



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 234.797/2017-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 226 da Lei 17.511/2008 e art. 57 da Lei 16.719/2001, ambas do Município do Recife. Análise de projetos, legalizações, alterações de obras, licenças de construção, “habite-se” e “accite-se” com base em legislação revogada.]

O **Procurador-Geral da República**, com fundamento no artigo 102, § 1º, da Constituição da República e na Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, propõe

arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, contra o artigo 226 da Lei 17.511, de 29 de dezembro de 2008, e o art. 57 da Lei 16.719, de 30 de novembro de 2001 (“Lei dos Doze Bairros”), ambas do Município do Recife, que dispõem sobre normas urbanísticas.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/99) e de cópia de peças relevantes do processo administrativo 1.00.000.016995/2017-21, que se originou de representação encaminhada pela Promotora de Justiça BELIZE CÂMARA CORREIA, do Ministério Público do Estado de

Pernambuco, e pelas Procuradoras da República CAROLINA DE GUSMÃO FURTADO e MONA LISA DUARTE ABDO AZIZ ISMAIL, do Ministério Público Federal.¹

1 OBJETO DA AÇÃO

Impugnam-se nesta ação o art. 226 da Lei 17.511/2008 (Plano Diretor Reformulado do Recife) e o art. 57 da Lei 16.719/2001 (conhecida como “Lei dos Doze Bairros”), que dispõem:

Art. 226. Os requerimentos referentes aos pedidos de Aprovação de Projeto, Legalização, Alterações durante a obra, Licença de Construção, Habite-se, Aceite-se, ou outros processos interligados, serão analisados segundo as leis vigentes à época do protocolamento do projeto inicial ou reforma que os motivaram.

Art. 57. Os processos, compreendendo os imóveis situados na ARU² e referentes a projetos iniciais e/ou alteração durante a obra, ingressos nas Coordenadorias Regionais até o dia 10 jun. 2001, com exceção dos localizados na área do Poço da Panela, terão suas análises baseadas na Lei nº 16.176/96 e demais legislação em vigor à época.

Essas normas são materialmente contrárias aos arts. 225, 182, §§ 1º e 2º, e 5º, *caput* e inciso XXIII, da Constituição da República,³

¹ Grande parte do texto desta arguição vale-se da representação das citadas membras do Ministério Público.

² ARU = área de reestruturação urbana.

³ Quanto ao art. 225 da Constituição, *vide* transcrição na p. 15.

“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.

e aos princípios da vedação de retrocesso social (arts. 5º, § 1º, e 3º, II)⁴ e da proporcionalidade. Padece, ainda, o dispositivo do Plano Diretor do Recife de inconstitucionalidade formal, por ofensa aos arts. 1º, *caput* e II, e 29, XII, da Constituição.⁵

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 O CONTEXTO NORMATIVO

A Lei 17.511, de 29 de dezembro de 2008, do Município do Recife, promoveu revisão de seu Plano Diretor. Segundo a Constituição da República, “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o

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

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: [...]

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...].”

⁴ “Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. [...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

II – garantir o desenvolvimento nacional; [...].”

⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II – a cidadania; [...].

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: [...]

XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal; [...].”

instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Ainda consoante a CR, “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º).

Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “deve-se entender que instrumento básico representa o documento principal, fundamental mesmo, em que se aloja a disciplina pertinente aos objetivos urbanísticos. Cuida-se da materialização de todos os componentes do planejamento urbano, com suas singularidades e especificações, de modo que dele é que emanarão as ações públicas e privadas necessárias a sua implementação”.⁶

O Plano Diretor do Recife data de 1991 e foi revisado em 2008, o que resultou no Plano Diretor Reformulado, corporificado na Lei 17.511/2008, ora impugnada. Segundo publicação da época, na página eletrônica da Prefeitura Municipal do Recife, três razões justificaram a revisão do Plano Diretor em 2008: a) “A dinâmica urbanística da cidade exige ajustes e alterações de rota em algumas das proposições formuladas em 1991, uma vez que há novos problemas a serem avaliados e enfrentados”; b) “como em qualquer atividade de planejamento, o tempo decorrido entre o que se planejou e o que foi efetivamente realizado exige uma revisão de objetivos, metas, procedimentos e estratégias”; c) “A Lei Federal 10.257/2001, mas conhecida como o Estatuto da Cidade, assim como a Lei Municipal 15.547/1991 estabelecem a revisão periódica do Plano Diretor no geral ou em partes específicas”.⁷

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5. ed., rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 338.

⁷ Disponível em < <http://bit.ly/2vO7GKA> > ou < <https://www.recife.pe.gov.br/pr/secplanejamento/planodiretor/revisao.html> >; acesso em 10 set. 2017.

Ainda de acordo com a Prefeitura do Recife, “a revisão do Plano Diretor do Recife cria uma importante oportunidade para que a cidade reflita, discuta, opina e defina o que deve ser feito para que todos possam viver numa cidade melhor, mais justa, mais bonita, mais saudável, mais atraente e prazerosa.”⁸

A Lei 16.719, de 30 de novembro de 2001, também impugnada, localmente conhecida como “Lei dos Doze Bairros”, criou a Área de Reestruturação Urbana (ARU) composta pelos bairros do Derby, Espinheiro, Graças, Aflitos, Jaqueira, Parnamirim, Santana, Casa Forte, Poço da Panela, Monteiro, Apipucos e parte do bairro Tamarineira e estabeleceu condições de uso e ocupação do solo nessa área.

Essa lei foi concebida em reação à Lei de Uso e Ocupação do Solo (LUOS) do Recife (Lei 16.176, de 9 de abril de 1996), que deixava amplamente livre a construção de edifícios altos, seguindo tradição de diversas leis anteriores. A presença desses edifícios de gabarito elevado, verdadeiras “torres de concreto, começou a assustar e inquietar os habitantes dos bairros das Graças e de Casa Forte, que, a partir de 1998, começaram a se organizar e demonstrar manifestações públicas contra a crescente presença do que vinham a classificar de ‘espigões’. A frequência constante de engarrafamentos que duram horas foram irritando e desequilibrando cada vez mais o bem estar dos moradores”.⁹

A Lei dos Doze Bairros basicamente limitou (a) o gabarito de construções ao máximo de 60 metros, equivalente a um prédio de

⁸ Disponível em < <http://bit.ly/2eXAGMN> > ou < <https://www.recife.pe.gov.br/pr/secplanejamento/planodiretor/conhecendo.html> >; acesso em 10 set. 2017.

⁹ NUNES, Aliomar Ferreira. O impacto da “Lei dos Doze Bairros” sobre a construção civil na cidade do Recife. Dissertação apresentada à Universidade Católica de Pernambuco, para obtenção do título de Mestre em Engenharia Civil. Recife, 2008, p. 33-39.

20 pavimentos, e (b) o remembramento de terrenos em sua área. Foi editada com a intenção de buscar equilíbrio entre a demanda do mercado imobiliário e a realidade urbana. Para adequar o exíguo sistema viário recifense e o exaurido sistema de abastecimento de serviços, buscou controlar a excessiva concentração populacional, ao restringir a altura de novos edifícios.

2.2 O DIREITO DE CONSTRUIR OU EDIFICAR

O direito de construir é expressão do direito de propriedade, que compreende usar, gozar, dispor, fruir e reivindicar. Como se sabe, o direito de propriedade não é absoluto, mas limitado pelos direitos da coletividade em geral e pelos direitos de vizinhança. Dispõe o Código Civil:

Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

O direito de edificar está moldado por normas de direito público. O proprietário não possui a faculdade de decidir sozinho se pode e como pode construir em seu terreno, dado o inegável reflexo das edificações individualmente consideradas no ordenamento geral da cidade e, pois, nos interesses da coletividade.

O legislador determina o conteúdo e os limites do direito à propriedade, por meio dos planos urbanísticos, os quais são responsáveis pelo próprio conteúdo da propriedade urbana. As formas de utilização de um terreno, designadamente para fins de construção, deixaram de estar dependentes de sua qualidade natural, de sua localização e da vontade ou liberdade do proprietário, para serem consequência de planos urbanísticos.

A faculdade de construção não deve ser compreendida como direito subjetivo privado, imanente à propriedade do solo, mas antes como direito subjetivo público, concedido pelo plano urbanístico.¹⁰

A Constituição consagrou o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e preceitua adoção de políticas de desenvolvimento urbano, executadas pelo poder público municipal, que têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes (art. 182).

Com o advento da Constituição e do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001), o direito de construir não pode mais ser entendido como simples faculdade a ser exercitada pelo proprietário, limitado apenas pelos direitos de vizinhança e regulamentos administrativos. Diante da sistemática constitucional, que elevou o princípio da função social da propriedade à categoria de direito fundamental, aquele direito deve ser exercido de acordo com política de desenvolvimento urbano que priorize a melhoria das condições de moradia e vivência das cidades, destinada ao pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem.¹¹

Aos municípios foi conferida a missão de promover adequado ordenamento de seu território, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, elaborando e executando, para tanto, o plano diretor (art. 30, VIII, da CR). É sobretudo nas posturas municipais que se contêm os parâmetros concretos a sujeitar e condicionar os particulares no exercício do direito de construir, de acordo com a realidade e as peculiaridades de cada município.

¹⁰ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 708.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Leis urbanísticas constituem normas de ordem pública, cogentes e impositivas, cuja aplicabilidade há de ser imediata, o que constitui corolário lógico das leis em geral, com mais razão em se tratando de normas umbilicalmente atreladas à ordenação da cidade e, portanto, à proteção de direitos difusos por excelência. Esclarece o JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Por princípio, as leis de uso e ocupação do solo são de aplicação imediata – o que, aliás, não constitui particularidade de lei alguma, mas um princípio geral de Direito, porquanto essa incidência imediata é um dos aspectos da natureza normativa que dispõe para o futuro, no sentido de que a norma passe a reger as situações previstas desde o momento de sua entrada em vigor, separando, portanto, a realidade jurídica em “parte anterior” e “parte posterior”.¹²

Portanto, entre as diversas limitações ao direito de construir está a de se submeter à incidência de novas normas validamente editadas no interesse da coletividade, ressalvadas situações abrigadas pelas garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido.

2.3 AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DE CONSTRUIR ANTE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE MAIS RESTRITIVA

As leis urbanísticas, como as demais, costumam sofrer modificações ao longo do tempo, quer para correção de falhas e inadequações, quer porque a dinâmica urbana exige sua revisão periódica, a fim de se compatibilizarem com o crescimento e desenvolvimento das cidades. É necessário reorientar a organização dos núcleos urbanos de forma cíclica. Como ressalta HELY LOPES

¹² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 291.

MEIRELLES, é natural que assim seja, porque a cidade cresce, evolui e exige novas atividades, para atender às necessidades supervenientes de sua população, o que impõe legislação dinâmica, variável e adequada à solução dos novos problemas urbanos.¹³

Sob a ótica do art. 225 da CR, as mudanças legislativas devem ser impulsionadas e ter como objetivo a preservação dos ambientes natural e urbano, indispensáveis à sadia qualidade de vida dos habitantes e visitantes da cidade. Geralmente, alterações na legislação urbanística são adotadas com o objetivo de restringir parâmetros urbanísticos anteriores, o que, não raro, pode ocasionar conflito com licenças já expedidas.

A doutrina rechaça existência de direito adquirido de construir com base em determinados parâmetros, se sobrevém legislação que os restrinja e se as obras não foram iniciadas. Observa JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A licença para construir é outorgada com prazo de vigência para o início da edificação licenciada. Passado o prazo, a licença caduca, e, com ela, todas as faculdades dela decorrentes, valendo dizer que, sobrevindo nova lei sobre construção, nova licença só poderá ser liberada obedecendo às suas determinações, sem que nada caiba ao titular reclamar a propósito da lei revogada, pois com a caducidade da licença seu direito de construir voltará a ser abstrato, mero interesse legítimo, no máximo, expectativa de direito no que tange à edificação in concreto. **Mas se a licença estiver no prazo de vigência, tem o titular direito adquirido de executá-la, se ainda não iniciou a obra? Entendemos que não, se a lei não houver ressalvado o seu direito** (que não é direito adquirido, mas direito ressalvado, situação tolerada). **“Direito adquirido”, na espécie, significa direito de executar a construção nos termos da legislação revogada, com base na licença obtida. Aqui também parece ocorrer a**

¹³ As restrições de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes. In: *Estudos e pareceres de Direito Público*. vol. II, p. 439.

prevalência do interesse público que justifica e fundamenta a revogação da licença, ressalvado o direito do titular a possível indenização – o que, também, parece de difícil fundamentação, pois só poderá verificar-se se efetivamente decorrer prejuízo, comprovado, para o interessado. O que o Poder Público não pode é revogar a licença arbitrariamente, mas é autorizado a fazê-lo no interesse público.¹⁴

Também o Supremo Tribunal Federal já entendeu não existir direito adquirido de construir com base em parâmetros legislativos anteriores, se sobreveio legislação urbanística modificativa e as obras ainda não principiaram (sem destaque no original):

DIREITO DE CONSTRUIR. MERA FACULDADE DO PROPRIETÁRIO, CUJO EXERCÍCIO DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A EDIFICAÇÃO ANTERIORMENTE LICENCIADA – MAS NEM SEQUER INICIADA –, SE SUPERVENIENTEMENTE FORAM EDITADAS REGRAS NOVAS, DE ORDEM PÚBLICA, ALTERANDO O GABARITO PARA CONSTRUÇÃO NO LOCAL. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido.¹⁵

DIREITO DE CONSTRUIR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A CONSTRUÇÃO, PORQUE SEQUER INICIADA, QUANDO SOBREVEIO LEI NOVA, DE ORDEM PÚBLICA, QUE A IMPEDIU. PRECEDENTES. R.E. INDEFERIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM SEGUIMENTO NEGADO

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 297-298.

¹⁵ STF. Primeira Turma. Agravo de instrumento 135.464/RJ. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. 5 maio 1992. *DJ* 22 maio 1992, p. 7.217; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 142(1), p. 358.

PELO RELATOR NO S.T.F. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.¹⁶

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TENDO COMO FUNDAMENTO A CONTRARIEDADE A DIREITO ADQUIRIDO, A COMPETÊNCIA PARA JULGAR O APELO EXTREMO CONTINUA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **LICENÇA PARA CONSTRUIR. HIPÓTESE DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RENOVAÇÃO E NÃO DE REVOGAÇÃO DA PRÓPRIA LICENÇA. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE, AINDA MAIS CONSIDERANDO SER O PEDIDO DE RENOVAÇÃO POSTERIOR A LEI MUNICIPAL QUE DECLARARA A ÁREA *NON ÆDIFICANDI*.** CONTESTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO BASEADA EM MATÉRIA DE FATO E DIREITO LOCAL, QUE REFOGEM DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA. RE NÃO CONHECIDO.¹⁷

LICENÇA PARA CONSTRUIR. REVOGAÇÃO. OBRA NÃO INICIADA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL POSTERIOR.

I. Competência do estado federado para legislar sobre áreas e locais de interesse turístico, visando à proteção do patrimônio paisagístico (C.F., art. 180). Inocorrência de ofensa ao art. 15 da Constituição Federal;

II. Antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da administração pública, sem que valha o argumento do direito adquirido. Precedentes do Supremo Tribunal.

Recurso extraordinário não conhecido.¹⁸

¹⁶ STF. Primeira Turma. Ag 121.798/RJ. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. 4 mar. 1988. *DJ*, 8 abr. 1988, p. 7.483.

¹⁷ STF. Segunda Turma. Recurso extraordinário 118.226/RJ. Rel.: Min. CÉLIO BORJA. 26 set. 1989. *DJ*, 13 out. 1989, p. 15.760.

¹⁸ STF. Segunda Turma. RE 105.634/PR. Rel.: Min. FRANCISCO REZEK. 20 set. 1985. *DJ*, 8 nov. 1985, p. 20.107.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL.
DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO
ADMINISTRATIVA.

I. – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. **Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local.**

II. – Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F.

III. – Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei.

IV. – R.E. não conhecido.¹⁹

Licença de construção. Requerimento de alvará indeferido em face da legislação vigente por ocasião do exame do projeto. **Inexistência de direito de construir segundo a legislação vigente por ocasião do protocolamento do pedido. Inocorrência de afronta a direito adquirido** (art. 153, § 3º, da CF) e inadequação de negativa de vigência aos arts. 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Recurso extraordinário não conhecido.²⁰

LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO DO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. **Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a**

¹⁹ STF. Segunda Turma. RE 178.836/SP. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 8 jun. 1999. *DJ* 20 ago. 1999, p. 44.

²⁰ STF. RE 90.059/SP. Rel.: Min. DJACI FALCÃO. *DJ*, 28 mar. 1980, p. 1.775; *RTJ*, vol. 97(3), p. 704.

recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento.²¹

Portanto, os pressupostos para configuração de direito (adquirido) a edificar são: a) existência de plano urbanístico que determine o aproveitamento urbanístico previsto para cada terreno; b) autorização do poder público, mediante licença de construção; c) começo da construção (sem início das obras, existe mera expectativa de direito).

2.4 O ART. 226 DO PLANO DIRETOR DO RECIFE

E O ART. 57 DA LEI 16.719/2001

Como se viu, a doutrina e o Supremo Tribunal Federal são pacíficos em reputar inexistente direito adquirido a edificar se as obras ainda não foram iniciadas. O proprietário possui mera expectativa e pode ter seu projeto alterado por leis urbanísticas subsequentes, caso ainda não tenha dado início às obras.

Em sentido diametralmente antagônico, o Plano Diretor do Recife (Lei 17.511/2008) foi aprovado com o seguinte dispositivo, estampado no Título VI (Disposições Finais e Transitórias, sem destaque no original):

²¹ STF. RE 212.780/RJ. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. *DJ*, 25 jun. 1999, p. 30.

Art. 226. Os requerimentos referentes aos pedidos de Aprovação de Projeto, Legalização, Alterações durante a obra, Licença de Construção, Habite-se, Aceite-se, ou outros processos interligados, **serão analisados segundo as leis vigentes à época do protocolamento do projeto inicial ou reforma que os motivaram.**

Previsão semelhante constou da Lei 16.719/2001, a “Lei dos Doze Bairros” (sem destaque no original):

Art. 57. Os processos, compreendendo os imóveis situados na ARU²² e referentes a projetos iniciais e/ou alteração durante a obra, ingressos nas Coordenadorias Regionais até o dia 10 jun. 2001, com exceção dos localizados na área do Poço da Panela, **terão suas análises baseadas na Lei nº 16.176/96 e demais legislação em vigor à época.**

Essas normas, ora impugnadas, restringem o alcance das leis urbanísticas no município e impedem que sejam aplicadas a projetos simplesmente protocolizados antes de sua vigência, qualquer que fosse a fase de análise em que se encontrasse o projeto. Por força delas, o direito a edificar será examinado à luz da legislação que vigorava na época do protocolo do projeto no poder público, independentemente de legislação superveniente que disponha em sentido contrário.

Mero protocolo de um projeto de construção concederia ao proprietário o direito adquirido de construir consoante os parâmetros urbanísticos vigentes nessa data, ainda que sejam alterados por lei. Na contramão do entendimento pacificado na doutrina e nos tribunais superiores – segundo o qual leis urbanísticas são normas de ordem pública e devem ter aplicabilidade imediata –, o Plano Diretor do Recife e a Lei 16.719/2001 resguardam ao proprietário o poder de “congelar”

²² ARU = área de reestruturação urbana.

parâmetros urbanísticos com mero protocolo de projeto de construção, por meio do qual ficam imunes a modificações legislativas subseqüentes, decorrentes do interesse público.

2.5 PROTEÇÃO DO AMBIENTE, PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Constituição da República estabelece no art. 225, *caput*:

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.

O ambiente deve ser concebido sob perspectiva global, sob as dimensões natural e artificial, como reconhecem a doutrina nacional e a alienígena. Segundo RODOLFO CAMARGO MANCUSO, o meio ambiente não se resume ao aspecto meramente naturalístico, mas comporta conotação abrangente, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com os ecossistemas.²³

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. Tal integração busca assumir concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.²⁴ Observa ANTÔNIO CARLOS BRASIL PINTO:

²³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32-33.

²⁴ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Segundo a ótica estreita, por si só conservadora e integralmente ultrapassada, por meio ambiente devia-se entender a mera representação jurídica dos recursos naturais e de suas relações com o ser vivo. Obviamente que tal noção, pela sua singeleza e imprecisão técnica, não satisfaz, nem atende a grandeza do tema, porquanto arreda o fator preponderante representado pela atuação humana. Tal concepção, empoeirada e desconforme com as necessidades da atualidade, prestou-se, não obstante, para evidenciar a necessidade prática de aprimoramento doutrinário, resultado obtido quando da formulação de uma concepção moderna, agora atendida a boa técnica, especialmente por identificar no conceito de meio ambiente algo que vai além da Ecologia, eis que abrangido não apenas o ‘natural’, mas, igualmente, e, com grande ênfase, o ‘artificial’, decorrente do atuar humano.²⁵

A norma constitucional albergou o princípio do desenvolvimento sustentável, segundo o qual atividades econômicas e o ambiente devem coexistir de forma harmônica. Busca-se estabelecer entre homem e natureza uma relação saudável, equilibrada, de modo que o desenvolvimento somente será permitido se for sustentável, planejado, a fim de evitar exaurimento dos recursos naturais. Bem lembra ÉDIS MILARÉ:

O princípio aqui preconizado infere-se da necessidade de um duplo ordenamento – e, por conseguinte, de um duplo direito – com profundas raízes no Direito Natural e no Direito Positivo: o direito do ser humano de desenvolver-se e realizar as suas potencialidades, quer individual quer socialmente, e o direito de assegurar aos seus pósteros as mesmas condições favoráveis. [...] porquanto o desenvolver-se e usufruir de um planeta plenamente habitável não é apenas direito, é dever precípua das pessoas e da sociedade. Direito e dever como contrapartidas inquestionáveis.²⁶

²⁵ *Apud* RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural*. Omissão do estado e tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003, p. 22.

²⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000, p. 106.

O mandamento do art. 225 eleva a proteção do ambiente (natural, artificial e cultural) a direito fundamental de caráter difuso e deve informar e condicionar a elaboração de todo o arcabouço normativo e administrativo sobre a política urbana.

A Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) enumerou diretrizes gerais da política urbana (art. 2º), que estão direta ou indiretamente ligadas à proteção do ambiente, em acepção ampla.²⁷

²⁷ “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

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

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;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

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;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

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

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

Especificamente no que tange ao necessário componente ambiental do plano diretor, anota JOSÉ DE SANTOS CARVALHO FILHO:

É a própria Constituição que deixa implícito o aspecto ambiental no plano diretor, assentando a necessidade de proteger o meio ambiente, incumbência essa dirigida tanto ao Poder Público como à coletividade. O mandamento contido no art. 225, da CF, é de incidência geral, de modo que o Município, ao projetar os bens jurídicos sociais e econômicos que pretende proteger, não pode alijar o meio ambiente.²⁸

h) a exposição da população a riscos de desastres;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

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;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

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

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da abertura dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativas ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5. ed., rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 341.

O Plano Diretor do Recife e qualquer lei urbanística, ao salvaguardar a particular direito de construir segundo parâmetros urbanísticos vigentes na data de protocolo de projeto, ainda que posteriormente revogados, despreza a proteção do ambiente e subverte a primazia que deve ostentar o interesse público no conflito com interesses privados.

O art. 226 do Plano Diretor Reformulado do Recife e o art. 57 da Lei 16.719/2001 caminham em direção contrária ao art. 225 da CR, pois postergam aplicação, que deveria ser imediata, de regras que visam à tutela e à preservação do ambiente em sua acepção ampla (natural, artificial e cultural), ressuscitando ou dotando de ultra-atividade diretrizes normativas não mais existentes, por se terem tornado falhas, insuficientes, inadequadas ou obsoletas.

No conflito entre ambiente e atividade econômica empresarial, as normas impugnadas optam de forma inconstitucional por prevalência desta, em clara afronta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o qual deve informar e condicionar quaisquer atuações oriundas do poder público. Chocam-se com o princípio do desenvolvimento sustentável, pois prorrogam a aplicação de parâmetros urbanísticos ultrapassados e que não mais conferem proteção jurídica suficiente ao ambiente. Em caso semelhante, já se posicionou o Supremo Tribunal:

MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTER-GENERACIONAIS – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPE-

CIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – **A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.**

– Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de

que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

– A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.

– O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos interna-

cionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

– A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 ago. 2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão.

[...]

– É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que

justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).²⁹

Por conseguinte, contraria a proteção constitucional ao ambiente e o princípio do desenvolvimento sustentável o fato de normas municipais assegurarem direito a interessados de construir segundo normas revogadas por novos padrões urbanísticos, que mais bem atendem ao interesse coletivo.

2.6 A POLÍTICA URBANA

E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Acerca da política urbana, dispõe a Constituição da República:

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.**

Leis urbanísticas frequentemente necessitam ser revistas, para aperfeiçoamento, com correção de distorções e falhas, ou para adequação ao crescimento das cidades, tendo sempre como fim o bem-estar dos habitantes. Normas jurídicas originam-se de necessidades e, no mais das vezes, em razão do próprio procedimento para sua elaboração, nascem e começam a ser aplicadas com certo e inerente “atraso”, espécie de hiato em relação aos fatos que lhes deter-

²⁹ STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 3.540/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 1º set. 2005. *DJ*, 3 fev. 2006, p. 14. Sem destaque no original.

minaram a criação. Com leis urbanísticas não é diferente. O crescimento das cidades dá-se atualmente de forma tão vertiginosa e acelerada, que a atividade normativa costuma advir com significativa delonga, sobretudo diante da irreversibilidade da maioria das edificações e desenhos urbanos.

Quando uma norma restringe parâmetros urbanísticos, é porque a cidade clama por adaptações e sofre as consequências de legislação obsoleta, insuficiente para resguardar de forma satisfatória a qualidade de vida de habitantes e visitantes e coloca em risco o desenvolvimento de suas funções sociais, ambientais, culturais e econômicas.

Bem por isso as normas urbanísticas são tidas como de ordem pública (art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade), cogentes, gerais e impessoais. Limitações urbanísticas, genuínas imposições de ordem pública, por atingirem indistintamente os membros da coletividade administrada, são imprescritíveis, irrenunciáveis, insuscetíveis de transação e, porque revestidas de *imperium*, vinculam particulares e a administração.

Em razão da natureza dos bens jurídicos que tutelam e de sua íntima ligação com a proteção do ambiente (natural e artificial) e com os interesses gerais da coletividade, as normas urbanísticas devem ter vigência imediata, sendo insuscetíveis de aplicação diferida. Também por isso, firmou-se o entendimento de não existir direito adquirido a construir com base em determinados parâmetros urbanísticos em face de legislação superveniente modificativa, se a obra ainda não foi iniciada. Qualquer previsão que elimine ou mitigue esse atributo essencial das normas urbanísticas (vigência e aplicabilidade imediatas), padecerá de manifesta e inegável inconstitucionalidade, por afronta aos arts. 225 e 182 da CR. Sobre a existência de tais normas, anota JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Esse tipo de norma transitória, reservando aos interessados o direito de atuar em desconformidade com a lei nova, segundo a legislação anterior, com base na simples apresentação, protocolização ou, mesmo, aprovação de projetos de urbanificação, construção ou de uso do solo – quer dizer, com base numa situação ainda não constituída –, é irracional e inconcebível, porque coloca, sem fundamento jurídico, o interesse particular acima do interesse coletivo.³⁰

É intuitivo e contraria o senso de justiça garantir a particular amparar-se em dispositivo legal revogado para auferir situação mais vantajosa à sua edificação e a seus interesses econômicos, em prejuízo aos interesses e bem-estar de toda a coletividade, destinatária dos impactos urbanos, de efeitos cumulativos e, na maioria das vezes, irreversíveis. São pertinentes as observações de RUBENS LIMONGI FRANÇA:

Nenhuma pessoa pode ter direitos irrevogavelmente adquiridos contra uma lei de ordem pública’, não se devendo manter ‘o que perturba a ordem, ou ofende os bons costumes, visto que não pode haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos Estados. Os direitos adquiridos particulares devem ceder lugar, submetendo-se aos interesses de ordem geral, aos interesses de ordem pública, com os quais não podem entrar em conflito, porque estes preponderam e têm supremacia.³¹

Por tudo isso, são inconstitucionais as normas impugnadas.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 289.

³¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 477-482.

2.7 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Também sob o aspecto da proteção dos direitos constitucionais difusos, os dispositivos impugnados colidem com a vedação de retrocesso social, de índole constitucional. Havendo direito difuso a uma prestação estatal positiva, como a proteção do ambiente e da ordem urbanística, existe correlata imposição de abstenção. Esta consiste no dever de não adotar medidas retrocessivas que atentem contra o que já se obteve por lei ou atos administrativos.

Por isso, doutrina e jurisprudência desenvolveram o chamado princípio da proibição de retrocesso social, cláusula geral de proteção de direitos fundamentais, inclusive os transindividuais. Lembra PAULA SUSANNA AMARAL MELLO que a proibição de retrocesso:

foi inicialmente concebida na Alemanha diante da crise do Estado-Providência e voltou-se a assegurar a proteção de prestações sociais e do sistema geral de seguridade social, quando a demanda por amparo social crescia e o Estado já não era capaz de acompanhá-la. A proibição de retroceder surgiu, então, para delimitar que prestações e garantias da seguridade social não poderiam ser suprimidas mesmo em momentos de crise. A ideia de preservar prestações mínimas ganhou espaço na Europa, em países como Portugal e Itália, recebendo seus próprios contornos, moldados pelas concepções e pelos ordenamentos jurídicos locais. A jurisprudência acompanhou a evolução da doutrina e passou a adotar a proibição do retrocesso como razão de decidir em diversas oportunidades. No Brasil, sob a influência, principalmente, das doutrinas italiana e portuguesa, o conceito de proibição do retrocesso foi inicialmente atrelado aos direitos sociais e, como era de se esperar e se verá adiante, a doutrina brasileira desenvolveu-se e já encontramos um número razoável de obras que

tratam do tema com abrangências, perspectivas, denominações e naturezas jurídicas muitas vezes distintas.³²

No Brasil, o princípio é implícito à Constituição de 1988, por decorrer da noção de estado democrático de direito, do princípio da dignidade humana e dos princípios da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, do texto constitucional. É igualmente válido derivar o princípio do art. 3º, II, da Constituição, segundo o qual constitui objetivo fundamental da República garantir o desenvolvimento nacional.

Um dos sentidos do desenvolvimento de um estado democrático de direito é o de efetivar progressivamente os direitos fundamentais. Se estes são vilipendiados, não há desenvolvimento, mas retrocesso. No estado democrático de direito fundado pela Constituição vigente, os direitos fundamentais e sociais encontram lugar privilegiado e são consagrados os princípios da democracia econômica, social e cultural:

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a consagração do princípio da democracia econômica, social e cultural abarca várias refrações: (a) constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política e da administração activa em geral, no sentido de desenvolverem actividades conformadoras e transformadoras no domínio económico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objectivos da democracia social [...]; (b) representa uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”; (c) **implica a proibição de retrocesso social, subtraindo à livre e oportunistica disposição do legislador a diminuição**

³² MELLO, Paula Susanna Amaral. *Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60.

dos direitos adquiridos, em violação do princípio de proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural (ex: direito de subsídio de desemprego, direito a prestações de saúde, direito a férias pagas, direito ao ensino, etc.); (d) perfila-se como elemento de interpretação, obrigando o legislador, a administração e os tribunais a considerá-lo como elemento vinculado da interpretação das normas dentro do “espírito” do princípio da democracia econômica, social e cultural; (e) impõe-se como fundamento de pretensões jurídicas dos cidadãos, pelo menos nos casos de defesa das condições mínimas de existência.³³

A concretização das missões reconhecidas ao estado nas democracias que se pretendem sociais – como a brasileira – impõe que ele, por seus órgãos, realize certas condutas, a fim de concretizar as diretrizes fixadas na Constituição. É necessário que a atuação dos órgãos estatais se amolde aos ditames traçados na Constituição da República, já que esta consubstancia o núcleo essencial do sistema sócio-político-jurídico.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”³⁴ Ressalta o autor:

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação,

³³ CANOTILHO, J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 87. Sem destaque no original.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. p. 158.

não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.³⁵

Se ao legislador não é dado o poder de revogar a regulamentação anterior e fazer o direito retroceder, com mais razão não lhe é permitido revogar o ato legislativo para, em seu lugar, estabelecer previsão que confira menor proteção, proteja insuficientemente ou mesmo viole o direito ou a garantia constitucional. Foi precisamente isso o que fizeram, de forma indevida, o Plano Diretor do Recife e a Lei 16.719/2001. Vale atentar para a previsão da Lei de Uso e Ocupação do Solo do Recife (Lei 16.176, de 9 de abril de 1996, anterior às normas impugnadas):

Art. 121. As licenças ou alvarás de construção, expedidos antes da vigência desta Lei, serão renováveis uma única vez, por igual período.

§ 1º A renovação das licenças ou alvará somente será concedida se as obras tiverem sido iniciadas. [...]

O art. 121, § 1º, da Lei de Uso e Ocupação do Solo do Recife encontrava-se em plena harmonia com os copiosos precedentes do Supremo Tribunal Federal, transcritos acima. Houve severo retrocesso com as normas impugnadas, que, contrariamente à Constituição e à jurisprudência do STF, reconheceram direito a construir em parâmetros urbanísticos vigentes na data de protocolo do projeto, mesmo que revogados pela legislação urbanística.

INGO WOLFGANG SARLET defende que os poderes da República encontram-se

incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento, concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais [maximização dos direitos fundamentais] e [...] **os órgãos estatais não podem – em qualquer hipótese – suprimir**

³⁵ *Idem*, p. 158-159.

pura e simplesmente direitos sociais ou, o que praticamente significa o mesmo, restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade e outros princípios fundamentais da Constituição.³⁶

Não se pretende afirmar que parâmetros urbanísticos sejam inalteráveis. Eles podem ser modificados, desde que isso não implique retrocesso na disciplina do direito a ambiente equilibrado e à ordem urbanística. Os dispositivos impugnados excepcionaram a imediata aplicação de novel legislação mais protetiva, em benefício de interesses de natureza eminentemente privada.

Configura retrocesso social o privilégio de particulares e empresas de construção civil em detrimento do ambiente e da ordem urbanística, especialmente em se tratando de cidade já vitimada por devastadora especulação imobiliária, como o Recife. Essa realidade, comum a muitas grandes cidades brasileiras, tem-lhes suprimido a identidade cultural, a paisagem e a qualidade de vida dos habitantes, ao possibilitar adensamento populacional excessivo e crescente, o que gera problemas graves de infraestrutura, dos quais se destacam os relativos a saneamento e mobilidade urbana.

A cidade do Recife vem sendo considerada por várias pesquisas como detentora de um dos piores, senão o pior trânsito do Brasil (doc. 1), o que não pode ser creditado apenas ao incremento na venda de automóveis particulares, mas, em grande medida, à permissividade relativa ao adensamento e à verticalização, por meio dos quais os imóveis, muitos deles empreendimentos com impor-

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set./nov. 2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/15> >. Acesso em: 10 set. 2017.

tante impacto urbanístico, proliferam em vias e áreas da cidade que não foram concebidas para os suportar.

A despeito de o Supremo Tribunal Federal ainda não se haver manifestado formalmente, a proibição de retrocesso foi um dos fundamentos da ação direta de inconstitucionalidade 4.252/SC, na qual se discute inconstitucionalidade do Código de Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina, e de ADIs contra a revogação do Código Florestal pela Lei 12.651, de 25 de maio de 2012.³⁷

No Superior Tribunal de Justiça, há julgado³⁸ que trata expressamente da proibição de retrocesso ambiental, o caso “City Lapa”. O tribunal reconheceu prevalência de restrições ambientalmente mais rigorosas, com o argumento de que o poder de intervenção conferido ao legislador se submete ao princípio da proibição de retrocesso, “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual”. Destacou que, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira motivada, por interesse público.

Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a proibição de retrocesso em matéria ambiental na ADI 1.0000.12.047998-5/000,³⁹ contra o art. 1º da Lei Complementar 397, do Município de Uberaba, que suprimiu vedação de outra lei e autorizou monoculturas, inclusive de cana-de-açúcar, a menos de 3.000 metros da zona urbana. O tribunal entendeu inconstitucional o dispositivo, porque violaria a proibição de retrocesso ao suprimir

³⁷ Ações diretas de inconstitucionalidade 4.901, 4.902 e 4.903.

³⁸ STJ. Segunda Turma. Recurso especial 302.906/SP. Rel.: Min. HERMAN BENJAMIN. 26 ago. 2010, maioria.

³⁹ TJMG. Órgão Especial. ADI 1.0000.12.047998-5/000. Rel.: Des. WANDER MAROTTA. 31 jul. 2013, un.

do sistema garantia assegurada pela lei anterior, que protegia a população e o ambiente, sobretudo de malefícios provocados pela palha da cana. A corte pontuou que a proibição de retrocesso importaria:

[...] ao legislador o dever de ampliar o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, e, ao elaborar atos normativos, respeitar a não supressão ou a não redução desses direitos já alcançados, e constitucionalmente garantidos. Pode-se afirmar que o princípio constitucional da proibição de retrocesso tem caráter retrospectivo na medida em que converge para a preservação de um estado de coisas já conquistado, contra a sua supressão ou redução arbitrárias. Ora, se às futuras gerações é garantido, pela Constituição Federal, fruírem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não se pode admitir o retrocesso na sua qualidade. Assim, a lei infraconstitucional não se pode contrapor aos princípios garantidos pela Carta Maior. Ora, se a lei anterior já garantia à população um ambiente mais saudável, ao revogar a determinação ali inserida a lei nova diminui a proteção da coletividade, tudo em flagrante violação aos princípios constitucionais de garantia de um meio ambiente mais ecologicamente equilibrado. Em outros termos, se, num primeiro momento, o legislador protege o meio ambiente e a saúde da população, ao revogar o dispositivo, adota, na verdade, procedimento contrário, por ser menos protetivo, nocivo e indesejável.

No julgamento de pedido liminar na ADI 100110030515,⁴⁰ o Tribunal de Justiça do Espírito Santo valeu-se da proibição de retrocesso para suspender vigência da Lei Municipal 5.155/2011, que criou zonas industriais em áreas verdes, reduziu áreas de preservação ambiental e alterou o perímetro de áreas protegidas:

Ficaram claros, a meu ver, os vícios de inconstitucionalidade, consubstanciados na ofensa a princípios norteadores da construção legislativa atinente à política de desenvolvimento urba-

⁴⁰ TJES. Plenário. ADI 100110030515. Rel.: Des. CARLOS SIMÕES FONSECA. 17 nov. 2011, un.

no, como o da democracia participativa, ofendido pela ausência da participação popular no processo de elaboração da Lei, além de ofendido o princípio do não retrocesso social, com a diminuição das Zonas de interesse ambiental e mesmo a sobreposição de Zonas de natureza exploratória.

O mesmo TJES, na ADI 100080006834,⁴¹ valeu-se do princípio ao analisar a constitucionalidade de lei do Município de Vila Velha, que dispensou estudo de impacto de vizinhança para certas obras:

Decerto, que este princípio possui como alcance a impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados pela Carta da República, direitos estes que já foram adquiridos e acumulados dentro do patrimônio jurídico do cidadão. E mais, visa ainda [a] impedir que o legislador infraconstitucional possa suprimir normas de justiça social que já fazem parte da vida em comum. [...]

Deste modo, tendo-se em mente que o meio ambiente artificial estará sendo atingido pela norma em comento, bem como que haverá um retrocesso na possibilidade de realização de grandes construções sem o necessário estudo de impacto de vizinhança, entendo que a norma municipal está afrontando a Constituição Estadual, que expressamente prevê a obrigatoriedade do relatório de impacto ambiental.

Por fim, vale citar julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual enfatiza a relevância do Poder Judiciário em defender o princípio da proibição de retrocesso:

Se o Judiciário não aplica a legislação mais avançada, a sociedade perderá as suas esperanças, com a sensação quase intolerável de impunidade que já existe.

Por isso é que ao intérprete, preso, muitas vezes, a concepções liberais, torna-se difícil outorgar eficácia direta da norma

⁴¹ TJES. Plenário. ADI 100080006834. Rel.: Des. CARLOS ROBERTO MIGNONE. 1º dez. 2011, maioria.

constitucional a casos envolvendo o meio ambiente. Esquecido da matriz constitucional e valorizando demais a livre iniciativa, esquece-se de que deveria considerar, na sua ponderação, fatores que merecem relevo especial, como a manifesta injustiça ou ausência de razoabilidade dos critérios; a preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e o risco para a dignidade da pessoa humana e sua própria sobrevivência. [...]

Esse princípio – do não retrocesso – vincula também, no caso do Brasil o próprio Poder Judiciário, e não apenas o legislador.

O direito ambiental brasileiro tem uma legislação moderna, admirada no mundo inteiro. Se o Judiciário recusa-se à sua aplicação, há, inegavelmente, um retrocesso danoso, que Canotilho condena com a invocação do princípio do não retrocesso.⁴²

Por introduzirem no ordenamento municipal dispositivos que implicam forte regressão na evolução dos direitos relacionados ao ambiente natural e urbano, devem as normas impugnadas sofrer interferência corretiva do Judiciário, a fim de que sejam invalidadas.

⁴² TJMG. 7ª Câmara Cível. Apelação cível 1.00079.02.004099-8/001. Rel.: Des. HELOÍSA COMBAT. 29 abr. 2008, maioria. No mesmo sentido: TJMG. 7ª Câmara Cível. AC 1.0702.03.083613-5/0002. Rel.: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS. 11 nov. 2008, maioria; TJMG. 7ª Câmara Cível., AC 1.0702.06.266467-8/003. Rel.: Des. ALVIM SOARES. 31 mar. 2009, maioria. Nos casos em que o entendimento sobre a proibição de retrocesso foi manifestado, os votos foram vencidos na câmara, por motivos processuais.

2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Diz-se acertadamente que “os direitos fundamentais são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores constitucionais”.⁴³ São dotados de abertura e dinamicidade, donde resultam colisões na tarefa de concretizá-los.

Na hipótese, há apenas conflito aparente entre os bens e direitos discutidos (propriedade *versus* ambiente natural/urbano). Existe, em abstrato, carga argumentativa em favor das normas ambientais, uma espécie de supremacia *a priori*, tendo em vista que seu objeto de tutela coincide com liberdades existenciais, enquanto a propriedade está inserida nas liberdades econômicas. Parece clara a relação de hierarquia ontológica e axiológica entre ambas. Apenas se superar, ainda em abstrato, a carga argumentativa ostentada pelo bem coletivo, surge o conflito, que a partir daí deverá ser objeto de ponderação, a fim de aquilatar a constitucionalidade da norma restritiva do direito.

Uma liberdade econômica não deve suplantar ou comprometer substancialmente liberdades existenciais, como fazem os dispositivos impugnados. Sofrem de inconstitucionalidade, e não parece caso de cogitar de colisão, mas simplesmente de proeminência da liberdade existencial corporificada na proteção do ambiente natural e urbano e no bem-estar dos munícipes.

Ainda que se entenda existir conflito entre bens de semelhante ou igual envergadura, a restrição operada pelas normas impugnadas

⁴³ GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Guerra Filho. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232.

vulnera o princípio da proporcionalidade, que exerce função primordial na solução de conflitos entre direitos fundamentais.

A origem do princípio da proporcionalidade pode ser identificada na passagem do estado absolutista, no qual o monarca não encontrava restrições a seu poder (*the king can do no wrong*) para o estado liberal (individualista), em que a lei passou a servir de limite às ações dos governantes. Nessa época, teve início verdadeira reação contra o arbítrio que marcou o *ancien régime*. Nesse cenário político-social, o princípio da proporcionalidade recebeu força propulsora em sua consolidação como parâmetro jurídico.

Na Constituição da República, inexistente dispositivo que a acolha de forma expressa. Não obstante, a maioria dos autores admite seu assento constitucional, embora sem consenso quanto ao preceito que o abriga.⁴⁴ Alguns o enxergam no espaço do art. 5º, § 2º,⁴⁵ constituindo-se em direito fundamental que, embora não explícito, adviria do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais de que faz parte o Brasil. Identifica-se como posição dominante aquela segundo a qual a proporcionalidade é norma não escrita com fundamento no estado de direito, entendimento que, na

⁴⁴ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 83-84.

⁴⁵ Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 719, set. 1995, p. 59.

Alemanha, é o do Tribunal Constitucional.⁴⁶ Sobre o tema, observa SUZANA DE TOLEDO BARROS:

O princípio da proporcionalidade, como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assentamento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Entre estas ideias principais, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5^o, II) [...] e ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional, ou ainda, no devido processo legal substancial.⁴⁷

O princípio da proporcionalidade, além de viabilizar controle difuso das leis, pode ensejar controle abstrato de atos legislativos por ação direta de inconstitucionalidade, na hipótese de sua inobservância pelo legislador.

Em ambas as normas atacadas, houve restrição do direito fundamental ao ambiente (natural e artificial ou urbano), pois consagram direito adquirido a parâmetros urbanísticos vigentes na época do protocolo de projetos, ainda que aqueles tenham sido revoga-

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de jurisprudência*. n. 14/2000, 2^a jul. 2000. Disponível em < <http://bit.ly/2gUsFVH> > ou < http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=87:o-principio-da-proporcionalidade-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-novas-leituras&id=3:controle-concreto-de-normas&Itemid=74 >; acesso em 10 set. 2017.

⁴⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica: 2003, p. 95-96.

dos. Tudo em homenagem a uma injustificada segurança jurídica ou direito adquirido em relação a parâmetros construtivos ligados à propriedade. Há conflito entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente, a impor que sejam os dispositivos cotejados à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de aquilatar se estão conforme a Constituição.

O legislador deve buscar harmonizar os direitos e interesses em jogo e, nessa tarefa, há de buscar equilíbrio, de sorte que a proteção de um direito não enseje aniquilação do outro. Ao ponderar os interesses protegidos constitucionalmente, deve encontrar solução normativa que garanta proteção – mínima que seja – de dois ou mais direitos em conflito. Busca-se equilíbrio, não sobreposição.

As normas impugnadas, a pretexto de assegurar proteção ao direito de propriedade, tornam demasiadamente desprotegido e vulnerável o direito constitucional ao ambiente *lato sensu*.

Um dos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade é a **necessidade** da medida restritiva. Esta deve ser indispensável para conservar o próprio ou outro direito fundamental e não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa.

As restrições das normas impugnadas não se afiguram indispensáveis à proteção da propriedade nem de outro direito fundamental. Mesmo que elas não existissem, o direito de propriedade permaneceria livre de ameaças. O que fazem é incorporar à propriedade uma vantagem ou privilégio não apenas desnecessário, mas indevido, porque prescindível.

Além da necessidade, as normas contestadas malferem o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A função deste é aquilatar se a carga imposta pela norma se mostra compatível com a relevância do interesse protegido. Deverá haver sopesamento entre a restrição e a importância do bem tutelado que fundamenta a me-

dida restritiva. Os dispositivos também ferem a Constituição, pois impõem privilégio indevido a direito tipicamente individual (o de propriedade) e sacrificam demasiado o interesse colidente (o ambiente natural e urbano), este último difuso por excelência, cuja titularidade pertence a toda a coletividade e a seus membros. PAULO AFFONSO LEME MACHADO assevera:

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espalhando para uma coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na “problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de “direito de maior dimensão”, que contém seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de atividades.⁴⁸

Diante da supremacia do interesse público, ÉDIS MILARÉ é enfático ao preconizar que “sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada em um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade – a dizer, *in dubio pro ambiente*”.⁴⁹ Sobre os conflitos envolvendo a propriedade e direitos difusos como o meio ambiente, a própria Constituição positivou mecanismos para solucioná-los. O art. 5º, XXII estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”.

A função social da propriedade surge como ponto de equilíbrio entre os direitos que com ela conflitam. Com a Constituição de 1988, a propriedade deixa de ter regulamentação exclusivamente privatista, baseada no Código Civil, e passa a ser direito privado de

⁴⁸ MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.

⁴⁹ MILARÉ, Édís. *Princípios fundamentais de direito do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 756, p. 56.

interesse público, sendo as regras para seu exercício determinadas pelo Direito Privado e pelo Direito Público. Dá-se a constitucionalização do regime jurídico da propriedade. O perfil individualista e liberal da propriedade finda superado pela concepção de interesses sociais preponderantes, de sorte que hoje a propriedade privada possui conteúdo formado tanto pelo direito subjetivo, assegurado no art. 524 do Código Civil, como pelos ditames constitucionais de observância da função social. Não se concebe que uma propriedade atenda a sua função social quando, paralelamente, desrespeite e ignore os direitos sociais e difusos, o que inclui o direito ao ambiente.

O art. 170 da CR, ao delinear a ordem econômica, submeteu-a à defesa do ambiente (inciso VI). O art. 182, § 2º, condicionou a propriedade urbana à observância da função social. O art. 184 previu a possibilidade de desapropriação por interesse social, para reforma agrária, do imóvel que não cumpra sua função social. O art. 186, I e II, condicionou a função social do imóvel rural a aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do ambiente. O art. 225, § 1º, III, e § 4º, prevê a definição de espaços territoriais protegidos e a delimitação de áreas que integram o patrimônio nacional, prescrevendo que sua utilização se fará em condições que assegurem preservação do ambiente, inclusive os recursos naturais.

O valor ambiental permeia todo o sistema jurídico, razão por que a doutrina, a partir da função social da propriedade, elaborou a concepção da “função social ambiental” da propriedade, que consiste em atividade do proprietário e do poder público exercida como poder-dever em favor da sociedade, titular do direito difuso ao meio ambiente. Dessa mudança de paradigma decorre a necessidade de se compatibilizarem os princípios constitucionais mediante ponderação de valores. O valor ambiental, por ser de interesse público e difuso, em regra não deve ser suplantado por interesses pri-

vados do proprietário. Desses esforços de integração do sistema jurídico, decorrem os princípios do desenvolvimento econômico sustentável e da função socioambiental da propriedade, que, em última análise, objetivam prevenir a degradação da qualidade ambiental. A propriedade, direito fundamental de primeira geração, base da ordem econômica constitucional, deixa de cumprir sua função social quando se sobrepõe ao direito ao meio ambiente – direito fundamental de terceira geração.

Os preceitos impugnados criam hipótese de ultra-atividade de normas revogadas, o que não se afigura possível fora da seara dos direitos adquiridos. Na Constituição, a única hipótese semelhante é a ultra-atividade da lei penal benéfica revogada, que é excepcional, por estar em jogo o direito à liberdade.

Se o direito de construir em determinados parâmetros urbanísticos não configura direito adquirido, evidentemente não pode, na condição de mera liberdade econômica, suplantiar direitos sociais e coletivos fundamentais, que servem de base para salvaguarda de uma liberdade existencial (o bem-estar dos munícipes).

2.9 AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Na ADI 4.495/DF, ajuizada pela Sociedade Rural Brasileira em face dos arts. 16, I a IV, e 44, I a III, da Lei 4.771/1965 (o Código Florestal), os quais dispõem sobre manutenção de percentuais mínimos de reserva legal em imóveis rurais e recomposição de áreas devastadas, a então Vice-Procuradora-Geral-da República DEBORAH MACEDO DUPRAT, manifestou-se por improcedência do pedido, de maneira aplicável a este caso:

O fundamento é de existência de direito adquirido a se manter a propriedade tal como ela se encontra. Todavia, não há desacordo quanto a não existir direito adquirido ao regime jurídico de um instituto de direito. No RE 94.020, relator o Ministro MOREIRA ALVES, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez reafirmou que:

“[...] em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato”.

GILMAR MENDES, PAULO GONET BRANCO e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO observam:

Todos esses precedentes estão a corroborar a ideia de que o caráter institucional do direito de propriedade e, por conseguinte, o conteúdo normativo de seu âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as posições jurídicas individuais.

Embora essas disposições de conteúdo conformativo-restritivo possam provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não há como afastá-las com invocação de direito adquirido.

A discussão há de fazer-se tendo em vista a própria e devida proteção ao direito de propriedade.

O legislador não está impedido de redefinir o conteúdo do direito de propriedade, emprestando-lhe nova conformação. Esse poder de conformação é limitado pelo princípio da garantia do núcleo essencial do direito (*Wesensgehaltsgarantie*) e pela garantia institucional do direito de propriedade.⁵⁰

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 472.

Se ao proprietário não é reconhecido direito adquirido de manter sua propriedade como constituída sob regime jurídico anterior, beira o absurdo imaginar direito a aplicação de regime jurídico revogado como parâmetro para construções que nem foram iniciadas, ou ao menos sem certeza de que serão licenciadas pelo poder público, com base simplesmente na data do protocolo de mero projeto de construção.

As inconstitucionalidades tornam-se ainda mais graves quando se analisa a legislação urbanística do Município do Recife, porque, de acordo com o art. 123 da Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei Municipal 16.176/1996), para protocolizar projeto de construção, não se exige comprovação de propriedade do terreno onde se pretenda construir.⁵¹ Empreendedores, antevendo o potencial imobiliário de determinado terreno ou área da cidade, protocolizam projetos de construção apenas para garantir que, caso, algum dia, venham a adquirir a propriedade do terreno, a legislação aplicada como parâmetro para licenciamento da construção seja a vigente na data do protocolo. Isso lhes assegura verdadeira imunidade frente a legislação superveniente mais restritiva e favorável ao ambiente.

Os dispositivos impugnados nem mesmo foram previstos como normas de transição. Não há prazo limite para que projeto protocolizado na vigência de legislação anterior seja avaliado com base em leis revogadas. Literalmente a qualquer tempo, mesmo daqui a 20, 40 ou 60 anos, o empreendedor poderá dar seguimento a projeto de construção, com a garantia de que será apreciado pelo órgão licenciador municipal de acordo com os parâmetros construtivos previstos na legislação da data do protocolo.

⁵¹ “Art. 123. A legalização, a aprovação, o licenciamento e a fiscalização de obras e de usos e atividades, pelos órgãos competentes do município, não implica o reconhecimento do direito de propriedade, regido pela legislação civil”.

Isso provoca prejuízos imensuráveis à cidade e à ordem urbana e permite ainda hoje construções baseadas em legislação revogada desde o ano 2001, simplesmente porque o projeto foi protocolizado antes da Lei 16.719/2001. Também há ofensa ao princípio da isonomia, pois as normas permitem, por exemplo, que edifícios erguidos nas mesmas áreas e na mesma época se submetam a regimes jurídicos distintos, apenas em função do protocolo do projeto. Empreendimento cujo projeto haja sido protocolizado antes das Leis 16.719/2001 e 17.511/2008 será construído com base em normas bem mais flexíveis, que asseguram potencial construtivo maior e, por conseguinte, mais lucrativo para o empreendedor do que os regidos pela legislação atual.

Consoante UADI LAMMÊGO BULOS, a noção do princípio constitucional da igualdade se encontra na máxima de ARISTÓTELES, disseminada por RUY BARBOSA: “consiste em aquilhotar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”.⁵² Doutrina e jurisprudência seguem esse posicionamento, inclusive o Supremo Tribunal Federal.⁵³

Mero protocolo de projeto de construção não confere proteção jurídica suficiente, a ponto de assegurar o privilégio de obter licenciamento de empreendimento, **a qualquer tempo**, com base na legislação vigente na data do protocolo e supervenientemente revogada. O empreendedor jamais teve incorporado a seu patrimônio jurídico (para obra que nem saiu da fundação) os parâmetros edilícios outorgados matricialmente e anteriores à lei e ao novo plano diretor que os reviu. As novas normas, segundo GABBA,⁵⁴ por dizerem respeito a interesses públicos indisponíveis, aplicam-se de ime-

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

⁵³ Entre muitos: STF. Segunda Turma. RE 120.305. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. DJ, 9 jun. 1995, p. 17.236.

⁵⁴ GABBA, L. *Teoria della retroattività delle legge*. Torino: Dellapiacce, 1987.

diato, notadamente as dispostas por comandos constitucionais, e os correspondentes direitos e deveres dos indivíduos mudam-se e modificam-se incontinenti, em virtude dessas leis.

Nova legislação urbanística permite até que a administração revise atos praticados, como licenças concedidas, naquelas disposições ainda não consolidadas materialmente no patrimônio jurídico do interessado. O que dizer então de projetos que se encontram em fase incipiente de análise pelo órgão licenciador? Quais direitos pode alegar o empreendedor nesse caso? Parece óbvio que nenhum. Contraria a lógica jurídica considerar que o mero protocolo de projeto de construção impeça a aplicação de superveniente legislação e a destitua de efeitos para o interessado.

2.10 LESÕES DECORRENTES DAS NORMAS IMPUGNADAS

Apenas a título de ilustração, passa-se a descrever alguns dos prejuízos concretos decorrentes da aplicação das normas impugnadas. A Lei Municipal 17.511/2008, que promoveu a revisão do Plano Diretor do Município do Recife, é o primeiro Plano Diretor do Recife elaborado seguindo as diretrizes da Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade – que regulamentou o Capítulo de Política Urbana da Constituição, arts. 182 e 183, e estabelece diretrizes gerais da política urbana). Zoneamento e parâmetros urbanísticos passaram a ser definidos nesse instrumento normativo e de planejamento, como determina a norma federal.

O Plano Diretor precedente (Lei Municipal 15.547/1991) estabelecia apenas diretrizes gerais em matéria de política urbana, instituiu o Plano Diretor de Desenvolvimento da Cidade do Recife e criou seu Sistema de Planejamento e de Informações. Nele não haviam sido definidos zoneamento nem parâmetros urbanísticos. A

definição de zoneamento e parâmetros ocorria na Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei Municipal 14.511/1983), revogada pela Lei Municipal 16.176/1996. A Lei Municipal 16.176/1996 permanece parcialmente em vigor, aguardando nova Lei de Uso e Ocupação do Solo que se coadune com o vigente Plano Diretor.

Hoje, projetos a serem propostos na Cidade do Recife devem seguir o zoneamento e parâmetros urbanísticos estabelecidos no Plano Diretor (Lei Municipal 17.511/2008) e obedecer às condições de uso e ocupação (regulação de usos e atividades, requisitos de instalação, vagas de garagem, hierarquia viária etc.) definidas na Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei Municipal 16.176/1996).

Em razão do art. 226 da Lei 17.511/2008 (Plano Diretor Reformulado do Recife) e do art. 57 da Lei 16.719/2001 (Lei dos Doze Bairros), ora impugnados, os projetos protocolizados antes de sua entrada em vigor devem se sujeitar ao Plano Diretor antigo e à Lei 16.176/1996 (Lei de Uso e Ocupação do Solo do Recife). Esta define parâmetros urbanísticos generosos em favor da construção civil. Foi editado há 18 anos, em circunstâncias de economia retraída, incentivando fortemente a verticalização, época em que as construtoras locais não detinham tecnologia para construir edifícios com mais de 20 pavimentos.

Tome-se como exemplo o polêmico Projeto Novo Recife, por meio do qual se pretende a construção de doze torres de alto gabarito, com média de 30 a 40 andares, no local conhecido como Pátio Ferroviário das Cinco Pontas, localizado no Cais José Estelita, na cidade do Recife. A área leiloadada pertencia à extinta Rede Ferroviária Federal S. A. (RFFSA) e possui 101.754,27m², cerca de 10 hectares. Contígua ao terreno onde será erguido o empreendimento existe uma linha férrea em operação. O local encontra-se no entorno de diversos bens tombados no centro histórico da cidade, nos bairros

de Santo Antônio e São José. É claro que, em relação a esses bairros históricos, a construção de torres de altíssimo gabarito provocará radical ruptura com os padrões urbanísticos da vizinhança, cujas edificações possuem poucos pavimentos e com características dos séculos XVIII e XIX. A imagem que se tem dos bairros de São José, Santo Antônio e até do bairro do Recife será inteiramente modificada com a construção dos espigões.

Não será apenas a paisagem arquitetônica a impactada pelo empreendimento. Os bairros de São José e Santo Antônio, com baixa densidade demográfica, sofrerão acréscimo imediato de aproximadamente 1.000 unidades habitacionais, além de outras tantas unidades empresariais e hoteleiras. Para estacionamento, estão previstas vagas para quase 5.000 veículos.

É incontestável o impacto urbano do empreendimento sobre a área, no que se refere a sistema de transportes, ambiente, infraestrutura e saneamento básico, além de outros padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança. É facilmente dedutível que a construção de doze torres – entre residenciais e de uso comercial – de 33 a 41 andares, apenas uma com 21 pavimentos, trará grande alteração ao ambiente natural e construído e à qualidade de vida da população da área e dos arredores, inclusive quanto ao ambiente, ao sistema de transportes, à ventilação e iluminação etc.

O projeto do empreendimento Novo Recife foi protocolizado em 25 de novembro de 2008, cerca de 30 dias antes da edição do novo Plano Diretor (Lei 17.511, de 29 de dezembro de 2008), e, com base no art. 226, ora impugnado, foi licenciado à luz da legislação anterior, a Lei Municipal 16.176/1996 (Lei de Uso e Ocupação do Solo do Recife). Segundo o zoneamento desta lei, o terreno estava situado em uma Zona de Urbanização Preferencial 1 (ZUP 1),

que possibilitava alto potencial construtivo,⁵⁵ cujos parâmetros urbanísticos são:

ZONAS	PARÂMETROS URBANÍSTICOS ⁵⁶					REQUISITOS ESPECIAIS
	TSN	μ	AFASTAMENTO INICIAL MÍNIMO (An)			
			FRONTAL	LATERAL E FUNDOS		
				Edifício \leq 2 Pavimentos	Edifício $>$ 2 Pavimentos	
ZONAS DE URBANIZAÇÃO						
ZUP 1	25	4,00	5,00	nulo/1,50	3,00	A,B,C,D

Segundo o atual Plano Diretor (Lei Municipal 17.511/2008), o terreno em questão situa-se parcialmente numa Zona de Ambiente Natural (ZAN) – Beberibe e numa Zona de Ambiente Construído (ZAC) Moderada. Quando um terreno se situa em mais de uma zona, aplicam-se os parâmetros urbanísticos da mais restritiva. O art. 92 do Plano Diretor estabelece que a delimitação da Macrozona do Ambiente Natural (MAN) tem como diretrizes principais valorização, preservação e recuperação, de forma sustentável e estratégica, dos recursos naturais da cidade. O mesmo instrumento legal, no

⁵⁵ “Art. 9º As Zonas de Urbanização Preferencial – ZUP – são áreas que possibilitam alto e médio potencial construtivo compatível com suas condições geomorfológicas, de infra-estrutura e paisagísticas.

Art. 10. As zonas referidas no artigo anterior são divididas em:

I – Zona de Urbanização Preferencial 1 – ZUP1, que possibilita alto potencial construtivo;

II – Zona de Urbanização Preferencial 2 – ZUP2, que possibilita médio potencial construtivo. [...]”.

⁵⁶ Parâmetros definidos no Anexo 10 da Lei Municipal 16.176/1996.

Taxa de Solo Natural (TSN) “é o percentual mínimo da área do terreno a ser mantida nas suas condições naturais, tratada com vegetação e variável por Zona” (art. 65 da Lei Municipal 16.176/1996).

μ é o coeficiente de utilização do terreno, “índice definido por zona que, multiplicado pela área do terreno, resulta na área máxima de construção permitida, determinando, com os demais parâmetros urbanísticos, o potencial construtivo do terreno” (art. 73 da Lei Municipal 16.176/1996).

art. 99, registra que o “objetivo geral das Zonas de Ambiente Natural – ZAN consiste em compatibilizar os padrões de ocupação com a preservação dos elementos naturais da paisagem urbana, garantindo a preservação dos ecossistemas”.

Os parâmetros estabelecidos para o terreno são, pelo novo Plano Diretor:

Zonas	COEFICIENTES DE UTILIZAÇÃO – μ					μ Máximo
	μ Mínimo	μ Permanente	μ Básico	μ Exportação	μ Importação (TDC/outorga onerosa)	
ZAN Solo natural de 50% para as ZAN.	0,1	1,0	1,5	0,5	-	1,5

A nova lei permite **37,5%** do potencial construtivo apresentado pelos empreendedores imobiliários. Considerando que o terreno é objeto de parcelamento do solo na modalidade de loteamentos e que 35% devem ser destinados a áreas públicas, tem-se: (a) área total do terreno: 101.754,27m² (100%); (b) área total de lotes: 66.141,11m² (65%); (c) áreas públicas: 35.613,16m² (35%).

Aplicando os parâmetros urbanísticos às faixas de terreno destinada a lotes, em termos de área construída e de vagas de estacionamento em cada lei, tem-se:

ZONA	μ	TSN	ÁREA CONSTRUÍDA	VAGAS DE ESTACIONAMENTO
ZUP 1 (Lei 16.176/1996)	4,0	25%	354.987,51m ²	4.978
ZAN (Lei 17.511/2008)	1,5	50%	133.120,31m ²	1.866

A discrepância entre os parâmetros urbanísticos permitidos para o mesmo terreno com diferença de cerca de 30 dias de protocolo é formidável e injustificada. Todos os transtornos e prejuízos ao tráfego, ao ambiente, à paisagem e à ordem urbana em geral que a nova legislação pretende evitar tendem a perpetuar-se no Recife, porquanto frequentes são os empreendimentos construídos com base nos parâmetros urbanísticos revogados em razão dos dispositivos impugnados. O Projeto Novo Recife é exemplo emblemático.

Manter o art. 226 leva o município a abrir mão da garantia do controle e do planejamento de uma cidade em crise. Faz qualquer futuro plano ou revisão nascer inócuo. Torna inefetivos dispositivos do Plano Diretor baseados em diagnóstico urbano que envolve o reconhecimento de que algumas áreas se encontram saturadas. Quando permite construir nos parâmetros de 1996, mesmo após o diagnóstico de 2005/2006 afirmar que isso não é possível, há clara violação do poder-dever constitucional de ordenar o uso do solo.

A Prefeitura do Recife já anunciou a necessidade de revisão do conjunto de leis urbanísticas (Plano Diretor, Lei de Uso e Ocupação do Solo [LUOS], parcelamento, edificações), além de lançar o Plano/Projeto Recife 500 Anos (para pensar uma nova visão de cidade),⁵⁷ o que evidencia situação emergencial, pois o art. 226 do Plano Diretor é frequentemente invocado em véspera de mudanças das leis urbanísticas.

A própria prefeitura declara que “as diversas representações dos segmentos sociais e manifestações dos cidadãos apontam para um consenso sobre a necessidade de um projeto de futuro que reorienta o processo de desenvolvimento, promovendo uma mudança de curso desejada e inadiável”.⁵⁸

⁵⁷ Disponível em < <http://bit.ly/2wTyU3O> > ou < <http://www2.recife.pe.gov.br/node/31690> >; acesso em 10 set. 2017.

Os dispositivos impugnados põem em xeque a adoção do “projeto de futuro” a ser elaborado e revelam discurso apenas simbólico, que não encontra suporte possível na legislação vigente.

2.11 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ART. 226 DO PLANO DIRETOR DO RECIFE

O Plano Diretor é o instrumento fundamental de política urbana, pelo qual o município traça as diretrizes e os objetivos relacionados ao desenvolvimento social e à expansão urbana. Preceitua a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade – sem destaque no original):

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º **No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:**

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

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

⁵⁸ Disponível em < <http://bit.ly/1EBgbvu> > ou < <http://www2.recife.pe.gov.br/node/31689> >; acesso em 10 set. 2017.

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

§ 5º (VETADO)

De acordo com o art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade, para elaboração do Plano Diretor e, em decorrência, para sua modificação, faz-se imprescindível prévia ausculta da comunidade, em audiências públicas. A razão do dispositivo guarda pertinência com as diretrizes urbanísticas do art. 2º, II e III, da lei,⁵⁹ que definem o princípio da participação popular e gestão democrática das cidades e o princípio da cooperação entre governo e sociedade no processo de urbanização.

Antes mesmo do Estatuto da Cidade, a participação da sociedade na elaboração do plano diretor baseava-se no preceito constitucional do estado democrático de direito e da ação cidadã (arts. 1º, *caput* e II, e 29, XII, da Constituição), que estabelece como preceito comum aos municípios a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. Observa a doutrina:

A ideia é a de que os interesses da população sejam os grandes responsáveis pela definição das políticas públicas e principalmente das prioridades de investimentos, no intuito de minimizar as desigualdades sociais e diminuir os obstáculos para efetivação do princípio da função social da propriedade e da cidade.

Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo estão obrigados a realizar audiências públicas e debates, tanto no processo de elaboração do plano diretor, quanto na fase de sua implantação, sob pena de se configurar um desrespeito à Constituição Federal.⁶⁰

⁵⁹ Vide transcrição na nota 27.

⁶⁰ BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano & função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 136-137.

A finalidade seria “dotar os planos de legitimação democrática capaz de assegurar em torno deles imprescindível consenso que os planejamentos estritamente tecnocráticos não puderam conseguir”.⁶¹

Quanto à participação popular no Plano Diretor, dispõe a Constituição do Estado de Pernambuco (doc. 2, sem destaque no original):

Art. 144. A Política de desenvolvimento urbano será formulada e executada pelo Estado e Municípios, de acordo com as diretrizes fixadas em lei, visando a atender à função social do solo urbano, ao crescimento ordenado e harmônico das cidades e ao bem-estar dos seus habitantes.

[...]

§ 2º No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano **o Estado e os Municípios deverão assegurar:** [...]

d) a participação ativa das entidades civis e grupos sociais organizados, na elaboração e execução de planos, programas e projetos e na solução dos problemas que lhe sejam concernentes; [...].

Art. 146. A Lei Orgânica dos Municípios, obedecendo às exigências do art. 29 da Constituição da República, fixará o âmbito, conteúdo, periodicidade, obediência, condições de aprovação, **controle e revisão do Plano Diretor, utilizando, quanto à sua feitura, mecanismos de participação popular em sua elaboração** e competência dos órgãos de planejamento.

A norma é reproduzida na Lei Orgânica do Município do Recife (doc. 3, sem destaque no original):

⁶¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico*. 4. ed. Madrid: Abella, 1984, p. 83. No original: “dotar a los planes de una legitimación democrática capaz se asegurar torno a ellos un imprescindible consenso que los planeamientos estrictamente tecnocráticos no pudieron conseguir nunca”.

Art. 65. O Município, na sua atuação, atenderá aos **princípios da democracia participativa**, dispondo, mediante lei, sobre a criação dos Conselhos Municipais nas diversas áreas, integrados por representantes do Poder Público e dos usuários e concessionários dos serviços públicos, disciplinando a sua composição e funcionamento, compreendidas nas suas prerrogativas, entre outras: (acrescido pela Emenda 21/07)

[...]

III – **na elaboração da lei de diretrizes gerais em matéria de política urbana, do plano diretor**, plano plurianual, dos projetos de lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual dos planos, programas e projetos setoriais; [...].

À sociedade deve-se assegurar o poder de deliberar acerca do planejamento municipal na elaboração do plano diretor, por imposição da Constituição da República, do Estatuto da Cidade e, no caso da cidade do Recife, da Constituição do Estado de Pernambuco e de sua Lei Orgânica. Sobre o descumprimento de tal preceito, pondera LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO:

[...] as audiências públicas (processos de participação popular) nos processos de elaboração/implantação dos planos, e também nos momentos de alteração e de revisão, são verdadeiros atos-condição. Um ato-condição é aquele elemento, sem o qual, uma fase posterior não se pode desencadear. Vejamos a realização da despesa pública. Para que exista a realização de uma despesa pública faz-se mister uma legislação orçamentária como ato-condição para se autorizar a despesa. Logo, assim o compreendemos, as audiências públicas são elementos tão caros, tão essenciais, que se enquadram na posição de valor do sistema de planejamento, e ingressam enquanto ato-condição de validade desse planejamento.⁶²

A Lei Municipal 15.735/1992 (doc. 4) instituiu o chamado Conselho de Desenvolvimento Urbano e atribuiu-lhe, entre outras,

⁶² ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano diretor urbano e Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 237.

a competência para participar da elaboração e revisão do Plano Diretor do Recife (sem destaque no original):

Art. 1º Além de outras atribuições previstas no Plano Diretor de Recife (Lei nº 15.547/91), **ao CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO URBANO, de que trata o Artigo 113 da Lei Orgânica do Município, compete deliberar, no âmbito do Poder Executivo, nos processos de elaboração, atualização, controle, acompanhamento e avaliação**

I – do Plano Diretor de Desenvolvimento Cidade do Recife;

II – da Lei de Uso e Ocupação do Solo.

Tal atribuição do Conselho de Desenvolvimento Urbano também é prevista na Lei Orgânica do Recife (doc. 5):

Art. 113. O Conselho de Desenvolvimento Urbano, órgão colegiado de composição paritária entre representantes do Município, da FIDEM (Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife), Caixa Econômica Federal, Universidade Federal de Pernambuco, através do Mestrado de Desenvolvimento Urbano e a sociedade civil, exercerá as funções de acompanhamento, avaliação e controle do Plano Diretor. (alterado pela Emenda nº 05/93).

Objetivando dar início à discussão e deliberação democrática da revisão do Plano Diretor, o Prefeito do Recife editou o Decreto 21.086, de 9 de maio de 2005 (doc. 6), por meio do qual convocou a 2ª Conferência Municipal das Cidades (sem destaque no original):

Dispõe sobre a 2ª Conferência Municipal das Cidades

O PREFEITO DO RECIFE, no uso de suas atribuições constantes no art. 54, IV, combinado com o art. 65, III da Lei Orgânica do Recife,

CONSIDERANDO a resolução nº 24 de 09 de dezembro de 2004 do Ministério das Cidades, capítulo VII, seção II, o qual

dispõe sobre as Conferências Municipais e Regionais das Cidades;

CONSIDERANDO a obrigatoriedade de revisão da lei que institui o Plano Diretor a cada dez anos, pelo menos, consoante disposição expressa do art. 40, § 3º, da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade e

CONSIDERANDO a determinação contida no art. 104, § 4º, da Lei Orgânica do Recife no sentido de que o Plano Diretor seja revisto a cada cinco anos,

CONSIDERANDO que o Conselho de Desenvolvimento Urbano – CDU delegou à Conferência do Plano Diretor a sua competência, conforme determinação contida nos art. 106 e 113, da Lei Orgânica do Recife,

D E C R E T A:

Art. 1º **Fica convocada a 2ª Conferência Municipal das Cidades – Reforma Urbana: Cidade para Todos, a realizar-se nos dias 07, 08 e 09 de julho de 2005, com o objetivo de:**

I – deliberar sobre as propostas de políticas e diretrizes para a revisão do Plano Diretor Participativo do Recife, a partir da identificação dos problemas e potencialidades da cidade;

II – deliberar sobre a proposta de modelo de gestão democrática das políticas urbanas do Recife, especialmente sobre as seguintes temáticas:

- a) participação e controle social;
- b) questão federativa;
- c) política urbana regional e Regiões Metropolitanas;
- d) financiamento das políticas urbanas nos âmbitos federal, estadual e municipal.

De acordo com um dos *consideranda*, o CDU delegou à Conferência do Plano Diretor sua competência de deliberar sobre os processos de elaboração, atualização, controle, acompanhamento e avaliação do Plano Diretor do Recife (art. 1º, I da Lei Municipal 15.735/1992 e art. 113 da Lei Orgânica do Município). Após todas

as reuniões, deliberações e discussões para a revisão, o texto do Plano Diretor a ser submetido ao Legislativo trouxe o seguinte dispositivo como norma de transição, numerado como art. 185 (doc. 7):⁶³

Art. 185. Os requerimentos protocolados anteriormente à data de entrada em vigor deste Plano Diretor estão subordinados às seguintes regras de transição:

I – os pedidos de licença de construção, habite-se ou aceite-se, serão analisados segundo as leis vigentes à época do protocolo do projeto inicial ou reforma que os motivaram, inclusive as alterações durante a obra dos projetos já aprovados;

II – os pedidos de aprovação de projeto de construção ou de licença em funcionamento, cujo procedimento administrativo ainda não tenha sido concluído, deverão adequar-se às novas exigências, devendo, na hipótese de impossibilidade de adequação, ser indeferidos.

Após substitutivo proposto pela Comissão de Legislação e Justiça, a redação do dispositivo foi modificada, sem motivação declarada, e passou à seguinte (doc. 8):⁶⁴

Art. 220. Os requerimentos protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta Lei, referentes aos pedidos de Aprovação de Projeto, Licença de Construção, Habite-se ou Aceite-se, serão analisados segundo as leis vigentes à época do seu protocolamento, ou do projeto inicial ou reforma que os motivaram, inclusive as alterações durante a obra dos projetos já aprovados.

⁶³ Disponível em < <http://bit.ly/2y3bw3M> > ou < http://sapl.recife.pe.leg.br/consultas/materia/materia_mostrar_proc?cod_materia=5257 >; acesso em 12 set. 2017.

⁶⁴ Disponível em < <http://bit.ly/2y3bw3M> > ou < http://sapl.recife.pe.leg.br/consultas/materia/materia_mostrar_proc?cod_materia=5257 >; acesso em 12 set. 2017.

O Poder Executivo ofertou novo substitutivo, mas mantendo o art. 220, que passou a ser o art. 222 (doc. 9):⁶⁵

Art. 222. Os requerimentos protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta Lei, referentes aos pedidos de Aprovação de Projeto, Licença de Construção, Habite-se ou Aceite-se, serão analisados segundo as leis vigentes à época do seu protocolamento, ou do projeto inicial ou reforma que os motivaram, inclusive as alterações durante a obra dos projetos já aprovados.

A norma que acabou sendo aprovada pelo Legislativo e incorporada ao Plano Diretor Revisado de 2008 foi o art. 226 ora impugnado (doc. 10). Houve alteração substancial entre a norma de transição originariamente deliberada pela Conferência Municipal das Cidades e a que findou aprovada.

Consoante a Lei de Edificações do Recife (Lei Municipal 16.292/97 – doc.11), para se ter um projeto urbano executado, em primeiro lugar é preciso protocolizar “pedido de aprovação de projeto arquitetônico” (art. 185),⁶⁶ para em seguida apresentar processo de licenciamento visando à obtenção de alvará de construção (art. 190)⁶⁷ e, por fim, iniciar processo de “habite-se” ou “aceite-se” (art. 249),⁶⁸ destinado à ocupação ou uso da edificação. Segundo o origi-

⁶⁵ Disponível em < <http://bit.ly/2y3bw3M> > ou < http://sapl.recife.pe.leg.br/consultas/materia/materia_mostrar_proc?cod_materia=5257 >; acesso em 12 set. 2017.

⁶⁶ “Art. 185. Nenhuma obra de construção ou reforma poderá ser executada, no Município do Recife, sem a apresentação do projeto arquitetônico, salvo as exceções previstas nesta Lei.”

⁶⁷ “Art. 190. Aprovado o projeto, poderá ser requerido o alvará de construção, até 12 (doze) meses, após a data de sua aprovação.”

⁶⁸ “Art. 249. Toda edificação, qualquer que seja sua destinação, quando concluída, somente poderá ser ocupada ou utilizada, após a concessão, pelo órgão competente da Prefeitura, do respectivo ‘habite-se’ ou ‘aceite-se’.”

nário art. 185 (resultante das conferências e acima transcrito), as mudanças do Plano Diretor repercutiriam da seguinte forma:

a) **não atingiriam** os pedidos de **licença de construção, “habite-se” ou “aceite-se” concluídos relacionados a projetos aprovados**, que seriam analisados de acordo com os parâmetros da época do protocolo do projeto ou reforma que os motivaram, inclusive as alterações durante a obra dos projetos aprovados (art. 185, I);

b) **atingiriam** os pedidos de **aprovação de projeto arquitetônico inicial ou de licença em funcionamento, cujo procedimento administrativo ainda não tivesse sido concluído**. Nesse caso, teriam de adequar-se às novas exigências do Plano Diretor e, na impossibilidade disso, serem indeferidos.

Segundo o dispositivo ao final aprovado, após o substitutivo oferecido pela Comissão de Legislação e Justiça, as mudanças do Plano Diretor **não atingirão os pedidos de aprovação, legalização, alterações durante obra, licença de construção, “habite-se”, “aceite-se” e outros processos interligados (ou seja, todos)**, os quais devem ser **analisados segundo as leis vigentes na época do protocolo** do projeto inicial ou reforma que os motivaram.

Pela da participação da sociedade, as novidades do Plano Diretor atingiriam todos os processos administrativos de aprovação de projeto arquitetônico inicial não concluídos e somente poderiam ser analisados pela lei anterior os de licença de construção, “habite-se” e “aceite-se” relacionados a projetos aprovados antes de sua entrada em vigor. Segundo o texto final, as inovações do plano não atingem processo em andamento, concluído ou não, só projetos protocolizados dali em diante.

A participação popular na revisão do Plano Diretor do Recife foi assegurada apenas retórica e simbolicamente quanto às normas

de transição, que dizem respeito a aspecto crucial, pois disciplinam a situação de uma gama imensa de processos e geram consequências decisivas e irreversíveis para a ordem urbanística. Tratou-se de ilusão para legitimar e dar impressão de igualdade, justiça e democracia nas decisões políticas. Com a alteração, inúmeros processos inconclusos, protocolizados sob a legislação anterior, estão imunes às novas normas do Plano Diretor, tornando-o inócuo, quando esse não foi o resultado das deliberações do processo legislativo construído com a sociedade.

Houve duplo golpe contra o princípio da participação popular: um de natureza direta, ao não se seguir o texto aprovado pela conferência; outro, de caráter indireto, ao se limitar a aplicação das deliberações de conteúdo, impedindo-as de ter efetividade.

Plano Diretor é instrumento básico da política urbana. A propriedade só cumpre sua função social quando o segue. Plano Diretor sem aplicação e efetividade viola a própria ordem urbanística (art. 182 da CR). Isso conduz a prejuízo incomensurável a qualquer cidade, mormente no Recife, onde a legislação urbanística possibilita a qualquer pessoa o protocolo de projetos na prefeitura, independentemente da condição de proprietário (art. 123 da Lei de Uso e Ocupação do Solo da Cidade – doc. 12).⁶⁹

Nas orientações para apresentação de projetos arquitetônicos (iniciais), o município exige somente o(s) número(s) da(s) inscrição(ões) imobiliária(s) atualizada(s) do(s) imóvel(is), não comprovação da propriedade (doc. 13). É fato conhecido que construtoras possuem inúmeros projetos aprovados em relação a áreas das quais não são proprietárias. Sabedoras de que a legislação muda lentamente, pela própria natureza do processo legislativo urbanístico,

⁶⁹ *Vide* nota 51.

apressam-se a protocolizar projetos apenas para garantir “direito adquirido” às regras vigentes.

Houve abuso de poder de legislar e desvio de finalidade na mudança de redação do texto legal, que causou, causa e causará reflexos em todo o ordenamento urbanístico, caso permaneça a produzir efeitos. Causou-se lesão à população do Recife, para favorecer interesses imobiliários, em prejuízo do deliberado no processo de participação social e democrática de revisão do Plano Diretor.

A manobra legislativa não passou despercebida por urbanistas, que denunciaram as várias mudanças nas conferências, desnaturando a exigência do processo participativo e democrático que seria obrigatório. Na dissertação de mestrado *Plano Diretor: a governança no processo de revisão do Plano Diretor*,⁷⁰ RENATA MACIEL MARINHO SILVA aponta:

A introdução de setores econômicos nas alianças políticas terminou por configurar interesses antagônicos aos dos movimentos sociais. Com isso, no final do processo de revisão do PDR [= Plano Diretor do Recife] a administração municipal decidiu modificar as propostas aprovadas na Conferência do Plano Diretor e encaminhar um substitutivo, que foi pactuado apenas com representantes do mercado imobiliário. Acredita-se que reside no realinhamento da correlação de forças e alianças políticas que apoiavam a administração municipal, as razões para o redirecionamento operado nas decisões tomadas na revisão do PDR.

As mudanças indevidas na formulação do projeto também foram expostas pela arquiteta e técnica da Prefeitura do Recife, SANDRA MARÍLIA MAIA NUNES, entre outras pessoas.⁷¹

⁷⁰ Disponível em: < <http://bit.ly/2xWADW3> > ou < <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3291> >. Acesso em 9 set. 2017.

⁷¹ “O plano foi elaborado por uma gestão democrática, ligada às demandas populares, em uma cidade que tem tradição de participação. Tudo para dar

O art. 226 do Plano Diretor Reformulado foi aprovado em frontal violação aos arts. 144 e 146 da Constituição do Estado de Pernambuco, ao art. 40, § 4º, I da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e, ainda aos arts. 65 e 106 da Lei Orgânica da Cidade do Recife. Ao mesmo tempo, colidiu com os arts. 1º, *caput* e II, e 29, XII, da Constituição da República.

O tema já foi objeto de análise pelos tribunais, como mostra copiosa jurisprudência:

certo! Mas saiu diferente. [...]

Atendendo ao Estatuto da Cidade, a partir de fevereiro de 2002 foi iniciado o processo de discussão da revisão do plano diretor, que se prolongou até abril de 2006, já na segunda gestão do PT, quando o projeto de lei foi enviado à Câmara de Vereadores [...]

Num processo de discussões acaloradas, o próprio Conselho (CDU) decidiu, com muitas divergências, que a deliberação final sobre o plano seria da Conferência, o que caracteriza o sucesso da demanda pela ampliação da democracia [...]

A comissão participou, substituindo o CDU, da sistematização do Textobase, que se constituiu em uma síntese do processo e formalização das propostas, lançado em maio de 2004, num evento que contou com a participação de cerca de 350 representantes dos vários segmentos da sociedade civil, instituições e esferas governamentais [...]

Sob a justificativa da necessidade de solução das inconstitucionalidades e contradições que surgiram na proposta aprovada, a Prefeitura assumiu a sistematização dos resultados da Conferência, ferindo todas as decisões anteriores sobre o assunto. [...]

Observam-se, então, duas alterações, feitas pelo poder público, às decisões oriundas do processo participativo: (i) o regimento da Conferência havia previsto que a Comissão Organizadora da Conferência sistematizaria o resultado da Conferência, e o formataria em projeto de lei para ser enviado à Câmara; (ii) a Conferência teria o caráter deliberativo, portanto não haveria mais discussões sobre o documento.

O poder público, representado pelo executivo muda as regras sistematizando o documento, mas, para evitar um conflito com os membros do CDU, antecipa-se e convida à participação (limitada em função de prazos por ele estabelecidos), em uma nova discussão, que também significa nova quebra das regras, porém dividida com o Conselho. Este, por meio dos representantes da sociedade civil, atua de forma contraditória ao ser capturado pelo discurso do executivo.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR DISCIPLINANDO O USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. PROCESSO LEGISLATIVO SUBMETIDO A PARTICIPAÇÃO POPULAR. VOTAÇÃO, CONTUDO, DE PROJETO SUBSTITUTIVO QUE, A DESPEITO DE ALTERAÇÕES SIGNIFICATIVAS DO PROJETO INICIAL, NÃO FOI LEVADO AO CONHECIMENTO DOS MUNICÍPIES. VÍCIO INSANÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

O projeto de lei apresentado para apreciação popular atendia aos interesses da comunidade local, que atuava ativamente a ponto de formalizar pedido exigindo o direito de participar em audiência pública. Nada obstante, a manobra política adotada subtraiu dos interessados a possibilidade de discutir assunto local que lhes era con-

Nesse caso, o que se observou foi um movimento do poder; primeiro, houve um jogo de forças para manter o poder dentro do CDU, com o grupo que defendia a ampliação da democracia tendo saído “vencedor” e delegado o poder decisório sobre o plano diretor para a Conferência. Em seguida, esse poder decisório flutuou entre Conferência, Comissão e Conselho, independentemente da decisão, anteriormente, por este formulada e, **ao final, todos foram destituídos do poder quando o governo formulou um substitutivo do plano.**

Houve uma transgressão paulatina das regras, o que fez com que as tensões fossem gradativamente atenuadas. O Conselho, buscando a ampliação da democracia, delegou seu poder decisório para a Conferência, mas alcançou um resultado oposto, na medida em que este instrumento de ampliação da democracia teve seu poder deliberativo desconsiderado por uma atitude de características tecnocráticas, exercida pelo executivo municipal. Ao final foram atingidos os dois canais de participação – Conferência e Conselho, este último tendo legitimado todo o processo. [...]

O Projeto de Lei do Plano Diretor foi enviado à Câmara Municipal no início de abril de 2006, que na ocasião estava discutindo a reforma da Lei Orgânica do Município. Somente um ano depois aconteceu a primeira reunião da Comissão Especial, criada para analisar o documento. [...]

Durante uma das sessões de discussão do plano houve uma manifestação de participantes do Fórum de Reforma Urbana que, com narizes de palhaço, protestaram contra as alterações feitas pela prefeitura no texto do Plano Diretor aprovado pela Conferência das Cidades, em 2005”. NUNES, Sandra Marília Maia. Plano Diretor do Recife: gestão democrática? *Jornal do Comércio*, Recife, 25 nov. 2008.

cernente, causando surpresa e indignação. Cumpre ressaltar que a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com idéias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhes expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da normal, tal como proposta.⁷²

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO. ATO DO PREFEITO QUE ENCAMINHA PROJETO DE LEI À CÂMARA MUNICIPAL ALTERANDO O PLANO DIRETOR. SEGURANÇA CONCEDIDA NO 1º GRAU.

1. Reexame necessário conhecido de ofício (Lei 12.016/09, art. 14, § 2º).

2. **Tratando-se de Projeto de Lei que modifica o Plano Diretor, é imprescindível a prévia oitiva da comunidade em audiências públicas (*rectius*, mais de uma) todos os segmentos sociais, sob pena de violação de direito líquido e certo da população como um todo**, protegível na via do mandado de segurança, por meio do Ministério Público defensor da sociedade. Art. 177, § 5º, da CE-88, e art. 40, § 4º, da Lei 10.254/2001 (Estatuto das Cidades). Precedentes do Órgão Especial do TJRS.

3. **Caso em que, estreme de dúvida, restou violado o princípio da prévia oitiva da comunidade, bem assim da publicidade**, não bastasse o fato de na precária publicação feita no Mural da Prefeitura sequer constar determinada região atingida.

4. Apelação desprovida e sentença confirmada em reexame necessário conhecido de ofício.⁷³

⁷² TJSP. ADI 184.449-0/2-00. Rel.: Des. ARTUR MARQUES. Sem destaque no original.

⁷³ TJRS. Primeira Câmara Cível. AC 70054239314/RS. Rel.: Des. IRINEU MARIANI. 26 jun. 2013. *DJ*, 4 jul. 2013.

Ação civil pública. Direito urbanístico. **Plano Diretor de Santo André**. Nulidade de alvará de construção. Remoção de impedimento à concessão do alvará pela prorrogação do prazo inicial de vigência de norma que já se encontrava em vigor. **Abuso do poder de legislar e desvio de finalidade caracterizados. Vícios que contaminam o alvará. Remoção do impedimento legal alcançada com a oferta de emenda aditiva na Câmara de Vereadores. Modificação substancial do Plano Diretor que desatendeu às exigências da lei local sobre a participação popular no processo legislativo. Ilegalidade do processo legislativo reconhecida, com prejuízo da legalidade do alvará. Alvará anulado. Recurso improvido.**⁷⁴

DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE ALTERA PLANO DIRETOR – ARGÜIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* CONFIGURADA – DISPOSITIVOS INCLUÍDOS EM PROJETO DE LEI ATRAVÉS DE EMENDA – PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÃO POPULAR EM RELAÇÃO AO TRÂMITE LEGISLATIVO – AUSÊNCIA – CONFRONTO APARENTE COM OS ARTS. 16, 111, X, e 141, III, da CE/89 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – *FUMUS BONIS JURIS* PATENTEADO – CONSEQÜÊNCIAS ECONÔMICAS E SOCIAIS À POPULAÇÃO – *PERICULUM IN MORA* – DEFERIMENTO DA CAUTELA.

O Ministério Público de Primeiro Grau tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei do Município em que atua. **Aparente incompatibilidade vertical entre a norma questionada e a Constituição Estadual, evidencia o *fumus boni juris*. A possibilidade de advirem sérias conseqüências econômicas e sociais à população, criadas por lei municipal que lhe impõe modificação no**

⁷⁴ TJSP. 4ª Câmara de Direito Público. Apelação 9256581-20.2008.8.26.0000/SP. Rel.: Des. LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL. 12 maio 2014.

plano diretor, enseja a suspensão cautelar do ato legislativo impugnado e configura o *periculum in mora*. Presentes os requisitos necessários à concessão da cautelar – *fumus boni juris* e *periculum in mora* –, defere-se a medida em ação direta de inconstitucionalidade para suspender, com eficácia *ex nunc*, a norma aparentemente inconstitucional.⁷⁵

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 4.195/2008. MUNICÍPIO DE TORRES. VÍCIO FORMAL. REGULARIZAÇÃO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES REALIZADAS EM DESCONFORMIDADE COM O PLANO DIRETOR. AUTORIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE. Lei que afronta o art. 177, § 5º, da Constituição Estadual, por autorizar o Poder Executivo a regulariza as obras e edificações realizadas em desconformidade com o plano diretor municipal, sem a participação da comunidade na discussão da matéria. Vício formal. Obrigatoriedade do planejamento participativo. Art. 1º, *caput* e parágrafo único, e art. 29, inc. XII, ambos da Constituição Federal. Lei declarada inconstitucional. Efeitos *ex nunc*, com modulação. Julgaram procedente a ação. Unânime.⁷⁶

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 8.153/11 – PLANO DIRETOR URBANO DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA – PEDIDO CAUTELAR DE MEDIDA LIMINAR – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO.**

1. O deferimento da medida liminar pleiteada sujeita-se à verificação da presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

2. O *fumus boni iuris* decorre, *in casu*, de violação art. 231, parágrafo único, IV, da Constituição do Estado do Espírito Santo,

⁷⁵ TJSC. Plenário. ADI 2006.008950-9/SC. Rel.: Des. MONTEIRO ROCHA. 21 jun. 2006.

⁷⁶ TJRS. Plenário. ADI 70033881541. Rel.: Des. CARLOS RAFAEL DOS SANTOS JÚNIOR. 13 jun. 2011.

que assegura a participação popular na política de desenvolvimento urbano.

3. O *periculum in mora* decorre do fato de a Lei Municipal nº 8.153/11, do Município de Vitória, encontrar-se vigente e produzindo efeitos.

4. Pedido de concessão de liminar deferido.⁷⁷

CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – LEI Nº 5.155/11 – **ALTERAÇÕES NO PLANO DIRETOR URBANO DE VILA VELHA – PARTICIPAÇÃO POPULAR NÃO OBSERVADA NO TRANSCURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – ARTS. 231, ÚNICO, IV E 236 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – CRIAÇÃO DE ZONAS INDUSTRIAIS EM ÁREAS DE INTERESSE AMBIENTAL – REDUÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL – DIREITO DA POPULAÇÃO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E EQUILIBRADO – ART. 186 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – RISCO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE E CRESCIMENTO DESORDENADO DO MUNICÍPIO – PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURS* E DO *PERICULUM IN MORA* – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.**

1 – O deferimento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade submete-se à necessidade da presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

2 – **A necessidade de participação popular na elaboração do Plano Diretor Urbano e suas posteriores alterações consiste em pressuposto estabelecido pelo constituinte estadual como forma de efetivação do princípio da democracia participativa. Exegese dos artigos 231, único, inciso IV e 236 da Constituição Estadual.**

⁷⁷ TJES. Plenário. ADI 100110039524. Rel.: Des. ANNIBAL DE REZENDE LIMA. 16 fev. 2012, un. *DJ*, 2 mar. 2012.

3 – Deve ser assegurada a participação direta do povo e a cooperação das associações representativas em todas as fases do planejamento municipal.

4 – A supressão do princípio da democracia participativa no processo legislativo que resultou na Lei nº 5.155/11, consiste em situação suficiente para inquiná-la de vício de inconstitucionalidade formal objetiva, posto que o PDU, e suas posteriores alterações, deve ser reflexo dos anseios e das necessidades dos munícipes, que têm o direito de externá-los por meio dos instrumentos de efetivação da democracia participativa, como é o caso da audiência pública.

5 – A criação de Zonas Industriais em áreas de interesse ambiental, bem como a redução das áreas de preservação, consiste em verdadeiro retrocesso social, porquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado encontra-se expressamente previsto no art. 186, *caput*, da Constituição Estadual, que é simétrico ao art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

6 – Presença da relevância da fundamentação, assim como do *periculum in mora*, evidenciado pelo risco de danos às áreas de preservação ambiental envolvidas do município poderão sofrer, caso as modificações previstas na Lei nº 5.155/11 sejam imediatamente implementadas no Plano Diretor Urbano de Vila Velha.

7 – Pedido liminar deferido. Eficácia dos artigos impugnados suspensa com efeito vinculante *ex nunc*.⁷⁸

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.468, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001, DO MUNICÍPIO DE HORIZONTINA. ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR. VÍCIO NO PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE. OFENSA AO ART. 177, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AO ART. 29, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional a Lei nº

⁷⁸ TJES. Plenário. ADI 100110030515. Rel.: Des. CARLOS SIMÕES FONSECA. 8 mar. 2012, un. *DJ*, 15 mar. 2012.

1.468/2001, do Município de Horizontina, pois editada sem que promovida a participação comunitária, para deliberação de alteração do Plano Diretor do Município, conforme exige o art. 177, § 5º, da Constituição Estadual e o art. 29, XII, da Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, por maioria.⁷⁹

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 10617, DE 15 DE SETEMBRO DE 2000, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS, DE INICIATIVA PARLAMENTAR – ALTERAÇÃO DE ZONEAMENTO URBANO – VÍCIO DE INICIATIVA – AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 47, INCISO II, C.C ARTIGO 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – INOCORRÊNCIA, ADEMAIS, DE PARTICIPAÇÃO POPULAR DURANTE A ELABORAÇÃO E TRAMITAÇÃO DA LEI – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 180, II, DA CARTA ESTADUAL – PREVISÃO CONSTITUCIONAL QUE CONSTITUI VERDADEIRA DIRETRIZ INTERPRETATIVA DE TODA LEI RELATIVA AO DESENVOLVIMENTO URBANO – GARANTIA DE CUMPRIMENTO DE FUNÇÕES URBANÍSTICAS DE PROPICIAR HABITAÇÃO (MORADIA, CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRABALHO, RECREAÇÃO E DE CIRCULAÇÃO HUMANA INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DE EFEITOS.⁸⁰

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nºs 11.764/2003, 11.878/2004 e 12.162/2004, do município de Campinas – Legislações, de iniciativa parlamentar, que alteram regras de zoneamento em determinadas áreas da cidade – Impossibilidade – Planejamento urbano – Uso e ocupação do solo – Inobservância de disposições constitucionais – Ausente participação da comuni-

⁷⁹ TJRS. Plenário. ADI 70028427466. Rel.: Des. FRANCISCO JOSÉ MOESCH. 20 jul. 2009. *DJ*, 15 set. 2009.

⁸⁰ TJSP. Órgão Especial. ADI 0052634-90.2011.8.26.0000/SP. Rel.: Des. ELLIOT AKEL. 27 fev. 2013.

dade, bem como prévio estudo técnico que indicasse os benefícios e eventuais prejuízos com a aplicação da medida – Necessidade manifesta em matéria de uso do espaço urbano, independentemente de compatibilidade com plano diretor – Respeito ao pacto federativo com a obediência a essas exigências – Ofensa ao princípio da impessoalidade – Afronta, outrossim, ao princípio da separação dos Poderes – Matéria de cunho eminentemente administrativo – Leis dispuseram sobre situações concretas, concernentes à organização administrativa – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas – Leis n^{os} 11.764/2003, 11.878/2004 e 12.162/2004, do município de Campinas – Impossibilidade, no caso, de modulação dos efeitos da decisão – Não vislumbram razões de excepcional interesse social ou de segurança jurídica – Manutenção do efeito *ex tunc*.⁸¹

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. LEIS N. 4.923/09 E N. 4.930/09, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ. REGULAMENTAÇÃO DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR. AUDIÊNCIA PÚBLICA DURANTE O PROCESSO LEGISLATIVO. INEXISTÊNCIA. PARTICIPAÇÃO POPULAR OBRIGATÓRIA. AFRONTA AO ART. 141, III, DA CESC/89. RECONHECIMENTO. LEI N. 4.904/09, DO MESMO MUNICÍPIO. ALTERAÇÕES MERAMENTE CONCEITUAIS DO PLANO DIRETOR. AFRONTA DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL.⁸²

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 14.917, DE 7 DE MAIO DE 2009, QUE DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO URBANÍSTICA NO MUNICÍ-

⁸¹ TJSP. Órgão Especial. ADI 1635590000/SP. Rel.: Des. MAURÍCIO FERREIRA LEITE. 10 dez. 2008.

⁸² TJSC. Órgão Especial. ADI 2010.079409-8/SC. Rel.: Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS. 6 ago. 2013.

PIO DE SÃO PAULO – DIPLOMA QUE NÃO ASSEGURA A PARTICIPAÇÃO POPULAR DURANTE A ELABORAÇÃO E TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA DE CADA PROJETO DE LEI REFERENTE A UMA ESPECÍFICA CONCESSÃO URBANÍSTICA – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 180, II DA CARTA ESTADUAL – PREVISÃO CONSTITUCIONAL QUE CONSTITUI VERDADEIRA DIRETRIZ INTERPRETATIVA DE TODA LEI RELATIVA AO DESENVOLVIMENTO URBANO – GARANTIA DE CUMPRIMENTO DE FUNÇÕES URBANÍSTICAS DE PROPICIAR HABITAÇÃO (MORADIA), CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRABALHO, RECREAÇÃO E DE CIRCULAÇÃO HUMANA – PROTEÇÃO DEFICIENTE – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO ADMISSIBILIDADE – AÇÃO PROCEDENTE, NOS TERMOS DE ADITAMENTO, RECONHECENDO-SE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º E § 1º DA LEI Nº 14.917/2009, DESDE QUE O MUNICÍPIO, NA APLICAÇÃO DESSE DIPLOMA LEGAL, GARANTA A PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS ATINGIDAS EM FASE ANTERIOR À EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA AUTORIZANDO CADA OUTORGA DE CONCESSÃO URBANÍSTICA.⁸³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. DECISÃO AGRAVADA QUE DEIXOU DE CONCEDER O PEDIDO LIMINAR PARA EMBARGO DA OBRA. MODIFICAÇÃO DO ZONEAMENTO MUNICIPAL PELA LEI nº 2.070/2011. **ALTERAÇÃO QUE CONSTOU APENAS NO MAPA ENCAMINHADO À CÂMARA DE VEREADORES EM CONJUNTO COM O PROJETO DE LEI SEM TER SIDO SUBMETIDA À DISCUSSÃO PÚBLICA, HIPÓTESE DE FAVORECIMENTO DE EMPRESA DO RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO AFASTADA. IMPERIOSIDADE DA APLICA-**

⁸³ TJSP. Órgão Especial. ADI 9031477-73.2009.8.26.0000/SP. Rel.: Des. ELLIOT AKEL. 17 out. 2012.

ÇÃO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE, PREVISTA NO ART. 43 DA LEI Nº 10.257/2001 (ESTATUTO DA CIDADE). AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMPROMETENDO A REALIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE E GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS DECISÕES URBANÍSTICAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (por maioria).⁸⁴

Em relação ao último julgado, merece destaque trecho do voto do relator:

Dos ensinamentos doutrinários acima colacionados, extrai-se que as audiências públicas não constituem meros instrumentos de consulta de que dispõem o administrador e o legislador, mas sim uma das mais relevantes formas de concretização da gestão democrática da cidade.

Mais ainda: verifica-se que **a ausência de qualquer vinculação do Poder Público às discussões e decisões decorrentes de audiência pública esvaziaria totalmente de sentido o referido instituto, criado, ao lado de tantos outros, para possibilitar a efetiva participação da população na gestão da cidade.**

Ao considerar a audiência pública como mera forma de possibilitar ao representante do povo que tome conhecimento dos anseios e desejos da população, **sem que se vincule em nenhum grau àquilo que foi exposto pelos cidadãos, perde a razão de ser toda a estrutura em que foi fundado o Estatuto da Cidade**, que confere extrema importância à cooperação da sociedade nas decisões urbanísticas.

Por conseguinte, as normas são também inconstitucionais do ponto de vista formal.

⁸⁴ TJPR. 4ª Câmara Cível. Ação civil de improbidade administrativa 1059705-2/PR. Rel.: Des. MARIA APARECIDA BLANCO DE LIMA.

3 PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes. Sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial.

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre do fato de que, enquanto não suspensa a eficácia das normas impugnadas, inúmeros projetos urbanísticos que impactam o crescimento da cidade e, por conseguinte, a qualidade de vida de toda a comunidade recifense, já foram concluídos, ainda estão em andamento e, à mínima de providência emergencial, continuarão tramitando com base em dispositivos inconstitucionais, gerando danos irreversíveis ou, no mínimo, de difícil reparação ao ambiente natural e urbano do município, violando direitos difusos e o interesse público.

Se o provimento de urgência não for deferido, a demora natural da marcha do processo fará a situação de ilegalidade perdurar, trazendo não apenas situações de risco, mas certeza de prejuízos concretos à cidade, tendo em vista que a todo momento projetos arquitetônicos são aprovados e executados no município.

Sabe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal costuma indeferir pleitos cautelares em caso de propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade quando decorrido tempo largo de vigência da norma. Não obstante, há situações nas quais a renovação do comportamento inconstitucional impõe provimento cautelar para salvaguarda do ordenamento jurídico objetivo e de outros bens jurídicos. Neste caso, a aplicação da regra inconstitucional prevista nos dispositivos questionados tem o potencial lesivo acima exposto. Como exemplo dessa possibilidade, o Min. ROBERTO BARROSO, na ADI 5.358/PA, deferiu medida

cautelar *ad referendum* do Plenário, apesar de a norma ali atacada já ter vigência por largo período.⁸⁵

Parece necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4 PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer deferimento, com a brevidade possível, de medida cautelar para suspender a eficácia das normas impugnadas, se for o caso de forma individual por parte do(a) relator(a), consoante o art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário.

Requer que se colham informações da Câmara Municipal e do Prefeito do Município do Recife e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República (art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/1999).

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade do artigo 226 da Lei 17.511, de 29 de

⁸⁵ Observou o ministro: “Quanto ao *periculum in mora*, ainda que a norma se encontre em vigor há mais de 20 (...) anos, como alegado, a manutenção da sua eficácia permite que, a cada novo concurso [público], renove-se o risco de uma nova lesão de difícil reversão aos mencionados princípios constitucionais. Assim, não há dúvida quanto à presença do *periculum in mora* autorizador do deferimento da cautelar.” STF. ADI 5.358/PA. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 27 out. 2015, decisão monocrática. *DJe* 219, 4 nov. 2015.

dezembro de 2008, e do art. 57 da Lei 16.719, de 30 de novembro de 2001 (“Lei dos Doze Bairros”), ambas do Município do Recife.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

RJMB/WCS-PI.PGR/WS/221/2017