PDM também possui anexos que caracterizam a situação física, biofísica, social, econômica e urbanística do território do município no momento em que foi elaborado o plano e que serviu de base para a definição dos objetivos a alcançar (art. 2º, 3, a e b). O item “a”, 3, art. 2º traz estudos de caracterização física, social, econômica e urbanística e os estudos preliminares da carta municipal do património, e o item “b”, 3, art. 2º traz a planta da situação existente, que caracteriza a situação urbanística de Lisboa, à data da publicação do PDM e delimita áreas em função dos graus de ocupação, usos dominantes e qualidade urbana.

As disposições do regulamento do plano diretor são obrigatórias nas relações entre os diversos níveis da Administração Pública e entre esta e os administrados (art. 3º). Trata-se, portanto, de lei que compromete a todos na utilização dos solos, o que envolve particulares e poder público. Aqueles na medida em que atuam sobre suas propriedades, e este na medida em que atua como gestor dos interesses públicos envolvidos, expedindo licenças, fiscalizando ações e promovendo direta ou indiretamente a reconstrução e construção da cidade.

O art. 4º do plano traz uma consideração interessante acerca da gestão urbanística. Segundo esse artigo, “na aplicação do presente Regulamento os órgãos e serviços municipais actuarão de modo a atender à globalidade dos interesses de ordem paisagística, histórica, cultural e de humanização do território”. Verifica-se aí a preocupação do legislador em estabelecer um “equilíbrio” de interesses, visto que o regulamento estabelece índices e parâmetros urbanísticos mínimos e máximos dentro dos quais pode ser autorizada a ocupação, o uso e a transformação do território. A lei admite uma margem de discricionariedade do administrador – gestor municipal, que deverá observar os interesses públicos paisagísticos, urbanísticos, de segurança, de salubridade, de estética, de ordem cultural, arquitetônica, arqueológica, histórica e de humanização do território, na ocasião da aplicação prática da norma.

Nesse sentido, poderão ser atingidos os indicadores máximos previstos no regulamento para a área, sempre que não ponham em causa, no caso concreto, a globalidade daqueles interesses. No caso de discrepância entre os padrões previstos no plano e a sua aplicação na situação concreta, o administrador tem a obrigação de estabelecer índices e parâmetros diferenciados, fundamentando expressamente suas razões, de maneira que se justifique a medida especial, distinta dos indicadores previstos no PDM. A regra é evitar prejuízo aos referidos interesses, ainda que em detrimento de interesses particulares.

O art. 7º promove uma série de definições técnicas e conceitos a serem considerados em toda a lei. Dentre eles, interessa-nos destacar aqueles relativos à atividades e ações que podem atingir diretamente o patrimônio cultural imóvel da cidade de Lisboa. Tendo em vista essa perspectiva, destacamos os conceitos de:

- *Obras de reconstrução*: qualquer obra que consista em realizar de novo, total ou parcialmente, uma instalação já existente no local de implantação ocupado por esta e mantendo, nos aspectos essenciais, a traça original. Estas obras englobam a demolição, total ou parcial, de um edifício e a posterior construção em substituição doutro edifício ou de parte do edifício, idêntico no essencial ao que foi demolido²⁴⁸².
- *Obras de alteração*: qualquer obra numa instalação existente da qual resulte modificação da sua traça original, designadamente no que respeita: a) à natureza ou modo de funcionamento da sua estrutura resistente, b) à compartimentação e uso de espaços. São as obras que determinam modificações de um edifício pré-existente, nomeadamente no tocante à estrutura resistente ou à compartimentação e uso dos espaços, assim como a aparência exterior, sem que daí resulte aumento dos parâmetros de edificabilidade. É, no essencial, uma modificação qualitativa. Estão sujeitas à comunicação prévia e, por esse motivo, isentas de licença, as obras de alteração em área abrangida por operação de loteamento ou plano de pormenor que contenha os elementos referidos nas alíneas *c*, *d* e *f* do n. 1 do artigo 91 do Decreto-Lei n. 380/99, de 22 de setembro.
- *Obras de beneficiação*: obras que têm por fim a melhoria do desempenho de uma construção, sem alterarem o desenho existente.
- *Obras de restauro*: obras especializadas que têm por fim a conservação e a consolidação de uma construção, assim como a preservação ou reposição da totalidade ou de parte da sua concepção original ou correspondente aos momentos mais significativos da sua história²⁴⁸³.

²⁴⁸² O RJUE veio distinguir as obras de reconstrução sem preservação de fachadas das obras de reconstrução com preservação de fachadas, relativamente à forma de procedimento de controlo prévio a adoptar. De acordo com o estabelecido no artigo 2º, alínea *c*, do RJUE, as obras de reconstrução sem preservação das fachadas correspondem às obras de construção subsequentes à demolição total ou parcial de uma edificação existente, das quais resulte a reconstituição da estrutura das fachadas, da cércea e do número de pisos. Estas obras estão sujeitas a licenciamento (artigo 4º n. 2, alínea *e*). As obras de reconstrução com preservação das fachadas são as obras de construção subsequentes à demolição de parte de uma edificação existente, preservando as fachadas principais com todos os seus elementos não dissonantes. Admite-se, neste tipo de obras, o nivelamento da cércea pelo limite dos edifícios confinantes mais elevados (artigo 2º, alínea *n*), e das quais não resulte edificação com cércea superior à das edificações confinantes mais elevadas. Estas obras, isentas de licença camarária, estão sujeitas ao regime da comunicação prévia (artigo 6º, n. 1, alínea *c*, do RJUE). Consideram-se fachadas principais as que confinam com arruamento ou espaço público e definem o alinhamento a que respeitam, bem como as fachadas que embora não confinem directamente com o espaço público são relevantes para a definição da imagem urbana. Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em: <<http://www.pdm.cm-lisboa.pt>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁸³ As obras de restauro normalmente implicam o emprego de mão-de-obra especializada, designadamente na recuperação de elementos artísticos, bem como na recuperação de elementos construtivos, utilizando técnicas e materiais semelhantes aos originais. As obras de restauro podem implicar a remoção de elementos que venham a ser considerados dissonantes, de forma a recuperar a concepção original do edifício ou os momentos mais significativos da sua história, ou do conjunto edificado onde se insere. Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em: <<http://www.pdm.cm-lisboa.pt>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

- *Obras de remodelação*: obras que têm por fim a alteração funcional de um edifício ou de parte dele sem alterar as suas características estruturais.

Concluídas as questões preliminares, o Título II passa a tratar, a partir do art. 8º, das servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública ao uso dos solos. Esse título destina-se a identificar as servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública ao uso dos solos existentes na área municipal. Quase todas as áreas ali definidas (com exceção das constantes nas alíneas *i*, *m* e *o*, do n. 1 do art. 8º) estão traduzidas graficamente na planta de condicionantes referida na alínea *c* 2, do n. 1, do art. 2º.

As servidões administrativas são ônus que só podem ser estabelecidos por lei, justificados por fins de utilidade pública e impostos pela Administração sobre prédios dos particulares.

São identificados no art. 8º e alíneas, a exemplo: “a) Protecção aos aquedutos; b) protecção a redes de distribuição de energia eléctrica; c) protecção a marcos geodésicos; (...) f) Protecção a monumentos nacionais e imóveis de interesse público”.

Na aplicação do PDM, são em todos os casos considerados cumulativamente os condicionamentos à edificabilidade constantes no Título III – “Do Uso dos Solos” e às servidões e restrições de utilidade pública constantes desse Título II, prevalecendo os mais restritivos (artigo 2º, n. 4 e artigo 9º).

Segundo o item 3, do art.8º, 3.

as servidões e restrições de utilidade pública referidas os números anteriores, têm como objectivo: a) A segurança dos cidadãos; b) O funcionamento e ampliação das infra-estruturas e equipamentos; c) O **enquadramento do património cultural e ambiental**; d) A execução de infra-estruturas programadas ou já em fase de projecto.

O Título III (art. 10º e ss) , por sua vez, dedica-se ao regulamento “Do uso dos Solos”. Nesse título, delimita-se toda a área territorial do Município de Lisboa, como classe de espaço urbano, com a qual coincide o seu perímetro urbano; identificam-se as áreas sujeitas a condicionamentos especiais; determinam-se as categorias em que se divide o espaço urbano; estabelecem-se unidades operativas de planeamento e gestão; definem-se os condicionamentos e parâmetros urbanísticos a que devem obedecer o uso e a ocupação dos solos.

O art. 10º estabelece a classe de espaço e define que “o perímetro urbano da cidade de Lisboa abrange a totalidade do território municipal, o qual constitui um único espaço urbano, delimitado na planta de classificação do espaço urbano, a que se refere a alínea *b* 1, do n. 1 do artigo 2º”.

O art. 13 trata do “Inventário Municipal do Património”. Trata-se de documentação que constitui o Anexo I do Regulamento do PDM, integrando-o. O inventário assinala os imóveis e conjuntos edificados com interesse histórico, arquitetónico e/ou ambiental, assim como as áreas de potencial valor arqueológico.

O plano dedica especial importância ao Inventário Municipal do Património (IMP), dedicando a seus objetos inúmeras regras visando a salvaguarda e valorização de imóveis e conjuntos edificados.

No item 4, do art. 8º, o plano estabelece que “os imóveis e conjuntos edificados integrados na Carta Municipal do Património serão objecto de normas de intervenção, nos Planos de Urbanização e de Pormenor e nos actos de gestão urbanística”.

Significa dizer que, em regra, os bens culturais devem ser regidos através de instrumentos detalhados, de urbanização ou de pormenor. Somente na ausência desses planos compete à gestão urbanística, caso a caso, definir os princípios da salvaguarda do património cultural identificado no inventário.

Resta dizer que a “carta municipal de património” é documento a ser produzido após estudos específicos ou através de planos de urbanização e pormenor. Essa carta deverá identificar os elementos que devem ser objeto de regulamentação mais detalhada e pode ser produzida separadamente, para cada zona identificável. A carta municipal substitui o Inventário Municipal. Esse documento, no entanto, ainda não foi produzido em Lisboa, estando em vigor o IMP.

O art. 14 trata dos imóveis e conjuntos edificados integrados no inventário municipal do património. Notemos que tratam-se de bens culturais identificados e reconhecidos pelo Plano Diretor, objeto de anexo que integra a lei e de normas especiais de gestão e planeamento.

Assim dispõe o PDM:

Art. 14. (...) 1. Os Imóveis e conjuntos edificados constantes do Inventário Municipal do Património devem ser considerados nos Planos de Urbanização e de Pormenor e nos Regulamentos Municipais para efeitos de regulamentação, tendo em atenção o interesse histórico, arquitectónico, urbanístico e ambiental.

Através dessa norma, definem-se os condicionamentos a que fica sujeita, até à publicação da Carta do Património, a realização de obras de demolição ou de alteração em imóveis e conjuntos constantes do inventário municipal do património.

Segundo a norma do art. 14, item 2, ainda, até a publicação da Carta Municipal do Património, a demolição de edifícios isolados ou integrados em conjuntos edificados constantes do Inventário Municipal do Património só se pode fazer: a) quando previsto em Plano de Urbanização ou de Pormenor aprovado; b) quando disponha de parecer favorável da estrutura consultiva criada nos termos do disposto no n. 2 do artigo 4º.

Esse parecer é sempre obrigatório, pelo que na sua ausência não será possível a execução desse tipo de obras. Por outro lado, a estrutura consultiva mencionada não se encontra criada, pelo que a demolição de imóveis identificados no IMP encontra-se sujeita a parecer técnico do Núcleo de Património da Divisão de Monitorização Urbana.

Para além da demolição, a norma prevê restrições no que se refere à alteração dos bens que integram o inventário. O item 3, do art. 14 dispõe que “as alterações de edifícios integrados nos conjuntos edificados, identificados no Anexo 1, devem garantir a homogeneidade e identidade arquitectónica e urbanística desses conjuntos”. Trata-se de uma norma genérica que pretende vincar a necessidade de preservar a homogeneidade e identidade arquitectónica dos conjuntos edificados, quer na respectiva regulação no âmbito dos planos de urbanização, quer na respectiva ausência, nos atos discricionários de gestão urbanística.

O artigo 15, em sequência, trata das áreas de potencial valor arqueológico. O PDM, ao introduzir o conceito de Áreas de Potencial Valor Arqueológico, pretende promover a investigação, o registo e, em muitos casos, a salvaguarda e a valorização do património arqueológico que constitui uma base de referência fundamental para a compreensão da história da cidade. Na planta do Inventário Municipal do Património são identificadas grandes áreas da cidade onde existe maior probabilidade de ocorrência concentrada de vestígios arqueológicos no subsolo. Nessas áreas, que se hierarquizam segundo dois níveis, impõem-se procedimentos específicos para o licenciamento e realização de obras que impliquem escavações ou o remeximento do subsolo. Nos termos do n. 3 do artigo 13, do Inventário Municipal de Património, serão selecionadas, através de estudos específicos ou de planos de pormenor, as áreas arqueológicas a integrar na Carta de Património.

Na planta do Inventário Municipal do Património são delimitadas áreas de potencial valor arqueológico as quais se classificam em: a) Área de Nível 1 de intervenção, delimitada pela Muralha Fernandina e incluindo o Bairro da Mouraria; b) Áreas de Nível 2 de intervenção, restante área urbana condicionada. A Área de Nível 2 corresponde às áreas abrangidas dos Núcleos de Interesse Histórico (artigo 24) e a alguns sítios arqueológicos identificados pelo Plano da Estrutura Verde de Lisboa e pelo Plano Diretor do Parque Florestal de Monsanto.

O item 2 do art. 15 anuncia, ainda, que os planos de urbanização e de pormenor devem estabelecer condicionamentos ao uso e ocupação do solo e à realização de obras, tendo em vista a salvaguarda e valorização do património arqueológico e das áreas de interesse arqueológico, com base em elementos descritivos e cartográficos mandados elaborar pela Câmara Municipal.

O plano dedica especial tratamento às áreas incluídas como de interesse arqueológico. Dessa forma, sempre que houver obras a realizar nos espaços definidos na Carta Arqueológica Municipal, devem ser acompanhadas por técnicos especializados com vista à aplicação de medidas que visem à

identificação e salvaguarda de valores arqueológicos, nos termos da legislação em vigor (incisos *a*, *b* e *c*, item 6, art. 15).

O art. 16, por sua vez, determina que, para efeitos de definição dos condicionamentos à edificabilidade, devem ser sempre considerados cumulativamente os referentes à Planta de Classificação do Espaço Urbano e à Planta de Componentes Ambientais Urbanas, prevalecendo estes últimos. Essa disposição, que determina a prevalência dos condicionamentos das componentes ambientais urbanas sobre os estabelecidos para as áreas do espaço urbano, é fundamental na aplicação do PDM.

O art. 21 trata dos conjuntos urbanos singulares. Os conjuntos urbanos singulares, que são delimitados na planta de condicionantes ambientais, correspondem a áreas edificadas e espaços públicos referenciadores da identidade histórica e ambiental da cidade. Correspondem a espaços urbanos de forte componente cenográfica, associados a localizações estratégicas na formação da paisagem urbana, constituindo marcos referenciadores da cultura e da memória da cidade, que proporcionam vivências diacrônicas da evolução urbana. São constituídos por elementos marcantes da imagem urbana – as fachadas dos edifícios, os detalhes arquitetónicos, o jogo das cores e dos volumes, os recantos, as esquinas, as aberturas e outras referências do espaço público, os objetos e o mobiliário urbano, os pavimentos, os acidentes morfológicos, o coberto vegetal, os alinhamentos arbóreos etc. Concentram diversos equipamentos culturais e lúdicos, nomeadamente museus, igrejas, universidades, comércio tradicionais e outros que lhes conferem vivências próprias. Englobam, ainda, importantes concentrações de edifícios e conjuntos edificados de valor patrimonial, referenciados no IMP. Pretende assegurar a salvaguarda e valorização desses conjuntos, tanto no seu todo, quanto no dos elementos particulares que os constituem.

Os conjuntos urbanos singulares ficam sujeitos às seguintes regras (art. 21):

- a) Devem ser mantidas as características arquitectónicas dos edifícios e conjuntos edificados identificados no Inventário Municipal do Património, sem prejuízo da aplicação dos artigos 13 e 14; b) As obras de conservação, beneficiação e ampliação de edifícios existentes, sujeitas a licenciamento municipal, são permitidas, desde que não sejam alteradas as suas características estéticas e construtivas, ficando os respectivos projectos sujeitos a parecer da estrutura consultiva criada nos termos do disposto do n. 2, do artigo 4º; c) As obras de construção e a demolição e substituição de edifícios existentes, devem conformar-se com Plano de Pormenor ou com regras estabelecidas para o efeito em regulamento municipal; d) As alterações ao espaço público (perfis de arruamentos, de passeios e de áreas pedonais, áreas arborizadas e ajardinadas, mobiliário urbano) devem efectuar-se com base em plano de pormenor ou em projecto de espaços públicos²⁴⁸⁴.

Nesse sentido, aponta-se para a manutenção das suas características arquitetónicas e urbanísticas, razão pela qual as alterações não devem pôr em causa a identidade arquitetónica e urbanística, e apenas serão autorizadas com base em plano de pormenor ou projeto de espaço público. Pelo papel referenciador que representam, devem ser considerados nos estudos ligados ao sistema de vistas (artigo 23)²⁴⁸⁵.

Os conjuntos urbanos singulares integram-se frequentemente em unidades operativas de planeamento (UOP), ficando sujeitas a plano de urbanização ou de pormenor. Os objetivos programáticos traçados para estas UOP, que constam do Anexo IV, para que remete o artigo 125, dão ênfase à valorização das características próprias dos conjuntos que englobam.

Na ausência de planos de pormenor, pode recorrer-se, com maior eficácia, a projetos de espaços públicos para a realização de obras de alteração incidindo no espaço público. O projeto de espaços públicos é um documento que dispõe sobre a configuração e o tratamento pretendido para o

²⁴⁸⁴ Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em:<<http://www.pdm.cm-lisboa.pt>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁸⁵ Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em:<<http://www.pdm.cm-lisboa.pt>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

espaço público, integrando e contabilizando, funcional e esteticamente, as suas diversas componentes, nomeadamente áreas pedonais, de circulação automóvel, estacionamento, áreas e elementos verdes, equipamento, sinalização e mobiliário urbano, património, infraestruturas técnicas, bem como das acções de reconversão ou modificação desse espaço, conforme dispõe a definição que consta do artigo 7º²⁴⁸⁶.

O artigo 24 dispõe sobre os Núcleos de Interesse Histórico e Azinhagas.

1. Na Planta de Componentes Ambientais Urbanas delimitam-se as áreas que integram os Núcleos de Interesse Histórico edificados onde devem ser especialmente tratadas e preservadas a imagem e ambiente urbanos, assim como as Azinhagas inventariadas nos estudos do Inventário Municipal do Património (art. 24, 1).

Os núcleos de interesse histórico identificados na planta de componentes ambientais resultam dos estudos efetuados no âmbito do Inventário Municipal do Património. Procurou-se privilegiar entidades ambientais urbanas tendo sido retirados das malhas identificadas todos os elementos dissonantes. Assim, os núcleos resultantes correspondem a entidades morfológicas da cidade pré-industrial, configuradas até ao final do século XIX. Incluem-se também os núcleos periféricos com origem em antigos arrabaldes que a expansão da cidade do século XX veio a integrar. Integram-se também nesse levantamento os tecidos urbanos com valor histórico e patrimonial configurados no decurso do século XX, que foram considerados no PDM como Conjuntos Urbanos Singulares (artigo 21).

As azinhagas identificadas correspondem a troços de antigas vias rurais que simultaneamente garantiam a drenagem das águas dos terrenos cultivados. As azinhagas, em conjunto com as quintas, são restos de paisagem tradicional que constituem marcos de ruralidade que se pretendem conservar.

O Capítulo II trata do Espaço Urbano (art. 28 e ss), continuando a tratar do Sistema de Usos do Solo de Lisboa (Título III). “O Espaço Urbano integra as seguintes áreas delimitadas, na Planta de Classificação do Espaço Urbano: a) *Áreas Históricas* (reguladas na *Secção I*) (art. 28, 1, a)”²⁴⁸⁷.

No artigo 29 ficam definidos “âmbito e objetivo” das áreas históricas:

As Áreas Históricas são Espaços Urbanos cujas características morfológicas, arquitectónicas e ambientais se pretendem preservar, e são constituídos por: a) Áreas de formação pré-pombalina e pombalina, em geral configuradas, até ao final do século XVIII e edificadas até final do séc. XIX b) Zonas envolventes dos núcleos históricos edificados de Carnide, Lumiar, Charneca do Lumiar, Chelas, Ameixoeira, Calhariz de Benfica, e S. Domingos de Benfica constituídas por antigas estruturas rurais, azinhagas, edifícios de habitação e agrícolas e infra-estruturas de apoio às antigas explorações agrícolas.

O artigo 30 estabelece as “categorias” das áreas históricas.

As Áreas Históricas são constituídas pelas seguintes categorias, em função do respectivo uso predominante, conforme delimitação na Planta de Classificação do Espaço Urbano: a) Áreas Históricas Habitacionais, centrais ou periféricas, onde se mantém o uso habitacional predominante e que se pretende revitalizar nos aspectos demográfico, social e funcional reguladas na Subsecção I; b) Área Histórica da Baixa, onde se permite o domínio do uso terciário – reguladas na Secção II; c) Quintas Integradas nas Áreas Históricas, onde se mantém o uso habitacional predominante, as quais constituem áreas de enquadramento e valorização dos núcleos históricos edificados – reguladas na Subsecção III²⁴⁸⁸.

²⁴⁸⁶ Nesse sentido comentários disponibilizados no Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em: <www.pdm.cm-lisboa.pt>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁸⁷ Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em: <www.pdm.cm-lisboa.pt>. Acesso em: 20 jan. 2010.

²⁴⁸⁸ Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em: <www.pdm.cm-lisboa.pt>. Acesso em: 20 jan. 2010.

De modo geral, pretende-se conter e desincentivar a densificação das áreas históricas, limitando-se a terciarização e impondo condicionamentos fortes às demolições de edifícios existentes e ao aumento de cêrceas nas novas construções. As regras estabelecidas para as áreas históricas apontam para: a verificação, caso a caso, da conveniência das demolições, através de estrutura consultiva especializada, na ausência de Plano de Urbanização ou de Pormenor; a prevalência das obras de reabilitação, restauro ou reconstrução, sobre as obras de construção nova; o condicionamento de construções novas à verificação da possibilidade de demolição das preexistentes ou à existência de terreno livre; a limitação e condicionamentos ao avanço de actividades terciárias, ao aumento de cêrceas das novas construções e à construção de caves, ainda que destinadas a estacionamento; o condicionamento à ocupação e transformação dos logradouros. Dada a heterogeneidade do tecido histórico, prevê-se a elaboração de planos de pormenor (artigo 36).

O art. 38 abre a *Subsecção II* que trata especificamente “Da área histórica da Baixa”. Ali o plano de Lisboa estabelece a distribuição de usos, em relação à superfície total de pavimento, predominando o uso terciário (80%).

Segundo o regulamento, a área histórica da Baixa deve ser objeto de plano de pormenor ou de regulamento municipal que tenha por fim a preservação e revitalização do conjunto arquitetónico e urbanístico. Os elementos que devem constar do plano de pormenor/regulamento municipal estão indicados no artigo 39. Tais elementos referem-se sobretudo: a) às regras e condições a que devem obedecer as intervenções sobre o edificado e o espaço público; b) às condições específicas de integração dos diferentes usos admitidos levando-se em consideração toda legislação que incida sobre os imóveis; c) à definição das condições e regras para identificação (tutela), proteção e interação dos valores culturais envolvidos; d) aos condicionamentos à construção; e) às disposições especiais relativas ao entorno dos edifícios, conjugando a conservação do património com a conservação da energia e as melhores condições de conforto e segurança.

O Plano de Pormenor da Baixa Pombalina foi aprovado em reunião da Câmara, dia 29 de julho de 2009, de acordo com a Proposta n. 726/2009²⁴⁸⁹.

A *Subsecção III* (art. 41 e ss) traz, ainda, as “Quintas integradas nas Áreas Históricas”. Incluindo nas áreas definidas como históricas um conjunto de antigas quintas dos arrabaldes das cidades setecentista e oitocentista que hoje devem constituir partes da memória de Lisboa e de valorização cultural e ambiental, associadas ao casco histórico edificado. Ali definem-se os usos possíveis e condiciona-se o licenciamento de obras de construção e da alteração do uso habitacional a um plano de urbanização ou de pormenor, também sujeito à regras que o próprio plano define no art. 42.

Concluindo acerca das áreas históricas delimitadas no plano, devemos comentar que o regulamento de Lisboa é extremamente comprometido com o património identificado no território. Entendemos que é possível afirmar que há uma dedicação significativa por parte do planeador, que não só busca garantir a conservação desses bens, como também se ocupa das demais funções de tutela, valorização e proteção do património cultural que se assenta na cidade (*salv guarda primária e secundária*).

Em seguida, o plano trata em Seções II a IV das áreas consolidadas (art. 44 e ss), divididas em áreas consolidadas de moradias (art. 46 e ss); áreas consolidadas de edifícios de utilização coletiva habitacional (art. 49 e ss); áreas consolidadas de edifícios de utilização coletiva e terciária (art. 62 e ss); áreas consolidadas industriais (art. 64 e ss); áreas de estruturação urbanística (art. 67 e ss); áreas de reconversão urbanística (art. 71 e ss);

Interessa-nos destacar a *Seção V* (art. 78 e ss), que trata das áreas verdes. As áreas verdes são as áreas em que se privilegiam a proteção de recursos naturais e a salvaguarda de valores culturais, paisagísticos e urbanísticos e o apoio ao recreio e lazer da população (art. 78). Segundo, ainda, comentários do regulamento do Plano Diretor,

²⁴⁸⁹ Cf. Site oficial da Câmara Municipal de Lisboa. Disponível em: <<http://ulisses.cm-lisboa.pt/data/002/004/index.php?ml=1&x=baix.xml>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

as áreas verdes correspondem a um conjunto de categorias de espaços diferenciados pela sua função na Estrutura Verde da Cidade e pelos usos e ocupações permitidos. Integram ainda um conjunto de espaços edificáveis em grande parte constituídos por antigas Quintas e áreas agrícolas onde se deverá manter e preservar a configuração da antiga propriedade e os principais elementos das antigas estruturas rurais²⁴⁹⁰.

Conforme referido no art. 79, as áreas verdes subdividem-se nas seguintes categorias de espaço urbano: a) áreas verdes de proteção; b) áreas verdes de recreio; c) áreas verdes de produção, recreio, lazer e pedagogia, d) quintas e jardins históricos; e) quintas a reconverter.

Dentre as áreas eleitas pelo plano, destacamos as *quintas e jardins históricos* (art. 83) e as *quintas a reconverter* (art. 84).

Segundo o item 1, art. 83, “as quintas e jardins históricos incluem áreas verdes de especial importância e valor histórico, cultural e paisagístico, que devem manter as características da sua concepção inicial ou resultantes da sua evolução histórica”. E segue, tratando em maiores detalhes, o item 2, art. 83: “as quintas e jardins históricos só podem sofrer alterações com base em projectos de espaços públicos ficando limitados ao índice de ocupação máximo decorrente da aplicação do artigo 18”.

O plano estabelece regras bastante restritivas e apenas são admitidas alterações fundamentadas em projetos de espaços públicos (definidos no art. 7º).

As *quintas a reconverter* são constituídas por antigas estruturas de produção agrícola cujos elementos edificados e paisagísticos ainda existentes interessa preservar integrando-os com novos usos (habitacional, terciário, ou equipamentos coletivos) em novas soluções urbanísticas (art. 84).

Incluem-se nessas áreas algumas quintas que, apesar de terem sofrido alterações ao longo do tempo, ainda possuem antigas estruturas de produção agrícola que interessa salvaguardar, mesmo que inseridas em um contexto atual. Nesse sentido, admitem-se transformações urbanas de algum alcance, embora condicionadas pelos índices de ocupação previstos no artigo 18 e pelas regras aplicáveis, pelos artigos 13 e 14, aos imóveis e conjuntos edificados de valor patrimonial inventariados existentes.

No que se refere a nosso objeto de pesquisa, cabe dizer, por fim, que o Plano de Lisboa estabelece critérios da elaboração dos planos de urbanização e planos de pormenor no art. 118, ficando estes vinculados ao Plano Diretor, devendo ser realizados de acordo com as regras e condicionamentos urbanísticos ali definidos. O artigo também determina os elementos e estudos que compõem o processo de elaboração desses planos.

Lembremos que o Decreto-Lei n. 380/99, determina em seu art. 91, no que se refere ao conteúdo material do PP, entre outras disposições, que este conterà: “a definição de caracterização da área de intervenção identificando, quando se justifique, os valores culturais e naturais a proteger” (alínea a, item 1, art. 91).

Resta comentar, por fim, que o regulamento do Plano Diretor de Lisboa parece atender às disposições do Decreto-Lei n. 380/99, no que se refere ao conteúdo material obrigatório tratado no art. 53, alínea f. Significa dizer que o PDM de Lisboa traz “medidas específicas de protecção e conservação do património histórico e cultural”.

Desses pontos concluímos que: é possível concluir que o PDM português atua como *via de tutela dos bens culturais materiais imóveis*, ou seja, assume-se enquanto *meio primário de salvaguarda*, ainda que não se possa afirmar que o faça de maneira autónoma em relação aos instrumentos de classificação e inventariação. Da mesma forma, o plano é reconhecido como *meio secundário de salvaguarda*, garantindo a integração das políticas urbana e cultural no contexto urbano que se inserem.

²⁴⁹⁰ Cf. Regulamento PDM de Lisboa anotado. Disponível em: <<http://www.pdm.cm-lisboa.pt>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

6.3. Sul

6.3.1. Faro

Faro é uma cidade ao sul de Portugal. O município possui em média 60 mil habitantes e é capital da Região do Algarve.

Como todas as cidades de Portugal, Faro é fruto de uma história e cultura que se projetam até os dias de hoje em sua arquitetura.

Os primeiros marcos datam do século VIII a.C., durante a colonização fenícia do Mediterrâneo Ocidental. A cidade servia então de entreposto comercial, integrado num amplo sistema comercial baseado na troca de produtos agrícolas, peixe e minérios. Seu nome de então era Ossónoba, sendo um dos mais importantes centros urbanos da região sul de Portugal.

Entre os séculos III a.C. e VIII d.C. a cidade esteve sob domínio romano e visigodo, vindo a ser conquistada pelos mouros no ano de 713 d.C., os quais ergueram ali uma fortificação (reforçada por uma nova muralha erigida a mando do príncipe mouro Bem Bekr, no século IX). Na sequência da independência de Portugal em 1143, D. Afonso Henriques (primeiro Rei de Portugal) e os seus sucessores iniciaram a expansão do país para sul, reconquistando os territórios então ocupados pelos mouros, o que culminou com a conquista do Algarve e da cidade de Faro no ano de 1249 pelas tropas de D. Afonso III. Faro foi elevada à categoria de cidade no ano de 1540, sendo, desde 1830, capital do Algarve. Faro foi parcialmente destruída durante o grande terremoto de 1755, tendo parte da sua muralha, assim como alguns outros edifícios, desmoronado.

Sensível ao patrimônio material da cidade, o regulamento do Plano Diretor Municipal de Faro foi ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n. 174/95, de 19 de dezembro, com as alterações introduzidas pela declaração n. 203/98, de 8 de junho, e Resolução do Conselho de Ministros n.38/2005, de 28 de fevereiro.

Divide-se em três Títulos, Capítulos, Seções e Subseções, totalizando 105 artigos²⁴⁹¹.

O PDM de Faro, seguindo a técnica preconizada pelo Decreto-Lei n. 380/99, tem por objetivo o estabelecimento de regras a que deverá obedecer a ocupação, uso e transformação do território municipal e define as normas gerais de gestão urbanística a utilizar na implementação do Plano (art. 1º, 1). Sua abrangência territorial cobre toda a área do Município (art. 1º, 2) e é constituído pelo regulamento, traduzido graficamente em plantas anexas, bem como planta de ordenamento, planta síntese, planta de condicionamentos especiais, planta de condicionantes, planta de servidões administrativas e restrições de utilidade pública e outras (art. 2º, 1).

O PDM assume claramente seu papel de “instrumento ordenador” dos planos municipais de ordenamento do território de nível inferior que vierem a ser elaborados para implementação de suas disposições, devendo, portanto estes, conformar-se com os elementos daquele (art. 7º).

O art. 11 traz um rol de definições dentre as quais nos interessa destacar o conceito de

Obras de conservação – execução de qualquer projecto de obras novas, incluindo pré-fabricados e construções amovíveis; *Obras de reconstrução* – execução de uma construção em local ocupado por outra, obedecendo ao plano primitivo; *Obras de alteração* – execução de obras que modifiquem apenas os materiais, acabamentos ou cores; *Obras de ampliação* – execução de obras tendentes a ampliar partes existentes de uma construção²⁴⁹².

Na sequência, o Título II inaugura o tema das “Servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública ao uso dos solos” (art. 12 e ss). Nesse Título ficam disciplinadas as servidões e

²⁴⁹² Cf. Regulamento do PDM de Faro. Disponível em: <http://www.cm-faro.pt/NR/rdonlyres/1972A045-E62F-44AA-A779-272012230B3B/0/Regulamento_PDF.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010.

restrições de utilidade pública ao uso dos solos. As áreas sujeitas às referidas servidões estão identificadas e delimitadas na planta de condicionantes, que integra o PDM.

Dentre as áreas eleitas pelo PDM destacamos aquelas identificadas como de “protecção aos monumentos nacionais e imóveis de interesse público” (art. 12, 1).

As servidões referidas têm como objetivo, entre outros, “a) a preservação do meio ambiente e equilíbrio ecológico e (...) d) o enquadramento do património cultural e ambiental” (art. 12, 2).

O Título III, por sua vez, estabelece o regime “Do uso dos solos”. É o maior título do plano, como ocorre em regra nos planos portugueses analisados.

O Capítulo I traz o regime “Dos condicionantes especiais”. No art. 14 ficam estabelecidas as zonas sujeitas a condicionamentos especiais (delimitadas na planta de condicionamentos) e dentre elas encontram-se “a) zonas de maior sensibilidade paisagística”.

As zonas de grande sensibilidade paisagística são disciplinadas no art. 15, que as conceitua como aquelas que correspondem às encostas sul dos cerros do Guilhim e de São Miguel, devendo ser observados condicionamentos especiais referidos em legislação apartada (legislação que regula a REN), bem como aqueles que o PDM estabelece, quais sejam:

2. Nas zonas de grande sensibilidade paisagística são interditas as seguintes acções: Colocação de painéis publicitários; Instalação de linhas aéreas de transporte de energia em alta e média tensão, excepto nas zonas mais baixas de vale.
3. Nas zonas de grande sensibilidade paisagística, os muros de suporte bem como os muros divisórios de propriedade, que vierem a ser autorizados nos termos da legislação que regula a REN, deverão ser em alvenaria de pedra à vista ou revestidos com pedra da região (art. 15, 2 e 3).

O PDM, nesse caso, estabelece critérios ligados à estética e ao padrão das construções, com fins a evitar uma “desarmonia” na região.

No Capítulo IV, que estabelece as classes de espaços (art. 23 e ss), encontramos a Seção I, “Dos espaços naturais e culturais” (art. 26 e ss). Os espaços naturais e culturais têm como objetivo a preservação dos sistemas naturais e da qualidade do meio ambiente, dos sistemas naturais da paisagem e a valorização do património cultural (art. 26). Os espaços culturais são desde já identificados na planta de ordenamento-síntese e integram: a) *Parque ribeirinho de Faro*; b) *Parque urbano de Faro*; c) *Área cultural de Milreu/Estói*.

Na sequência, para além de identificar as áreas culturais, o PDM estabelece as atividades interditas (art. 27). Fica estabelecido, na lei local, que nos espaços naturais e culturais são interditas ações que diminuam ou prejudiquem os seus objetivos, nomeadamente: “instalação de qualquer tipo de indústria transformadora, salvo o disposto no artigo 22 do do presente regulamento; a instalação de parques de sucata, lixeira, nitreiras e de depósitos de materiais de construção ou de combustíveis”.

A Subseção II trata dos espaços culturais da cidade (art. 32 e ss). Segundo o art. 32, “os espaços culturais integram áreas predominantemente naturalizadas com uma vocação recreativa e cultural e elementos do património construído com interesse”.

Em seguida, são esmiuçadas as regras relativas às três áreas eleitas como áreas de interesse cultural (ver art. 26).

No art. 33, estabelecem-se as normas aplicáveis ao “Parque Ribeirinho de Faro”. A extensão do parque está delimitada na planta de síntese e o objetivo principal do parque é contribuir para a divulgação dos valores naturais da via Formosa e para a consciencialização da população local e nacional, da importância desses valores, aliada à criação de uma área de lazer para a população local.

O art. 34 estabelece as regras aplicável ao “Parque Urbano de Faro”, que também é delimitado na planta de síntese, regras definidas no artigo e será objeto de programa de ocupação específico, de índole cultural e recreativo.

O art. 35, por sua vez, estabelece a área cultural de Mireu/Estói, da mesma forma delimitada na planta de ordenamento-síntese, constituindo espaço que deverá ser objeto de plano de pormenor que defina sua ocupação.

Na Subseção II estabelecem-se regras sobre “os espaços urbanos históricos” (art. 53).

Nesse ponto, o plano abre espaço às áreas já identificadas como também para aquelas que virão a ser identificadas depois, nos termos em que a legislação especial considerar (art. 53, 1 e 2).

Segundo a regra do art. 53, 1,

Os espaços urbanos históricos correspondem a áreas especialmente importantes sob o ponto de vista histórico, cultural e ambiental do concelho, integrando edifícios ou conjuntos construídos de especial interesse urbanístico e arquitectónico, pelo que deverão ser mantidas as características urbanísticas das malhas e preservadas as características arquitectónicas dos edifícios de maior interesse.

Constituem, por fim, espaços urbanos históricos “a zona histórica da cidade de Faro, delimitada na planta de síntese e o núcleo mais antigo de Estói e outras áreas que a Câmara Municipal entenda propor, nos termos da legislação aplicável” (art. 53, 2).

O núcleo mais antigo de Estói deverá ser delimitado em plano de nível inferior específico (art. 53, 3). Por outro lado, no âmbito dos planos municipais de ordenamento do território que abranjam os espaços urbanos históricos referidos no n. 2 do artigo 53 deverão ser identificados os edifícios e conjuntos de interesse a preservar (art. 53, 4).

Desses pontos concluímos que: pode-se afirmar que o plano diretor de Faro atende aos preceitos do Decreto-Lei n. 380/99 ao definir em seu conteúdo material medidas específicas de proteção e conservação do património histórico e cultural (art. 53, “f”). Assume-se, portanto, enquanto *meio secundário de salvaguarda*, podendo vir a ser meio primário, em regra reconhecendo bens que também se encontram submetidos à classificação ou inventariação.

Conclusões finais

A tese apresentada procurou traçar o perfil da salvaguarda do patrimônio cultural imóvel via plano diretor municipal, identificando especificamente a viabilidade da tutela (reconhecimento) dos bens culturais através daquele instrumento típico do direito urbanístico.

Motivados pelo atual estágio de desenvolvimento do planejamento urbanístico no Brasil, bem como atentando para a ampliação dos meios de salvaguarda dos bens culturais admitida em sede constitucional (art. 216, §1º, CF/88), buscamos demonstrar que, dentre as diversas funções ou finalidades assumidas pelo planejamento urbano, desponta a função tutelar ou a de identificar bens que repousam sobre o território municipal e que personificam um interesse cultural relevante.

A análise dividiu-se em três títulos e inicia-se com a trajetória teórica das noções de urbanismo e cidade, passando por uma rápida verificação histórica da concretização desses fenômenos no Brasil, a partir de seu descobrimento pela nação portuguesa e o estabelecimento de um “*modus*” de criar a cidade. No primeiro título, identificamos as fases do desenvolvimento das urbes, desde a Antiguidade, a Revolução Industrial, o forte e premente estágio de urbanização do século XX, as alterações a que assistimos na maneira de viver e de urbanizar que se estabeleceram durante tais fases e suas repercussões. É possível afirmar que vivemos sob os efeitos de uma sociedade capitalista em franco crescimento urbano e que paira sobre as grandes aglomerações urbanas um mal-estar generalizado provocado pela intensidade dos conflitos e interesses ali vivenciados. O urbanismo, nesses termos, surge como instrumento a ser utilizado no intuito de minimizar os efeitos desastrosos da urbanização livre e dos riscos que essa atividade expõe ao ambiente natural e cultural urbanos.

Foi possível verificar dessa análise a fragilidade do modelo de desenvolvimento urbano adotado no Brasil, que privilegia processos de crescimento, adensamento e renovação urbanos insustentáveis, agravados pela insuficiente planificação a que se assiste e pela ainda tímida integração que se promove entre o urbanismo e o interesse cultural. Em decorrência da urbanização desregulada e da ausência de uma política pública cultural de maior alcance, muitas das áreas centrais de valor histórico-cultural e também o patrimônio imóvel disperso nas cidades foram destruídos ou entregues à ruína.

Ainda sob esse título passamos a analisar o urbanismo enquanto matéria da ciência do Direito. Foram traçados seu perfil, seu objeto, seu campo de aplicação, sua natureza, princípios e relação com outras disciplinas jurídicas, o que nos permitiu identificar naquele ramo jurídico uma vocação multidisciplinar e fins que não se limitam à realização de um urbanismo em si mesmo, mas de um urbanismo permeado por novos e distintos interesses coletivos, dentre eles, os interesses culturais.

Ainda em caráter introdutório, desenvolvemos algumas noções do direito de propriedade imóvel no Brasil e Portugal, na certeza de que esse instituto encontra-se ao centro da disciplina urbanística dos solos, bem como é essencial à disciplina do patrimônio cultural imóvel. O panorama traçado demonstrou a relatividade das faculdades que compõem aquele direito, permitindo-nos identificar o surgimento de uma “propriedade urbana” e uma “propriedade cultural” que admitem restrições e submetem-se aos interesses sociais da coletividade. Tais restrições, por sua vez, possuem contornos diferenciados e fins múltiplos, podendo estar ligadas às faculdades de construir, alterar ou alienar, tendo como fundamento legal normas de natureza igualmente diversa (notadamente de direito urbanístico, civil e patrimonialista).

Considerando o enfoque da tese no contexto brasileiro e as aproximadas comparações propostas em relação ao regime português, desenvolvemos um capítulo voltado às estruturas políticas e administrativas do Brasil e de Portugal, com o intuito de identificar a intensidade de suas semelhanças e diferenças, tornando possível uma melhor compreensão da legislação específica que cada país elabora em função do planejamento territorial e sua vertente cultural.

Os desenvolvimentos até esse ponto são considerados introdutórios e circunstanciais da problematização que se desenrola nos títulos seguintes, sendo, entretanto, inafastáveis para uma plena compreensão do trabalho exposto na sequência.

Superada a localização temática da tese, a saber, residente no âmbito do direito urbanístico, restou imperativo delinear os principais aspectos do direito do patrimônio cultural, visto que entre as disciplinas verifica-se uma interseção provocada por um objeto comum entre elas: o bem cultural imóvel.

O título II centra-se nas noções de direito e cultura, bem como da construção de um “direito da cultura” e sua autonomia didático-científica. Foram apresentadas as noções elementares da problemática central da tese, que assume a conexão entre os interesses urbanísticos, ambientais e patrimoniais, ao mesmo tempo em que o tratamento das disciplinas se dá em discursos jurídicos distintos e especializados, mas não anacrônicos e estanques entre si. Buscou-se identificar a diferença e a identidade de cada um desses interesses de maneira que o que distingue o direito urbanístico do direito do patrimônio cultural os une na medida em que aquele executa através de seus instrumentos os fins ou objetivos deste. Não há conflito entre as disciplinas, nem sobreposição. O direito urbanístico e o planejamento territorial que advém deste é por sua própria natureza um direito de integração e coordenação de interesses.

Defendemos, por outro lado, a relativa autonomia dos instrumentos urbanísticos na realização de tarefas próprias do “Estado da cultura”, reconhecendo que o direito do patrimônio cultural fundamenta os atos promovidos pelo planejamento urbanístico em matéria de tutela de bens culturais, na medida em que cabe àquele a elaboração de conceitos que determinam o conteúdo dos bens culturais, bem como dos critérios para seu reconhecimento.

Traçamos, nesse sentido, alguns elementos em comum que os aproximam. Dentre eles, ressaltamos os princípios compartilhados pelas disciplinas e destacamos aqueles ligados à realização de direitos fundamentais do homem, como é o direito à dignidade da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento. Nesse sentido, concluímos que a concretização do direito à dignidade da pessoa humana passará, necessariamente, pelo respeito por aspectos diversos da humanidade, dentre eles o aspecto cultural.

Reconhecemos a existência de um “homem cultural”, que percorreu longo caminho civilizatório e hoje reside em cidades de caráter movediço, múltiplo, em constante modificação, mas que também guardam traços significativos do que foram, do que são e do que virão a ser, através de uma contínua ligação entre as gerações e sua identidade comum.

Delimita-se, ainda, nesse segundo título o enfoque da tese nos bens culturais imóveis, visto que aí está o objeto comum entre as disciplinas jurídicas do urbanismo e do patrimônio cultural. Delineia-se o que são bens culturais imóveis, qual o contorno conferido pelo sistema jurídico brasileiro e pela ordem internacional da cultura, bem como privilegia-se o adensamento de conceitos com base em desenvolvimentos da disciplina na legislação estrangeira.

Traçamos o conteúdo da Constituição da cultura e os interesses e deveres reflexos que o reconhecimento do direito da cultura implicará a todos (Estado, particulares etc). Ressaltamos o papel do Município na identificação desses bens e a noção de graduação dos interesses culturais que passa sempre por um interesse local, tomando maior amplitude conforme sua relevância para o Estado ou Nação. Todo bem cultural imóvel será, em primeira instância, um bem de relevância cultural local. Daí o relevante efeito que a ampliação dos meios de tutela à disposição do administrador municipal poderá suscitar no tratamento dos bens culturais.

Comentamos rapidamente acerca das ações públicas ligadas ao fomento da cultura (obtido por vias diversas como as financeiras, estruturais etc) e o acesso à educação, para então esmiuçar o conteúdo da salvaguarda de um patrimônio cultural imóvel que se pretende transmitir às gerações futuras.

Tutelar, proteger, conservar e valorizar são conceitos centrais desenvolvidos nesse título. Tarefas a serem assumidas por todos, distribuídas e forjadas em primeiro lugar na Constituição Federal do Brasil e após na legislação infraconstitucional em seus diversos níveis (federal, estadual e municipal).

Tratamos igualmente dos meios especiais de salvaguarda dos bens culturais, enquadrando-os em categorias distintas enquanto meios primários e secundários de salvaguarda.

Os meios primários são aqueles através dos quais é possível reconhecer o caráter cultural de um bem, identificar o interesse cultural que este aporta, conferir-lhe *status* de bem cultural. Através

dos meios primários inaugura-se um novo regime para o bem, incluindo-o a partir de então, no rol do patrimônio cultural. Os meios primários são, nesse sentido, meios de tutela do bem cultural. Segundo nosso ordenamento jurídico atual, os meios de tutela do bem cultural ou os meios primários de salvaguarda são: o tombamento, a lei; a sentença e “outras formas de acautelamento”, onde incluímos os planos diretores municipais.

Os meios secundários, por sua vez, são aqueles que privilegiam a realização das demais tarefas inerentes à tutela: proteção, conservação e valorização dos bens culturais imóveis. Nesse sentido, uma ampla gama de instrumentos se verifica, dentre os quais o planejamento territorial local se destaca como via excelente.

Enquanto meios secundários, elaboramos comentários acerca dos diversos instrumentos urbanísticos consagrados pelo Estatuto da Cidade no Brasil (Lei n. 10.257/2001), assim como acerca da renovação urbana enquanto técnica eficaz para a realização da conservação e valorização do bem cultural imóvel.

Dessas análises foi possível concluir que os instrumentos de direito urbanístico devem, em regra e inafastavelmente, se ocupar dos aspectos de tutela, proteção, conservação e valorização dos bens culturais imóveis, sendo portanto premente o despertar do planejador territorial local no Brasil para tais funções, no sentido de incluir tais fins em seus planos diretores municipais.

O terceiro título, por fim, trata do planejamento territorial local e a tutela dos bens culturais no Brasil.

Tratamos nesse título dos aspectos gerais do planejamento, reconhecendo-o enquanto instituição jurídica elementar para a concretização dos deveres e tarefas assumidos pelo atual Estado Social de Direito. Traçamos algumas distinções identificáveis nos diversos tipos de planos e centramos na teoria do planejamento territorial.

Encontramos no regime de planejamento territorial de outros países da Europa alguns elementos que adensaram nosso entendimento acerca da função cultural do plano diretor municipal e voltamo-nos aos desenvolvimentos de aspectos de relevo dessa disciplina no Brasil e em Portugal.

A tipologia dos planos e o atual regime democratizado do planejamento territorial foram apresentados. Dessas considerações foi possível concluir que a participação popular reveste o planejamento local de legitimidade e amplia a noção de bem cultural imóvel, elemento que reforça a importância da utilização desse instrumento enquanto meio primário de salvaguarda do patrimônio.

Apresentamos em maiores detalhes os planos urbanísticos locais brasileiros e seus aspectos conformadores, quais sejam: os princípios que perseguem, os fins a que se destinam, o processo ao qual se submetem, o conteúdo de sua regulamentação, sua natureza jurídica, a execução de seus preceitos e o processo de revisão obrigatório a que devem atender.

Dessas análises concluímos que o planejamento territorial no Brasil centra-se nos planos diretores municipais e que estes devem assumir certa homogeneidade no que se refere à forma e conteúdo, especialmente após a vigência do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

A salvaguarda do patrimônio cultural imóvel, por sua vez, é assumida enquanto fim da política urbana no Brasil, segundo regulamenta a Lei Federal, em seu inciso XII, art. 2º (Lei n. 10.257/2001), devendo promover-se ao menos uma ampla coordenação dos instrumentos urbanísticos com os interesses culturais da cidade.

Em Portugal, por sua vez, o planejamento territorial também centra-se nos planos de ordenamento do território, de nível municipal, contando com uma legislação de bases (Lei n. 48/98) e regulamentação posterior (em destaque o Decreto-Lei n. 380/99; Decreto-Lei n. 307/2009 e Decreto-Lei n. 309/2009) de maior alcance e mais bem coordenada com os interesses culturais das cidades. Os efeitos dessa regulamentação mais minuciosa se verifica na medida em que ela garante uma melhor coordenação das políticas urbanas e patrimonialistas daquele país, o que se assume como via de excelência para a salvaguarda dos bens culturais imóveis.

No último capítulo realizamos a análise de alguns planos diretores municipais no Brasil e em Portugal, a partir da qual chegamos a algumas conclusões que envolvem todos os aspectos da tese e que passamos a expor, pormenorizadamente.

É preciso dizer que a conclusão de um trabalho científico exige um esforço de síntese que supere uma mera repetição de tudo que já foi dito e venha a adensar o discurso que se propôs, resgatando os pontos principais desenvolvidos.

A análise que se promoveu durante a tese nos permite afirmar que vivemos em um momento crucial, onde é preciso romper com a visão setorial das políticas públicas que tratam do urbano sem reconhecê-lo em sua globalidade e ao mesmo tempo em sua particularidade pelos aspectos culturais que possui.

É premente o reconhecimento de *novos modelos de salvaguarda* do patrimônio cultural das cidades. Não se pode mais tratar institucionalmente política urbana como a conjunção apenas das áreas de habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Trata-se de incluir a dimensão social em sua vertente cultural como variável para o estabelecimento dos padrões urbanísticos e de ações de fomento que definem, em última instância, modos de viver, de ser e fazer. Nesse sentido, consideramos que o atual perfil da política urbana do Brasil ainda deverá despertar para um amadurecimento amplo das questões envolvendo interesses ambientais e culturais.

Por outro lado, a política de preservação do patrimônio não pode mais desconsiderar as demais lógicas que interferem na produção da cidade, no seu desenvolvimento e funcionamento. Cabe uma nova Lei Federal que estabeleça as bases para a política pública do patrimônio cultural e, ao mesmo tempo, assuma expressamente os *novos modelos de salvaguarda* que se poderá implementar.

Esses novos modelos de salvaguarda, até então identificados através de um esforço interpretativo da Constituição e legislação infra, devem estar, por fim, expressos em normativas melhor elaboradas e coordenadas.

A política urbana atual, por sua vez, deve assimilar o conceito de “desenvolvimento” sob uma perspectiva integrada da ação de preservação urbana, articulando linhas de atuação que, tradicionalmente setoriais, possam estabelecer pontos de interseção e procedimentos convergentes. O reconhecimento e o desenvolvimento dessa convergência de interesses garantirão uma maior eficácia e uma interação físico-espacial do patrimônio cultural imóvel ao resto da cidade, reconhecendo suas especificidades no contexto urbano, de modo a propiciar o seu tratamento particularizado e evitar o tratamento homogêneo para áreas urbanas que são em si, diversas e com valores agregados díspares, em função de seus contextos culturais, ambientais, sociais e econômicos distintos.

Diante disso, é necessário mover esforços de coordenação até então não atingidos em função da inexistência de mecanismos de gestão apropriados para essa finalidade, considerando a articulação entre Estado e sociedade dentro do Estado, em suas diversas esferas político-administrativas.

Considerando, ainda, a aplicação de instrumentos operacionais disponíveis na ordem urbanística inaugurada pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), é possível efetuar novas negociações urbanas, que demandam uma integração entre os setores do urbanismo e da cultura²⁴⁹³, bem como entre estes e a sociedade civil.

É preciso comentar, ainda, que segundo nossa avaliação, Brasil e Portugal possuem estruturas semelhantes para tratar do planejamento territorial.

Países de regime democrático diferem no grau de autonomia que os Municípios aportam em matéria de direito urbanístico e direito do patrimônio cultural. A autonomia municipal no Brasil, por sua vez, está refletida nas normas de nível federal, que tendem a ser menos minuciosas que aquelas equivalentes do regime português.

Por outro lado, em essência, ambos os regimes reconhecem e assimilam a tendência internacionalmente proclamada de incluir dentre os objetivos do planejamento territorial, a salvaguarda dos bens culturais materiais e imateriais.

No Brasil, a tendência é a ampliação dos elementos tratados nos planos, mas prevalece a ideia de que a disciplina do patrimônio cultural é especializada e deve ser tratada em detalhes em legislação

²⁴⁹³

No entendimento de Brito, a coordenação que se busca entre as duas temáticas se obteria através da criação de Câmaras Multisetoriais de Política Pública ou Câmaras de Reabilitação Urbana, voltados à preservação urbana dos sítios históricos das cidades. Cf. BRITO, Marcelo. Coordenador Nacional do Programa de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos (Urbis). IPHAN. **Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro**. Comunicação realizada no Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, Brasília, 5 a 7 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=380>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

apartada. O envolvimento do patrimônio identificado em áreas mais vastas é pontual, ainda havendo dificuldades em estabelecer uma coordenação entre as diversas funções da cidade e a repercussão do patrimônio em todas elas. Os parâmetros de construção são condicionados, mas fora dos espaços delimitados não ficam em regra vinculados a um “estilo” ou “aspecto estético” específico, prevalecendo a arquitetura livre, mesmo em cidades com núcleos históricos com padrão identificável.

O entorno é levado em consideração, mas o comprometimento com os bens culturais não explicita a intenção de “harmonização” ou “ambientalização” de que tratam as normas internacionais mais relevantes sobre o tema. Conceitos como “visibilidade do bem cultural” ainda são interpretados de maneira rasa, que desconsidera as noções que se verificou acerca da harmonização já comentada.

A identificação das áreas ou itens de interesse cultural é assumida em alguns planos, mas em grande parte a tutela do bem cultural deve aguardar manifestação de órgãos especializados ou leis especiais futuras.

O plano assume, por outro lado, um papel de coordenador de interesses, atuando em grande parte como norma programática, que visa a orientar futuros projetos especiais de renovação e conservação urbanos.

Considerando que boa parte dos planos diretores brasileiros foram revistos ou elaborados no período que se seguiu da aprovação do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) até a data limite imposta por aquela Lei de 09/10/2006, entendemos que os planos começam a se sensibilizar de maneira mais evidente à questão dos bens culturais e ambientais, mas adotam uma postura demasiadamente passiva diante de bens e zonas de interesse cultural. Queremos dizer com isso que, mesmo que estudos informem ao planejador que existem bens passíveis de tutela em seu território e que porventura ainda não são objeto de medida especial de reconhecimento (tombamento, inventário, lei etc), a tendência é de que o plano seja uma lei de efeito contido, remetendo-se à lei posterior a tarefa de tutelar concretamente o bem cultural. Lei esta que poderá ou não um dia ser proclamada.

A reticência do planejador municipal brasileiro deve-se em grande parte pela tradicional ruptura entre os temas de direito urbanístico e do patrimônio cultural. Essa fração de noções acaba por dificultar a inclusão de novas áreas de relevante interesse cultural em um contexto dinâmico como é o do planejamento urbano.

Lembremos que a elaboração dos planos diretores brasileiros deve ocorrer mediante plena e assegurada participação popular (art. 40 §4º, da Lei Federal n. 10.257/2001), o que contribui para concretizar uma noção ampliada de bem cultural. Nesse sentido, a tendência atual de reconhecer interesse cultural nos bens e manifestações populares que detenham expressividade e relevância para a comunidade parece se integrar plenamente com o conceito de democracia participativa que o Estatuto da Cidade prescreve. O patrimônio das secretarias de cultura, que muitas vezes é fruto de avaliações técnicas distantes da noção e vida populares, ganharia em dimensão e em legitimidade, passando a refletir também o anseio da população local que elege, muitas vezes, determinados “lugares”, bens isolados ou paisagens inteiras como elementos representativos de seu cotidiano.

Por outro lado, é preciso reconhecer, no que tange à tutela de bens culturais via lei do plano diretor municipal ou lei urbanística vinculada a este, que ainda que esta se mostre viável teoricamente e efetivamente ocorra em diversas municipalidades, notamos que a tendência é a de que esse instrumento seja consagrado como via secundária de salvaguarda.

Da experiência identificada no país através de conversas informais com algumas administrações locais, notamos que no Brasil há uma certa “fragilidade” da tutela do bem cultural a nível municipal. O bem cultural imóvel de relevância local sofre pressões dos setores imobiliários e a tutela via planejamento urbano parece não ser suficiente para garantir que os interesses culturais prevaleçam em conflitos onde se verifique um confronto com interesses econômicos.

Muito do patrimônio municipal se perde todos os dias para ceder espaço a investimentos privados, ampliação de vias e construção de grandes prédios comerciais.

Essa dificuldade em equilibrar os interesses culturais e econômicos fragiliza e relativiza não só a tutela via plano, como a tutela no nível local em geral.

A par da fragilidade que se verifica no âmbito local de tutela do patrimônio, o plano diretor é instrumento dinâmico cuja revisão é obrigatória a cada dez anos, o que poderá expor o patrimônio a uma “instabilidade” frequente, que não atende plenamente aos princípios da perenidade que se quer

garantir ao bem cultural, comprometendo sua transmissibilidade. Em alternativa a essa fragilidade, alguns planos assumem na lei que os bens declarados como de interesse cultural não podem ser desclassificados em legislação futura, mas é evidente que uma lei posterior poderá alterar a situação do bem cultural, desde que seja prolatada em mesmo nível, atendendo a requisitos meramente formais.

Os sistemas mais modernos de tutela do patrimônio adotam, por sua vez, a classificação como meio primário e o planejamento como via secundária, o que reforça a ideia de que essa dupla vertente é a ideal para garantir um equilíbrio entre os interesses e promover uma adequada salvaguarda dos bens culturais.

Por outro lado o, plano diretor municipal e o zoneamento especial (zonas especiais de interesse cultural) que se ligam ou conformam-se com aquele patrimônio imóvel ampliando seu sentido e reflexos representaria, por si só, um avanço inegável para a disciplina dos bens culturais.

No Brasil, entretanto, a disciplina dos bens culturais via planejamento deverá ser ampliada em todos os sentidos. O recurso ao tombamento de nível nacional como “socorro” aos bens de interesse local deve ser aos poucos substituído por um sistema mais sólido de tutela local, o que repercutirá diretamente na utilização da planificação enquanto instrumento primário de tutela.

A tutela via plano não é, portanto, uma alternativa desprezível, ao contrário, deve ser utilizada sempre que possível, mas o esforço por uma melhor coordenação das políticas urbana e cultural deve ser também a todo custo reforçada. Falta, por outro lado, uma maior dedicação legislativa de âmbito nacional ao tema, o que garantiria o estabelecimento de um regime mais minucioso e claro acerca dessa fusão de interesses.

Referências

- ABAD LICERAS, Jose María. **Urbanismo y Patrimonio Histórico**. Madrid: Editorial Montecorvo, 2000.
- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABBELLÁN GARCIA, Joaquín. **El Pensamiento Político de Guillermo Von Humboldt**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- AEMISEGGER, Heinz. **Introduction à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire**. Berne: Mémoire ASPAN n. 25, 1980.
- AEMISEGGER, Heinz; KUTTLER, Alfred; MOOR, Pierre (Edit.). **Commentaire de la Loi Fédérale sur l'aménagement du Territoire**. Zurich: Schutthess, 1999.
- AGRA, Walber de Moura. Pós-Modernidade, Crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac (Org.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- AGUIAR, José. A Conservação do Patrimônio Urbano e o Lugar das Novas Arquiteturas. In: COUTO, Célia (Coord.). **Estratégias de Reabilitação de Centros Históricos**. Actas da Conferência realizada em 18 e 19 de junho de 1999, no âmbito do 1º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum n. 4. Lisboa: URBE, 2001.
- ALDER, J.; WILKINSON, D. **Environmental Law and Ethics**. London: Macmillan, 1999;
- ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Administrativo Italiano**. 3. ed. Milan: Giuffrè: 1960.
- ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Uma nova lei de bases para o património. **Cadernos de Ciência e Legislação**, Lisboa, n. 24, jan./mar., 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALI, Titouche. Planning the Articulation Between the Historical City Centre and the New Urban Extensions. In: **The Planned City? ISUF International Conference**, Bari, v. III, 2003.
- ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. **I beni culturali e ambientali**. La Protezione del patrimonio storico-artistico. 4.ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ALMEIDA, Mário Aroso; CADILHA, Carlos Alberto. **Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALONSO IBANEZ, Maria del Rosario. **Los Espacios Culturales en la Ordenacion Urbanística**. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- ALVA, Eduardo Neira. **Metrópoles (In) Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.
- BREMAEKER, François E. J.de. **Evolução demográfica dos municípios das regiões metropolitanas brasileiras, segundo a base territorial de 1997**. 2. ed. Rio de Janeiro: IBAM (APMC/IBAMCO), 2000.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia dos Municípios no Direito brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1981.
- _____. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões. **Revista de Direito**

Ambiental, São Paulo, n. 21, jan./mar., 2001.

ALVES, Mércia. Orçamento Público e Direito à Cidade: “ Só sei que nada sei”. **Boletim FNRU**, Rio de Janeiro, a. 5, n. 60, 2009.

AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Oeiras: INA, 1989.

_____. **Aspectos Jurídicos do Ordenamento do Território, Urbanismo e Habitação**. Lisboa: Sumários das Lições proferidas na cadeira de Direito Administrativo, 1971.

_____. O Direito do Ordenamento do Território, do Urbanismo e do Ambiente. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 2, v. 35, 1994.

_____. Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia. (O Plano Urbanístico e o princípio da igualdade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XXXII, 1991.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, jun, 1994.

_____. Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n.1, jun, 1994;

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

AMIN FILHO, Carlos Alberto. Zoneamento em São Paulo: O diagnóstico da desordem e uma proposta de encaminhamento. In: FREITAS, José Carlos (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: CAOHURB, 1999.

AMORIM, J. Pacheco de. **As Empresas Públicas no Direito Português**. Em especial, as Empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000.

AMORIM, R & POCHMANN M (Org.). **Atlas da Exclusão Social no Brasil**. v. 1 e 2. São Paulo: Ed. Cortez, 2003.

ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. **Código del patrimonio cultural**. Navarra: Civitas, 2007.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. Contributo para uma Percepção Jurídico-Cultural do Centro Histórico. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 7, jun, 1997.

ARAÚJO, Fernanda. O Actual Regime Jurídico da Protecção e Salvaguarda do Património Arquitectónico Português. Património/Território – Interacções. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 18/19, dezembro 2002 – junho 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. Política. Livro III, Cap. I. Apud. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 132, out./dez., 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a. 68, jan, 2008.

_____. **Direito Civil**. Reais. 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. O Urbanismo e o Direito de Propriedade. In. AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito**

do Urbanismo. Oeiras: INA, 1989.

ASCHER, François. **Los nuevos principios del Urbanismo.** Madrid: alianzaensayo, 2004.

ASIMOV, Isaac. **Fondation.** Le cycle de fondation I. Saint-Amand: Folio SF, 2005.

ASSINI, Nicola. **Trattato di Diritto Amministrativo.** Pianificazione Urbanistica e Governo del Territorio. v. XXX, Padova: CEDAM, 2000.

_____; CORDINI, Giovanni. **I beni culturali e paesaggistici.** Diritto interno, comunitario, comparato e internazionale. Padova: CEDAM, 2006.

ASSUMPTÃO, Livia R. Apud SIM, O, Maria Cristina Rocha. **Preservação do patrimônio cultural em cidades.** Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

ATTARD, Jérôme. Le Fondement Solidariste du concept “environnement – patrimoine commun”. **Revue Juridique de L’environnement**, Strasbourg, n. 2, p.a, 2003.

AUBRY ET RAU. **Droit Civil Français.** 8. ed. Paris: livrairies techniques, 1989.

AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Droit de l’urbanisme et de la construction.** 7. Ed. Paris: Montchrestien, 2004.

AUGUSTIN, Jean – Pierre; LATOUCHE, Daniel (Dir.). **Lieux culturels et contextes de villes.** Bordeaux : MSHA, 1998.

AZEVEDO, Maria José. Renovação Urbana. Contributos para uma reflexão sobre práticas de intervenção na requalificação urbana na cidade do Porto. In: **Colóquio “As Políticas das Cidades”.** Organizado pelo Conselho Económico e Social no LNEC em 24 e 25 de fevereiro de 1997. Lisboa, 1997.

AZEVEDO, Paulo Ormindo de. Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.** Rio de Janeiro, n. 22, 1987.

BACQUET, M. Alain. **La Conservation du Patrimoine Architectural dans le contexte de la Planification Urbaine et de l’aménagement du Territoire.** Conseil de l’Europe, Congres sur le patrimoine architectural europeen, Amsterdã, 1975.

BACHOUD, Louis; JACOB, Philippe; TOULIER, Bernard. **Patrimoine Culturel bâti et paysager : classement, conservation, valorisation.** Paris : Delmas, 2002.

BAPTISTA, A. J. Mendes, Perspectivas de desenvolvimento económico da Área Metropolitana de Lisboa, **Sociedade e território**, v. 10/11, dez, 1989, reproduzido em ERU II - Textos de apoio, AEISEG, Lisboa, 1991.

BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario.** Madrid: Trotta, 1996.

BARRERO RODRIGUEZ, Concepcion. **La Ordenacion Jurídica del Patrimonio Histórico.** Madrid: Editorial Civitas, 1990.

BARRETO, Wanderlei de Paula. O Estatuto Jurídico da Cidade. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A Derrota da Federação: o Colapso Financeiro dos Estados e Municípios. In: **Temas de Direito Constitucional.**

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARTOLI, E. Cannada et tal. **La cultura e i suoi beni giuridici.** Milano: Giuffrè Editore, 1999.

BASSOLS COMA, Martin. La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda. **Revista de Estudios de la Administración Local**, Madrid, n. 291, enero-abril, 2003.

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Estudos e Pareceres de Direito Público. Constitucional Administrativo Municipal**. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- BATISTA, Maurício Nogueira. O planejamento da cidade. In: BRASILEIRO, Ana Maria (et al.). **Desenvolvimento e política urbana**. Rio de Janeiro: IBAM, 1976.
- BATTIS, Ulrich. Influencia del derecho comunitario europeo sobre el derecho urbanístico de los Estados Miembros. ¿Una Competencia de la Unión Europea en materia de Ordenación del Territorio?. **Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente**, Madrid, n. 206, diciembre, 2003.
- BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2002.
- BENEVOLO, Leonardo. **História da arquitetura moderna**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
- BENI, Mário Carlos. **Análise Estrutural do Turismo**. São Paulo: SENAC, 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman. **Responsabilidade Civil pelo dano ambiental**. In: Direito Ambiental n. 9/48. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 18 dez. 2007.
- BERÇAITZ, Miguel Angel. **Problemas jurídicos del urbanismo**. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1972.
- BERNARDINI, Sílvia de los Rios. Resistência social pela centralidade de Lima. **Boletim Direito à Moradia e à Cidade na América Latina**, Porto Alegre, a. 1, n. 3, set./out., 2008.
- BERNARDINO, Mário. **Aquisições de Bens e Serviços na Administração Pública**. Decreto-Lei n.197/99, de 8 de junho. Portaria n. 949/99, de 28 de outubro. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- BERNSTEIN, Peter. **Desafio aos Deuses. A fascinante História do Risco**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.
- BEZDOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BIELSA. **Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo**. Buenos Aires, 1923.
- BILLAUDOT, Françoise; BESSON-GUILLAUMOT, Michèle. **Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie**. Le Droit et l'Administration. Paris: Éditions Montchrestien, 1979.
- BIRTLES, William; STEIN, Richard. **Planning and Environmental Law**. London: Longman, 1994.
- BLACKHALL, J. Cameron. **Planning Law and Practice**. 3. ed. London: Cavendish, 2005.
- BLOWERS, Andrew (Ed.). **Planning for a sustainable environment**. London: Earthscan, 1996.
- BODIGUEL, Jean-Luc; FIALAIRE, Jacques (Dir.). **Le Renouveau de l'aménagement du territoire**. Paris: l'Harmattan, 2002.
- BOMFIM, Calheiros (Org.). **Constituição da República Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOQUERA OLIVER, José Maria. Los componentes del Plan de Urbanismo. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 127, marzo-abril, 1992.
- BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados – Membros**. São Paulo: RT, 1999.
- BOURDIN A. Le patrimoine culturel et les systèmes de valeurs. In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985.

BOUZELY J. C. Les zones de protection du patrimoine architectural et urbain. Vie des collectivités territoriales, **La Revue Administrative**, Paris, n. 231, mai-juin, 1986.

BOVAY, Benoît. **Le permis de construire** en Droit Vaudois. 2. ed, Payot Lausanne : 1988.

BRAGA, Tania Moreira (et al.). Sustentabilidade e condições de vida em áreas urbanas: medidas e determinantes nas Regiões Metropolitanas de São Paulo e Belo Horizonte*. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, SP. Disponível em:

<http://www.abep.nepo.unicamp.br/site_eventos_abep/PDF/ABEP2004_341.pdf>.

BRANDT, E. (et al.) **L'aménagement du Territoire em Droit Fédéral et Cantonal**. Lausanne: CEDIDAC, 1990.

BRASIL. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BREMAEKER, François E. J.de. **Evolução demográfica dos municípios das regiões metropolitanas brasileiras, segundo a base territorial de 1997**. 2. ed. Rio de Janeiro: IBAM (APMC/IBAMCO), 2000.

BRITO, Fausto; HORTA, Cláudia Júlia Guimarães; AMARAL, Ernesto Friedrich de Lima. A Urbanização Recente no Brasil e as Aglomerações Metropolitanas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, SP, Disponível em:

<http://www.abep.nepo.unicamp.br/iussp2001/cd/GT_Migr_Brito_Horta_Amaral_Text.pdf>.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte Geral. 14. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 133, a. 34, jan./mar., 1997.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. v I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 1984.

_____. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977.

CAHALI, Yussef Said (Org.). **Código Civil. Código de Processo Civil. Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CALVINO, Ítalo. **As cidades invisíveis**. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. Ato Administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e a vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- _____. **Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade**. Crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- _____. (Coord.). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- _____. Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 4, dezembro, 1995.
- CANTARINO, Catarina. **Onde está o patrimônio da cidade?** Revista do Iphan, n. 2, nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.revista.iphan.gov.br>>. Acesso em: 16 set. 2008.
- CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. Tome 3. Les biens. 18. ed. Paris : PUF, 1998.
- _____. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. 9. ed. Paris: LGDJ, 1998.
- CARCELLER FERNANDEZ, Antonio. **Instituciones de Derecho Urbanístico**. Madrid: Montecorvo, 1977.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antónío. **Introducción al Derecho Urbanístico**. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1993.
- CARDONA, Maria Celeste. Defesa e Conservação do Patrimônio Imobiliário. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Oeiras: INA, 1989.
- CARDOSO, Elizabeth Dezouart. ZVEIBIL, Victor Zular (Org.). **Gestão Metropolitana: experiências e novas perspectivas**. Rio de Janeiro: IBAM, 1996.
- CARINGELLA, Francesco. GAROFOLI, Roberto. **Codice Amministrativo**. Annotato con la giurisprudenza. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- CARLETTI, D. et tal. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè Editore, 2005.
- CARNEIRO, Henrique Figueiredo. Banalização do Patrimônio Cultural Material e consequências perversas para a vida na cidade. In: MARTINS, Clerton (Org.). **Patrimônio Cultural**. Da memória ao sentido do lugar. São Paulo: ROCA, 2006.
- CARON, Rémi. **L'état et la Culture**. Paris: Economica, 1989.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.
- CARVALHO, Jorge. **Formas Urbanas**. Coimbra: Minerva Coimbra, 2003.
- CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire de. Aspectos Jurídicos do zoneamento e BERNARDES, Rosângela Maria Antiório. Zoneamento e controle ambiental. In : In: DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de Direito Urbanístico – 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- CASINI, Lorenzo. La Valorizzazione dei Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 3, 2001.
- CASTEL, Robert. **Les metamorphoses de la question sociale**. Paris: Fayard, 1995.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. 349 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.
- CASTILLO RUIZ, José. **El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural**. Granada: Monográfica Arte y Arqueología, 1997.
- CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.
- CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação dos bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar,

1991.

_____. **Regularização Fundiária e o Sistema Jurídico.** Uma Introdução ao Tema. Disponível em: <http://www.soniarabello.com.br/biblioteca/regularizacao_fundiaria_e_o_sistema_juridico.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2009.

CAUPERS, João. Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n.9, jun., 1998.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira**, 1891: comentada. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

CAVIN, Joelle Salomon. La Suisse Urbaine: entre ubiguité et absence, **Espaces Temps.net**, Textuel. Disponível em : <<http://espacestems.net/document708.html>>. Acesso em : 20 ago. 2007.

CENTOFANTI, Nicola. **Diritto a Construire. Pianificazione Urbanística. Espropriazione.** Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

CIRNE, Rui. **Sesmarias e Terras Devolutas.** Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

CLAVERO, Francisco Blanc. La Posición Jurídica del Urbanizador: Urbanismo Concertado y Contratación Administrativa. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 261-262, septiembre 2001-abril 2002.

COASE, R. **The firm, the market and law.** Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito empresarial.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Para viver a democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. Reflexões sobre o método do ensino jurídico. São Paulo, **Revista da FADUSP**, v. LXXIV, 1979.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do Ambiente.** Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Ordenamento do Território.** Administração e Políticas Públicas. Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional. Lisboa: ISCSP, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito civil Português.** I. Parte Geral. Tomo II. Coisas. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CORNU, Marie. **Le Droit Culturel des Biens : L'intérêt culturel juridiquement protégé.** Bruxelles : Bruylant, 1996.

_____; FROMAGEAU, Jérôme (Coord.). **Patrimoine Architectural, urbain et paysager: enjeux juridiques et dynamiques territoriales.** Lyon: L'Harmattan, 2002.

CORREIA, Belize Câmara. A Tutela Judicial do Meio Ambiente Cultural. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 34, abr./jun., 2004.

CORREIA, Fernando Alves Correia (Coord.). **Um Código de Urbanismo para Portugal?** Coimbra: Almedina, 2003.

_____. A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no direito do urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência.** Coimbra, a. 137, n. 3946, set./out., 2007.

_____. **A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. **Alguns Conceitos de Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1988.

- _____. **Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo**. Legislação Básica. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal em 2001, 2002 e 2003. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, a. VI, 2003.
- _____. Execução dos Planos Directores Municipais. Breves Considerações. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, junho, 1995.
- _____. **Manual de Direito Urbanístico**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. O contencioso dos planos municipais de ordenamento do território. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 1, junho, 1994.
- _____. O direito do Urbanismo em Portugal (síntese). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, a. 135, n. 3937, mar./abr., 2006.
- _____. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- _____. **O plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina.
- _____. Planos Municipais de Ordenamento do Território, Perequação de Benefícios e Encargos e Indemnização, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 61, 2001.
- _____. Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 81, 2002.
- _____. Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Património Cultural**, INA: Oeiras, 1996.
- _____. Risco e Direito do Urbanismo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, a. 138, n. 3955, mar./abr., 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvilo. Procedimento de classificação de bens culturais. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Património Cultural**, INA: Oeiras, 1996.
- CORTESE, Wanda. **I beni Culturali e Ambientali**. 2. ed. Milan: CEDAM, 2002.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León. Derechos Humanos y Urbanismo. De una Axiologia Constitucional Vulnerada. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 131, a. XXVII, enero-febrero, 1993.
- COSTA, Antonio Pereira da. Servidões Administrativas. In: **Congresso de Direitos Reais**. 28 e 29 de novembro de 2003, Coimbra.
- COSTA, Pedro Elias da. **O Código das Expropriações: enquadramento geral e inovações. O procedimento expropriativo**. Segunda sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, 2003.
- _____. *et al.* **Utilização do solo num centro urbano monocêntrico: Cascais - uma aplicação prática** (trabalho de grupo - ERU II), 1991/92.
- COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana (art. 7º). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 24, n. 51, jul./dez., 2001.
- COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- COUTINHO, Aldacy Rachid, Pobreza e Fome no Brasil Contemporâneo (uma análise a partir dos discursos do Presidente Lula), Coimbra, **Boletim de Ciências Econômicas**, v. L, 2007.
- CRETELLA JR., José. **Teoria e Prática do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 25, n. 97, 1988.
- _____. **Regime Jurídico do Tombamento**. RDA, São Paulo, n. 112, 2000.
- _____. Tombamento no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, 1975.
- CRISTINI, René (Dir.). **Code de l'urbanisme commenté**. 17. ed. Paris: Dalloz, 2008;
- _____. (et al.) **Code de L'Urbanisme commenté**. 17. ed. Paris: Dalloz, 2008.
- CUNHA, Alexandre Sanches. **Constituições do Brasil**. 1824-1988. São Paulo: Lexisistemas, 2006.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Patrimônio Cultural: proteção legal e constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de Proteção ao Patrimônio Cultural Brasileiro em face da Constituição Federal e das normas Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 6, abr./jun., 1997.
- CHALET-CAMAIN, Delphine. **Le Droit de L'urbanisme em Italie**. Les Cahiers du GRIDAUH. n. 4, Paris, 1999.
- CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril**. Cortiços e Epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- CHASTEL, A. e BABELON, J. P. **La notion de patrimoine**. Paris: Liana Levi. 1995.
- CHATELAIN J. Et F. **Oeuvres d'art et objets de collection en droit français**. Paris: Berger – Levrault, 1990.
- CHOAY, Françoise. **A Alegoria do Patrimônio**. Lisboa: Edições 70, 1999.
- _____. **O Urbanismo: Utopias e realidades**. Uma antologia. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- _____. **Patrimônio e Mundialização**. Edição bilingue. Évora: Casa do Sul, 2005.
- CHOMBART DE LAWE, P.H. A organização social no meio urbano. In: VELHO, Otávio G. (Org.). **O Fenômeno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.
- CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003.
- DALEFFE, Adriano. Solo criado e a disciplina urbanística da propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun., 1997.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriação para fins urbanísticos**. São Paulo: Forense, 1981;
- _____. FERRAZ, Sérgio (Coord.). Estatuto da Cidade: comentários à Lei **Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico – I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986;
- DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

- DAVEAU, Suzanne Daveau. **Geografia de Portugal: O povo português**. v. III. Lisboa: Ed. João Sá da Costa, 1989.
- DAVIGNON, Jean-François. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Éditions du Juris- Classeur, 2004.
- DAVIS, Kingsley (et al.). **Cidades: a urbanização da humanidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- DEMOUVEAUX, Jean-Pierre. *La Notion de Renouvellement Urbanin*, Paris, DAUH, 2002.
- DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da «Função Social». **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, jul./set., 2002.
- _____. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2001.
- _____. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. Poder de Polícia em Matéria Urbanística. In : FREITAS, José Carlos de (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo : CAOHRB, 1999.
- _____. Poder de Polícia em Matéria Urbanística. In : FREITAS, José Carlos de (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo : CAOHRB, 1999.
- DI SARNO, Daniela Campos. Competências Urbanísticas. In: DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOLLOT, L. **Culture individuelle et culture de masse**. Paris: PUF, 1983.
- DONZEL, Valérie ; FLUCKIGER, Alexandre. Le droit de l'urbanisme en Suisse. **L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat**, Paris, n. 3, 1999.
- DORNELLES, João Ricardo. **O que são direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- DOUBLON, Michel. **Le patrimoine Architectural au regard du droit de l'urbanisme et de la decentralisation**. 1991. 390 p. Dissertation (These pour le doctorat em droit nouveau regime mention droit public). Limoges, 1991.
- DROZ, Jacques. **Histoire des doctrines politiques en France**. Paris: PUF, 1966.
- DRUMMOND, José Augusto. Patrimônio natural e cultural: endereços distintos nos espaços urbanos, rurais e selvagens. In: PAES-LUCHIARI, Maria Tereza; BRUHNS, Heloisa Turini; SERRANO, Célia (Org.). **Patrimônio, Natureza e Cultura**. Campinas: Papyrus Editora, 2007.
- DUBOIS-MAURY, Jocelyne; CHALINE, Claude. **Les Risques Urbains**. 2. ed. Paris: Armand Colin, 2004.
- DUGUIT, Léon. **L'État les gouvernants et les agents**. Paris: Dalloz, 2005.
- _____. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. (reimpression). Paris: Alcan, 1920.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (Dir.). **Comentarios a la ley de suelo**. Ley 8/2007, de 28 de mayo. Navarra: Editorial Arazandi, 2008.
- ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora em Inglaterra**. Porto: Edições Afrontamento, 1975.
- ERTHAL, Rui. A colonização portuguesa no Brasil e a pequena propriedade. **GEOgraphia**. Rio de Janeiro, a. II, n. 4, 2000.
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro. **La propiedad Privada Urbana: Ecuadramiento y Régimen**.

Madrid: Montecorvo, 1979.

ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. **Manual de Derecho Urbanístico**. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Granada: Comares/urbanismo, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAMIGLIETTI, Gino; CARLETTI, Daniele. Disposizioni Generali. Art. 1. Principi. In: TAMIOSSO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Milano: Giuffrè editore, 2005.

FAORO, R. **Os Donos do Poder**. 3a edição, Porto Alegre: Globo, 1976.

FARIA, Manuel Veiga de. **Elementos de Direito Urbanístico**. I – A atuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FARIAS, Talden. **Direito Ambiental**. Tópicos especiais. João Pessoa: Editora UFPB, 2007.

_____. **Direito Ambiental**. Tópicos especiais. João Pessoa: Editora UFPB, 2007.

FARIÑA TOJO, José. In: **La protección del Patrimonio Urbano Instrumentos Normativos**. Madrid: Akal Arquitectura, 2000.

FATÔME, Etienne. L'Urbanisme Contractuel. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, mai., 1993.

FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

_____. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

_____. **Law and Urban Change in Brazil**. Aldershot: Avebury, 1995.

_____; ALFONSIN, Betânia. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERNANDES, Flávia Maria Leite. Intervenção do Estado na Propriedade. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 31 n. 121, jan./mar., 1994.

FERNÁNDEZ, Tomás. Empresa pública y servicio público: el final de una época, Madrid, **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 89, 1996.

FERRANDO BADÍA, Juan. **El Estado unitario, el federal y el Estado autonómico**. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

FERRARI, Aída Lúcia. Educação Patrimonial. In: **Reflexões e contribuições para a educação patrimonial**. Grupo Gestor (Org.). Belo Horizonte: SEE/MG, 2002.

FERRARI, Celso. **Direito e Legislação Urbanística no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Usucapião Especial (arts. 9º a 14). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio

(Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, João Pedro de Melo. **Código das Expropriações**. Anotado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERREIRA, Jorge A. B. **Direito do Patrimônio Histórico- Cultural**. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais. Actos Comunitários. Coimbra: CEFA, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito agrário**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Tombamento e o Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, abr./jun., 1997.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: RT, 1980.

_____. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vvol. 206, out./dez., 1996.

FLÜCKIGER, Alexandre. L'évolution du droit de l'urbanisme en Suisse en 2003 et 2004. **L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat**, Paris, n. 9, 2005.

_____. Le droit de l'urbanisme en Suisse. **L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat**, Paris, n. 3, 1999.

FONSECA, José Vieira. Principais linhas inovadoras do código das expropriações de 1999. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, Lisboa, n. 11/12, 1999.

FORATTINI, O.P. **Ecologia, epidemiologia e sociedade**. 2. ed. São Paulo: Artes Médicas, 2004.

FRADE, Catarina. **A Componente Ambiental no Ordenamento do Território**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1999.

FREITAS, José Carlos. Dos interesses Metaindividuais Urbanísticos. In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: CAOHURB, 1999.

FRIER, Michel. Urbanisme et Environnement. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, mai, 1993.

FRIER, Pierre-Laurent. **Droit du patrimoine culturel**. Paris : PUF, 1997.

_____. Protection et mise en valeur du patrimoine culturel immobilier. **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**. Paris, n. 9, 2005.

FROMONT, Michel. Le Droit Français de l'Urbanisme parmi les différents Droits Européens. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, mai, 1993.

GALEANO, Eduardo. **Las Venas Abiertas de América Latina**. Montevideo, Editora Siglo Veintiuno, 1970.

GALHARDO, Manuela. As convenções da Unesco no domínio do património cultural In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do património Cultural**. Lisboa: INA, 1996.

GALHARDO, Manuela. As convenções da Unesco no domínio do património cultural In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do património Cultural**. Lisboa: INA, 1996.

GALVÃO, Sofia de Sequeira. Sobre o Objecto e o Sentido do Direito do Urbanismo. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 17, jun, 2002.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Régimen Urbanístico de la Propiedad del Suelo, Valoraciones. Expropiaciones y Venta Forzosa. **Revista de Derecho Urbanístico**. Madrid, n. 134, julio-agosto-septiembre, 1993.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Desapropriação Urbanística. Um instrumento jurídico de desenvolvimento urbano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, jan./mar., 2000.

GAMBARO, Antonio. **Il Diritto di Proprietà nel XXI Secolo: Un concetto Fondamentale, o un concetto troppo frammentato**. Congresso de Direitos Reais, Comemoração dos 35 anos do Código Civi e dos 25 anos da Reforma de 1977. Coimbra, 28-29, novembro, 2003.

GAMBARO, Antonio. **La Proprietà**. Beni, proprietà, comunione. Milano: Giuffrè, 1990.

GARCÍA DE DIEGO, Xavier García Bellido. La Excepcional Estructura del Urbanismo Español en el Contexto Europeo. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 252-253, septiembre 1998 – abril 1999.

GARCÍA de ENTERRIA, E.; PAREJO ALFONSO, L. **Lecciones de derecho urbanístico**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981.

_____. Expropiacion Forzosa y Devaluacion Monetária. **Revista de Administracion Publica**, Madrid, n. 80, mayo-agosto, 1976.

_____. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002.

_____. La Ley del Suelo y el Futuro del Urbanismo. **Anuário de Derecho Civil**, Madrid, n. 2, t. 1, abril-junio, 1958.

_____. **Los principios de la nueva ley de Expropiación forzosa**. Madrid: Civitas, 2006.

_____; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de Derecho Urbanístico**. v. I. Madrid: Editorial Civitas, 1978.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n.13, junho, 2000.

_____. O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 13, junho, 2000.

GARRIDO FALLA, Fernando. El Derecho a Indeminizacion por Limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. **Revista de Administracion Publica**, Madrid, n. 81, septiembre-diciembre, 1976.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. II. 10. ed. Madri: Tecnos, 1978.

GASPARINI, Diogenes. Aspectos Jurídicos do Plano Diretor. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo. Imprensa Oficial, 2005.

GASPARINI, Diógenes. Direito de Preempção. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.25/2001. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

_____. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo : NDJ, 2002.

GASSET. Obras Completas. II. Apud. . CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do**

Urbanismo. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003.

GAUCHET, Marcel. **La révolution dès droits de l'homme**. Paris: Gallimard, 1989.

GAUDIN, Jean-Pierre. La Cite Reconstituée. Techniques de Planification Urbaine et Légitimités Politiques au Début du 20eme Siècle. **Revue Française de Science Politique**, Paris, n. 1, v. 35, février, 1985.

GEERTZ, Clifford. **O Saber Local: Novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. Difesa Dell' Ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, a. 21, n. 3, luglio-settembre, 1971.

_____. **Diritto Amministrativo**. v. II. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. I Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1, p.3-38, 1976;

_____. I Beni Culturali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 1.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. 4. ed. Lisboa: Celta, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Editor Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GODFRIN, Gilles. **Aménagement Urbain et Bati Existant**. Paris: LGDJ, 1999.

GODINHO, Rui. As Cidades e a Degradação do Ambiente Urbano. In: **Colóquio "A Política das Cidades"**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1997.

GOMES, Carla Amado. A tutela urgente no direito do urbanismo. In: **Textos dispersos de Direito do Património Cultural e de Direito do Urbanismo**. Lisboa: AAFDL, 2008.

_____. Dar o Duvidoso pelo (in)Certo? Reflexões sobre o Princípio da Precaução. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 15/16, jun./dez., 2001.

_____. Desclassificação e desqualificação do património cultural: ideias avulsas. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 101, a. 26, jan./mar., 2005.

_____. Direito do Património Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une e o que os separa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 1, v. XIII, 2001.

_____. Le Risque, cet inconnu... **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. XLIII, n. 1, 2002.

_____. Nótula sobre a compensação por lesão de interesses de fruição de bens culturais. In: **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2008.

_____. O Ambiente como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n.11/12, jun./dez., 1999.

_____. O Direito ao Ambiente no Brasil: Um olhar português. In: **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2008.

_____. O património cultural na Constituição. In: **Textos Dispersos de Direito do Património Cultural e de Direito do Urbanismo**. Lisboa: AAFDL, 2008.

GOMES, José Osvaldo. **Plano Director Municipal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

GOMES, Luís Roberto. **O ministério público e o controle da omissão administrativa**. São Paulo: Forense universitária, 2003.

_____. O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Protecção Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 17, jan./mar., 2000.

GOMES, Orlando. “A função social da propriedade”. In: **Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. Salvador, 1986.

_____. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

GOMES, Osvaldo. Direito do Urbanismo. Alguns Apontamentos. **Direito Administrativo**, Coimbra, n.1, a. 1, jan./fev., 1980.

GONZÁLES PALMA, Francisco. Princípios Generales y Objetivos de la Ley de 1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. **Revista Espanhola de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 73, enero-marzo, 1992.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan. **El Estado unitario-federal**. Madrid: Tecnos, 1985.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. **Los derechos reales administrativos**. 2. ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.

_____. **Comentarios a la Ley sobre Régimen Del Suelo y Valoraciones**. Ley 6/1998, de 13 de abril. Madrid: Civitas, 1998.

GORDILLO, Agustin. **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1966.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. La defensa del usuario y del administrado. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1998.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. La defensa del usuario y del administrado. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1998.

GORENDER, J. **O Escravismo Colonial**. Ensaio – 29. 2. ed. São Paulo: Ática, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e Crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Direito Urbano, Regiões Metropolitanas, Solo criado, Zoneamento e Controle Ambiental**, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo: RT, 1983.

_____. **Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo criado, Zoneamento e Controle Ambiental, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano**. São Paulo: RT, 1983.

_____. **Direito, Conceito e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Editora do Autor, 1977.

_____. **Regiões Metropolitanas. Regime Jurídico**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.

GRECA, Alcides. **El Régimen Legal de la Construcción**. Buenos Aires, Zavallía: 1956.

GRECO N.L'expérience de l'Italie, In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985.

GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades: un análisis histórico**. Madrid: civitas, 1992.

GUARRARI, Félix Apud ALVA, Eduardo Neira. **Metrópoles (In) Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, jul./set., 2002.

_____. Função Social da Propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 29, jan./mar., 2003.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação Judicial no Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 94, março, 2005.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. Metamorfose Urbana. Entre a Renovação e a Conservação: Breves comentários sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Arquitetônico no Contexto das Ordens Urbanísticas do Brasil e de Portugal. **Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental**, Porto Alegre, n. 4, fev./mar., 2006.

_____. **O papel do Município com o novo Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas&Idéias, 2004.

_____. Regiões Metropolitanas. Aspectos Jurídicos. In: BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Ciências Jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2005.

GUTERRES, João. Urbanismo e Prevenção de Riscos Urbanos: Polis “Radiosa” versus Polis “prudencial”. In: **Urbanismo Preventivo**. Actas da Conferência realizada em 16 e 17 de junho de 2000 no âmbito do 2º Fórum Internacional de Urbanismo. Coleção Fórum, n. 6. Lisboa: URBE, 2000.

GYMPEL, Jan. **História da Arquitectura**. Da antiguidade aos nossos dias. Colônia: Könemann, 2001.

HAMMERSCHIMDT, Denise. O Risco na Sociedade Contemporânea e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 31, jul./set., 2003.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Impere**. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2003.

HAROUEL, Jean-Louis. **História do Urbanismo**. 4.ed. Campinas: Papyrus Editora, 2004.

HENÁRIAS, Maurício de Almeida. O direito urbanístico como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Cadernos de Direito Constitucional e ciência Política**, São Paulo, n. 26, jan./mar., 1999.

HEYMANN, A. **L’Extension des Villes**. Paris: PUF, 1973.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

HOLANDA, Frederico. A morfologia interna da capital. In: **Brasília ideologia e realidade: espaço urbano em questão**. PAVIANI, Aldo (Org.). São Paulo: Projeto, 1985.

HOLSTON, James. **A cidade modernista: uma crítica de Brasília e sua utopia**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A, 1964.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOSTIOU, René. La non-indemnisation des Servitudes d’urbanisme. **L’Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, mai, 1993.

HUET, Michel. **Le Droit de L’Urbain**. De l’urbanisme à l’urbanité. Paris: Economica, 1998.

HUGHES, David (et al.). **Environmental Law**. 4. ed. London: Butterworths Lexisnexis, 2002.

HUXLEY, Aldous. **A situação humana**. São Paulo: Globo, 1992.

IPEA/IBGE/NESUR-IE-UNICAMP. **Caracterização e Tendências da Rede Urbana do Brasil**, Campinas: IE-Unicamp (2 vols.), 1999.

ISERN, Luis Francisco. **Controle de constitucionalidade por meio de veto municipal**. São Paulo: Editora Método, 2002.

J. MORALES, Alfredo. **Patrimonio histórico-artístico**. Madrid: Conocer el Arte, 1996.

JACQUIGNON, L.; DANAN, Y.M.. **Le Droit de L'urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978.

JACQUOT, Henri. D'un urbanisme de séparation à un urbanisme de mixité. **Droit et Ville**. Toulouse, n. 34, 1992.

_____; PRIET, François. **Droit de l'urbanisme**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

JAILLET, Marie Christine. Renouveau urbain et transformations sociales: une vieille histoire. **Droit et Ville**, Toulouse, n. 55, 2003.

JANIN, Patrick, Les zones d'intérêt culturel techniques d'intervention et de délimitation. In: CORNU, Marie ; FROMAGEAU, Jérôme (Dir.). **Patrimoine Architectural, urbain et paysager: enjeux juridiques et dynamiques territoriales**. Paris: L'Harmattan, 2002.

JEGOUZO, d'Yves (Dir.). **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Económica, 1985.

_____, FRIER, Pierre Laurent. **Archéologie et droit de l'urbanisme en Europe**. Paris: Sirey, 1995.

_____. De certaines obligations environnementales: prévention, précaution et responsabilité.

L'Actualité Juridique, Paris, n. 21, juin, 2005.

JOKILEHTO, Jukka. Ethics in conservation. In: **Building conservation**. 88 Symposium. Helsinki: UNESCO, 1988.

JOYA, Olga. Patrimonio Cultural e identidade nacional. In: VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine Amérique latine-europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Faculté universitaire notre-dame de la paix, 1996.

JUSTO, A. Santos. **A base romanística dos direitos reais**. Texto distribuído em razão da participação nas Comemorações dos 35 anos do Código Civil. Congresso de Direitos Reais. Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. 28 a 29 novembro, 2003.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

KIM, Richard P. Pae. Desapropriação – Sanção Urbanística no Estatuto da Cidade: Algumas Questões. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

KISS, Alexandre. **Introduction au droit international de l'environnement**. 2. ed. Genève: Unitar, 2006.

_____; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit International de l'Environnement**. 3. ed. Paris: PEDONE, 2004.

KRELL, Andreas. Ordem Jurídica e Meio Ambiente na Alemanha e no Brasil : alguns aspectos comparativos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 31, jul./set., 2003.

KRIPPENDORF, Jost. **Sociologia do turismo: para uma compreensão do lazer e das viagens**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

KROEBER, Alfred; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions**. New York: Vintage Books, 1963.

KUHN, Tomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

KUNTZ, Rolf. **Locke, Liberdade, Igualdade e Propriedade**. Texto da conferência realizada por Rolf

- Kuntz no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 11 de abril de 1997. 28 p. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/artigos/kuntzlocke.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2007.
- L.; DANAN, Y.M. **Le Droit de L'urbanisme**. Paris: Editions Eyrolles, 1978.
- LABARRE, Eric Mirieu de. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006.
- _____. **Droit du patrimoine architectural**. Paris: Litec, 2006.
- LACAZE, Jean-Paul. **A cidade e o urbanismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- _____. **O Ordenamento do Território**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- LACOSTE, Yves. **Géographie du sousdéveloppement, géopolitique d'une crise**. 2.ed. Paris: P.U.F, 1976.
- LARROUY-CASTERA, Xavier; OURLIAC, Jean-Paul. **Risques et Urbanisme**. Risques Naturels-Risques Technologiques. Prévention. Responsabilités. Paris: Le Moniteur, 2004.
- _____. **Risques et Urbanisme**. Risques naturels – risques technologiques, prévention, responsabilités. Paris: Le Moniteur, 2004.
- LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** – Barcelona: Ediciones Ariel, 1976.
- LAUBADÈRE, André. **Traité élémentaire de droit administratif**. 13. ed. Paris : L.G.D.J., v. 1, 1994.
- Le CORBUSIER. **La charte d'Athènes**. Paris: Editions Seuil, 1971.
- LEBRETON, Jean-Pierre. La Hiérarchie des Normes Françaises D'Urbanisme vues des Grands Lacs. **Revista FDUP, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, a. II, 2005.
- _____. Opération d'aménagement et tissu urbain existant. **L'annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat**, Paris, n. 4, 2000.
- LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.
- _____. **O direito à Cidade**. São Paulo: Editora Centauro, 2001.
- LEONE, GIOVANNI; TARASCO, Antonio Leo. **Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Padova: CEDAM, 2006.
- LERIQUE, Florence. Les premiers pas de la nouvelle rénovation urbaine. **Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat** (GRIDAUH). Paris. 2004.
- LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios de Imóveis Públicos Urbanos**. São Paulo: Editora Forum, 2010.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1984.
- LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____.Direito a Moradia, cidadania e o estatuto da cidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, out./dez., 2002.
- LOBO, Manuel da Costa. Noções fundamentais. Conceitos técnicos. Habitação e seus Espaços de Vivenda. In: AMARAL, Diogo de Freitas. **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989.
- LOMBA, Pedro. Dilemas Existenciais do Direito do Urbanismo (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de março de 1998). **Revista Jurídica**, Lisboa, n. 23, nov. 1999.
- LOPES, Carlos Alberto de Sousa (Coord.). **Leis orgânicas dos Municípios**. Brasília: Senado Federal, 1987.
- LOPES, Dulce. Le Contenu des instruments de Gestion Territoriale au Portugal. In: **Le Contenu des Plans d'Urbanisme et d'Aménagement dans les Pays d'Europe de l'Ouest**. Colloque International

de Genève-Lausanne, Les Cahiers du GRIDAUH, n. 15, 2006.

_____. **O Código das Expropriações: enquadramento geral e inovações. O procedimento expropriativo**”. Primeira sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, 2003.

LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. **Património arquitectónico e arqueológico**. Cartas, recomendações e convenções internacionais. Lisboa: Livros Horizonte, 2004.

LOPES, H.M., MACEDO, P.B.R., MACHADO, A.F. Análise da Pobreza com Indicadores Multidimensionais: uma aplicação para o Brasil e Minas Gerais. Rio de Janeiro: **Revista de economia contemporânea**, n. 9(1), jan./abr., 2005;

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. . Urbanismo Municipal y Ordenación del Territorio. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 82, abril-junio, 1994.

LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUCAS, A. Et LUCAS H.J. **Traité de la propriété littéraire et artistique**. Paris : Litec, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmatica juridical**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Sociologia del rischio**. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

LUZIA, Clara (Org.). **Código Civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

LYON, David. **Pós-Modernidade**. São Paulo: Paulus, 1998.

MACARRÓN MIGUEL, Ana Maria; GONZÁLEZ MOZO, Ana. **La Conservación y la restauración em el siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1998;

MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento. Um instituto Jurídico. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico – I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MADIOT, Yves. Urbanisme et Aménagement du Territoire. **L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Numéro Spécial, mai, 1993.

MADRUGA, Manuel. **Terrenos de marinha**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Oliveiras Mendes, 1998.

MAIA, Maria Augusta. **Conservação de Bens Imóveis**. Critérios. 2. ed. Lisboa: IPPAR, 1996.

MAILLOT, Dominique. Modification et Révision du plan local d'urbanisme. **Droit et Ville**, Paris, n. 53, 2002.

MANSI, Antonio. **Il nuovo testo unico per i beni culturali e ambientali**. Padova: CEDAM, 2000.

MARAT-MENDES, Teresa. Planning the Sustainable city, lessons from the past. In: **The planned City?** ISUF – International Conference, Bari, v. III, 2003.

MARCOU, Gérard. JACQUOT, Henri. Présentation. In: **Les droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme em Allemagne**. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme. Paris: Les Cahiers du GRIDAUH, n. 8, 2003.

MARCHAND, Filipe. Defesa e Preservação do patrimônio. In: AMARAL, Diogo de Freitas (Coord.). **Direito do Urbanismo**. Lisboa: INA, 1989.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Proteção Constitucional ao Patrimônio Cultural**. Doutrina do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Site oficial. Porto Alegre. Disponível em:

<<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id9.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

_____. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 2, jan./mar., 1992.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades**. Alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MARINHO, Josaphat. Constituição econômica. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 156, abr./jun., 1984.

MARIUZZO, Patricia. **Tombamento não é sinônimo de prejuízo**. Disponível em: <<http://www.revista.iphan.gov.br>>. Acesso em: 9 de nov. 2005.

MARTIN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. Madrid: Trivium, 1995.

MARTIN, Gilles, Le concept de risque et la protection de l'environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée? In: **Les hommes et l'environnement: quels droits pour le XXIème siècle**, Paris, Frison-Roche, 1998.

_____. **Le droit à l'environnement**, de la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement. Paris: Publications Périodiques Spécialisées, 1978.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Participação Popular no Estatuto das Cidades. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2002.

MARTINS, Maria Lucia Refinetti. Os Desafios da Regularização de Assentamentos Urbanos Precários. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

MARX, Karl. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Rio de Janeiro: Paz e Guerra, 1985.

MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Introdução à Administração**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZONI, C. M. Rapport italien, in **La protection des biens culturels**, trabalho da associação Capitant, jornadas polonesas, t. XI, econômica, 1991.

MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação Administrativa**. Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Destinação dos Bens Expropriados**. São Paulo: Max Limonad, 1986;

MEILÁN GIL, José Luis. Autonomia Local y Planeamiento Urbanístico. **Revista de Estudios de la Administración Local**, Madrid, n. 288, enero-abril, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito de Construir**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MELLO, Diogo Lordello de. **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1986.
- _____. O governo municipal brasileiro: uma visão comparativa com outros países. Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Administração Pública**. FGV, out./dez., 1993.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza Jurídica do Zoneamento. Efeitos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 61, 1982.
- MENDES, José F.G. (et al.). **Contribuições para o Desenvolvimento Sustentável em cidades portuguesas e brasileiras**. Coimbra: Almedina, 2004.
- MERLIN, Pierre. **L'Urbanisme**. 6. ed. Paris: Puf, 1991.
- _____; CHOAY, Françoise. **Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement**. Paris: Puf, 2005.
- MESNARD, André-Hubert. **Droit et politique de la culture**. Paris: Puf, 1990.
- _____. Política e direito do patrimônio cultural em França: situação actual e perspectivas. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Lisboa: INA, 1996.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. v. 2, Buenos Aires: Ejea, 1954.
- MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. A participação comunitária na tutela do meio ambiente, Rio de Janeiro, **Revista Forense**, n. 317 (n. especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992.
- _____; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 36, out./dez., 2004.
- MILLER, Chris. **Planning and Environmental Protection**. A Review of Law and Policy. Oxford: Portland Oregon, 2002.
- MIRANDA, João. As relações entre Planos Territoriais – alguns problemas. Lisboa, **Revista Jurídica**, n. 22, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. **O Património cultura e a Constituição – tópicos**. In: Direito do Património. Lisboa: INA, 1996.
- _____. O património cultural e a Constituição – tópicos . In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1996.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MOHN, Paulo Fernando. Autonomia Municipal, centralização e liberdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43 n. 171, jul./set., 2006.
- MONJARDINO, Álvaro (e outros). **Direito do Património Cultural**. Lisboa: INA, 1996.
- MONTEIRO, Vera. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana (arts. 5º e 6º). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.) **Estatuto da Cidade**.

Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro. Transferência do Direito de Construir (art. 35). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOOR, Pierre. Définir l'intérêt public: une mission impossible ?. In: RUEGG, Jean; DECOUTÈRE, Stéphane ; METTAN, Nicolas. **Le partenariat public-privé**. Un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement ? Lausanne : Presses Polytechniques et Universitaire Romandes, 1994.

_____. **Droit Administratif**. v. II. Berne: Editions Staempfli, 1991.

_____. L'opposition entre droit public et droit privé: un état de la question, **Mensch und Staat, L'homme et l'Etat**, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg pour Thomas Fleiner, Fribourg, 2003.

MOORE, Victor. **A Practical Approach to Planning Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Paula Cândida Pereira. **Planificação sem planos**. Estudo sobre algumas figuras planificadoras de natureza urbanística não designadas. Ex professo pela Lei como Planos. Coimbra: Estudos do CEDOUA, 2006.

_____. Urbanizar o Campo ou Ruralizar a Cidade? Alguns tópicos para uma reflexão crítica sobre a influência do binómio urbano/rural na distribuição da população no território. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, a. VI, 2003.

MORAND, Charles-Albert. **Aménagement du Territoire et Protection de l'environnement: la simplification des procédures**. Genève: HELBING & LICHTENHAN, 1995.

MORAND-DEVILLER, J. "Inventaire d'un patrimoine du XXème siècle". Disponível em: <<http://patrimoine-XX.culture.gouv.fr>>. Acesso em: 2 dez. 2007.

_____. **Le droit de l'environnement**. Paris: Presses Universitaires, 1987.

MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Rideel, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Parte Geral. 14. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. São Paulo: Forense, 1977.

MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MOTTA, Lia. Cidades Mineiras e o IPHAN. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). **Cidade: História e desafios**. São Paulo: FGV Editora, 2002.

- MUKAI, Toshio. A degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, out./dez., 2003.
- MUMFORD, Lewis. The Insensate Industrial Town. Apud. CHUECA GOITIA, Fernando. **Breve História do Urbanismo**. 5. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2003.
- MUNAR BERNAT, Pedro A. Los Monumentos Históricos. In: ALMAGRO-GORBEA, Martín; PAU, Antonio (Dir.). **La protección Jurídica del Patrimonio Inmobiliario Histórico**. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2005.
- NABAIS, José Casalta. **Direito do Património Cultural**. Legislação. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Direito do patrimônio Cultural**. Legislação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. **Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Património Cultural**. Coimbra: CEFA, 1998.
- _____. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004;
- _____. Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/3, 2000.
- _____; SILVA, Suzana Tavares. **Direito do patrimônio Cultural**. 2. ed. Legislação. Coimbra: Almedina, 2006.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. 15. ed. Lisboa: Ediforum, 2006.
- NEVANLINNA, Anja Kervanto. Urban conservation in the Third World. In: **Building conservation**. 88 Symposium. Helsinki: Unesco, 1988.
- NEVES, Alfredo. **Os planos directores municipais**. In: Anais do Seminário “Planos Directores Municipais – Que Planos para a próxima década. Coimbra 3 e 4 de maio de 1996. Coimbra, 1998.
- NEVES, João Couto. **Manual das Expropriações**. Coimbra: Almedina, 1992.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Princípios Retores da Desapropriação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, jul./set., 1997.
- NOGUEZ, Cristiane Teixeira; HARTMAN, Carlos. Aspectos ambientais e sociais da ocupação irregular do loteamento Querência III, da Cidade do Rio Grande, RS, Brasil. **Sociedade e Natureza**, Uberlândia, n. 17, dez, 2005.
- NOLON, John. R.; SALKIN, Patricia E. **Land Use**. St. Paulo: Thomson, 2006.
- NORA, Pierre. **Les lieux de mémoire** (Dir.). Paris, Gallimard, 1997.
- OLIVEIRA, Cléo Alves Pinto; PERPÉTUO, Maini de Oliveira. O ensino na primeira escola de arquitetura do Brasil. **Revista Arqutextos 066**. Belo Horizonte, Texto especial 336, novembro 2005. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/arqutextos/arq000/esp336.asp>>. Acesso em: 22 out. 2009.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. A Potencialidade Edificatória e a Justa Indemnização por Expropriação: Análise de um Caso Concreto. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 9, junho, 1998.
- _____. As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 61, 2001.
- _____. **Direito do Ordenamento do Território**. Cadernos CEDOUA, Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Instrumentos de Participação Pública em Gestão Urbanística**. Coimbra: CEFA, 2000.

- _____. **Instrumentos de Participação Pública em Gestão Urbanística**. Coimbra: CEFA, 2000.
- _____. **Loteamentos Urbanos e Dinâmica das Normas de Planeamento**. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. **O Conteúdo da Justa Indenização. A aplicação dos princípios perequativos**. Terceira sessão de Trabalhos Congresso. Leiria, 2003.
- _____. O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. A visão de um jurista. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 2/4, 2001.
- _____. Reflexão sobre algumas questões práticas no âmbito do direito do urbanismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra, Coimbra, Volume comemorativo, 2003.
- _____. **Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial**. Alterações do Decreto-Lei n. 316/2007, de 19 de setembro. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. Urbanismo Comparado; o Paradigma do Modelo Alemão. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 8, out./dez., 2004.
- _____; CARDOSO, António Magalhães. Perequação, Expropriações e Avaliações. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 12, a. VI, 2003.
- _____; LOPES, Dulce. Medidas Cautelares dos Planos. **Revista do CEDOUA**, n. 2, a. V, 2002.
- OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da cidade**; para compreender... Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.
- OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). **Cidade: História e desafios**. São Paulo: FGV Editora, 2002.
- OLIVEIRA, Mário Esteves. O Direito de Propriedade e o Jus Aedificandi no Direito Português. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 3, junho, 1995.
- OROZCO PARDO, Guilherme; PEREZ ALONSO, Esteban. **La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- OSORIO, Leticia Marques, SOSO, Patrícia Helena. Do Direito de Preempção. p.187-192. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OST, Christian. La conservation du Patrimoine architectural comme outil de développement économique. In: VANDEN BEMDEN, Yvette (Dir.). **Premières rencontres du patrimoine amérique latine-europe** (Monuments, sites et documents historiques). Namur: Facultés universitaire notre-daime de la paix, 1996.
- OST, François. **A Natureza à Margem da Lei**. Ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PANDOLFI, Dulce; GRYNSZPAN, Mario. Poder Público e Favelas: Uma relação delicada. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). **Cidade: História e Desafios**. São Paulo: FGV Editora, 2002.
- PAPA, Anna et tal. **Testo Unico sui Beni Culturali**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo**. Bienes públicos. Derecho Urbanístico. Vol III. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- PARK, Robert Ezra. A Cidade; Sugestões para a investigação do comportamento humano no meio urbano. In: VELHO, Otávio G. (Org.). **O Fenômeno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.
- PASSOS, JJ Calmon de. Meio Ambiente e Urbanismo: Compreendendo, hoje, o Código Florestal de Ontem. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, no 7, ago./set., 2006.
- PATAULT, Anne-Marie. **Introduction Historique au droit de biens**. Paris: PUF, 1989.

PAU, Antonio. **Cuatro Ensayos sobre el patrimonio cultural Español**. Madrid: Centro de Estudios, 2005.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Estatuto da cidade e o Plano Diretor Municipal**. Teoria e Modelos de legislação Urbanística. São Paulo: Lemos&Cruz, 2007.

PELLETIER, Jean; DELFANTE, Charles. **Cidades e Urbanismo no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. Parecer da Consultoria-Geral da República: Patrimônio histórico – tombamento. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 65, jul./set., 1961.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

PÉREZ MORENO, Alfonso. El Postulado Constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico Artístico. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, n. 119, júlio-agosto-septiembre, a. XXIV, 1990.

Perfil dos municípios brasileiros: Pesquisa de informações básicas Municipais 1999. Diretoria de Pesquisas. Rio de Janeiro: IBGE, 2001.

PESSOA, Álvaro. Equacionando a nova propriedade urbana. In: **Direito do Urbanismo: uma nova visão sócio-jurídica**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, IBAM, 1981.

PINHEIRO, Augusto Ivan de Freitas. Aprendendo com o Patrimônio. In: OLIVEIRA, Lúcia Luppi (Org.). **Cidade: História e Desafios**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

PINON, Pierre. Les origines du façadisme. **Revue Monumental**, Paris, n. 14, 1996.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do património cultural em Portugal. In: **Direito do Património Cultural**. Lisboa: INA, 1996.

_____. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do património cultural em Portugal. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Coord.). **Direito do património Cultural**. Lisboa: INA, 1996.

PINTO, Victor Carvalho. O Estatuto da Cidade e a Patrimonialização do Direito de Construir. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). **Temas de Direito Urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. Cidade e Cultura – Recíprocas Interferências e suas Representações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, jul./dez., 2001.

_____. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural**. O Tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

_____. Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, n. 151, jul./set., 2001.

PIZZULLO, Michele; SALVO, Filippo Maria. **Diritto Privato Immobiliare. Diritto Amministrativo. Diritto Urbanistico**. Libro I. Roma: Edizioni CieRre, 2007.

PONTIER, J. M; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996.

_____. Codification et Évolution du droit du patrimoine. Le Code du Patrimoine. **L'Actualité Juridique**, Paris, n. 25, juillet, 2004.

_____. La protection du patrimoine monumental. **Revue Française de droit administratif**, Paris, n.

5, sept-oct, 1989.

PORTAS, Nuno. Pasado, Presente y Futuro de las Ciudades Patrimonio de la Humanidad. In: **Urbanismo y Conservación de Ciudades Patrimonio de la Humanidad**. Madrid: Cáceres, 1993.

PORTO REY, Enrique. **Afección práctica de la nueva Ley del Suelo a los instrumentos Urbanísticos**. 27 p. Disponível em: <http://www.idluam.org/files/urbanismo/Art.Porto_Rey.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2009.

POSNER, R.A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1973.

POUTREL, J.M.; WASSERMAN, F. **Prise en compte de l'environnement dans les procédures d'aménagement**. Paris: Ministère de l'environnement et du Cadre de Vie, 1977.

PRADO JUNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. A Necessidade de Compatibilização das Licenças Ambiental e Urbanística no Processo de Municipalização do Licenciamento Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 34, abr./jun., 2004.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fundação João Pinheiro (FJP). **Atlas do desenvolvimento humano no Brasil - Índice de desenvolvimento humano municipal**. Brasília: PNUD/IPEA/FJP; 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 13 mar. 2006.

QUADROS, Fausto de. Direito das Expropriações, Direito do Urbanismo e Direito do Ambiente: Algumas Questões Fundamentais. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Lisboa, n. 4, dezembro, 1995.

QUERRIEN, Max. La politique de valorisation du patrimoine culturel: intérêt et limites de la réutilisation du patrimoine. In: JEGOUZO, Yves. **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985.

RANDT, Eric. Les Plans. In: Travaux de la Journée d'étude. **L'Aménagement du Territoire en Droit Fédéral et Cantonal**, 1989, Lausanne. Lausanne: Centre du droit de l'entreprise de L'Université de Lausanne, 1990.

RAPOSO, Jorge. Planos Diretores Municipais e Patrimônio. Inquérito aos PDMs de "1ª geração". **Almadan**, Almada, II série, n. 12, dezembro, 2003.

RATO, António Esteves Fermiano. **Contencioso Administrativo**. Novo Regime Explicado e Anotado. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais; Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Coimbra: Almedina, 2004.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. La integración entre urbanismo y medio ambiente: hacia un urbanismo sostenible. Pamplona, **Revista Jurídica de Navarra**, n. 42, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REDFIELD, Robert **The Folk Culture of Yucatán**. Chicago: University of Chicago Press, 1941.

REGO, Renato Leão. O desenho urbano de Maringá e a idéia de cidade-jardim. **Acta Scientiarum Maringá**, v. 23, n. 6, 2001.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Algumas considerações ante a nova Lei de Diretrizes Urbanas. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun., 2002.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

- RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). **O futuro das Metr6poles: Desigualdades e Governabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- RIBEIRO, Orlando. Cidade. In: SERRÃO, Joel (Org.). **Dicionário de História de Portugal**. v. II. Porto: Liv. Figueirinhas, 1984.
- RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**. Omissão do Estado e Tutela Judicial. Curitiba: Juruá, 2000.
- RIOU, Alain. **Le Droit de la Culture et le droit à la Culture**. 2. ed. Paris: ESF, 1996.
- ROCCELLA, Alberto. L'évolution du droit de l'urbanisme en Italie en 2003 et 2004. **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, 2005.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no Direito brasileiro. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**. v. 204, abr./jun., 1996.
- ROCHA, S. **Pobreza no Brasil: afinal de que se trata?**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2003.
- ROCHEFORT, Michel. **Redes e Sistemas**. Ensinando sobre o urbano e a região. São Paulo: Hucitec, 1998.
- RODRIGUES, A. M. **Moradia nas cidades brasileiras**. São Paulo, Contexto. 1990.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural : Análise de Alguns Aspectos Polêmicos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 21, jan./mar., 2001.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 34. ed. Saraiva. 2007.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo. Principales innovaciones instrumentales en el proyecto de reforma de la Ley del Suelo. **Revista de derecho urbanístico y medio ambiente**. Madrid, n. 232, a. 41, 2007.
- ROLNIK, Raquel. **O que é Cidade?** 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.
- ROLLA, Giancarlo. Bienes Culturales Y Constitucion. **Centro de Estudios Constitucionales**., Madrid, n. 2, enero-abril, 1989.
- ROSSA, Walter. **A Urbe e o Traço**. Uma década de estudos sobre o urbanismo português. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. No primeiro dos elementos. Dados para uma leitura sintética do Urbanismo e da Urbanística Portugueses da idade Moderna. **Revista Oceanos**, Lisboa, n. 41, jan./mar., 2000.
- ROSSI, Aldo. **A Arquitectura da Cidade**. Lisboa : Edições Cosmos, 2001.
- ROSSI, Mathias. Les principales évolutions Du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2003 et 2004. In : **Droit de l'aménagement de l'urbanisme de l'habitat**, Paris, n. 9, 2005.
- RUEGG, Jean. Simplifier les Procédures en Aménagement du Territoire: Quelques remarque sur l'aménagement négocié. In: MORAND, Charles-Albert. **Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures**. Genève: Helbing & Lichtenhahn, 1995.
- RUSKIN, John. **A Lâmpada da Memória**. Salvador: Mestrado em Arquitetura e Urbanismo, UFBA, 1996, 49 p.
- RUSSO, Vitantonio. La Valorizzazione dei Beni Culturali. In: BARTOLI, E. Cannada et tal. **La Cultura e i Suoi Beni Giuridici**. Milano: Giuffrè Editore, 1999.
- SALGUEIRO, Teresa Barata. **A Cidade em Portugal**. Uma Geografia Urbana. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.
- SALVIA, Filippo. La Tutela Transversale dei Beni Culturali I Beni Culturali Urbanistici. **Diritto e**

Società, Verona, n. 3.

_____; TERESI, Francesco. **Diritto Urbanistico**. 5. ed. Pádova: CEDAM, 1993.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência**. São Paulo: RT, 2006.

SANDULLI, Aldo M. **Manuale di Diritto Amministrativo**. v. 2. 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989.

SANTOS DIEZ, Ricardo, CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. **Derecho Urbanístico**. Manual para juristas y técnicos. 6. ed. Madrid: El Consultor, 2005

SANTOS, António Carlos ; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

SANTOS, António Marques dos. A proteção dos Bens Culturais no Ordenamento Jurídico Português. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. **Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra, 2001.

_____. A protecção dos bens culturais em Portugal, incluindo a Madeira e os Açores. In: JAYME, Erik; SCHINDLER, Christian. **Rechtsentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau**. Heidelberg: Baden-baden, 2002.

SANTOS, Carlos Nelson F. Dos. O estudo geográfica da cidade no Brasil: evolução e avaliação, 1994. Apud: CASTILHO, José Roberto Fernandes. **O Plano Local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado**. Tese de doutoramento apresentada à USP, São Paulo, 1997.

SANTOS, J.A. **Regime Jurídico da Urbanização e Edificação**. Anotado e Comentado. 5. ed. Lisboa: Dislivro, 2005.

SARDINHA, José Miguel. Campos de Golfe e operações de loteamento: algumas considerações sobre a vontade do loteador como elemento determinante na configuração e na natureza do loteamento. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, Lisboa, n. 11, 2003 et OLIVEIRA, Fernanda Paula; PASSINHAS, Sandra. Loteamentos e Propriedade Horizontal: Guerra e paz! **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 1, a. V, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais** na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAUJOT, Colette. **Le Droit Français de L'archéologie**. Paris: Editions CUJAS, 2004.

SAULE JUNIOR, Nelson (Coord.). **Direito à Cidade**. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro, ordenamento constitucional da política urbana**. Aplicação e eficácia do plano diretor, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

SCLIAR, Wremyr. Hegel – Seu tempo e o Estado. **Revista de Informação Legislativa** Brasília, n. 174, a. 44, abr./jun., 2007.

SCHAUT, Christine. **Monuments et sites**: 5. urbanisme, 1. Patrimoine et développement urbain. Bruxelles: Fondation Roi Baudouin, 1997.

SCHUMPETER, Joseph E. On the concept of social value. Cambridge: **The Quartely Journal of economics**, v. 23-9, 1908.

SEARA, Fernando Roboredo et tal. **Textos Fundamentais de Direito Constitucional**. Lisboa: SPB, 1996.

- SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. La Protection Internationale du Patrimoine Culturel National. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, n. 2, 1993.
- SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002.
- SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. A função social no Código Civil - Aspectos da publicização do direito privado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 375. set./out., 2004.
- SERPA LOPES, M.M. **Curso de Direito Civil**. Vol. VI. Direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 2a.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1962.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel. **El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo**. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson, 2003.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, Fernando Fernandes da. **As Cidades Brasileiras e o Patrimônio Cultural da Humanidade**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- _____. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- _____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- _____. **O município na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989
- _____. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun., 1998.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.
- _____. **Curso de Direito Municipal**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.
- SILVA, L. M. O. **A Lei da Terra: um estudo sobre a história da propriedade da terra no Brasil**. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada na PUC-SP, São Paulo, 1990.
- SILVA, Lígia Osório. **Terras Devolutas e Latifúndio- Efeitos da Lei de 1850**. Campinas: Ed. Unicamp, 1996.
- SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Da Contemplação da Ruína ao Património Sustentável: contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. **Revista do CEDOUA**, Coimbra, n. 10, a. V, 2002.
- _____. Da “Contemplação da Ruína” ao Património Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada de Bens Culturais. Coimbra, **RevCedoua**, n. 10, a. V-2.02, 2003.
- _____. **Para uma nova Dinâmica do Património Cultural: O património sustentável**. In: Actas do Colóquio realizado em Monserrate (Sintra) a 7 de junho de 2005. Sintra: Europress, 2006.
- _____. Reabilitação urbana e valorização do Património Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXII, 2006.
- SILVEIRA NETO, Honório. **Teoria do Estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SIMEONE, Gian Giuseppe. Le façadisme ou l’amnésie de La ville. **Revue Monumental**, Paris, n. 14, 1996;

- SIMMEL, Georg. A Metrópole e a Vida Mental. In: VELHO, Otávio G. (Org.). **O Fenômeno Urbano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.
- _____. **Coleção Grandes Cientistas Sociais**, São Paulo: Editora Ática, 1985.
- SIMÕES, Maria Cristina Rocha. **Preservação do patrimônio cultural em cidades**. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.
- SINGER, Paul, **Economia Política da Urbanização**. 14. ed. São Paulo: Contexto, 1998.
- SITTE, Camillo. **L'arte di costruire le città**. Milano: Jaca Book, 1990.
- SOARES, Lucécia Martins. Estudo de Impacto de Vizinhança (arts. 36 a 38). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOARES, Rogério Ehrardt. **Direito Administrativo**. (Lições ao Curso Complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano letivo de 1977/1878).
- SOLER-COUTEAUX, Pierre. **Droit de l'urbanisme**. 4. ed. Paris: Dallos, 2008.
- SOSA VAGNER, Francisco. **Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa**. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson, 2003.
- _____. (et al.). **Expropiación Forzosa y Expropiaciones Urbanísticas**. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2003.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A tutela dos bens culturais e a responsabilidade patrimonial do estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, a. 23, n. 23, 1986.
- _____. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.
- SOUZA, Maria Adélia A.de . O II PND e a política urbana brasileira: uma contradição evidente. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1992.
- SOUZA, Neomésio J. **Intervencionismo e Direito**. Uma abordagem das Repercussões. Rio de Janeiro: AIDE, 1984.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Constituição e Direito Cultural: uma “revista aos conceitos básicos”. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 76, janeiro, 1993.
- SPANTIGATI, Federico. **Diritto Urbanistico**. Padova: CEDAM, 1990;
- STALLWORTHY, Mark. **Sustainability, Land Use and Environment**. A legal Analysis. London: Cavendish, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Função Social da Propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de Direito Urbanístico – 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal §0.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SURAY, Jacques de. **Servitudes d'urbanisme**. Bruxelles: Bruylant, 1995.
- SUSTAETA ELUSTIZA, Angel. **Propiedad y Urbanismo**. Lo urbanismo como límite del derecho de propiedad. Madrid: Montecorvo, 1978.
- SZAMBIEN, Werner. La dialectique du façadisme. **Revue Monumental**, Paris, n. 14, 1996.

- TÁCITO, Caio. O princípio de Legalidade: Ponto e Contraponto. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, v. 206, out./dez., 1996.
- TAMIOZZO, Raffaele (Coord.). **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n.4 2. Milano: Giuffrè editore, 2005.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito. Da protecção do património cultural. **Textos. Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. III, 1996.
- TEIXEIRA, Manuel C. Os modelos urbanos portugueses da cidade brasileira. In: TEIXEIRA, Manuel C. (Coord.). **A Construção da Cidade brasileira**. Lisboa: Livros Horizonte, 2004.
- TEJEDOR BIELSA, Júlio C. Propriedad, Urbanismo Y Estado Autonomico. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 148, enero/Abril, 1999.
- TELLING, A.E.; DUXBURY, R.M.. **Planning Law and Procedure**. 9. ed. London: Butterworths, 1993.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional. In TUBENCHLACK, James e BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TESTA, Virgilio. **Disciplina Urbanistica**. 7. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1974.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa : Fundacao Calouste Gulbenkian, 1989.
- TOBA, Marcos Maurício. Do Plano Diretor. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). **Estatuto da Cidade**. Lei n. 10.257, de 10.07.2001. Comentários. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- TOJO, José Fariña. **La protección del Patrimonio Urbano Instrumentos Normativos**. Madrid: Akal Arquitectura, 2000.
- TOLEDO, Carlos José Teixeira de. A proteção do patrimônio cultural e suas repercussões patrimoniais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 4, abril, 2005.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004.
- TOSTES, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho. Organização Administrativa Brasileira. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TSCHANNEN, Pierre. Art. 9. Verbindlichkeit und Anpassung. In: AEMISEGGER, Heinz; KUTTLER, Alfred; MOOR, Pierre (Edit.). **Commentaire de la Loi Fédérale sur l'aménagement du Territoire**. Zurich: Schutthess, 1999.
- UNTERMAIER, J. La qualification des biens culturels en droit français, in: JEGOUZO, d'Yves (Dir.). **Droit du Patrimoine Culturel Immobilier**. Paris: Economica, 1985.
- URBANI, Paolo; MATTEUCCI, Stefano Civitarese. **Diritto Urbanistico**. Organizzazione e rapporti. 3. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2004.
- VALLINA VELARDE, Juan Luis de la. Autonomia Local y Aprobación por Delegación de los Planes Generales de Urbanismo. **Revista de Estudios de la Administración Local**, Madrid, n. 288, enero-abril, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Volume 5, Direitos Reais, 7. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007.

VENTURA, Raúl. **História do Direito Romano**. Parte II. Lisboa: FDL. 1968.

VENUTI, Giuseppe Campos. **Urbanismo y Austeridad**. Madrid: Siglo XX, 1981.

_____. **Urbanismo y Austeridad**. Madrid; siglo XXI, 1981.

VIANA, Cláudia. **A actividade administrativa de formação dos planos directores municipais**. Braga: Coimbra Editora, 2002.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1999.

VIRGA, Pietro. **Diritto Amministrativo**. I principi. v. 1. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

VIRIGLIO, Riccardo. Le regioni e la riqualificazione delle aree urbane degradate. **Rivista Giuridica di Urbanística**, Padova, n. 3-4, luglio-dicembre, 2003.

WANGERMÉE, Robert. Tendances de L'Administration de la Culture en Europe Occidentale. **Revue française d'administration publique**, Paris, n. 65, janvier-mars, 1993.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. Uma Leitura do Estatuto da Cidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set., 2001.

Anexo I

Tabela 1 – Distribuição dos municípios obrigados a elaborarem seus Planos Diretores até outubro de 2006, por estado e por região

Estado/Região	Total de Municípios	Nº de municípios obrigados	Percentual
Acre	22	5	22,7 %
Amazonas	62	28	45,2%
Amapá	16	3	18,8%
Pará	143	85	59,4%
Rondônia	52	17	32,7%
Roraima	15	1	6,7%
Tocantins	139	10	7,2%
Subtotal Região Norte	449	149	33,2%
Alagoas	102	44	43,1%
Bahia	417	164	39,3%
Ceará	184	88	47,8%
Maranhão	217	76	35,0%
Paraíba	223	30	13,5%
Pernambuco	185	97	52,4%
Piauí	223	29	13,0%
Rio Grande do Norte	167	23	13,8%
Sergipe	75	20	26,7%
Subtotal Região Nordeste	1793	571	31,8%
Distrito Federal	1	1	100,0%
Goiás	246	58	23,6%
Mato Grosso do Sul	78	21	26,9%
Mato Grosso	141	21	14,9%
Subtotal Região Centro-Oeste	466	101	21,7%
Espírito Santo	78	32	41,0%
Minas Gerais	853	185	21,7%
Rio de Janeiro	92	59	64,1%
São Paulo	645	250	38,8%
Subtotal Região Sudeste	1668	526	31,5%
Paraná	399	102	25,6%
Rio Grande do Sul	496	121	24,4%
Santa Catarina	293	113	38,6%
Subtotal Região Sul	1188	336	28,3%
TOTAL BRASIL	5.564	1.683	30,2%

Fonte: IBGE e Ministério das Cidades, 2006

Os estados do Rio de Janeiro, Pará, Pernambuco e o Distrito Federal eram os únicos que registravam mais de 50% dos seus municípios obrigados a aprovarem Planos Diretores até outubro de 2006. Ceará, Amazonas, Alagoas e Espírito Santo registravam percentuais entre 40 e 50%. No extremo oposto, tínhamos Roraima e Tocantins, com menos de 10% dos seus municípios enquadrados nas exigências do Estatuto da Cidade.

Em números absolutos, destacava-se o Estado de São Paulo, com 250 municípios obrigados a aprovar seus Planos Diretores no prazo jurídico estabelecido pelo Estatuto. O Estado de Minas Gerais, apesar de possuir número maior de municípios do que o estado paulista, 853 contra 645, possuía menos prefeituras pressionadas pela obrigatoriedade: 185 municípios.

Os outros estados que possuíam entre 100 e 200 prefeituras em situação de obrigatoriedade eram Bahia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Registre-se, ainda, que São Paulo, Minas Gerais, Bahia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, seis Unidades da Federação, concentravam 40,7% dos municípios obrigados a aprovarem seus Planos Diretores. Certamente, seriam estados importantes para as ações relativas à elaboração de Planos Diretores.

Do ponto de vista macro-regional, destacavam-se as regiões Nordeste e Sudeste, com 571 e 526 municípios obrigados a aprovarem seus Planos Diretores, respectivamente. A Região Sul encontrava-se em situação intermediária, com 336 municípios nessa situação. Tratam-se de regiões com mais de mil divisões municipais. As regiões Norte e Centro-Oeste, com menos divisões e baixa densidade populacional, apresentavam, respectivamente, 149 e 101 municípios obrigados a respeitar as determinações do Estatuto da Cidade com relação a esse instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Os municípios são as unidades da Federação que detêm a maior responsabilidade no que se refere ao ordenamento do território local. Para tanto, o Estatuto oferece os instrumentos para enfrentar os processos de exclusão territorial, ampliar as possibilidades de financiamento do desenvolvimento urbano e distribuir os custos de urbanização com mais equidade. Esses instrumentos devem ser aplicados por meio do Plano Diretor que tem a missão de determinar as normas, parâmetros e critérios para o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana.

As diretrizes e os instrumentos da política urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade, construídos em longo processo sociohistórico, como já apresentado, trazem inovações ao planejamento e à gestão territorial, que desafiam as equipes técnicas municipais e a maioria dos profissionais da área. A maioria dos municípios enfrenta limitações de recursos humanos e lidam com a falta de informações sobre a realidade local, necessárias para o planejamento e a gestão territoriais. Soma-se a isso o fato de que os instrumentos a serem utilizados tratam de matérias tributárias, urbanísticas, políticas e jurídicas que não são facilmente compreendidas pelos cidadãos. Entretanto, esses instrumentos devem ser compreendidos e debatidos por todos os habitantes da cidade e sua utilização deve ser o reflexo de decisões coletivas. Ou seja, a maioria das pessoas que vivem nos municípios tem pouca familiaridade com os temas desse instrumento chamado Plano Diretor. Entre os já estavam familiarizados – provavelmente por já terem elaborado um Plano Diretor ou se envolvido em discussões sobre o tema – grande parte não acreditava nos efeitos do planejamento. Esse ceticismo é reflexo de processo histórico de planejamento urbano em que se aprofundaram as desconexões entre a cidade planejada e a cidade real; entre a cidade legal e a irregular; entre a cidade formal e a informal.

Os Planos Diretores tecnocráticos eram feitos, em sua maior parte, por empresas de consultoria que “vendiam” seus produtos para prefeitos que não usavam os serviços contratados para planejar o futuro das cidades. Muitos desses Planos Diretores não refletiam as realidades locais onde deveriam incidir. Quem nunca teve notícias de um Plano Diretor com o nome de um município na capa e o nome de outra cidade esquecido nas suas páginas internas? Ou, ainda, das peripécias (atas falsificadas, reuniões que não aconteciam, audiências pouco divulgadas) usadas para simular a participação social? Ou Planos Diretores feitos somente para favorecer poucos interesses privados em detrimento do coletivo?

Com efeito, a obrigatoriedade legal estabelecida pelo Estatuto da Cidade, se não estivesse associada a uma campanha que ajudasse a disseminar as concepções democráticas de planejamento e gestão territorial comprometidas com os direitos sociais, poderia resgatar as antigas experiências de

planejamento urbano excludentes e tecnocráticas. Um projeto de capacitação, sensibilização e mobilização dos atores envolvidos na construção dos Planos Diretores Participativos atende as expectativas de transferência de conhecimento necessárias para o entendimento da sociedade em torno do tema e principalmente dos operadores da construção dos Planos, eis que conclama a importância da inclusão dos instrumentos de participação popular, entre outros, na construção de uma cidade de todos²⁴⁹⁴.

²⁴⁹⁴ Comentários e tabela extraídos da pesquisa realizada pela FUBRA, Fundação Universitária de Brasília, intitulado: “Projeto Plano Diretor Participativo (Convênio n. 02/2005 – Ministério das Cidades)”, em 2006.

Anexo II

Tabela 11.2.1.1 - Conteúdos previstos no Plano Diretor, em Lei Específica ou no Plano Diretor e em Lei Específica por estado

UF	Previsto no Plano Diretor, em Lei Específica ou no Plano Diretor e em Lei Específica																				Total de municípios pesquisados									
	Macrozoneamento		Zoneamento Ecológico Econômico		Zona Especial de Interesse Ambiental		Zona Especial de Preservação Cultural		Zona Especial de Comunidade Tradicional		Delimitação Perímetro Urbano		Consolidação das Leituras Técnica e Comunitária		Definição de eixos estratégicos		Diretriz para as Políticas Setoriais		Diretriz para investimentos prioritários			Estrutura Sistema de Planej. e Gestão		Parâmetros Urbanísticos		Parâmetros Uso do Solo Urbano		Parâmetros Uso do Solo Rural		
Acre	4	100.0%	4	100.0%	4	100.0%	3	75.0%	1	25.0%	4	100.0%	4	100.0%	3	75.0%	4	100.0%	3	75.0%	3	75.0%	3	75.0%	3	75.0%	3	75.0%	4	0.3%
Alagoas	35	81.4%	26	60.5%	32	74.4%	28	65.1%	15	34.9%	33	76.7%	30	69.8%	28	65.1%	30	69.8%	29	67.4%	30	69.8%	28	65.1%	30	69.8%	31	72.1%	43	3.2%
Amapá	3	100.0%	3	100.0%	3	100.0%	2	66.7%	0	0.0%	3	100.0%	2	66.7%	3	100.0%	3	100.0%	2	66.7%	3	100.0%	3	100.0%	3	100.0%	3	100.0%	3	0.2%
Amazonas	18	66.7%	17	63.0%	20	74.1%	14	51.9%	13	48.1%	20	74.1%	15	55.6%	16	59.3%	17	63.0%	17	63.0%	17	63.0%	19	70.4%	18	66.7%	16	59.3%	27	2.0%
Bahia	111	68.1%	96	58.9%	114	69.9%	82	50.3%	43	26.4%	119	73.0%	87	53.4%	108	66.3%	111	68.1%	89	54.6%	101	62.0%	119	73.0%	121	74.2%	60	49.1%	163	12.1%
Ceará	33	37.5%	18	20.5%	27	30.7%	19	21.6%	7	8.0%	28	31.8%	14	15.9%	23	26.1%	23	26.1%	19	21.6%	18	20.5%	33	37.5%	33	37.5%	22	25.0%	88	6.6%
Distrito Federal	1	100.0%	0	0.0%	1	100.0%	1	100.0%	0	0.0%	1	100.0%	0	0.0%	1	100.0%	1	100.0%	0	0.0%	1	100.0%	1	100.0%	1	100.0%	0	0.0%	1	0.1%
Espírito Santo	29	90.6%	22	68.8%	28	87.5%	24	75.0%	8	25.0%	27	84.4%	25	78.1%	29	90.6%	30	93.8%	17	53.1%	26	81.3%	28	87.5%	29	90.6%	24	75.0%	32	2.4%
Goias	54	91.5%	38	64.4%	50	84.7%	39	66.1%	5	8.5%	50	84.7%	42	71.2%	37	62.7%	50	84.7%	37	62.7%	41	69.5%	50	84.7%	52	88.1%	42	71.2%	59	4.4%
Maranhão	61	83.6%	39	53.4%	51	69.9%	46	63.0%	23	31.5%	52	71.2%	45	61.6%	43	58.9%	51	69.9%	45	61.6%	48	65.8%	52	71.2%	55	75.3%	50	68.5%	73	5.4%
Mato Grosso	19	90.5%	17	81.0%	17	81.0%	16	76.2%	8	38.1%	17	81.0%	16	76.2%	18	85.7%	17	81.0%	15	71.4%	16	76.2%	18	85.7%	19	90.5%	18	85.7%	21	1.6%
Mato Grosso do Sul	11	68.8%	8	50.0%	12	75.0%	10	62.5%	4	25.0%	13	81.3%	11	68.8%	11	68.8%	13	81.3%	7	43.8%	10	62.5%	12	75.0%	13	81.3%	7	43.8%	16	1.2%
Minas Gerais	124	82.1%	78	51.7%	123	81.5%	106	70.2%	34	22.5%	129	85.4%	105	69.5%	109	72.2%	122	80.8%	79	52.3%	113	74.8%	126	83.4%	126	83.4%	112	74.2%	151	11.2%
Pará	60	88.2%	51	75.0%	65	95.6%	46	67.6%	34	50.0%	58	85.3%	53	77.9%	53	77.9%	59	86.8%	47	69.1%	57	83.8%	59	86.8%	62	91.2%	58	85.3%	68	5.1%
Paraíba	25	83.3%	13	43.3%	22	73.3%	17	56.7%	6	20.0%	24	80.0%	20	66.7%	20	66.7%	23	76.7%	12	40.0%	19	63.3%	21	70.0%	23	76.7%	13	43.3%	30	2.2%
Paraná	81	80.2%	64	63.4%	75	74.3%	50	49.5%	19	18.8%	85	84.2%	56	55.4%	73	72.3%	74	73.3%	59	58.4%	73	72.3%	82	81.2%	84	83.2%	69	68.3%	101	7.5%
Pernambuco	80	85.1%	65	69.1%	73	77.7%	66	70.2%	23	24.5%	79	84.0%	67	71.3%	66	70.2%	70	74.5%	58	61.7%	70	74.5%	74	78.7%	77	81.9%	71	75.5%	94	7.0%
Piauí	10	58.8%	9	52.9%	8	47.1%	7	41.2%	3	17.6%	10	58.8%	7	41.2%	8	47.1%	9	52.9%	8	47.1%	9	52.9%	9	52.9%	8	47.1%	7	41.2%	17	1.3%
Rio de Janeiro	48	82.8%	31	53.4%	44	75.9%	40	69.0%	9	15.5%	43	74.1%	38	65.5%	41	70.7%	48	82.8%	38	65.5%	42	72.4%	48	82.8%	45	77.6%	37	63.8%	58	4.3%
Rio Grande do Norte	18	94.7%	8	42.1%	17	89.5%	14	73.7%	1	5.3%	16	84.2%	16	84.2%	15	78.9%	14	73.7%	6	31.6%	14	73.7%	16	84.2%	17	89.5%	12	63.2%	19	1.4%
Rio Grande do Sul	108	90.8%	84	70.6%	106	89.1%	82	68.9%	33	27.7%	112	94.1%	93	78.2%	99	83.2%	94	79.0%	67	56.3%	99	83.2%	111	93.3%	111	93.3%	97	81.5%	119	8.9%
Rondônia	13	76.5%	9	52.9%	16	94.1%	8	47.1%	7	41.2%	16	94.1%	12	70.6%	14	82.4%	14	82.4%	14	82.4%	16	94.1%	14	82.4%	14	82.4%	9	52.9%	17	1.3%
Roraima	1	100.0%	1	100.0%	1	100.0%	1	100.0%	0	0.0%	1	100.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	100.0%	0	0.0%	1	100.0%	1	100.0%	1	100.0%	1	100.0%	1	0.1%
Santa Catarina	83	76.1%	45	41.3%	75	68.8%	64	58.7%	20	18.3%	86	78.9%	73	67.0%	73	67.0%	73	67.0%	55	50.5%	66	60.6%	87	79.8%	88	80.7%	79	72.5%	109	8.1%
São Paulo	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	-	-
Sergipe	15	75.0%	12	60.0%	14	70.0%	12	60.0%	8	40.0%	13	65.0%	13	65.0%	16	80.0%	13	65.0%	13	65.0%	15	75.0%	15	75.0%	16	80.0%	12	60.0%	20	1.5%
Tocantins	5	55.6%	4	44.4%	6	66.7%	3	33.3%	0	0.0%	6	66.7%	4	44.4%	6	66.7%	5	55.6%	4	44.4%	5	55.6%	6	66.7%	5	55.6%	4	44.4%	9	0.7%
Brasil	1050	76.4%	762	55.0%	1004	73.0%	800	58.2%	324	23.6%	1045	74.6%	848	62.6%	914	67.5%	968	71.3%	741	54.1%	913	66.8%	1035	73.7%	1054	75.1%	877	62.8%	1343	100.0%

Fonte: Perfil dos Municípios Brasileiros. Gestão Pública, 2004. Rio de Janeiro: Instituto brasileiro de Geografia e Estatística, 2005. p. 33.

Tabela 11.2.1.4 - Conteúdos não previstos por estado

UF	Não Previsto												Não Previsto																	
	Macrozoneamento		Zoneamento Ecológico Econômico		Zona Especial de Interesse Ambiental		Zona Especial de Preservação Cultural		Zona Especial de Comunidade Tradicional		Delimitação Perímetro Urbano		Consolidação das Leituras Técnica e Comunitária		Definição de eixos estratégicos		Diretriz para as Políticas Setoriais		Diretriz para investimentos prioritários		Estrutura Sistema de Planej. e Gestão		Parâmetros Urbanísticos		Parâmetros Uso do Solo Urbano		Parâmetros Uso do Solo Rural		Total de municípios pesquisados	
Acre	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	25.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	4	0.3%
Alagoas	0	0.0%	4	9.3%	2	4.7%	3	7.0%	2	4.7%	0	0.0%	1	2.3%	1	2.3%	1	2.3%	2	4.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	43	3.2%
Amapá	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	2	66.7%	0	0.0%	1	33.3%	0	0.0%	0	0.0%	1	33.3%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	3	0.2%
Amazonas	1	3.7%	0	0.0%	0	0.0%	1	3.7%	1	3.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	27	2.0%
Bahia	5	3.1%	5	3.1%	1	0.6%	6	3.7%	12	7.4%	0	0.0%	3	1.8%	2	1.2%	1	0.6%	8	4.9%	3	1.8%	0	0.0%	0	0.0%	9	5.5%	163	12.1%
Ceará	0	0.0%	5	5.7%	2	2.3%	4	4.5%	7	8.0%	0	0.0%	5	5.7%	2	2.3%	4	4.5%	5	5.7%	4	4.5%	0	0.0%	0	0.0%	5	5.7%	88	6.6%
Distrito Federal	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	100.0%	1	0.1%		
Espírito Santo	0	0.0%	1	3.1%	0	0.0%	2	6.3%	5	15.6%	1	3.1%	1	3.1%	0	0.0%	0	0.0%	4	12.5%	1	3.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	32	2.4%
Goiás	0	0.0%	2	3.4%	1	1.7%	3	5.1%	7	11.9%	2	3.4%	1	1.7%	2	3.4%	0	0.0%	1	1.7%	3	5.1%	0	0.0%	0	0.0%	2	3.4%	59	4.4%
Maranhão	0	0.0%	0	0.0%	1	1.4%	1	1.4%	2	2.7%	1	1.4%	0	0.0%	2	2.7%	0	0.0%	1	1.4%	0	0.0%	1	1.4%	0	0.0%	1	1.4%	73	5.4%
Mato Grosso	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	4.8%	1	4.8%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	2	9.5%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	21	1.6%
Mato Grosso do Sul	0	0.0%	1	6.3%	0	0.0%	0	0.0%	1	6.3%	0	0.0%	0	0.0%	1	6.3%	0	0.0%	2	12.5%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	16	1.2%
Minas Gerais	5	3.3%	16	10.6%	5	3.3%	8	5.3%	15	9.9%	1	0.7%	6	4.0%	5	3.3%	2	1.3%	16	10.6%	4	2.6%	1	0.7%	2	1.3%	9	6.0%	151	11.2%
Pará	3	4.4%	5	7.4%	0	0.0%	4	5.9%	4	5.9%	3	4.4%	1	1.5%	2	2.9%	1	1.5%	3	4.4%	1	1.5%	2	2.9%	1	1.5%	1	1.5%	68	5.1%
Paraíba	0	0.0%	5	16.7%	1	3.3%	2	6.7%	6	20.0%	0	0.0%	0	0.0%	2	6.7%	0	0.0%	3	10.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	3.3%	2	6.7%	30	2.2%
Paraná	3	3.0%	8	7.9%	5	5.0%	13	12.9%	21	20.8%	0	0.0%	8	7.9%	3	3.0%	2	2.0%	11	10.9%	4	4.0%	3	3.0%	2	2.0%	10	9.9%	101	7.5%
Pernambuco	0	0.0%	3	3.2%	1	1.1%	3	3.2%	7	7.4%	1	1.1%	3	3.2%	1	1.1%	1	1.1%	7	7.4%	0	0.0%	2	2.1%	1	1.1%	2	2.1%	94	7.0%
Piauí	0	0.0%	0	0.0%	1	5.9%	1	5.9%	1	5.9%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.9%	17	1.3%
Rio de Janeiro	0	0.0%	7	12.1%	1	1.7%	4	6.9%	7	12.1%	0	0.0%	4	6.9%	2	3.4%	0	0.0%	4	6.9%	1	1.7%	0	0.0%	0	0.0%	3	5.2%	58	4.3%
Rio Grande do Norte	0	0.0%	3	15.8%	0	0.0%	1	5.3%	4	21.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	3	15.8%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	19	1.4%
Rio Grande do Sul	1	0.8%	6	5.0%	1	0.8%	16	13.4%	22	18.5%	0	0.0%	4	3.4%	5	4.2%	6	5.0%	22	18.5%	4	3.4%	0	0.0%	0	0.0%	5	4.2%	119	8.9%
Rondônia	0	0.0%	3	17.6%	0	0.0%	1	5.9%	1	5.9%	0	0.0%	1	5.9%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.9%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	2	11.8%	17	1.3%
Roraima	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	0.1%
Santa Catarina	1	0.9%	10	9.2%	5	4.6%	11	10.1%	12	11.0%	0	0.0%	3	2.8%	4	3.7%	8	7.3%	4	3.7%	1	0.9%	0	0.0%	3	2.8%	109	8.1%		
São Paulo	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Sergipe	0	0.0%	1	5.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.0%	2	10.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.0%	1	5.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.0%	20	1.5%
Tocantins	0	0.0%	1	11.1%	0	0.0%	1	11.1%	1	11.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	11.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	11.1%	9	0.7%
Brasil	19	1.4%	86	6.4%	27	2.0%	86	6.4%	143	10.6%	11	0.8%	42	3.1%	33	2.5%	23	1.7%	106	7.9%	29	2.2%	10	0.7%	7	0.5%	58	4.3%	1343	100.0%

Tabela 11.2.1.5 - Conteúdos que não se aplicam à realidade do município por estado

UF	Não se Aplica à Realidade do Município													Não se Aplica à Realidade do Município											Total de municípios pesquisados					
	Macrozoneamento		Zoneamento Ecológico Econômico		Zona Especial de Interesse Ambiental		Zona Especial de Preservação Cultural		Zona Especial de Comunidade Tradicional		Delimitação Perímetro Urbano		Consolidação das Leituras Técnica e Comunitária		Definição de eixos estratégicos		Diretriz para as Políticas Setoriais		Diretriz para investimentos prioritários		Estrutura Sistema de Planej. e Gestão		Parâmetros Urbanísticos				Parâmetros Uso do Solo Urbano		Parâmetros Uso do Solo Rural	
Acre	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	4	0.3%		
Alagoas	0	0.0%	1	2.3%	0	0.0%	1	2.3%	6	14.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	43	3.2%		
Amapá	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	33.3%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	3	0.2%		
Amazonas	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	3.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	27	2.0%		
Bahia	1	0.6%	2	1.2%	2	1.2%	4	2.5%	25	15.3%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	0.6%	1	0.6%	0	0.0%	0	0.0%	2	1.2%	163	12.1%		
Ceará	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	9	10.2%	1	1.1%	0	0.0%	2	2.3%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.1%	0	0.0%	1	1.1%	88	6.6%		
Distrito Federal	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	0.1%		
Espírito Santo	0	0.0%	3	9.4%	1	3.1%	1	3.1%	6	18.8%	0	0.0%	1	3.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	3.1%	32	2.4%		
Goiás	0	0.0%	1	1.7%	0	0.0%	1	1.7%	8	13.6%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.7%	59	4.4%		
Maranhão	0	0.0%	2	2.7%	1	1.4%	1	1.4%	3	4.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	73	5.4%		
Mato Grosso	0	0.0%	1	4.8%	0	0.0%	0	0.0%	5	23.8%	1	4.8%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	21	1.6%		
Mato Grosso do Sul	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	6.3%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	6.3%	16	1.2%		
Minas Gerais	1	0.7%	3	2.0%	0	0.0%	4	2.6%	30	19.9%	0	0.0%	1	0.7%	3	2.0%	1	0.7%	1	0.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	151	11.2%		
Pará	0	0.0%	2	2.9%	0	0.0%	4	5.9%	10	14.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.5%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	68	5.1%		
Paraíba	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	3.3%	8	26.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	3.3%	0	0.0%	2	6.7%	30	2.2%		
Paraná	0	0.0%	4	4.0%	0	0.0%	5	5.0%	20	19.8%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.0%	1	1.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	101	7.5%		
Pernambuco	1	1.1%	1	1.1%	0	0.0%	0	0.0%	21	22.3%	0	0.0%	1	1.1%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.1%	94	7.0%		
Piauí	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.9%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	17	1.3%		
Rio de Janeiro	0	0.0%	1	1.7%	0	0.0%	1	1.7%	17	29.3%	1	1.7%	0	0.0%	1	1.7%	0	0.0%	1	1.7%	0	0.0%	0	0.0%	3	5.2%	58	4.3%		
Rio Grande do Norte	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	4	21.1%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.3%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.3%	19	1.4%		
Rio Grande do Sul	0	0.0%	4	3.4%	2	1.7%	4	3.4%	24	20.2%	0	0.0%	0	0.0%	1	0.8%	0	0.0%	2	1.7%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	2	1.7%	119	8.9%
Rondônia	1	5.9%	1	5.9%	0	0.0%	3	17.6%	5	29.4%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	5.9%	17	1.3%		
Roraima	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	0.1%		
Santa Catarina	0	0.0%	5	4.6%	0	0.0%	1	0.9%	27	24.8%	0	0.0%	1	0.9%	0	0.0%	2	1.8%	1	0.9%	0	0.0%	0	0.0%	2	1.8%	109	8.1%		
São Paulo	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
Sergipe	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	20	1.5%		
Tocantins	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	4	44.4%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	9	0.7%		
Brasil	4	0.3%	31	2.3%	6	0.4%	32	2.4%	235	17.5%	3	0.2%	4	0.3%	9	0.7%	3	0.2%	8	0.6%	4	0.3%	1	0.1%	0	0.0%	18	1.3%	1343	100.0%