

SONIA RABELLO DE CASTRO

**O PODER DE POLÍCIA NORMATIVO,
O DIREITO URBANÍSTICO,
E AS NORMAS DE PLANEJAMENTO URBANO.**

**TESE ELABORADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
O CONCURSO AO CARGO DE PROFESSOR TITULAR DE
DIREITO ADMINISTRATIVO DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

RIO DE JANEIRO, NOVEMBRO DE 2001

Se concebo o quê? Uma coisa ter limites? Pudera! O que não tem limites não existe. Existir é haver outra coisa qualquer e portanto cada coisa ser limitada.
Fernando Pessoa, *Obras em Prosa*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO I — Direito Administrativo e Direito Urbanístico	7
CAPÍTULO II — Liberdades Individuais e suas Limitações	23
2.1: Fundamentos Ideológicos das Liberdades Públicas	23
2.2: As Cidades e as Limitações de Interesse Coletivo	30
2.3: As Cidades Brasileiras e as Limitações aos Imóveis Urbanos	39
2.4: Regime Jurídico Brasileiro das Limitações à Propriedade	45
2.5: Limitações Administrativas e o Poder de Polícia: importante diferenciar!	55
CAPÍTULO III — Poder de Polícia	61
3.1: <i>Police Power</i> no Direito Americano: uma forma de limitação administrativa?	63
3.2: Poder de Polícia no Direito Administrativo Francês	72
3.3: O Conceito de Poder de Polícia no Brasil	80
3.4: Algumas OBSERVAÇÕES sobre o CONCEITO de Poder de Polícia	93
3.5: A Normatividade do Poder de Polícia e o Poder Regulamentar	97
CAPÍTULO IV — Aplicabilidade do Poder de Polícia Normativo ao Planejamento Urbano	119
4.1: As Normas Urbanísticas no Direito Brasileiro: o Direito Urbanístico e as Normas de Planejamento Urbano	119
4.2: O Planejamento Urbano e seus Instrumentos: a lei, o regulamento, e o ato normativo de polícia	135
4.3: Importância da Normatividade Administrativa e sua Aplicabilidade no Planejamento Urbano	139
4.4: O Poder de Polícia Normativo: um breve estudo de caso	155
CONCLUSÃO	165
BIBLIOGRAFIA	169

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo incrementar, no âmbito do direito administrativo, e também no âmbito do direito urbanístico, a precisão conceitual de uma das mais importantes categorias de direito administrativo, qual seja, o *poder de polícia administrativo*. Pretende-se com isto buscar uma transparência mais ampla desta categoria de direito, que não só continua sendo aplicada no dia-a-dia da administração pública, como também vem expandindo o seu campo de aplicação. O poder de polícia administrativo não só não desapareceu como atividade típica da administração pública, como também vem sendo muito utilizado nas inúmeras novas áreas de interesse público. E mais, o poder de polícia vem sendo cada vez mais praticado em sua vertente normativa, especialmente na tutela desses novos interesses públicos.

O direito urbanístico, como área jurídica que visa dar suporte legal às propostas de urbanismo, é um destes “novos” interesses públicos que necessita utilizar, na administração urbanística, deste importante instrumento de direito administrativo. O uso do poder de polícia normativo, como instrumento jurídico de administração urbanística, é de fundamental importância já que, por meio dele, os conceitos e princípios técnicos previstos em regra legal primária podem ser flexibilizados, de molde a acompanhar a dinâmica das necessidades sociais urbanas.

Porém, é necessário que a flexibilização do sistema normativo seja acompanhada de clareza e transparência conceitual, pelo estabelecimento de suas formas e limites de exercício, de modo a garantir os controles necessários ao interesse público e aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência.

Iniciamos a tese pela proposta de verificação dos níveis e das formas de relação jurídica entre o direito administrativo e o direito urbanístico. A demonstração desta relação é necessária na medida em que entendemos que o fato da Constituição de 1988 ter se referido à expressão — *direito urbanístico* — não é suficiente para conferir-lhe autonomia metodológica como um sub-sistema de direito, especialmente em relação ao direito administrativo. Por outro lado, direito urbanístico não se confunde e nem se restringe ao direito administrativo. Compreender quais as relações entre estas áreas do direito, e como o nosso sistema jurídico organiza-se e opera dentro destas interfaces, é o que pretendemos demonstrar neste trabalho, usando a categoria de poder de polícia como paradigma.

Sempre visando buscar a clareza conceitual, seguimos no trabalho com a proposta de distinguir os conceitos de limitação administrativa e de poder de polícia. Estes conceitos apresentam-se, com frequência, no direito administrativo brasileiro, como expressões quase similares. E isto leva, ao nosso ver, a uma dificuldade de estabelecer-se o campo de aplicação da própria categoria poder de polícia, sobretudo em face do princípio da legalidade, podendo acarretar dificuldades em entender corretamente suas possibilidades normativas no campo das especificações técnicas das limitações. A necessidade de bem esclarecer este ponto decorre do fato de que o

poder de polícia normativo é hoje um instrumento imprescindível para a administração do urbanismo; sendo bem entendido, estar-se-ia não só preservando este instrumento tão necessário a uma boa e moderna administração urbanística, como também garantindo o devido processo legal para o exercício dos direitos individuais dos cidadãos.

Chegamos então a um dos pontos básicos do trabalho: para tratar de poder de polícia abordaremos inicialmente, ainda que de forma breve e perfunctória, o tema no direito americano e no direito francês. Isto porque entendemos que são significativas as influências jurídico-culturais destes dois sistemas jurídicos na construção do conceito — poder de polícia — no direito administrativo brasileiro, explicando, assim, de certo modo, algumas das perplexidades conceituais com as quais hoje aqui nos deparamos. Em seguida, veremos como ele foi e é concebido no nosso direito, para então adentrarmos no exame de sua vertente normativa. Hoje é de capital importância entender que o poder de polícia não se restringe às faculdades mais simples de fiscalização e sanção, mas é praticado, cada vez mais amplamente, pela administração pública no campo da normatização.

Em se tratando da administração urbanística, o exercício do poder de polícia no seu aspecto normativo é de essencial importância, já que este é o meio mais adequado de se materializarem as propostas e princípios pretendidos pela sociedade na tutela deste interesse público. Porém, qual a natureza desta normatização? É ela um ato regulamentar, no sentido clássico desta expressão, e portanto de natureza materialmente legislativa? Defendemos que não. Entendemos que se trata de ato administrativo normativo, que difere dos atos regulamentares clássicos, já que ela não surge de um exercício da faculdade política do Chefe do Executivo, mas nasce de um poder-dever da administração pública de administrar um interesse público delineado e fixado previamente em lei. Esta normatização é, pois, uma necessidade para que a administração cumpra o seu poder-dever de executar a lei.

Finalmente, apresentamos proposta de aplicação do conceito de poder de polícia normativo dentro do novo sistema de direito urbanístico brasileiro, que está no seu nascedouro, não só porque é relativamente recente a sua previsão constitucional, mas também porque é recentíssima a lei federal geral sobre a matéria (Lei nº 10.257/2001). Ainda sem uma jurisprudência relevante e nova sobre o assunto que permita delinear perfeitamente os seus contornos conceituais e o seu campo de aplicação, defendemos e concluímos ser perfeitamente possível o uso do poder de polícia normativo no âmbito do direito urbanístico, em face dos dispositivos constitucionais e legais em vigor. Contudo, para delinear com maior precisão suas possibilidades jurídicas de incidência no nosso sistema jurídico, é necessário distinguir os espaços conceituais do direito urbanístico e da legislação de planejamento urbano que, ao nosso ver, têm naturezas diversas.

Este trabalho, como se percebe, parte do pressuposto de que o sistema jurídico nacional, não obstante poder ser estudado a partir de seus subsistemas conhecidos como áreas do direito, não prescinde que se estabeleçam, com clareza e

transparência, não só o significado dos conceitos, como também as inter-relações entre eles. Esta é a razão pela qual ao abordarmos o tema — O Poder de Polícia Normativo, o Direito Urbanístico, e as Normas de Planejamento Urbano —, tivemos que tratar também de vários outros conceitos que estão entre si interligados. Estabelecer estas conexões, saber como elas operam e se influenciam é essencial para que se alcance uma eficiente funcionalidade do sistema. Sabe-se que cada um destes conceitos é, por si só, um universo a ser estudado e revisitado. Porém, para não sacrificarmos a abordagem geral e funcional, optamos por assumir a resumida simplicidade no tratamento isolado de cada um dos conceitos mencionados, para não perdemos a construção sistêmica da proposta.

CAPÍTULO I

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO URBANÍSTICO

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, seguindo o seu padrão de constituição do tipo analítica, ao delimitar as matérias relativas às competências constitucionais dos entes políticos, em nada se restringiu; referiu-se a uma profusão de termos e a uma enorme gama de locuções, às quais se pode atribuir vasta gama de significados.

Trataremos aqui, primeiramente, das competências legislativas, ou seja, da competência para a criação de normas jurídicas, emanadas precipuamente do legislativo. Isto porque a norma é, em nosso sistema jurídico, o ponto de partida da construção do direito. Assim, se pretendemos, de alguma forma, tratar do direito administrativo, do direito urbanístico e das inter-relações entre eles, é fundamental examinarmos, primeiramente, as relações no campo da competência legislativa.

Tanto o direito administrativo quanto o direito urbanístico são disciplinas jurídicas de criação recente.¹ No Brasil, onde pretendemos focar este trabalho, é indubitável que o campo do direito administrativo é o que se encontra mais reconhecido na sua autonomia e, conseqüentemente, muito mais estruturado e estudado, muito embora não tenha sido mencionado, explicitamente, na distribuição das competências legislativas da Constituição Federal (CF). Com o direito urbanístico ocorreu o contrário: embora tenha sido formalmente reconhecido como uma área do direito, em função da menção expressa contida no art. 24, inc.I da CF, ainda engatinha na formulação teórica e conceitual própria em nosso sistema jurídico.

A questão central que importa, no momento, verificar é se o direito urbanístico é, ou pode ser, um sistema jurídico autônomo, não só do ponto de vista conceitual, mas também sistemático, com relação ao direito administrativo; em outras palavras, ainda que se possa definir um espaço conceitual próprio para o direito urbanístico,

¹ Ver Sonia RABELLO DE CASTRO (1997).

indagamos se já se desenvolveu, ou pode ser desenvolvido, prescindindo dos princípios, conceitos e categorias do direito administrativo!

A importância deste ponto revela-se na medida em que aumenta, cada vez mais, a necessidade de compreensão dos conceitos e categorias jurídicas, para que se prestem a uma operacionalidade consistente e transparente no sistema de direito. Então, bem compreender as definições e as inter-relações das competências legislativas e executivas é fundamental, já que este é um marco de partida para a montagem do sistema jurídico, tornando-se, pois, imprescindível para que este atinja o melhor de sua funcionalidade social.

As relações entre o direito administrativo e o direito urbanístico ainda são bem pouco discutidas na literatura jurídica brasileira, não obstante a importância do tema. Destacamos aqui a posição de José Afonso da Silva, renomado mestre de direito público e autor de um dos livros de referência na matéria ²:

“...Há, ainda, forte tendência em considerá-lo (o direito urbanístico) como parte do direito administrativo. Com efeito, para os administrativistas, em geral, as normas de direito urbanístico não passam de normas de direito administrativo, especiais ou não, mas sempre referentes ao poder de polícia.” (grifos nossos).

E, para ilustrar sua afirmação, refere-se a inúmeros autores estrangeiros, especialmente espanhóis e franceses e, entre os brasileiros, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. ³

Data venia da posição do ilustrado mestre, entendemos que o direito urbanístico, no estágio em que se encontra dentro do sistema de direito brasileiro, é dependente do direito administrativo ⁴. Em alguns aspectos, podemos dizer que ele é uma parte especial do próprio direito administrativo, embora nele não se esgote. A questão não é simples, mesmo porque uma das dificuldades em resolvê-la é a forma como a Constituição Federal descreve os objetos das competências, sobretudo as competências legislativas, usando termos com conseqüências diversas no âmbito da metodologia jurídica.

Vejamos o caso em tela. Os termos que definem ambas as competências — direito administrativo e direito urbanístico — partem de premissas de conteúdo conceitual diverso e têm também, por conseqüência, concretude diversa: o primeiro — o administrativo, compreendido como espaço do Estado pertinente às relações jurídicas entre ao poder executivo e os cidadãos; o segundo, o direito urbanístico — está relacionado ao urbano, isto é, ao espaço físico *locus* da cidade. Isto implica, ao nosso ver, em uma necessária e inafastável relação de interdependência entre os dois objetos de direito, embora esta inter-relação não seja nem exata — de contingente e conteúdo —, nem precisa, nem exhaustiva. Ela se apresenta como uma

² Ver SILVA, José Afonso (1982. p.34):

³ Na sua obra pioneira *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*.

⁴ Em sentido contrário, por considerar tal discussão anacrônica, posiciona-se Edésio Fernandes (1998; 2001).

interdependência sistêmica, em função da qual o direito urbanístico irá desenvolver-se ou ser operacionalizado, ao menos parcialmente, por meio do direito administrativo, valendo-se de seus princípios, conceitos e categorias. Ou seja, as relações de direito administrativo e de direito urbanístico podem acontecer em um mesmo objeto, já que não são entre si excludentes, como seriam, por exemplo direito urbano e direito agrário, direito civil e direito administrativo.

Assim, entendendo como verdadeira a afirmação de que parte do direito urbanístico desenvolve-se dentro do direito administrativo, pretendemos examinar como algumas categorias do direito administrativo aplicam-se, desenvolvem-se e modernizam-se na prática operativa do urbanismo. Ou seja, o direito urbanístico ou, mais precisamente, as normas de planejamento urbano, por serem uma área substancialmente de direito aplicado, prestam-se a viabilizar a concretização de outro subsistema jurídico que lhe é correlato, sendo portanto, dele parcialmente dependente.

Várias são as categorias de direito administrativo que se aplicam ao direito urbanístico, como, por exemplo, a categoria jurídica *ato jurídico administrativo*. Tanto a doutrina como a jurisprudência em geral afirmam ser a licença de construir, a licença urbanística, uma forma de ato jurídico administrativo. E ela é uma manifestação de vontade do Estado, por meio do poder executivo, para a materialização de um “ato urbanístico” por excelência. Ou seja, a licença urbanística, também conhecida como alvará, é ato jurídico administrativo, devendo ter todos os respectivos elementos formadores que a caracterizam como tal, para que tenha uma existência válida e produza os importantíssimos efeitos na órbita do direito urbanístico e do planejamento urbano.

Entendemos que o mesmo acontece com a categoria denominada de “poder de polícia” ou “polícia administrativa”, conceito típico do direito administrativo que tem especial relevância no âmbito do planejamento urbano ⁵. Por isto é que afirmamos que, hoje, o direito urbanístico e o planejamento urbano no Brasil não prescindem do direito administrativo, ao menos na parte que releva às suas relações com o Estado por meio do poder executivo.

⁵ No mesmo sentido, ver Liana Portilho MATTOS: “Alguns autores contestam a natureza jurídica das limitações urbanísticas como decorrentes do poder de polícia administrativa. Todavia, esse enquadramento parece adequado se entender-se que a noção de poder de polícia sofreu um alargamento ao longo dos anos para abrigar, além das obrigações negativas e meramente permissivas de não fazer e de deixar fazer, aquelas chamadas de positivas ou de obrigações de fazer” (2001, p. 57). Também o afirma Maurício Balesdent BARREIRA (1998, p. 23-24). Em sentido contrário, por entender que não há “qualquer ligação” necessariamente entre “poder de polícia” e a disciplina urbanística da propriedade”, está Lúcia Valle FIGUEIREDO (1980, p. 7).

Destarte, começa-se a visualizar a complexa rede de relações entre esses dois subsistemas (direito administrativo e direito urbanístico) do mesmo sistema jurídico. E, para bem compreendê-los e operacionalizá-los, é necessário que não só os seus conceitos normativos e jurídicos sejam conhecidos e consistente, mas também que seu funcionamento seja harmônico⁶.

A partir do tema deste trabalho — o poder de polícia normativo no planejamento urbano — se pretende, justamente, apresentar como se dá esta relação entre o direito administrativo e o direito urbanístico. Há algumas dificuldades a serem superadas, mesmo porque o próprio conceito de poder de polícia é objeto de inúmeras controvérsias e questionamentos no direito administrativo. E como aplicar o poder de polícia no direito urbanístico se há dificuldades de se ter clareza sobre a natureza de seu conceito no direito administrativo? E mais: como entender e operacionalizar o poder de polícia no planejamento urbano, sem saber como ele se posiciona em relação a outros conceitos, como, por exemplo, com relação às limitações administrativas?

Ora, os sistemas são, por definição, um espaço de inter-relações; com diferentes graus de proximidade. Mas por isto mesmo é necessário que se tenha muita clareza quanto a estas relações, sendo imprescindível iniciar-se pela clareza dos significados dos conceitos e categorias. E é em função do nível de interdependência que afirmamos que, no estágio atual do direito urbanístico

⁶ Estamos nos referindo aqui em consistência de sistema e subsistemas. Isto é, considerando que o conjunto de normas, conceitos e categorias jurídicas formam um determinado sistema jurídico, e que este sistema é formado por subsistemas que podem ter campos específicos de atuação, mas por pertencerem ao grande sistema, há regras básicas comuns que viabilizam o seu funcionamento enquanto **sistema**, sem as quais este perde a consistência e não mais funciona como tal. Assim, se o direito brasileiro é um todo, isto é, um sistema que se pretende uno, é necessário estabelecer as relações de consistência (tangência e subordinação) entre os vários subsistemas, que podem estar classificados como tal em função de pressupostos diferenciados, como entendemos ser o caso do direito administrativo e do direito urbanístico. Ilustramos com duas idéias mencionadas por BERTALANFFY (1975, p.25 e 28) que preceitua que todo sistema deve ser tratado como uma unidade. “Esta teoria é `moldada em uma filosofia que adota a premissa de que a única maneira inteligível de estudar uma organização é estudá-la como sistema’, uma vez que a análise dos sistemas trata a `organização como um sistema de variáveis mutuamente dependentes’. (...) Entretanto, só recentemente se tornaram visíveis a necessidade e a exequibilidade da abordagem dos sistemas. A necessidade resultou do fato de o esquema mecanicista das séries causais isoláveis e do tratamento por partes ter se mostrado insuficiente para atender aos problemas teóricos, especialmente nas ciências biossociais, e aos problemas práticos propostos pela moderna tecnologia.”

brasileiro, se expressa, ao menos parcialmente, no contexto de várias categorias do direito administrativo.

Não há dúvida de que o direito administrativo no Brasil já tem reconhecimento como disciplina jurídica, que atingiu um grau de autonomia suficiente para defini-lo como tal. E, de modo geral, há unanimidade entre os administrativistas brasileiros em entender que o direito administrativo tem o campo de aplicação no âmbito das relações entre o Estado e o cidadão, mormente por meio da ação estatal desenvolvida pelo poder executivo. Deste modo, o direito administrativo geral engloba, além de outros aspectos organizacionais e funcionais, o estudo das categorias jurídicas que caracterizam as ações do poder executivo no desenvolvimento das suas missões específicas, ou seja, prestação de serviços públicos e exercício do poder de polícia. Estas são, indiscutivelmente, as duas funções tradicionais que a administração pública tem a cumprir; e a partir dos elementos relativos à natureza dessas categorias é que as legislações especiais circunscrevem os vários interesses públicos e delegam ao poder executivo a tarefa de geri-los e administrá-los.

É neste sentido que entendemos estar o interesse urbanístico parcialmente englobado no direito administrativo ⁷. Ressaltamos que uma eventuais dificuldades de organizar estas relações, como já mencionamos, deve-se ao fato de a Constituição Federal usar, linearmente, diversos termos para as competências legislativas, com conteúdos conceituais de significados possivelmente superpostos. Assim definidas essas competências, há reflexos e conseqüências metodológicas para um entendimento mais preciso dos conteúdos e dos limites dos objetos mencionados; por isso é que os objetos jurídicos do direito urbanístico e do direito administrativo podem coincidir.

Em função do exposto podemos deduzir que a simples menção de objetos por termos relativos às competências legislativas é suficiente para a criação de nova área jurídica, como um subsistema autônomo. Deste modo, os termos mencionados nas competências legislativas constitucionais devem ser tão-somente entendidos como competências para expedir normas sobre determinado objeto.

Vejamos o caso, por exemplo, do direito administrativo. Este ramo do direito público, de importância crescente nos sistemas jurídicos modernos, sequer é

⁷ Compartilha desta orientação, entre outros, Regina Helena COSTA: “Concordamos, todavia, que, dentre as múltiplas disciplinas que emprestam elementos ao Direito Urbanístico, *predomina o Direito Administrativo*, por ser este o ramo da Ciência Jurídica que regula as relações entre a Administração e os administrados; porém, concluir-se que o Direito Urbanístico é puro Direito Administrativo parece-nos equivocado.” (1991, p. 113). Adotando entendimento diverso, Roberto Barcellos de MAGALHÃES postula que o direito urbanístico ainda é “um ramo do Direito Administrativo dirigido à disciplina de tudo quanto se refira ou pertença à ordem nas cidades ou esteja compreendido dentro de seu perímetro” (1997, vol. I, p. 184).

mencionado no texto constitucional brasileiro enquanto tal. Ora, o fato de não ter sido, o direito administrativo, objeto de menção constitucional faz com que não exista como ramo relativamente autônomo no direito brasileiro? Claro que não. Interessante ressaltar que a Constituição Federal menciona matérias que pertencem, por assim dizer, ao âmbito das relações jurídicas disciplinadas pelos princípios e normas gerais do direito administrativo. Exemplo disto é a menção feita à competência da União legislar sobre desapropriações (art. 22, inc.II), ou para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos (art. 22 inc.XXVII); o fato de referir-se a estes assuntos não os transformam em áreas autônomas do direito. Assim, a referência, no art.24, inc.I, à competência da União e dos Estados de concorrentemente legislar sobre direito urbanístico, ao lado de outras locuções como tributário, penitenciário, financeiro e econômico, não implica dizer que cada um destes “espaços” legislativos tenha se tornado *per se* um ramo autônomo do direito.

Esta é uma discussão metodológica importante, já que é necessário para o bom funcionamento do sistema jurídico como um todo conhecer de forma clara as relações de dependência e interdependência das normas. Sem isto seria impossível aplicá-las usando os princípios que lhes garantem a integração harmônica e consistente⁸ Por exemplo: se uma norma é reconhecida como disciplinadora de uma relação de direito público, a ela aplicam-se os princípios da desigualdade da relação, em função da predominância do interesse público sobre os interesses privados. Por outro lado, a ela não se aplica o princípio da livre manifestação de vontade, como fonte criadora de direitos entre as partes! Como estes são os princípios norteadores da interpretação e da compreensão dos conceitos e categorias, eles possibilitam que o sistema seja conhecido e operacionalizado com a maior consistência possível. O que garante, ao fim e ao cabo, a justiça de um sistema não é propriamente a natureza ideal das normas, mas a sua transparência social e sua consistência no seu âmbito operativo.

Devemos, no entanto, reafirmar que esta não é uma discussão simples, já que as relações dentro de um determinado sistema jurídico são extremamente complexas, abertas e mutáveis; daí surgirem todos os contínuos questionamentos acerca do tema, que colocam dúvidas não apenas sobre a existência dos chamados ramos autônomos de direito, como também acerca dos seus limites, dos níveis de relatividade desta classificação e das dificuldades de identificá-los e organizá-los em função de uma lógica uniforme, de molde a prestarem-se a uma operacionalização que atinja o melhor da funcionalidade social da norma. Neste sentido é que, apesar de entendermos que o direito urbanístico desenvolve-se parcialmente dentro do âmbito

⁸ A respeito do papel integrador dos princípios jurídicos, ver Jean-Louis BERGEL (1989, p. 85-104); em relação ao direito administrativo, deve-se mencionar o estudo já clássico de Benoît JEANNEAU (1954).

do direito administrativo, temos que lidar com prudência com esta afirmação, admitindo a possibilidade de ressalvas à assertiva.

Não se pode dizer que tenhamos clareza hoje, no direito brasileiro, do que seja o direito urbanístico⁹. O ponto de partida lógico que se tem é que ele é a antítese do que se chama de direito agrário, porquanto os dois objetos de competência legislativa excluem-se¹⁰. No entanto, as competências legislativas urbanística e civil não se excluem, necessariamente, e, da mesma forma, a competência administrativa e agrária, ou agrária e trabalhista. Isto tudo porque, como já dissemos, os termos são definidos a partir de pressupostos metodológicos diversos.

Vejamus um exemplo no direito agrário. Esta referência de competência legislativa é mencionada no art. 22, inc. I, da Constituição Federal. E é em função desta competência que foi editado o chamado Estatuto da Terra — a lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Esta lei, no entanto, traz normas sobre os contratos de arrendamento agrário e parceria agrária (art. 95 e segs.), que são normas de relações civis, contratos de trabalho agrário, que são também normas trabalhistas, normas de zoneamento e parcelamento do solo rural (art. 43 e seguintes), que são normas administrativas, e assim por diante. No caso em referência, não há dificuldades de compatibilizar eventuais conflitos porque todas estas competências acham-se agrupadas na competência privativa da União Federal.

No entanto, o mesmo não acontece com o “novo” direito urbanístico. A competência para normas de direito urbanístico é concorrente da União (normas gerais), Estados, e suplementarmente dos Municípios (art. 30, II da CF). Mas ao tratar de interesses urbanísticos, a lei pode estar concomitantemente tratando também de interesses tidos como civis (relações jurídicas civis). Assim é o caso da questão da habitação e das locações. Hoje, locação — que é fundamentalmente um contrato civil —, tem relações estreitas e diretas com a questão habitacional, sendo, por outro lado, uma das mais importantes funções urbanas. Ora, a lei federal ao tratar do assunto habitação poderia dispor sobre normas gerais da locação urbana,

⁹ Entre as possibilidades de definição desse direito, podem-se destacar as de Hely Lopes MEIRELLES, “ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo” (1994a, p. 382) e de José Afonso da SILVA: “conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinada a ordenar os espaços habitáveis” (1995, p. 31).

¹⁰ Não obstante o direito urbanístico também se refira à ordenação do espaço rural, no que interfira nas áreas urbanas, como recorda Hely Lopes MEIRELLES (1994a, p. 383). De acordo com José Afonso da SILVA, a “atividade urbanística” dirige-se “à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o Homem: o urbano e o rural.” (1995, p. 28). Para uma definição, não de direito urbanístico, e sim de propriedade urbanística, ver Ricardo Pereira LIRA (1997, p. 158-165)..

explicitando, desta forma, o tema locação como de interesse urbanístico. Em assim fazendo, estaria abrindo espaço para a legislação estadual concorrente sobre locações, e para a legislação suplementar municipal também sobre o mesmo assunto. E, tornando-se assim uma normativa urbanística, estas regras manteriam suas características de natureza civil, ainda que de ordem pública ¹¹.

Neste sentido, da mesma forma que o direito urbanístico pode tratar de relações civis urbanísticas, também pode tratar das relações administrativas urbanísticas. O direito urbanístico público realiza-se, em grande parte, por intermédio das duas grandes categorias de direito administrativo, ou seja, por meio dos serviços públicos urbanos e da polícia administrativa urbanística. Não podemos deixar de mencionar que a atividade de fomento, também atribuída à administração pública, representa um importante aspecto do ponto de vista do urbanismo. Os programas habitacionais populares, por exemplo, têm importância fundamental na política de desenvolvimento urbano. Porém, como em geral o fomento não implica em substanciais restrições a direitos de terceiros, os aspectos jurídicos controvertidos que esta atividade pode suscitar são de pequena monta, se comparados com as outras duas atividades da administração pública.

A introdução, pela Constituição Federal, do capítulo de política urbana retrata a importância social do fenômeno urbano no Brasil e, conseqüentemente, a importância de organizar e sistematizar o complexo aparato normativo e administrativo a ser operacionalizado para este fim. E o poder de polícia, ou a polícia administrativa, como é chamada por alguns administrativistas, ainda é uma das categorias de direito administrativo mais usadas na atividade de administração dos interesses públicos urbanísticos. Por este motivo é fundamental que se volte a revê-

¹¹ Sobre este tema poderíamos argumentar, em sentido contrário, que o interesse urbanístico que tratasse de relações civis só poderia ser objeto da competência federal, de modo a combinar o art. 22, I, com o art. 24, I. Sem dúvida esta é uma outra forma de se ver a questão. No entanto, entendo que dois outros aspectos merecem ser considerados aí: o primeiro refere-se à menção feita no art. 182, § 2º, da CF, no qual é explicitamente deferido ao Município, por meio da lei do plano-diretor, explicitar as exigências ao cumprimento da função social da propriedade urbana. Entendemos que esta seja uma extensão da competência municipal sobre a propriedade, sobre todos os aspectos que julgar pertinentes aos interesses urbanos (ver desenvolvimento maior deste argumento no capítulo IV). O segundo aspecto é no sentido de admitirmos que se a União, titular de ambas as competências — civil e urbanística — indicou um tema, na sua lei geral, como de interesse urbanístico, ela o fez no sentido de eleger e permitir que este interesse, assim especificado, pudesse ser também tratado como interesse público por outras esferas do Estado, de acordo com suas especificidades territoriais. Estaríamos aí prestigiando o princípio federativo no trato dos interesses públicos, o que sabemos, não é uma forma usual de, no Brasil, se ler a Constituição.

la, de molde a poder empregá-la de forma o mais clara e ampla possível, nos objetivos sociais pretendidos pela Constituição Federal.

Impossível falar em poder de polícia da administração pública sem falar em limitações administrativas à propriedade urbana. Isto porque, como veremos no desenvolver do trabalho, há limitações, que até podem ser de interesse urbano, mas que não se caracterizam como limitações administrativas. As limitações administrativas e a sua contraface — o poder de polícia — são, por assim dizer, um dos grandes pilares sobre o qual se constrói o urbanismo ¹². É de acentuar-se que a nova lei federal brasileira de direito urbanístico, chamada Estatuto da Cidade, menciona, no seu art. 4º, V, letra c, a limitação administrativa como um dos instrumentos jurídicos de planejamento urbano, porém nada fala sobre o poder de polícia. Isto, é preciso que se entenda, não significa uma importância menor desta forma de atuação da administração pública na gestão deste interesse público.

Ao contrário do que se pode supor, o poder de polícia é um instrumento jurídico de fundamental importância para a administração dos interesses urbanísticos, uma vez que é por meio dele que será possível lidar com o dinâmico objeto urbano, com a flexibilidade que convém ao alcance dos interesses públicos tutelados. É sobretudo por meio do poder de polícia normativo que se moldam, com maior precisão técnica, as possibilidades de uma atividade discricionária da administração urbanística ¹³ melhorando a qualidade de suas decisões e ampliando, por outro lado, as formas de controle social sobre elas. A falta de clareza nos limites de atuação do poder de polícia compromete fatalmente a gestão dos espaços urbanos ¹⁴. Assim, no estágio atual do direito urbanístico no Brasil, não vejo como se possa supor que ele prescindia do direito administrativo. Pelo contrário, o direito

¹² Em sentido contrário, pronunciou-se Lúcia Valle FIGUEIREDO: “Não verificamos, de conseguinte, qualquer ligação necessária entre “poder de polícia” e a disciplina urbanística da propriedade.” (1980, p. 7).

¹³ A discricionariedade do poder de polícia, como lembra Jessé TORRES PEREIRA JÚNIOR, ocorre no tocante à “escolha dos meios, dos modos e do momento adequado” para a atuação da administração (1997, p. 83),

¹⁴ Como exemplos dessa falta de clareza que, ainda hoje, compromete os interesses urbanísticos, pode-se referir aos casos em que o município pede ao Judiciário autorização para remoção de invasores de área indiscutivelmente pública ou seja, como se essa possibilidade de ação não decorresse naturalmente do poder de polícia! Como lembra Jessé TORRES PEREIRA JÚNIOR (1997, p. 78), trata-se de caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse que legitime o exercício do direito de ação. No direito francês, há muito é pacífico, como lembra Jean-Paul BENOÎT, que “l’usage de la force matérielle par la police ne soulève aucun problème spécifique” (1968, p. 751); também o afirma René CHAPUS (1986, tome I, p. 393-394).

administrativo é o sistema usado pelas normas urbanísticas que pautam as relações jurídicas entre o poder executivo e o cidadão, no trato das questões urbanas. Neste sentido é que a “autonomia” do direito urbanístico ainda não é uma autonomia de subsistema jurídico, mas uma unidade sistêmica de conceitos técnicos, de princípios metajurídicos, de valores urbanísticos definidos na lei como tal. A lei define o que é valor urbanístico e, a partir daí, as relações jurídicas pertinentes àquele objeto devem passar a ser tratadas e lidadas segundo as finalidades explicitadas na lei. O direito urbanístico terá autonomia somente quando vier a definir para si categorias jurídicas diferenciadas daquelas já existentes nos outros subsistemas existentes; quando, por exemplo, definir um poder de polícia urbanístico com características especiais, diferentes do poder de polícia comum da administração pública e, decorrentemente, com campo de aplicação e efeitos próprios e diferenciados. E isto ainda não é o que ocorre.

Sabendo-se que o direito urbanístico desenvolve-se e trabalha — no que concerne às suas relações entre cidadão e poder executivo — por meio do direito administrativo, resta-nos perguntar: o que é então direito urbanístico? Qual o seu objeto?

A resposta a esta pergunta pode ser complexa, já que o seu objeto — o urbano — também o é. Entretanto, podemos optar por uma resposta bastante simples, dizendo que direito urbanístico é tudo aquilo que a Constituição Federal e as normas gerais definem como sendo objeto deste interesse público. É o critério formal que adotamos. Parece óbvio que as relações deste interesse público devem estar, fisicamente, dentro do *locus* urbano. Porém, nem tudo que está dentro deste espaço pode ser considerado de interesse público urbanístico, de modo a merecer a intervenção do Estado. Poderemos ilustrar com o exemplo já mencionado sobre locação e habitação. Parece óbvio que habitação seja matéria de interesse urbano. Porém não basta que se entenda, tecnicamente, que assim o é. Para que este tema torne-se de interesse *jurídico* urbanístico, é preciso que a norma legal assim o preveja. E mesmo que a lei diga que habitação é um interesse urbanístico, e saibamos que parte da política habitacional possa ser resolvida por meio de uma adequada disciplina estatal das relações civis de locação, se a lei urbanística não referir-se à locação urbana como um contrato de interesse urbanístico, as considerações jurídicas sobre esta relação irão manter-se, exclusivamente, no âmbito finalístico do direito civil. Deste modo, em relação ao objeto de competência *direito urbanístico*, que pode abarcar todo o fenômeno da cidade e, conseqüentemente, quaisquer relações jurídicas das mais diversas naturezas — civis, administrativas, penais, trabalhistas, comerciais, econômicas — cabe a lei eleger quais delas serão do interesse urbanístico e, portanto, submetidas a seus princípios e valores técnicos.

Finalmente, cabe assinalar que, ao tratar de direito urbanístico, a normatização pode, e talvez deva, ter dois espaços de abrangência normativa. O primeiro é aquele de definição de conceitos e categorias gerais, e princípios técnicos que irão pautar o planejamento urbano propriamente dito — é o direito urbanístico no sentido estrito

do termo. O outro âmbito normativo é aquele das normas específicas de ordenamento do solo urbano. Estas são feitas para ser aplicadas em determinado local e em determinada época; seu nível de generalidade é pequeno e o de abstração também tende a ser. Trata-se das normas de planejamento urbano.

Essa distinção é relevantíssima, e dela trataremos de forma mais detalhada no capítulo IV deste trabalho. Cabe, no entanto, afirmar desde já que esta distinção implica a possibilidade de distinguir as formas jurídicas necessárias e adequadas para a formatação do sistema normativo do urbanismo brasileiro. As normas gerais e abstratas que imponham as obrigações ou restrinjam direitos são matéria de lei primária. Incluindo-se o que se chama direito urbanístico em sentido estrito. Já o planejamento urbano, que é o campo do direito urbanístico aplicado e operacional, precisará valer-se de formas jurídicas que sejam adequadas ao atendimento de suas finalidades. Assim o planejamento urbano, ainda que tenha seus padrões qualitativos previstos em lei, não prescindirá de ser instrumentalizado por meio de atos normativos mais flexíveis e dinâmicos, ao mesmo tempo passíveis de controle técnico mais apurado, ou seja, por meio do ato administrativo normativo de polícia ¹⁵, como se verá a seguir.

Toda esta construção sistêmica da normatividade urbanística, desde suas normas gerais de direito urbanístico até a normatividade detalhada e operacional do planejamento urbano de um bairro em uma determinada cidade, irá valer-se, intensamente, das possibilidades oferecidas pelo instrumental jurídico disponível em nosso sistema. E, para bem usá-lo, é imprescindível que se tenha clareza dos conceitos e de seus campos de aplicação. É por este motivo que, para tratar da normatividade de poder de polícia urbanística, tornou-se imprescindível abordar também os conceitos de limitações administrativas, poder de polícia, poder regulamentar e ato normativo, e o de planejamento urbano, conforme que veremos a seguir.

¹⁵ É lição de Hely Lopes MEIRELLES que “Conquanto mais comuns sejam as limitações urbanísticas editadas em lei, nada obsta a que venham expressas em decreto ou qualquer outro ato administrativo adequado à situação a prover.” (1994a, p. 386).,

CAPÍTULO II

LIBERDADES INDIVIDUAIS E SUAS LIMITAÇÕES

2.1: FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DAS LIBERDADES PÚBLICAS

Para tratar de poder de polícia normativo no urbanismo é imprescindível, ao nosso ver, tratar do tema limitações administrativas. Ambas as categorias parecem estar ligadas, sem que se consiga, contudo, discernir os limites e o campo de aplicação de cada um dos conceitos. Há inúmeras afirmações, na nossa doutrina e jurisprudência, que tratam os dois conceitos como sinônimos, sem que se possa concluir, afinal, se as limitações decorrem do poder de polícia, ou se o poder de polícia da administração decorre da previsão de limitações administrativas, ou ainda, se há limitações administrativas sem poder de polícia e poder de polícia sem previsão de limitações ¹. A partir daí, muitas outras questões são geradas, como a aplicação mais precisa de princípios como o da legalidade, o da separação dos Poderes, dos quais decorre a discussão sobre a validade jurídica das “delegações legislativas”, quando da prática de atos normativos pela administração pública.

Por outro lado, ao tentar-se esclarecer estas questões, estabelecendo as relações entre os conceitos de limitações administrativas e poder de polícia, especialmente o normativo, o que se estaria garantindo, em última análise, é a funcionalidade e a operacionalidade jurídica do sistema. Assim, ter-se-ia maior clareza sobre este enorme poder da administração pública de fazer incidir regras aplicativas de limitações a liberdades e direitos individuais, por meio de poder de polícia normativo, hoje amplamente usado em inúmeras áreas econômicas e técnicas, dentre elas a do urbanismo, a de proteção ao meio ambiente e do patrimônio cultural.

Entendemos que limitações administrativas e poder de polícia são as duas faces de uma mesma moeda, ou seja, uma não existe sem a outra; porém, cada uma delas tem características próprias e, portanto, conceito e função diferenciados. Contudo, sem a delimitação do campo de aplicação de cada um destes conceitos, haverá sempre um certo temor de usar toda a potencialidade dos poderes da administração no campo do poder de polícia normativo, por receio de ameaçar o princípio da legalidade.

Parece-nos que a imprecisão conceitual pode ter sido consequência de uma receptividade, pelo nosso sistema de direito administrativo, tanto da figura concebida pelo direito público francês, como também do conceito praticado pelo direito público americano. A própria expressão *police power* ² parece ter sido fruto desta influência,

¹ O preclaro publicista, prof. José Afonso da SILVA, afirma: “Não há discrepância na doutrina, que invariavelmente **define a polícia administrativa como atividade limitadora dos direitos dos administrados, actividad administrativa de injerencia en la libertad y propiedad de los particulares...**” (grifos nossos) (1978, p. 242).

² ² “Aos poucos deixou-se de usar o vocábulo “polícia” isoladamente para designar essa parte da atividade da Administração. Surgiu primeiro a expressão *polícia*

ainda que para nós o conceito de *police power* corresponda muito mais à definição de limitações administrativas, por se tratar, muito mais, de uma restrição legislativa às liberdades e direitos individuais.

Uma das formas mais importantes da prática do urbanismo consiste no exercício pelo Estado do seu poder de limitar o uso e a ocupação de bens imóveis urbanos, em função do interesse urbanístico ³. Normalmente esta atividade do Estado é mencionada como limitação à propriedade, ou ao direito de propriedade do solo. Ela está (ou poderá estar) ligada a um importante exercício do poder de polícia normativo pela administração pública. Formas similares deste poder de polícia normativo já vêm sendo exercidas amplamente pela administração pública em áreas correlatas ao urbanismo, como na área da proteção do patrimônio cultural e do meio ambiente, sem que tenha sido aprofundado o significado conceitual de limitações administrativas e de poder de polícia no seu aspecto normativo. Portanto, para um bom uso, pela administração, destes instrumentos, faz-se necessário revisarmos os conceitos.

Para tratarmos de limitações urbanísticas, optamos por buscar na sua história o seu sentido e significado. Contudo, é necessário preliminarmente estabelecermos que nem sempre as limitações feitas em função de direitos urbanísticos são limitações à propriedade. Ou seja, não há similaridade entre as situações: limitar o uso de bem imóvel e limitar o direito real de propriedade. O direito público urbanístico, ao estabelecer condições e, portanto, limitações de uso e ocupação do solo, o faz sobre o imóvel urbano, condicionando sua utilização por qualquer sujeito, tendo ou não qualquer direito real sobre o imóvel. Assim, as limitações urbanísticas são limitações imobiliárias, incidentes ou não, sobre o direito de propriedade ⁴. Porém a restrição

administrativa na França, em contraponto a polícia judiciária. A expressão *poder de polícia* vigente no ordenamento brasileiro é a tradução de *police power*.” In: MEDAUAR (1999, p. 365).

³ O que é interesse urbanístico do ponto de vista jurídico? Não podemos dizer que se possa deduzir um sentido e o conteúdo jurídico do que seja o interesse urbanístico, senão por meio de uma definição legal, ou de um elenco de princípios mais ou menos de conteúdo definido em uma lei. Hoje este conteúdo pode ser inferido no texto Constitucional (capítulo referente à Política Urbana: arts. 182 e 183), bem como da recente Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Ainda assim, para a aplicação dos textos legais, não prescindirá o intérprete de valer-se do amparo dos conhecimentos técnicos de urbanismo.

⁴ O dever de cumprimento da obrigação urbanística é de todo cidadão. Neste sentido é que a obrigação é pública, e por isso se impõe a quem quer que utilize o imóvel, proprietário ou não.

ao direito real de propriedade é sempre colocada como ponto central da problemática das limitações urbanísticas⁵, por este motivo iremos abordá-la diretamente.

A idéia de limitação à propriedade não pode ser tratada senão dentro de um contexto muito mais amplo, qual seja, o do poder do Estado de limitar direitos em geral. Portanto a indagação que deve ser posta diz respeito às possibilidades e extensão do poder do Estado de limitar a liberdade individual e, conseqüentemente, os direitos patrimoniais dos cidadãos.

O fundamento básico da construção da idéia de patrimônio individual, compreendendo-o como um direito, encontra suas justificativas histórico-ideológicas no prestígio do conceito de *liberdade da vontade* do indivíduo e na sua *liberdade de apropriar-se* do fruto de seu trabalho⁶. Este conceito de liberdade, sobre o qual se estruturaram os principais sistemas jurídicos ocidentais modernos, é aquele talhado pelos ideólogos do pensamento liberal, construído a partir do século XVIII⁷, e que deixou suas marcas até os dias de hoje. Porque o indivíduo era livre, poderia formar seu patrimônio e ter sua propriedade.

Historicamente a propriedade, como decorrência do princípio da liberdade individual, era a idéia perseguida pela burguesia emergente, que estava interessada em tomar o poder econômico e político das mãos do rei e da nobreza. Essa é a razão pela qual o novo Estado idealizado deveria ter como missão principal a defesa do novo patrimônio que se formava em outras mãos, fruto de seu trabalho e do livre poder de acumulação de riquezas.

O conceito jurídico de propriedade, como direito à apropriação e ao uso exclusivo de um patrimônio individual, é, portanto, uma conseqüência, um

⁵ A própria Constituição Federal, ao tratar da política urbana nos seus arts. 182 e 183, refere-se à expressão propriedade urbana quando, ao nosso ver, seria mais preciso dizer “imóvel urbano”, pois nem toda propriedade urbana é um imóvel urbano e nem todo imóvel urbano (objeto do planejamento) é uma propriedade urbana.

⁶ O'BRIEN chama a atenção para o conceito desenvolvido por Locke — *Second Treatise of Government* — afirmando: “On Locke's labor theory of value, property was but an extension of liberty” (2000, p. 219). “The *labour* that was mine, removing (objects) out of the common state (of nature) they were in, hath fixed my Property in them (...), and the Ore I have digg'd in any place where I have the right to them in common with the others, become my Property”. In: LOCKE (1965, p. 330).

⁷ O preceito bem conhecido do artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dizia: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não perturbe o outro: deste modo o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que assegura aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei”. (Tradução livre) *apud*: WORMS, F. (1993, p. 74).

desdobramento do direito anterior que o gera, qual seja, o direito à liberdade⁸ : direito à liberdade de querer algo e o direito de apropriar-se da coisa por todos os meios, desde que não defesos em lei.

A construção do conceito de direito de propriedade, com seu feixe de significados próprios, estava de acordo com o pacto social específico daquele momento histórico e propício para aquela sociedade que se reorganizava

⁸ “A *propriedade* é uma consequência sucessiva da *liberdade pessoal*, isto é, do direito de cada um à sua personalidade; é um *bem individual* que se confunde com a liberdade de cada homem, inerente à sua pessoa, que é o bem fundamental e inalienável, a matriz dos demais direitos; (...) — grifos no original. In: OLIVEIRA (1982, p. 29).

Na construção do direito público americano, que tanta influência teve no pensamento político e jurídico brasileiro, a construção do conceito de propriedade decorre fundamentalmente da garantia à liberdade. E isto se explica já que os federalistas, ao defenderem a fundação do novo Estado, independente da Inglaterra, teriam que justificar a perda dos direitos dominiais dos ingleses na colônia e, respectivamente, a aquisição deste “novo” direito dos colonos sobre as terras, em função de um direito maior do que o da propriedade — que seria o direito à liberdade. Daí por que do conceito de liberdade (como direito natural do homem) deveria decorrer o direito à apropriação legítima das terras, fruto do seu trabalho, na construção da dignidade do homem. “*In America, and here alone, we have gone at once to the **foundations of liberty**, and **raised the people to their true dignity**. Let the lands **be possessed by the people in fee-simple**, let the fountain be kept pure, and the streams will be pure of course. Our jealousy of trial by jury, and liberty of the press etc... is totally groundless. Such **rights are inseparably connected with power and liberty of the people, which rest on their property**. They cannot be abridged. All other (free) nations wrested **property and freedom** from barons and tyrants; we begin our empire with **full possession of property and all its attending rights**” Alexander HAMILTON: *The Federalist*. Apud O'BRIEN (2000, p. 218). É importantíssimo ressaltar que o sentido que HAMILTON dá ao termo *property* é por certo aquele dado por LOCKE em sua clássica obra *Two Treatises of Government*, e por quem foi diretamente influenciado: ou seja, propriedade significa preservar a sua vida, sua liberdade e seus bens. Locke ao expor os fundamentos que justificaram a busca do homem sair do seu estado natural e buscar a vida em sociedade diz: “*And `tis not without reason, that he (a pessoa) seeks out, and is willing to joyn in Society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual Preservation of **theirs Lives, Liberties and Estates**, which I call the **general Name, Property**. (...) grifos nossos.**

The great and the chief end therefore, of Mens uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government, is the Preservation of their Property.” In: LOCKE (1965, p. 395).

politicamente. Aliás não poderia ser de outro modo, já que os conceitos jurídicos são fruto e consequência da cultura dominante em uma sociedade, em um determinado momento histórico. Assim sendo, os direitos de um sistema jurídico relacionam-se à estrutura social que os justifica e os gera, fruto da cultura da sociedade à qual pertencem. Destarte, fazia-se compreensível a defesa de um conteúdo amplíssimo dos direitos em geral que a doutrina francesa veio a denominar “liberdades públicas”. No decorrer do século XIX, o conceito clássico de liberdades públicas, dentro das quais também se constrói o conteúdo do direito de propriedade à época, segundo COLLIARD,

“(…) pode ser caracterizado por duas regras essenciais: de uma parte um antagonismo entre o indivíduo e o Estado, uma oposição que implica em entender que o respeito às liberdades analisa-se pela limitação à ação do Estado e, de outra parte, por uma fórmula pluralista, dos indivíduos usando suas liberdades nas suas relações interpessoais, no pressuposto de que assim se apresentam como iguais e abstratamente livres”⁹.

A sociedade atual, porém, é bastante distinta daquela do século XIX, e daquela das primeiras décadas do século XX; e são tantos os fatores diferenciadores, e tão óbvios, que seria aqui enfadonho e despreciando enumerá-los. Logo os fatores sociais e culturais geradores das ideologias liberais que justificaram a estruturação do Estado, como protetor da liberdade individual dita irrestrita e absoluta (concepção adotada apenas por alguns, evidentemente¹⁰, já não mais existem.

No final do século XIX e, sobretudo, no decorrer do século XX, aperfeiçoou-se um novo conceito de liberdade, para compatibilizá-lo com as condições de vida de uma nova sociedade que se formava; entendeu-se que as liberdades individuais e, decorrentemente, os direitos frutos da apropriação patrimonial do indivíduo só poderiam continuar garantidos pelo Estado se houvesse uma harmonização, uma compatibilidade com os múltiplos interesses sociais e públicos que se apresentavam a cada momento. Então mais uma vez vai se delineando um novo pacto social e, como consequência, uma nova função para o Estado — a de limitar e regular as liberdades individuais (e, por conseguinte, os direitos individuais), em função de interesses sociais, isto é, dos interesses coletivos da sociedade em geral.

Todas as limitações a liberdades e a direitos individuais surgem, hoje, da premissa de que o Estado, enquanto representante dos interesses sociais, existe para instaurar, pela lei, os pactos sociais. Estes pactos são justos quando são acordados por um processo, o mais amplo possível, de manifestação de vontade dos cidadãos, na garantia de seus interesses.

Modernamente, verifica-se que a defesa do conceito de liberdades públicas na sua concepção clássica pode ser muito mais retórica, idealizada e abstrata do que real

⁹ In: COLLIARD, C.A (1989, p. XL).

¹⁰ “*Freedom for property would result in liberty for men — perhaps not for all men, but at least for all worthy men*”. In: GREENBERG (1989, p. 59).

e possível. A complexidade da sociedade atual, sobretudo em função das dominações e concentrações econômicas, tecnológicas e de informação, pode mascarar a impossibilidade do exercício real das liberdades individuais por parte daqueles que não têm os meios materiais de exercê-las! E se mudaram as relações das forças econômicas e sociais, imperativo que se adaptem também os preceitos e as fórmulas jurídicas, para que deste modo continue garantindo a liberdade para uma parcela cada vez mais ampla da sociedade. Por isto que o discurso e a fórmula clássica do conceito de liberdades públicas, como limite à intervenção do Estado, encontram-se hoje superados, na medida em que se espera que este novo Estado (se legítima sua representatividade popular) circunscreva os direitos e seus conteúdos com o mesmo propósito, ou seja, garantir a liberdade para todos. A transformação do direito, por meio das novas técnicas que vêm sendo construídas ao longo do século XX, busca a ampliação deste novo conceito de liberdades públicas no real social, já agora pela intervenção estatal na mediação desses interesses, mas tendo como premissa a mesma finalidade, ou seja, a construção do bem-estar comum.

2.2. AS CIDADES E AS LIMITAÇÕES DE INTERESSE COLETIVO.

É interessante assinalar que foi o *locus* urbano o fato social de origem do nome polícia, porque é sobretudo nele que a sociedade, num convívio mais intenso, necessita regradar e, portanto, limitar as liberdades individuais. E hoje, nas cidades, pela complexidade das múltiplas relações pessoais, sociais e econômicas que aí se processam, não há como conviver de forma minimamente harmônica, saudável e até segura, sem limitar qualquer das formas de manifestação das liberdades, e dos decorrentes direitos individuais. Estas limitações, por serem feitas sempre por lei ¹¹, irão constantemente representar a vontade do Estado. Porém, nem sempre exigirão, para seu cumprimento, a intervenção da função executiva do Estado — ou seja, a intervenção da administração pública. Essa diferenciação separa o espaço conceitual das limitações em geral daquele das limitações administrativas e do conceito de poder de polícia, conforme será exposto mais adiante.

No momento, será útil recordar que os bens imóveis urbanos sempre foram, ao longo dos últimos milênios da história das cidades ocidentais, objeto de restrições diversas, seja em função de interesses privados, seja em função de algum interesse social ou coletivo. Podemos mesmo afirmar que não houve nenhum núcleo que se pudesse chamar de urbano, desde a história conhecida das cidades gregas, passando pelas cidades romanas, pela urbe medieval, pelas cidades da era moderna e da era contemporânea, onde não se observasse a existência de regras restritivas à liberdade

¹¹ Do princípio básico da ideologia liberal do Estado, protetor irrestrito das liberdades individual, cuja existência parece ter-se dado existido apenas em alguns textos políticos do século XVIII) restou o princípio de que, se é legítimo o Estado restringir o exercício da liberdade individual, que isto seja feito mediante o processo legitimador da representação da vontade coletiva cujo instrumento é a lei.

daqueles que ali necessitassem viver e conviver¹². Por conseguinte, podemos afirmar que o interesse urbanístico, que é objeto de regulamentação pelo poder público, não é algo novo, mas foi instituído sob múltiplas formas, desde quando a cidade ocidental ficou sendo conhecida pela história.

Ao longo destes séculos, e nos múltiplos lugares onde se foram localizando núcleos urbanos, as formas pelas quais se organizavam e se implantavam as regras de convivência urbana nem sempre foram as mesmas. Já que os sistemas jurídicos foram os mais diversificados, também as regras sociais de conduta obrigatória tomaram as mais diversas formas; no entanto o que a história das cidades mostra é que nunca houve um núcleo urbano sem regras de convivência e, portanto, jamais existiu um núcleo urbano sem limitações à liberdade individual, ou onde houvesse direitos fundamentais ilimitados — e dentre esses direitos que historicamente sempre sofreram limitações está, obviamente, o direito de propriedade.

Embora não seja tema de nossa preocupação central, é interessante reportar alguns exemplos, ainda que sucintamente, de modo a podermos constatar como ao longo da história das cidades sempre houve a necessidade de organizar não só a ocupação do espaço urbano, como também provê-lo de utilidades mínimas necessárias à convivência, dotando-o de vias, de escoadouros de esgotos, de provimento de água, de espaços religiosos, de comércio, de lazer, bem como espaços para o poder.

É bastante comum ainda hoje nos referirmos tanto à cultura grega quanto à romana como os fundamentos sociais e culturais da nossa civilização ocidental. E, de certa forma, o são, sobretudo em relação ao nosso modo de pensar. Em ambas civilizações antigas estavam presentes as regras do urbanismo, que se fizeram implantar a partir das propostas que cada grupo social, em cada período e em cada lugar, tinha para as suas sociedades. As cidades gregas, por exemplo, foram permeadas pelas propostas filosóficas e políticas que nelas pretendiam-se materializar¹³. E para construir estas cidades, era imprescindível que se

¹² Como lembra John Gilissen, nem mesmo o Direito Romano concebeu o direito de propriedade sem limitá-lo em nome do interesse público. Sobre a propriedade quirritária (*dominium ex iure Quiritium*): “Era o poder mais absoluto que uma pessoa podia ter sobre uma coisa: o direito de a utilizar como quiser, de a desfrutar e de receber os seus frutos, de dispor dela livremente. No entanto, não se tratava de um poder ilimitado: mesmo na época da Lei das XII Tábuas, o poder do proprietário estava limitado, sobretudo no que respeita aos imóveis, quer no interesse dos vizinhos, quer no interesse público” (1995 p. 638).

¹³ Deve-se referir, neste ponto, ao planejamento urbano de Mileto, cujo rigor geométrico e zoneamento expandiram-se pelas cidades gregas. “*Le plan en échiquier adopté à Milet constitue la transcription urbanistique d'une pensée dont les spéculations philosophique à caractère mathématique et les méditations sur la meilleure organisation politique de la cité débouchent sur la recherche de la*

estabelecessem regras de urbanismo. Estas regras de urbanismo, diz HAROUEL (1990), relacionavam-se sobretudo às necessidades de garantir a não-apropriação particular dos espaços públicos, e a organização dos serviços públicos mínimos, como vias, esgotamento sanitário, construções e espaços públicos urbanos. E para viabilizá-las, já se utilizavam, por exemplo, as regras de intervenção como a expropriação! Curioso que, para tal, embora sejam relatadas variações quanto às suas modalidades, em relação a algumas delas os valores de indenização eram objeto de fixação por voto popular!

O urbanismo romano é marcado, também, por seus aspectos ideológicos tais como: o religioso — pela construção dos templos e delimitação das vilas, fato este que tinha uma significação ritual e sagrada; o político — com a construção dos palácios; o público — pela construção de equipamentos públicos de comércio e de lazer, como o *forum*, as vias e praças públicas, as termas, os circos, os anfiteatros, os aquedutos e fontes, os esgotamentos sanitários.

Os interesses públicos ou coletivos fizeram-se presentes em cada lugar e em cada época do Império Romano. Em todas as ações relacionadas à cidade, o Estado Romano não se furtava em regular o que fosse necessário para atingir seus interesses e valores, fossem eles estéticos, políticos, religiosos ou práticos. Neste sentido já se encontravam, em cidades regidas pelas leis romanas, leis que dispunham sobre o tamanho das vias (para classificá-las em níveis); a altura dos prédios; os tipos de construções dos prédios e suas posturas de uso (inclusive normas de prevenção de incêndios e de segurança das habitações); a separação entre prédios; os balcões das construções e seu alinhamento, e até normas que impediam a demolição de prédios por seus proprietários para evitar que estes especulassem na venda de materiais preciosos de suas construções!¹⁴

structure urbaine correspondante. Très vite, le tracé milésien va se répandre à travers le monde grec. (...)

L'urbanisme imité de Milet ne se limite pas à la rigueur géométrique du tracé. Il comporte une division de l'espace urbain en zones délimitées par des bornes. Ainsi, au Pirée, on distingue très nettement la zone du port militaire, celle de l'agora et des sanctuaires, celle de l'emporion (port de commerce) et enfin deux vastes secteurs résidentiels.” In: HAROUEL (1990, p. 9)..

¹⁴ Ver a respeito interessantíssimo relato em HAROUEL (1990, p. 18 e segs). Ver também em OLIVEIRA (1982, p. 26-27) que nos relata: “Depois de comentar a extraordinária multiplicação das limitações à propriedade privada romana, principalmente das edificações, alude Bonfante à minuciosa regulação da forma das construções e das distâncias que deviam ser observadas, sobretudo em relação aos prédios públicos, para informar que havia proibições não só de alterar edifícios antigos, mas também de obscurecer excessivamente com a própria construção a casa dos vizinhos (...).

Na Idade Média, embora este longo período histórico não tenha se caracterizado pelo urbano e sim pelo domínio expandido em poder das propriedades rurais, os núcleos urbanos não desapareceram. Ao contrário, tomaram o aspecto e a funcionalidade do meio social ¹⁵ que os envolvia — seja do senhor das terras e do seu castelo, seja de núcleos de comércio e trocas, seja das abadias e ordens religiosas. Em cada lugar sua razão de ser conduzia-os a tomarem caracteres próprios. Porém, em lugar algum se prescindiu do dirigismo das regras de convivência, necessárias à solução de problemas concretos.

Há soluções que hoje nos parecem modernas, mas que já aconteciam desde então nos núcleos urbanos, como a demarcação das diretrizes de loteamentos e a obrigação de construir como contrapartida da cessão de terrenos para moradia, as desapropriações e sua indenização não só pelo critério do valor justo, mas também do razoável, a preocupação com a estética das construções, a recuperação dos recursos, junto aos proprietários beneficiados da valorização advinda das obras públicas, e a “obrigação para o proprietário de um terreno ou de um casebre alugado de vendê-lo a quem deseje realizar uma construção de boa aparência”¹⁶.

No Renascimento, a cidade começa a ser objeto da produção intelectual e reflexiva que caracteriza este período da história. Destacam-se aí não só a obra de Alberti (*De re aedificatoria*), como a cidade idealizada por Tomas Morus em *A utopia*. É também o período no qual o poder real começa a firmar-se cada vez mais sob o regime absolutista. O rei pretende submeter a cidade não só à sua necessária funcionalidade social, como também à sua vontade e ao seu ideal. Há um relato sobre Luís XIII que exemplifica esta forma de intervenção real: este rei tentou por decreto (e inutilmente) conter a expansão de Paris, uma cidade que tinha um dos maiores crescimentos urbanos da Europa, já a partir do século XII¹⁷. A necessidade

Dessas considerações infere-se este princípio cardeal, enunciado por Bonfante e cabalmente aplicável no âmbito do Direito Romano: “*El derecho del propietario sobre la cosa se extiende, conforme a su naturaleza, hasta donde encuentra límites* — limites jurídicos, sem nenhuma dúvida. Portanto, a propriedade que os romanos nos transmitiram *não era nem exclusiva, nem perpétua, nem absoluta, mas submetida ao Direito e à sua regulação*” (grifos no original).

¹⁵ “O que significa que, se pensarmos na longa duração, se formos além mesmo do caso de Paris, as funções essenciais de uma cidade são a troca, a informação, a vida cultural e o poder. As funções de produção — o setor secundário — constituem apenas um momento da história das cidades, notadamente no século XIX, com a Revolução Industrial, visível sobretudo nos subúrbios situados na periferia. Elas podem desfazer-se; a função da cidade permanece.” In: LE GOFF (1997, p. 29).

¹⁶ HAROUEL (1990, p. 55).

¹⁷ Ver LE GOFF (1997, p. 26 e 46). Londres, já em 1700, alcança Paris em número de habitantes, tendo então 850 mil, por volta de 1800, como consequência da Revolução Industrial e financeira da cidade.

de conter o crescimento urbano não decorria de uma vontade, um capricho real, tinha também o objetivo de preservar áreas para agricultura, bem como garantir sua ordem e segurança; havia ainda o interesse de se manter os imóveis já construídos, e a necessidade de facilitar a circulação pelas vias existentes. Estas razões e outras de interesse geral eram sempre invocadas e motivaram as intervenções reais caracterizadas por um fortíssimo condicionamento do uso e da propriedade do imóvel urbano. Talvez essas fortes intervenções reais tenham justificado a forte reação em contrário da burguesia ascendente, no sentido de aliar a ideologia da defesa da liberdade a um ilimitado conceito de propriedade. Como é óbvio, isto decorria diretamente do seu interesse patrimonial que se formava!

A cidade chamada clássica viu surgir o urbanismo mais conduzido e planejado. O desenvolvimento mais amplo do comércio, a relativa desconcentração do poder real, o desenvolvimento das ordens religiosas, múltiplos aspectos sociais, econômicos, políticos, religiosos, culturais e educacionais¹⁸, em cada região, irão influenciar as características de cada cidade e o regime normativo aplicável a cada uma delas. Não se desconhecera, porém, regras de planejamento das edificações, de loteamentos, e de serviços públicos, verificáveis sobretudo nas áreas nobres das cidades, onde o poder político e econômico se localizava¹⁹.

A planificação urbana a partir do crescimento das cidades na Europa e, por reflexo, nas Américas, só tendeu daí por diante a aumentar. Às vezes, ela prende-se à estética, ou à segurança dos prédios limitando sua altura e forma de edificação ou ainda, à higiene, à viabilização de serviços públicos básicos como os sanitários e de

¹⁸ Interessante ressaltar o papel de destaque que tem as cidades como lugar centralizador da propulsão educacional e da valorização do trabalho. “Mas, seja qual for o *status* depreciado de numerosos trabalhadores que evocamos, a grande valorização do trabalho se dá nas cidades. (...) Some-se a isto que, a partir do momento em que se desenvolve um movimento escolar num certo número de grandes cidades, o fato de ensinar e aprender contribui para a valorização do trabalho.” In: LE GOFF (1997, p. 49).

¹⁹ “O urbanismo clássico utiliza largamente o recurso ao sistema do programa arquitetural que se impõe para uma rua, uma praça e mesmo para a cidade inteira, como se tenta fazer com Rennes após o incêndio de 1720.(...) Administrador de tipo moderno, ancestral do prefeito, o intendente é, sob o controle do Conselho do Rei, o grande promotor do urbanismo nas cidades das províncias no final do século XVII e no século XVIII. Ele incentiva as cidades, e às vezes *obriga-as a empreender e financiar grandes obras urbanas*; na falta, ele incita-as a se dotarem ao menos de um *plano de alinhamento* ou de embelezamento. (...) Os traçados das ruas da capital são bastante diferenciados. Nos bairros novos as ruas dos loteamentos são retas e relativamente largas: ocorre que, após 1724, *a abertura de uma rua em Paris só pode ser feita mediante um plano aprovado oficialmente*.” Grifos meus. In: HAROUEL (1990, p. 76-77).

circulação. O poder público passa a interferir diretamente na propriedade privada, e as elites sociais e econômicas reagem exigindo que a perda da propriedade, em função da necessidade ou utilidade pública, se fizesse mediante a justa e prévia indenização. Aos poucos esta prática vai sendo assimilada para os casos de destituição dominial, mas não para as práticas de limitações em função dos interesses urbanos.

Com a era industrial, já no decorrer dos séculos XIX e XX, a população das cidades multiplica-se por dez (ao passo que a população geral se multiplica por quatro). O setor terciário aparece e consolida-se como força econômica nas cidades. Nos Estados Unidos a tecnologia da construção (ferro, metal e concreto armado) favorece uma verticalização sem precedentes na história da humanidade. Modifica-se a forma de transporte com o aparecimento do motor de explosão, e a energia elétrica viabiliza um outro padrão de comportamento, de técnicas e de possibilidades construtivas. A demografia explode, e a nova cidade torna-se um organismo muito mais complexo.

Surge então um novo urbanismo, com a pretensão de ser fruto de um conhecimento sistemático, apto a lidar com o mesmo objeto —, a cidade —, já agora muito mais denso, dinâmico e multifacetado; mas a busca é pelo mesmo fim: o bem-estar dos seus habitantes. Em nenhum momento, porém, as cidades deixaram de ser planejadas. Os limites das possibilidades de uso e ocupação do solo urbano podem ter sido momentaneamente expandidos pelas possibilidades técnicas que surgiam. Porém logo volta a verificar-se a necessidade do controle, como forma de preservar o bem-estar geral. Nos Estados Unidos a preocupação é com a universalidade, como forma de viabilizar-se o velho conceito de liberdade pela igualdade:

“Em suma, as condições opressivas, que limitavam o desenvolvimento das cidades através da História, começam a desaparecer. A propriedade, a casta, e até mesmo a especialização vocacional — (...) perderam a maior parte das suas fixações hereditárias. (...) A tarefa da cidade emergente era emprestar uma forma ideal àquelas condições radicalmente superiores de vida.”²⁰

As condições superiores de vida, referenciadas por MUMFORD (1998) fundamentam-se principalmente na equidade de acesso aos benefícios sociais que a cidade pode trazer, na equidade de oportunidades, no desaparecimento do monopólio do saber por elites privilegiadas, na equidade de distribuição de ônus e de benefícios urbanos.

Despiciendo lembrar que um fator básico afasta-nos enormemente de todas as sociedades ocidentais conhecidas até o século XIX: a revolução industrial e, mais recentemente, a revolução tecnológica, que transformaram, qualitativamente, aquilo

²⁰ In: MUMFORD (1998, p. 617). Neste livro há um riquíssimo panorama da evolução de inúmeras cidades na história. Não obstante o autor não aborde diretamente a questão da regulamentação, ela pode ser estudada a partir dos relatos que faz ao longo de sua profunda obra.

que chamamos de cidade, não só pela profunda alteração econômica dos meios de produção e de mercado, como também pela explosão demográfica que alterou profundamente as relações territoriais, ambientais e sociais do homem com o território por ele ocupado. Antes destas rupturas tecnológicas, era a própria falta de tecnologia que continha a expansão. Hoje a tecnologia não limita, mas possibilita. E é neste espaço de expansão tecnológica que cabe a opção política e social de se acolherem, ou não, por opção de cada sociedade, as limitações por interesses públicos e sociais urbanos.

Por essa razão pergunta-se: se a cidade é outra — muito mais complexa —, é possível regular os interesses públicos e sociais decorrentes das relações privadas e públicas que nela interagem, e dela decorrem, com o mesmo ferramental jurídico do século XVIII? Com os mesmos conceitos, cujas palavras já perderam o sentido nas mutações do tempo histórico e social? Com o mesmo sistema desenhado e concebido para uma sociedade que já não é mais a mesma, pois ela é hoje o resultado de outros pressupostos fáticos e sociais completamente diferenciados?

2.3: AS CIDADES BRASILEIRAS E AS LIMITAÇÕES AOS IMÓVEIS URBANOS

No Brasil, não estivemos alheios ao que acontecia no mundo. É evidente que, porque éramos e permanecemos como colônia por mais de três séculos, o interesse de nossos gestores não era outro senão o extrativo das riquezas que o país poderia produzir. A colonização brasileira foi marcada pelo critério da exploração máxima dos potenciais produtivos, sem qualquer atenção ou cuidado com a preservação ou construção do que quer que fosse, e nem mesmo com o bem-estar social²¹. Ainda assim nossas cidades, como aliás as cidades da América Latina em geral, não deixaram de ter padrões construtivos que para cá foram trazidos a partir da legislação portuguesa: as Ordenações do Reino.

As normas do direito luso eram de observância nas cidades e nas vilas. Não obstante não terem talvez o mesmo padrão de desenho e de rigidez das normas impostas nas cidades latinas pela colonização espanhola²², nem por isto se pode dizer que as cidades e vilas brasileiras eram desprovidas de regras reguladoras de

²¹ Na clássica obra *Raízes do Brasil* de Sérgio Buarque de HOLLANDA, o capítulo II, no qual é especialmente relatado o espírito da colonização portuguesa no Brasil (1999, p. 43-56). Será que continuamos, entre nós mesmos, reproduzindo esta velha cultura colonial?

²² “Desde o século XVI, uma importante legislação revelou a preocupação dos soberanos espanhóis de organizar as bases urbanísticas de suas colônias. A primeira regra de observância consistia em determinar o plano da cidade projetada. Era necessário que as praças, ruas e espaços estivessem dispostos linearmente, a partir do coração da futura cidade, a Praça Maior.” Tradução minha. In: HAROUEL (1990, p. 81).

edificações. Nas Ordenações Filipinas, aplicáveis às cidades e vilas brasileiras no período do Brasil colônia, havia regras concernentes à estética das cidades, bem como “outras regras sobre relações de vizinhança e direito de construir”²³.

É evidente que não se falava de planos, não obstante já termos notícias por SILVA (1995) que a Carta Régia da Capitania de São José do Rio Negro, em 1755, estabelecia regras de construção da vila, com lugar determinado para a Igreja, prédios públicos e áreas para a habitação com espaço adequado para a largura das vias; enfim, uma forma elementar do que chamamos hoje de plano urbanístico. Ressalte-se ainda que, enquanto as Ordenações Filipinas estabeleciam um conjunto mais genérico de regras para as vilas, cabiam a estas dispor, com maiores detalhes, sobre as exigências locais de construir nas cidades. Daí a referência a *posturas municipais*.

No período do Império, as vilas e cidades tiveram o reconhecimento constitucional²⁴ para disporem sobre assunto do seu interesse, sobretudo aqueles referentes aos seus interesses econômicos e policiais (de polícia da cidade). A Constituição de 1824, ao mencionar o governo municipal, introduziu, na primeira Carta Política Brasileira, o poder do Estado de dispor sobre os interesses públicos emergentes nas cidades por meio do disciplinamento urbano, isto é, das limitações urbanísticas.

A lei de 1.10.1828²⁵, que regulamentava o assunto, dispôs, no seu Título II, que tratava das “Posturas Municipais”:

“Art. 66 — Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito à *polícia, e economia* das Povoações, e seus termos, pelo que tomarão *deliberações, e proverão suas Posturas sobre os objetos seguintes*:

1. *Alinhamento*, limpeza, iluminação e desempachamento de ruas, cais, (...), e quaisquer outras construções em benefício comum dos habitantes, *ou para o decoro, e ornamento das Povoações*.(...).
2. *Sobre edifícios ruinosos*, escavações e precipícios nas vizinhanças das povoações; *mandando-lhes pôr divisas*, para advertir os que transitam; suspensão e lançamento de corpos que possam prejudicar, ou enxovalhar aos viandantes; cautela contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, embriagados, de animais ferozes, ou danados, e

²³ SILVA (1995, p.44).

²⁴ O art. 167 da Constituição de 1824 dispunha que: “ Em todas as cidades e vilas ora existentes, e nas mais que para o futuro se criarem, haverá câmaras, às quais compete o governo econômico e municipal das cidades e vilas”. E continua no art. 169 dizendo: “O exercício de suas funções municipais, **formação de suas posturas policiais, aplicação de suas rendas, e todas as suas particulares e úteis atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar**” (grifos nossos).

²⁵ Esta lei consta da publicação organizada por BARRETO, Carlos Eduardo, com o título: *Constituições do Brasil*, 1º volume.

daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes, *providências para acautelar, e atalhar os incêndios*” (grifos meus).

São doze os itens da lei nacional que se referem a tópicos de posturas policiais, visando o bem-estar geral nas vilas e cidades, já em 1828. Isto só reforça a idéia de que, no âmbito das cidades brasileiras, sempre houve legislação de organização urbana, editada pelas câmaras municipais. Este é uma forma de organização que herdamos das Ordenações do Reino, que, “como leis gerais, fixavam princípios básicos e genéricos, ficando a cargo das autoridades locais impor restrições recomendadas pelas condições peculiares de cada cidade. (...). No direito brasileiro seguiu-se essa tradição de se fixarem normas genéricas na legislação nacional, deixando-se ao cuidado das autoridades municipais o estabelecimento das normas específicas.”²⁶

Não é irrelevante lembrar que as cidades, até meados do século XX, especialmente no Brasil, não representavam espaço relevante na economia colonial, imperial, ou republicana²⁷. Pelo contrário, o extrativismo das riquezas naturais ou minerais, a agricultura, as atividades primárias eram os aspectos econômicos significativos, sobre os quais o poder público realmente enfocava a sua atenção política e legislativa. Ainda assim assinala-se que, em nenhum momento, as cidades ou vilas brasileiras deixaram de ter legislação restritiva a liberdades e direitos individuais aplicáveis no *locus* urbano, tendo em vista os interesses públicos e sociais que ali se desenrolavam.

Este planejamento, ainda que incipiente, foi realizado no âmbito da competência municipal, já que a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 continuou reservando para o Município, no seu art. 68, “a autonomia (...) em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”. Mais tarde a Constituição de 1934, embora não tenha introduzido a fórmula da “função social”, dispõe com clareza sobre a “Ordem Econômica e Social” que:

²⁶ In DALLARI. (1970, p.110).

²⁷ A cidade do Rio de Janeiro é caso exemplar em termos da história do regramento urbano no Brasil. Como capital, e maior cidade brasileira, ainda assim suas dimensões não são significativas, pelo menos até meados do século XIX. “Só a partir do século XIX é que a cidade do Rio de Janeiro começa a transformar radicalmente a sua forma urbana e a apresentar verdadeiramente uma estrutura espacial em termos de classes sociais. (...) As contradições da cidade só serão resolvidas no início do século XX. Tal resolução, entretanto, só será possível porque, no decorrer do século XIX, são lançados no espaço os elementos que a possibilitam, dentre eles a separação, gradual a princípio, e acelerada depois, dos usos e classes sociais que se amontoavam no antigo espaço colonial. Essa separação só foi possível, entretanto, devido à introdução do bonde de burro e do trem a vapor que, a partir de 1870, constituíram-se nos grandes impulsionadores do crescimento físico da cidade.” In: ABREU (1987, p. 35-36).

“Art. 115: — A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. **Dentro destes limites, é garantida a liberdade econômica**” (grifos nossos).

Já no início do século XX, começam a surgir nos principais núcleos urbanos brasileiros projetos urbanísticos que poderiam ser considerados como embriões do planejamento urbano²⁸. Destaque-se, por exemplo, a cidade de Belo Horizonte, que nasce, por meio de planejamento, a partir de 1897²⁹, para ser a capital de Minas Gerais em substituição a Ouro Preto. A cidade foi planejada não só em seus espaços públicos como também na forma de ocupação do solo privado: pelas restrições de zoneamento, tipologia de ocupação, diretrizes para parcelamento do solo, bem como o planejamento dos serviços públicos, que atuam como direcionamento e fomento ao desenvolvimento urbano.

Foi nesse período que se iniciou o que o urbanismo denomina planejamento urbano, direcionado pelo método do conhecimento sistematizado do urbanismo. Surge no Brasil, como em grande parte do mundo, como resultado do crescimento da urbanização e da inafastável necessidade de se compatibilizarem-se as funções urbanas e o bem-estar coletivo. Foi inegável a influência européia e, mais tarde, americana no estudo do urbanismo no Brasil, influência essa que no entanto não se fez penetrar da mesma forma na área do direito. A legislação urbanística brasileira, até praticamente o final dos anos 80, foi elaborada e implantada pelos arquitetos urbanistas.

Os planos urbanísticos que começam a surgir já no final do século XIX têm como elementos balizadores à necessidade de resolução de problemas urbanos, sobretudo relacionados com a disponibilidade dos serviços públicos de saneamento, circulação, de organização de espaços públicos e, por vezes, de moradia. Todas essas

²⁸ A descrição da evolução do planejamento urbano em cidades brasileiras como São Paulo, Salvador, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Recife, Niterói, no século XX, ver: LEME, Maria Cristina da Silva (org.): *Urbanismo no Brasil 1895-1965*. Aí pode-se apreender com clareza a alteração qualitativa das regras de urbanismo para a concepção do urbanismo como um planejamento integrado de serviços e regras, visando a finalidade de bem-estar comum.

²⁹ “O projeto de Belo Horizonte é um marco importante. Delimita de forma precisa uma nova etapa de concepção de cidade moderna, planejada enquanto desenho e funcionalidade. É o início de uma série de projetos de transformações das velhas estruturas urbanas herdadas de uma economia colonial. Projetos, nas primeiras décadas apenas para partes das cidades, como as áreas centrais, até abarcarem a cidade no seu conjunto, nos anos 30, e a cidade e sua região nos anos 50”. In: LEME (1999, p. 16).

questões referiam-se diretamente à legislação urbanística, que era fundamentalmente impositiva de restrições urbanísticas³⁰.

A partir de então é impossível se falar em urbanismo no Brasil, ou de bem-estar da população que vive nas cidades, sem tratar das amplas limitações e restrições às formas e modos de ocupação do solo urbano.

2.4: REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DAS LIMITAÇÕES À PROPRIEDADE

A história da evolução da ocupação do solo urbano no Brasil nos mostra, com clareza e nitidez indubitáveis, que sempre houve restrições e limitações à propriedade urbana, nascidas em função de interesses públicos ou privados;

³⁰ “O primeiro período, 1895 a 1930: (...) As referências eram as grandes reformas das cidades européias no século 19: Paris e Viena. A ênfase central estava na técnica e a estética estava presente em alguns projetos, em particular naqueles realizados para as áreas centrais das cidades. O termo utilizado nos textos é melhoramento designando questões diversas, tanto aquelas relativas ao projeto de construção de obras de intra-estruturas, projetos e ajardinamento de parques de praças, como **também a elaboração de uma legislação urbanística.** (...) O segundo período, de 1930 a 1950: O segundo período de 1930 a 1950, é marcado pela elaboração de planos que têm por objeto o conjunto da área urbana na época. Com uma visão de totalidade, são planos que propõem a articulação entre os bairros, o centro e a extensão das cidades através de sistema de vias e transportes. **Neste período são formuladas as primeiras propostas de zoneamento.** Organizam-se os órgãos para o planejamento urbano como parte da estrutura administrativa das prefeituras das principais cidades.

O terceiro período, de 1950 a 1964: Entre 1950 e 1964, o terceiro período, são iniciados os planos regionais, dando conta da nova realidade que se configura nesta época: migração campo-cidade, o progresso crescente da urbanização, o aumento da área urbana e conseqüente conturbação. (...). Não são apenas novos temas que emergem, constatam-se também novos perfis de profissionais que passam a atuar na área. Por outro lado, na prefeitura de São Paulo, compondo o quadro do Departamento de Urbanismo, como demonstra Feldman (1996), um pequeno grupo de engenheiros civis e arquitetos inicia a construção da legislação de zoneamento de São Paulo. Esta elaboração se fará em resposta a demandas de interesses pontuais de proteção de qualidade ambiental e de valores imobiliários no quadrante sudoeste, a parte mais valorizada da cidade de São Paulo. **O saber desenvolvido nesta atividade de proposição legislativa tornava-se gradativamente um saber codificado entendido e decifrado por poucos.** (...)

Trata-se de uma nova geração de urbanista, formados pelas escolas de engenharia e que ocupam de forma permanente os quadros das prefeituras.(...).” (Todos os grifos, nossos) In: LEME (1999, p. 22-23, 25-26, 31-32).

portanto, não é correto tratar como novidade jurídica este poder do Estado de limitar a propriedade em função desses interesses. Afirmamos isto para acentuar que não compartilhamos, *data venia*, da corrente que tende a afirmar que a expressão *função social* da propriedade, introduzida nas constituições brasileiras a partir de 1946, seja o princípio jurídico singular que passou a permitir, ou a legitimar, as limitações à propriedade privada feitas em função de interesses públicos; a história nos mostra que nunca houve ausência dessas limitações, já que sem elas a vida social nas cidades seria simplesmente inviável³¹.

Ademais a possibilidade de limitar a propriedade passou a ser explicitamente prevista pela própria lei civil desde a edição do Código Civil Brasileiro (C.C.), na redação dada ao seu art. 572, que ressalva o direito de construir do proprietário, condicionando-o aos direitos dos vizinhos e ao que dispuser os “regulamentos administrativos”³².

É interessante também lembrar que a referência ao direito de propriedade como um direito “absoluto”, que freqüentemente é trazida à baila em nosso direito, em contraponto às limitações a ele feitas, deita suas raízes no pensamento jurídico europeu do século XIX e em uma interpretação desfigurada do disposto no Código Civil Francês que, no seu art. 544, diz: “A propriedade é o direito de gozar e dispor da coisa de forma a mais absoluta, ressalvados os usos proibidos pela lei ou pelos regulamentos”³³.

Porém o preceito de “forma a mais absoluta” não nos deve levar a desavisadamente concluir que esta fórmula deve prevalecer em qualquer situação; explica COLLIARD (1989) que se trata de contradição apenas aparente, já que mesmo sendo absoluto é ao mesmo tempo frágil frente a um simples regulamento. O que diz o Código Francês é que “o absolutismo do direito de propriedade é relativo ao direito subjetivo de propriedade, **nas suas relações entre o proprietário e terceiros**. Neste aspecto o proprietário é investido do monopólio de uma situação sólida. **Mas nas relações com o Estado, nas quais o direito objetivo está permanentemente definindo as situações jurídicas, é evidente que, como todas as outras situações objetivas de direito, a lei, ou até os regulamentos, poderão modificar a qualquer instante a situação jurídica proprietária. O absolutismo**

³¹ Ver discussão sobre relações entre função social e poder de polícia (aí entendido como limitações administrativas em Eros Roberto GRAU (1991, p. 250-251).

³² “Art. 572: O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos **e os regulamentos administrativos**” (grifos nossos).

³³ “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements*” — Código Civil Francês, art. 544.

do direito de propriedade não se refere senão às relações civis (privadas) do direito de propriedade” (grifos e tradução meus).³⁴

Clóvis BEVILÁQUA também se refere da mesma forma ao direito francês, como sua fonte primeira no direito comparado, ao comentar o artigo 524 do Código Civil Brasileiro. Porém em suas observações transcritas a seguir, deixa irrefutavelmente claro que nada havia de absoluto na definição deste direito. Diz o eminente Clóvis:

“Observações: 1. O direito de propriedade tem sido definido por diversos modos. Os romanistas adotaram um, que, realmente parece traduzir com fidelidade o conceito genuinamente romano desta relação jurídica: *dominium este jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. Os romanos, segundo demonstrou JHERING e recorda GÉNY (*Interprétation des sources*, p.165), **não emprestavam à propriedade um caráter absoluto. O seu individualismo era subordinado às necessidades sociais.**

O Código Civil francês procura conciliar, também, a extensão dos poderes individuais do proprietário, com as exigências do interesse público (...).” (grifos nossos).³⁵

É sempre oportuno recordar que a fórmula romanista mencionada por Clóvis não traduz necessariamente o conteúdo do direito romano. Para alguns estudiosos do direito comparado, o direito romano mais original perdeu-se nos desvios da história da conquista do grande império e na interpretação que lhe deu Justiniano, pela compilação feita no *Corpus Iuris Civilis* no século VI d.C., e naquela feita pelos romanistas germânicos posteriormente³⁶. Além disto, é preciso relativizar toda

³⁴ In: COLLIARD (1989, p. 836-837).

³⁵ In: BEVILÁQUA (1976, vol. 1º, p. 1.004).

³⁶ A propósito do assunto, e reportando sobre as origens dos sistemas jurídicos escritos, denominados de *Civil Law Traditions*, nos é ensinado: “*The Roman law that they ‘found’ when the Western society began to be ready for law to play a prominent role once again among the norms that govern human activity, was not the law of the Classical period in its original form. Most of the ancient sources had been lost. What survived was the monumental compilation of Roman law that was made at the direction of the Byzantine Emperor Justinian in the sixth century A.D. (...) Byzantine Roman lawyers did not merely copy the law of earlier periods. The Corpus Juris was the product of a careful process of selection and rejection. The widely disseminated Germanic customary laws that began to be written down as early as the fifth century A.D., (...) formed part of this tradition too, particularly influencing aspects of marital property and inheritance law. Many of the most ingenious and useful legal devices of the modern civil law of property and commercial law derive not from Roman, but from customary medieval origins, and thus remind us that the legal confusion of the Middle Ages had its fruitful and*

interpretação que hoje damos a esses textos, advinda da pretensão de poder lê-los e entendê-los corretamente a partir de nossa cultura pretensamente igual àquela; Fustel Coulanges, o grande historiador do século XIX, alerta-nos sobre esta impossibilidade.³⁷ Tomando tudo isto tão relativamente quanto a história e os contextos culturais nos impõem, só podemos concluir o quão frágil e relativa sempre foi a definição do conteúdo do que denominamos direito de propriedade!

Não obstante seja comum hoje a menção de que as limitações edilícias, sobretudo aquelas derivadas das normas impositivas de limites ao direito de construir, sejam materializadoras de uma forma da função social da propriedade, não se pode deixar de ressaltar que tanto uma como a outra expressão jurídica não são necessariamente interdependentes, embora possam ser correlacionadas.

Não se pode deixar de observar que, tanto no direito brasileiro quanto no direito ocidental de modo geral, as construções nas cidades sempre foram condicionadas às limitações decorrentes de inúmeros interesses públicos ou privados. Farta é a literatura a este respeito. Pode ser que os interesses que hoje denominamos de urbanísticos estivessem dispersos sob a legenda de outros interesses públicos, mormente os tradicionalmente relacionados à salubridade, higiene, proteção contra fogo, segurança das edificações, facilitação ao acesso a serviços urbanos, estética das edificações etc. ... Hoje esses e outros interesses públicos acham-se agregados sob o título de interesses públicos urbanísticos, que os estudos do urbanismo conceitual propõem estudar e sistematizar tecnicamente.

Portanto podemos afirmar com tranqüilidade que não foi o condicionamento constitucional a função social que introduziu, especialmente, na legislação edilícia brasileira a possibilidade de o Estado estabelecer limitações e regular as formas de uso dos imóveis urbanos.

Porém interessa-nos ressaltar que a redação dada ao mencionado artigo 572 do Código Civil Brasileiro separa dois tipos de restrições ao ali definido “direito de construir”: o direito dos vizinhos **e os regulamentos administrativos**. Ora, é indubitável então que, desde 1916, o exercício do direito de construir, como forma de uso do imóvel pelo proprietário, estaria condicionado tanto a restrições de ordem

creative, as well as its fragmented and disorganized side” (grifos nossos). In: GLENDON, M.-GORDON, M.-CAROZZA, P. (1999, p. 19, 20 e 22).

³⁷ “Esforçar-nos-emos, sobretudo, por tornar evidentes **as diferenças radicais e essenciais que, para sempre, hão de distinguir estes povos antigos dos da sociedade moderna. (...) Enganamo-nos redondamente quando só apreciamos estes povos antigos através de opiniões e à luz de fatos do nosso tempo. (...) Nada na história dos tempos modernos se parece com a sua história. (...) O homem não pensa atualmente do mesmo modo como pensou vinte e cinco séculos atrás e, por isso, não se governa hoje pelas mesmas leis que o regeram.**” (grifos nossos) In: COULANGES (1998, p. 2-4).

privada (direitos dos vizinhos), como às de ordem pública, estabelecidas pelos regulamentos administrativos.

É importante termos em mente que, pela sistematização em código da legislação civil, pretendia-se precipuamente regular as relações jurídicas de ordem privadas, mesmo porque, à época, o direito público estava surgindo, e buscando portanto sua própria sistematização e autonomia, na medida em que o Estado moderno reorganizava-se. E é por isso que os chamados regulamentos administrativos estariam fora da órbita legislativa abrangida pelo Código Civil desde então e, portanto, não lhe caberia especificar o conteúdo³⁸ desses regulamentos.

Na França, que foi importantíssimo paradigma para construção e sistematização do direito brasileiro, sobretudo até os meados do século XX, HAURIOU (1919) já se referia a esta dicotomia ao dizer que, apesar da existência de normas impositivas de restrições de direitos, no âmbito da legislação civil, esta imperatividade da norma em detrimento da livre manifestação da vontade não a transmutava em norma de direito público. Aquelas normas eram, segundo ele, normas privadas de ordem pública³⁹

O eminente Clóvis BEVILÁQUA, em seu comentário ao art. 572, também se refere a essas duas tipologias de limitações ao dizer:

“Esse direito (direito de construir), porém, encontra limitações determinadas pela vizinhança, e pelos regulamentos administrativos. As limitações da primeira classe estão indicadas, **em traços gerais**, nos artigos seguintes. **As da segunda referem-se à forma, segurança, higiene dos prédios urbanos, assim como a**

³⁸ À época, a Constituição vigente — Constituição de 1891 — estabelecia a competência legislativa do Congresso Nacional em matéria de Direito Civil (art. 34, XXIII), e a competência dos Municípios em matéria de seu peculiar interesse (art. 68), aí entendidas as posturas edilícias (regulamentos administrativos).

³⁹ “*En droit civil, l'ordre public a une autre signification. On dit d'une règle du droit ou d'une institution qu'elles sont d'ordre public, lorsqu'elles touchent à des objets sociaux tellement importants que les conventions privées ne peuvent pas y déroger; on dit d'une nullité est d'ordre public, lorsqu'elle ne peut être couverte par des renoncements particulières, etc., l'ordre public indique donc là la limite de l'action des particuliers sur ce que est d'intérêt collectif*”. In: HAURIOU (1919, p. 563). No mesmo sentido ver também Caio Mário da Silva PEREIRA (1978, p. 29) sobre normas civis de ordem pública: “Ordem Pública. Sem atentado à distinção das normas jurídicas nas duas categorias aqui mencionadas [direito público e direito privado], uma classificação mais rigorosa não pode omitir os chamados *princípios de ordem pública*; da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, **por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece entre particulares**. São pois, princípios de direito privado (...), inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insusceptíveis de renúncia.”(grifos nossos).

polícia dos estabelecimentos comerciais”.⁴⁰ Mesmo dentro da esfera civil das relações de domínio, o Código Civil não se satisfaz apenas em simplesmente elencar direitos de vizinhos específicos, mas estabeleceu, no art. 554, uma regra de conteúdo aberto, tal como a expressão função social, quando dispôs que:

“Art. 554: O proprietário, ou o inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.”

Ora, sem definir o que seja “mau uso” e, independentemente das normas públicas sobre segurança, sossego e saúde, a lei civil estabelece limitações aos direitos do proprietário que, no uso de sua propriedade, incomode ou afete a tranquilidade de seu vizinho. Esta limitação, cujos conteúdo e intensidade normativa serão determináveis a cada caso, de acordo com o bom convívio de vizinhança razoavelmente esperado em cada tempo, ocorre exclusivamente no âmbito das relações de direito privado; isto é, há um interesse social genérico na norma que justifica a sua existência, mesmo sendo uma limitação de uso à propriedade, mas que não transmuta a norma em regra de direito público. O interesse é da harmonia do convívio social, mas a relação jurídica e o interesse para exigí-la restringem-se ao âmbito das relações de ordem privada.

Embora as limitações a direitos individuais sejam, de fato, tão antigas quanto a própria criação destes direitos, hoje se amplia a discussão sobre uma melhor compreensão da natureza destas limitações: seriam elas normas públicas ou privadas? Esta discussão tem relevância? Estas indagações ocorrem sobretudo nos países de direito codificado, onde os sistemas de direito público e privado acham-se mais delineados pela sistematização em código.

Um exemplo dessas preocupações encontra-se materializado no trabalho de Michelle GIORGIANNI (1998), em que o preclaro professor expõe todas as dúvidas e transformações que ocorrem hoje no campo do direito privado, com a intervenção cada vez mais intensa do Estado na regência das relações jurídicas. Admite que o direito privado, ou os códigos civis, por mais liberais que fossem, ainda assim sempre admitiram normas atenuadoras à completa “autonomia da vontade”, por meio da manutenção de alguns “institutos tradicionais como a ação de rescisão, a prisão pessoal por dívidas, as normas repressivas da usura, dentre outras.” E segue afirmando que “...o *Code Civil* teve que introduzir, no art. 6º do título preliminar, **uma limitação que** pela sua indeterminação — constituiria um verdadeiro cupim, que, pouco a pouco, viria a corroer, por dentro, o sistema jusnaturalista e liberal do *Code Civil*. Trata-se da **norma pela qual os particulares não podem derrogar as “leis que interessam a ordem pública”, e nem os *boni mores***”.⁴¹ Reconhecendo que existem limitações civis que restringem o princípio da autonomia de vontade em função de interesses sociais, o autor enfim afirma que “existem alguns instrumentos

⁴⁰ In: BEVILÁQUA (1976, p. 1.048).

⁴¹ GIORGIANNI. (1988, p. 39).

tradicionalmente predispostos para a disciplina das relações pessoais e patrimoniais dos sujeitos do mesmo modo que **existem outros instrumentos que servem para as relações que intercedem entre os indivíduos e os poderes públicos**”⁴² (grifos meus).

No âmbito do direito brasileiro, o reconhecimento de que limitações podem decorrer tanto de leis civis, quanto de leis tidas como de direito público, é feito desde há muito, como já vimos pelos comentários de Clóvis Beviláqua⁴³. Ainda que poucas obras refiram-se às limitações “civis”, mesmo porque só recentemente elas vêm proliferando-se, há que destacar-se um trabalho específico do Professor Carlos Alberto Dabus MALUF (1997), que não só discorre sobre limitações públicas à propriedade, como também sobre as suas “limitações internas”.

Não se pode deixar de destacar dois outros trabalhos jurídicos brasileiros, estes produzidos por publicistas que estudam especificamente as limitações à propriedade; são eles os trabalhos dos professores Sergio de Andréa FERREIRA (1980) e Fernando Andrade OLIVEIRA (1982). Como seria de se esperar, esses importantes trabalhos focam o estudo nas restrições de direito público, sem negar a existência de limitações de ordem privada. OLIVEIRA, tomando como referência o direito argentino, afirma:

“É fácil, portanto, distinguir essas restrições daquelas de Direito Privado. Com efeito, as fundadas no interesse público colocam o particular (proprietário) frente à Administração Pública e não *a los propietarios frente a si*, como ocorre nas limitações de interesse privado. (...) Enquanto neste último caso sempre se pode **determinar** o beneficiário e o obrigado pela limitação — v.g. os vizinhos, *pues pueden ser uno o varios a la vez* — nas restrições de interesse público os interessados são **indeterminados**, como **membros da comunidade** representada pela entidade administrativa que rege ditas restrições.”⁴⁴

Ainda que com menos ênfase, Sérgio de Andréa FERREIRA também afirma que:

“O Direito Brasileiro sempre ostentou limitações **comissivas, omissivas e passivas** à propriedade. Mas há uma grande distância, foi dado um gigantesco passo, entre as limitações em favor dos vizinhos, como se vê no Código Civil, e aquelas em benefício da comunidade em geral, em nome do bem-comum, do interesse social”.

⁴² GIORGIANNI. (1988, p. 46).

⁴³ A jurisprudência brasileira reconhece que o direito de propriedade não é ilimitado. Ver RE n.º 1590 (1930): “Tratava-se de um predio em ruina, ameaçando o público. Verificou-se esse estado de accôrdo com as formalidades da lei. Quer a lei municipal, quer o Codigo Civil, autorizavam a providencia que foi tomada. O direito de propriedade não é illimitado, tem de obedecer a todos os preceitos que forem decretados em bem da segurança, da hygiene, de esthetica, da salubridade publica.”. Relator: Ministro F. WHITAKER FILHO.

⁴⁴ OLIVEIRA (1982, p. 139).

E, mais adiante, diz:

“Além das hipóteses pertinentes vistas anteriormente, em outros tópicos, como a intervenção, entidades privadas — sociedades, associações e fundações — sofrem ingerências civis repressivas.”⁴⁵

Por conseguinte, a questão que deve ser destacada é a de que: se existem limitações civis de ordem pública, e limitações “públicas” também de ordem pública, qual seria o interesse e a funcionalidade desta distinção. É isto que procuraremos examinar a seguir, para correlacionar a questão com as chamadas limitações administrativas e o chamado poder de polícia da administração pública.

2.5: LIMITAÇÕES, LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS E PODER DE POLÍCIA: IMPORTANTE DIFERENCIAR!

Vimos que, no nosso entender, várias podem ser as categorias de limitações à propriedade, e dentre elas estão as chamadas limitações administrativas à propriedade. Inúmeras são as formas pelas quais se apresentam, sendo a que nos interessa no momento aquela relacionada às restrições edilícias ao direito de construir.

Importa ressaltar que uma das características mais importantes na qual se ampara o urbanismo é justamente a possibilidade de o Estado estabelecer normas, condições e padrões urbanísticos que devem ser observados por todos que têm interesse em edificar em algum imóvel. Esta é uma das modalidades mais antigas de intervenção do Estado na propriedade urbana — sempre presente, de uma forma ou de outra, na administração dos interesses públicos das cidades ocidentais conhecidas desde a Grécia Antiga. Nos nossos dias, em se tratando da grande e moderna cidade tecnológica, as limitações e o condicionamento de uso dos bens imóveis urbanos aos interesses públicos são imprescindíveis à sobrevivência dos próprios cidadãos. Continua essencial para o direito urbanístico o uso desta velha ferramenta jurídica que é a limitação administrativa à propriedade.

Embora esta categoria de direito administrativo seja imprescindível à implementação do direito urbanístico, é necessário que se afirme que ela não esgota todas as possibilidades de implementação do direito urbanístico, nem mesmo todas as tipologias de relações jurídicas entre o Estado planejador e o cidadão. Existem outras relações jurídicas entre o Estado e o cidadão, na órbita do planejamento urbano moderno, que não cabem, a rigor, no desenho antigo da categoria jurídica limitação administrativa à propriedade; como exemplo disso podemos mencionar as chamadas operações urbanísticas, ou os negócios urbanísticos⁴⁶

⁴⁵ FERREIRA (1980, p. 8 e 141).

⁴⁶ No direito urbanístico francês, do qual recebemos ainda marcante influência, seriam as chamadas “*opérations d'aménagement*” — cf. Code de l'Urbanisme: L. 311-1 à L.318-9 — comumente denominado de “urbanismo operacional”, em contraposição ao chamado “urbanismo regulador”.

O direito urbanístico pode prever hoje inúmeras formas de intervenções e condicionamentos de uso da propriedade aos interesses públicos ou sociais. Porém somente as restrições que criam um poder de intervenção da administração pública podem ser chamadas de limitações administrativas à propriedade. Ao prever a intervenção da administração pública para administrar, em maior ou menor grau, o interesse público proposto na lei urbanística, a lei também prevê a contraface de qualquer limitação administrativa, que é o seu correspondente poder de polícia administrativo. Em outras palavras, entendemos que uma limitação só deve ser chamada de *limitação administrativa* se previr a competência e a intervenção da administração pública para gerenciá-la e administrá-la, em maior ou menor grau.

A limitação administrativa à propriedade urbana é, pois, a regra que prevê a forma, a extensão, a competência, o objeto (conteúdo jurídico), e os condicionamentos técnicos da ação administração de impor restrições ao direito de construir. Ao fazer estas restrições legais, de forma ampla ou restrita, a lei cria, correspondentemente, no âmbito do poder executivo, o respectivo poder (de polícia) para atuar, com maior ou menor discricionariedade, em função da maior ou menor vinculação aos requisitos legais.

Por essa razão é que afirmamos que nem todas as limitações à liberdade e aos direitos são limitações administrativas (isto é, de interesse da administração pública). Limitar ou regulamentar direitos entre particulares de forma compulsória pode ser do interesse do Estado. E para que a orientação legal seja de cumprimento obrigatório (e não supletiva à vontade das partes — ou seja, uma norma de direito privado de ordem pública), o Estado terá que manifestar este seu interesse por meio de uma lei. O simples fato, porém, de aquele interesse jurídico ser compulsório para as partes não o converte em interesse público, no sentido estrito desta locução. Em outras palavras: interesse social ou coletivo, que por força de regulação legal transmutou-se em interesse jurídico compulsório, não acarreta necessariamente uma intervenção da função (poder) da administração pública.

Há limitações sociais ao exercício de direitos, restringindo e limitando a vontade e os poderes individuais nas relações privadas que, por serem de observância obrigatória entre as partes, criam uma restrição ao princípio da autonomia de vontade das relações jurídicas de direito privado. Neste caso cabe às próprias partes a tutela destes interesses,⁴⁷ e também, nos casos de interesses sociais homogêneos, ao Ministério Público⁴⁸; é o caso hoje em dia das restrições à

⁴⁷ Ver OLIVEIRA (1982, p. 225).

⁴⁸ Ver GRINOVER (1999, p.36): “Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço é francamente positivo. (...) A notável quantidade de demandas e a adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados — primeiro dentre todos, o Ministério Público ...”.

“liberdade” do comércio e dos contratos, trazidas pela aplicação do Código do Consumidor.

Portanto chamamos de limitações administrativas aquelas que não só restringem liberdades e direitos individuais, obrigando os indivíduos a observarem determinadas regras no exercício de suas atividades ou no uso, fruição ou disposição de seu patrimônio, como também prevêm a intervenção da função administrativa estatal, seja na regulamentação destes interesses, seja na sua fiscalização. Abre-se portanto aí espaço para o exercício do poder de polícia da administração pública.

Parece ser enormemente útil hoje, no direito administrativo brasileiro, precisar os conceitos de limitação administrativa e poder de polícia (ou propor um espaço conceitual para cada um dos conceitos)⁴⁹. Isto ajudaria a clarear uma reincidente discussão sobre legalidade da imposição de limitações à propriedade e dos limites do exercício das funções pelos agentes políticos legisladores, e dos agentes políticos e públicos do poder executivo. Além do que traria, por certo, mais luzes sobre a ainda tormentosa questão do cabimento da indenizabilidade das restrições a direitos patrimoniais!

Despiciendo dizer que especialmente nos dias de hoje, em que a expansão de funções normativas secundárias se dá muito além das fronteiras da tradicional atividade regulamentar do chefe do executivo, materializando-se em inúmeras regras emanadas por órgãos e autoridades do executivo, bem como por entidades não estatais⁵⁰, é importantíssimo compreender qual a natureza dos atos que respaldam a legalidade deste sistema; e só deste modo poderemos compreender seus limites, seu conteúdo e os meios de seu controle.⁵¹ Como veremos mais adiante, a importância dessa distinção permite maior transparência quanto à natureza do ato praticado e dos seus elementos constitutivos.

Ora, o princípio da legalidade impõe que as restrições ou limitações a direitos, ou a conformação da estrutura dos direitos, sejam objeto de norma legislativa primária. Este princípio é traduzido não só no princípio de direito público da legalidade, como também no tradicional, e sempre presente, direito fundamental do chamado Estado de Direito de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer

⁴⁹ Nota-se esta dificuldade na afirmação de OLIVEIRA (1982, p. 222): “Mas as limitações de um direito, de seu exercício, a bem de interesses públicos e sociais, a cargo das várias pessoas políticas, também decorrem do *poder de polícia normativo*, constituindo as *limitações administrativas*, de Direito Administrativo, impostas por normas legais e regulamentares.”

⁵⁰ Hoje apresentada no direito comparado como autoridades administrativas independentes, ou também como agências reguladoras, muito embora não entenda nem que os termos sejam sinônimos, ou tenham o mesmo conteúdo. Porém não é neste trabalho que é fundamental o aprofundamento desta questão.

⁵¹ Sobre a questão sistêmica no direito é importante consultar LARENZ (1989), CANARIS (1996) e a obra nacional de FREITAS (1995).

alguma coisa senão em virtude de lei”.⁵² E quem possui a legitimidade para fazer a lei, pelo princípio político de que o poder emana do povo, são os seus representantes parlamentares. Portanto qualquer direito só nasce, é modificado ou se extingue, por força de previsão legislativa primária.

As limitações, portanto, somente são criadas por lei. Limitações só nascem da lei, e só por ela se extinguem ou são modificadas. Porém, ao executivo, enquanto parte do próprio Estado, cabe dar cumprimento à lei. Quando criadas limitações que exijam, para sua exeqüibilidade, a administração de seu conteúdo, seja para precisá-lo, seja para executá-lo, seja para interpretá-lo, seja somente para fiscalizá-lo e aplicá-lo, ou ajustá-lo às hipóteses fáticas, estará aí criado o poder de polícia da administração pública. O poder de polícia administrativo, no direito brasileiro, não cria as limitações a liberdades ou direitos; quem limita o direito é a lei. O poder executivo, na sua função constitucional de administrar os interesses públicos criados pela lei (quando a lei defere-lhe este poder-dever de administrar o interesse), dá cumprimento à lei, exercendo, aí neste espaço, o poder de polícia administrativo.

Finalmente cabe ressaltar que é a própria Constituição Federal que, ao estabelecer nos seus artigos 22, 24, 25 § 1º, e 30 os objetos jurídicos de competência legislativa dos entes políticos, criou a possibilidade de a lei sobre eles dispor, prevendo limitações, administrativas ou não. E dentre os objetos de interesse jurídico estão o direito urbanístico e o planejamento urbano.

⁵² E que é traduzido do direito americano, apesar de ampla discussão sobre a elasticidade do seu conteúdo no “due process of law”.

CAPÍTULO III

3. PODER DE POLÍCIA

O conceito de poder de polícia é de vital importância e imprescindibilidade no direito urbanístico; podemos mesmo afirmar que foi a partir da sua aplicação ao urbanismo que surgiu e foi construído o direito urbanístico moderno. Apesar do direito urbanístico, hoje, usar outras categorias jurídicas, outros instrumentos e técnicas jurídicas, pode-se afirmar com tranquilidade que ele, ainda atualmente, não pode prescindir do uso do poder de polícia administrativo. É verdade que o direito urbanístico usa o poder de polícia administrativo para a viabilizar o atingimento de múltiplos interesses urbanísticos, de diversas formas e meios que levam nomes diversos, como a licença de construir, por exemplo, mas que na prática se revelam como a materialização do velho conceito de poder de polícia administrativo.

A utilidade de fazer claro o uso, pelo direito urbanístico, desta categoria de direito administrativo é o interesse que deve fundamentar a construção permanente de qualquer sistema jurídico, qual seja: a da transparência e clareza do instrumento jurídico usado, de modo a permitir a verificação dos seus limites legais, sobretudo quando se trata de uma relação jurídica onde uma das partes é o Estado, que tem poderes especiais para fazer cumprir sua missão de viabilizar os interesses públicos. E no direito administrativo um dos instrumentos mais expressivos deste poder do Estado, no caso usado pela administração pública, é justamente o poder de polícia administrativo.

E este conceito, poder de polícia, até pela própria conotação das palavras que o expressam, tem suscitado inúmeras controvérsias no direito administrativo moderno, havendo inclusive quem diga que este é um conceito já superado no campo do direito público. No entanto, o que se vê é que, vestido com outras roupagens, ou chamado por outras expressões¹, o direito urbanístico, ao menos no que tange às restrições urbanísticas edilícias, não prescinde do rebatido conceito de poder de polícia administrativa.

Ressalte-se também que a noção do poder de polícia pode ser considerada conceitualmente larga; isto é, é possível encontrá-la sob denominações diversas² que, no entanto, não transmutam a natureza do ato administrativo de polícia, praticado pela autoridade administrativa; verificada a natureza do ato, através das características que lhe são próprias, será possível o controle do seu exercício de forma consistente; e o controle das ações da administração pública é, nos dias de hoje, questão essencial na construção das relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos.

Antes de adentrarmos no estudo do conceito de poder de polícia no direito brasileiro, parece-nos essencial estudarmos duas outras fontes onde, ao que parece, o nosso sistema de direito administrativo deixou-se influenciar, em graus diferenciados: o sistema francês, de forma profunda e há mais tempo, e o sistema americano³.

Vejamos, primeiramente, ainda que de forma breve, o sistema americano.

¹ Ver MEDAUAR: a autora cita várias outras expressões usadas como sinônimas como : “ atividade administrativa de limitação, procedimentos ablatórios (Giannini), administração de vigilância; mais recentes: atividade interventora, poder ordenador.” (1999, p. 366)

² Ver MEDAUAR, (1999, p.364)

³ Para uma visão panorâmica, mas completa e precisa sobre estas influências ver o mais citado trabalho sobre o assunto: Cáo TÁCITO: *O Poder de Polícia e seus Limites*.(1997a, p.521 e segs.)

3.1 *POLICE POWER* NO DIREITO AMERICANO: UMA FORMA DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA?

O direito americano desenvolveu, nos últimos anos, um razoável material jurídico sobre direito administrativo. No entanto, o chamado *police power* é tratado e estudado no âmbito do seu direito constitucional. Embora o seu sentido seja compreendido como poder (competência legislativa) dos estados de estabelecerem restrições à liberdade e aos direitos individuais em função de interesses públicos, os efeitos desta legislação se desdobra no âmbito administrativo, no exercício das regulações, delegadas por lei aos órgãos e agentes públicos para administrarem os interesses públicos por ela previstos – o que trouxe visível importância e impacto nas novas fórmulas da administração pública brasileira, e no direito administrativo nacional.

A questão da limitação aos direitos de propriedade é, basicamente, discutida no direito americano, sobretudo pela jurisprudência da Suprema Corte, em função da possibilidade de regular e limitar direitos face às cláusulas constitucionais dos atos contratuais perfeitos (*contract clauses*), e a do devido processo legal (*due process of law*); da interpretação dessas duas cláusulas é que tem resultado os entendimentos daquela Corte, variáveis ao longo dos anos, de o Estado poder, ou não, alterar situações privadas em função de interesses públicos à luz de eventuais direitos adquiridos (*vested rights*).

É interessante assinalar também que o conceito do que seja propriedade é compreendido, no direito americano, de forma bem ampla. O termo propriedade abrange não só as coisas móveis ou imóveis, mas também os

direitos⁴. Assim, qualquer estudo sobre as possibilidades de alterações de situações jurídicas privadas, aí incluídos os chamados direitos de propriedade (*property*), presume entender que se trata do que denominamos de direitos patrimoniais⁵. Com isto garante-se, na construção daquele sistema jurídico, uma construção lógica que não se modifica em função do fato de a proteção jurídica incidir sobre qualquer forma de direito patrimonial que, não obstante o seu objeto, pode ter valor financeiro similar.

A construção do conceito de *police power*, como poder de os estados intervirem no patrimônio privado, aí compreendidas as relações contratuais, foi sendo realizada, com maior ou menor elasticidade nos seus limites, ao longo dos séculos XIX e XX. Esta construção variava em função da composição da Suprema Corte, bem como em função das necessidades e pressões sociais, políticas e econômicas de cada época da história americana⁶. Em períodos, nos quais se buscava consolidar o crescimento patrimonial daqueles que tinham o capital para o desenvolvimento do país, a jurisprudência dava ênfase às garantias da liberdade contratual, fazendo prevalecer este entendimento

⁴ Um dos casos mais significativos desta enorme, e diversa jurisprudência da Suprema Corte Americana é a denominada *Lockner v. New York* (1905), que inaugurou a chamada “era *Lockner*” e, a partir dela, um período no qual a cláusula do devido processo legal foi interpretada extensivamente, ou seja, abrangendo o conteúdo substantivo do direito. Neste famoso julgamento, por estreita maioria, foi aplicada a cláusula para derrubar a lei do estado de Nova Iorque, que limitava as horas de trabalho dos padeiros (discutia-se se a lei visando proteger o interesse da saúde e bem-estar daqueles trabalhadores poderia interferir na liberdade contratual). Considerou-se que a lei interferia na liberdade dos contratos, e portanto na liberdade dos direitos de contratar. Embora esta posição fosse criticada pelos próprios membros da Suprema Corte como extremamente conservadora, ela predomina por longo período, afetando outras limitações feitas pelos estados em função de interesses públicos. Uma das mais contundentes críticas diz-se que partiu dos Juiz Oliver Wendell Holmes que considerou que “ *under the guise of a liberty of contract and its substantive due process analysis, Homes charged, the Court had become a superlegislature in overseeing economic regulations*” (grifos nossos) . In: O'BRIEN. (2000, p.256).

⁵ Ver RABELLO DE CASTRO.(2001) onde defendo o mesmo sentido de patrimonialidade a ser dado à proteção constitucional contida no art. 5º, incXXII, da Constituição Federal Brasileira.

⁶ Ver em TUNC (1989, p.32-33) o relato dos vários julgamentos da Suprema Corte sobre as primeiras leis do *New Deal*.

sobretudo como restrição aos poderes legislativos dos estados, no exercício de limitações de interesse público⁷.

No entanto, o progresso industrial americano trouxe com ele não só as riquezas, mas também os problemas econômicos e sociais, que não podiam ser acomodados e administrados dentro de uma leitura ampla da referida “cláusula contratual”. Além disto, o processo de urbanização se intensificava, e com ele cresciam os conflitos sociais, o que pressionou o congresso americano, e sobretudo o legislativo de alguns estados, a editarem leis que melhor acolhessem esses interesses.

Já no final do século XIX, num primeiro movimento, a Suprema Corte começa relativizar a leitura da cláusula contratual frente ao chamado interesse público. Na presidência do Juiz Roger Taney (1836-1864) “estabeleceu-se o princípio de que os contratos públicos (relação entre o cidadão e o Estado) são construídos com base no reconhecimento de que os estados têm um importante papel de promover o bem-estar geral e os avanços tecnológicos com base no **interesse público**”⁸ (tradução e grifos nossos). Especialmente no caso *Stone v.*

⁷ Neste período o precedente jurisprudencial mais citado é o caso *Fletcher v. Peck* (1810), que envolvia a validade de uma lei do estado da Georgia que modificava, no interesse público, as condições de cessão de terras, feitas no passado. Foi neste caso que o famoso Juiz Marshall usou a garantia das cláusulas contratuais para proteger situações privadas, ainda que envolvessem interesse público. “*Notice that besides broadly construing the contract clause, Chief Justice Marshall notes that Georgia’s law revoking its earlier land grants contravened “ general principles, which are common to our free institutions, or by the particular provisions of the Constitution of the United States”*”. In: O’BRIEN, (2000, p.220).

⁸ In: O’BRIEN, (2000, p. 222/223). Esta afirmação é feita no precedente jurisprudencial do caso *Charles River Bridge Co. v. Warren Bridge* (1837) no qual o Juiz Tanet enfatiza que: “*...while the rights of private property are sacredly guarded, we must not forget that the community also have rights, and that the happiness and well-being of every citizen depends on their faithful preservation*” (grifos nossos). Este entendimento foi confirmado em outros famosos precedente: *Stone v. Mississippi* (1880), e em *Atlantic Coastline Railroad Co. v. City of Goldsboro* (1914); neste último caso, em julgamento unânime, **se afirma que os estados podem delegar às cidades o poder de regular normas de saúde, segurança e bem-estar.** “*It is settled that neither the “contract” clause nor the “due process” clause has the effect of overruling the power of the state to establish all regulations that are reasonably necessary to secure the health, safety, good order, comfort, or general welfare of the community; that this power can neither be abdicated nor bargained away, and is inalienable even by express grant; and that all contract and property rights are held subject to its fair exercise.*”

Também é sugestivo é o voto do Juiz Presidente WAITE, da Suprema Corte Americana, no caso *Stone vs. Mississippi* 101 u.s. 814 (1879):

Mississippi ficou claramente exposto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, decorrentemente, de sua indisponibilidade pelo poder público. Aí, mesmo uma atividade já licenciada (loteria), poderia ser interrompida se lei estadual, no exercício do seu poder de polícia (*police power*) assim entendesse necessário, desconsiderando, inclusive a alegação de eventuais direitos adquiridos.

Porém, após este período, inicia-se a denominada “era *Lockner*”⁹, e que se caracteriza por um amplo e acentuado liberalismo nos julgamentos da Suprema Corte americana. Neste período, segundo o Juiz Holmes, a Suprema Corte estaria indo além da mera interpretação da lei; ela estaria “criando e impondo um amplo espectro de incidência da liberdade de contrato, espelho de sua própria posição conservadora em matéria de filosofia econômica para o país.”¹⁰ Ainda assim, continuava sendo enfatizado, sobretudo pela facção progressista porém vencida da Corte naquele momento, que qualquer liberdade estaria sujeita à legislação protetora dos interesses da saúde, da segurança, e do bem-estar geral.

Foi a partir desta época que começou a ser admitida, pela jurisprudência americana, a possibilidade da verificação da validade de uma lei pelo exame da pertinência entre ela e os fatos que a justificavam; isto é, inicia-se a possibilidade do exame de sua pertinência social, de sua razoabilidade

“ *The question is therefore directly presented, whether, in view of these facts the legislature of a State can, by the charter of a lotery company, defeat the will of the people, authoritatively expressed in relation to the further continuance of such business in their midst. We think it can not. No legislature can bargain away the public health, or the public morals. The supervision of both these subjects of governamental power is continuing in its nature, and they are to be dealt with as the special exigencies of the moment may require. Government is organized with a view of their preservation, and can not divest itself of the power to provide for them*” (grifos nossos) .

In: MANWARING, (2000, p.19) .

⁹ Ver nota n°4.

¹⁰ O'BRIEN: (2000, p. 257). (tradução nossa)

substantiva em função dos fatos sociais ¹¹. Desta forma abre-se, paulatinamente, o caminho da construção de uma jurisprudência acolhedora da possibilidade de limitações econômicas pelo Estado, uma vez que legitimada pelos interesses públicos. Porém, as limitações gerais, impostas a partir do poder de polícia dos estados, diferenciava-se daquela que viesse a interferir mais diretamente em interesses privados especiais de grupos ou classes, quando então a legislação era considerada inválida.

Neste período, de amplo liberalismo, a legislação estadual protetora dos interesses públicos, quando questionada, só era aceita quando interferisse de forma pouco intensa nas situações econômicas privadas. Apesar disto, foi neste período que a Suprema Corte sustentou a validade de legislação estadual que proibia a venda de bebidas alcoólicas, e de outra que proibia anúncio de cigarros. São deste período também as primeiras decisões que acolheram a legislação urbanística das cidades, que começavam a surgir de forma significativa, especialmente aquelas referentes ao zoneamento¹².

A Suprema Corte americana manteve esta posição considerada ultraconservadora até os anos trinta. Nesta década, suas decisões interferiram profundamente na vida política do país, uma vez invalidaram várias leis federais do plano interventivo do Presidente Roosevelt, o denominado *New Deal*, pelo qual se pretendia aliviar o país da grande depressão¹³. A rejeição do

¹¹ Em 1908 nos é relatado que no caso *Muller v. Oregon*, a Corte sustentou, por unanimidade, uma lei estadual que limitava o trabalho das mulheres nas indústrias em 10 horas. O que é especial aí é que o então advogado, e depois Juiz da Suprema Corte, Louis Brandeis, teve este sucesso com a sua petição que continha apenas duas folhas de argumentação jurídica, e mais de cem folhas de demonstrativos e argumentações técnicas, de estudos sociais e de estatísticas, que pretendiam demonstrar, como o fizeram, a razoabilidade da lei.

¹² Os principais precedentes em matéria de leis de uso do solo: *Euclid v. Ambler Realty* (1926) tido como o *leading case*, *Welch v. Swasey* (1909), *Cusack v. Chicago* (1917), *Berman v. Parker* (1954). *Apud*: O'BRIEN (2000, p.265)

¹³ "Houve leis de intervenção econômica extremamente duras como as que fechavam todos os bancos, para permitir reabri-los sob o controle governamental, e outras que dispunham sobre a criação de frentes de trabalho, a regulamentação ampla da produção agrícola, o controle dos contratos de crédito agrícolas e de suas hipotecas, a desvalorização do dólar, o controle das sociedades mercantis, a instituição do código da

primeiro plano abriu uma grave crise institucional entre o Executivo e o Judiciário. Mas o Executivo não se deu por vencido e, insistindo na necessidade da intervenção econômica, faz com que o Congresso aprovasse um segundo *New Deal*. Mas, ainda assim, a Corte demonstrou que manteria sua posição. Foi quando se deu a reeleição de Roosevelt (1936); e ele, pretendendo vencer o impasse, propôs ao Congresso o aumento do número de juízes daquele tribunal, de nove para quinze. Enquanto esta proposta estava sendo discutida na Comissão do Judiciário do Senado, a Suprema Corte, percebendo a forte pressão política e social, decidiu mudar o seu posicionamento em relação às leis de limitação e regulação econômicas, para aceitá-las. A primeira mudança foi ainda em 1937, no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*; a Corte manteve a lei estatual de Washington que criava e determinava salário mínimo. Duas semanas após, a Corte, por um voto de diferença, decidiu pela manutenção da nova legislação do *New Deal*, e em especial da lei do *National Labor Relations Act*. Talvez em função destas decisões da Suprema Corte, o Congresso decidiu rejeitar a proposta de alteração do número de seus juízes; diz-se que o Presidente Roosevelt havia perdido a batalha, mas ganhado a guerra¹⁴!

A partir daí iniciá-se uma nova fase na qual a “ Corte abandona a posição da ampla garantia da liberdade do contrato e, virando as costas para o devido processo legal no seu sentido substantivo abdicou, virtualmente, do controle judicial das regulações econômicas”¹⁵. O primeiro juiz indicado por Roosevelt, o Juiz Hugo Black, afirma que a utilidade das leis deve ser objeto

concorrência e a organização das atividades econômicas, a garantia da salário mínimo com a regulamentação da mão-de-obra infantil, a instalação dos escritórios de conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas (futuro *National Labor Relations Board*) etc...”. Tradução nossa. In: TUNC (1989, p.31).

¹⁴ Ver em TUNC (1989 p. 32 –33).

¹⁵ O'BRIEN. (2000, p. 263)

do juízo dos legisladores. Assim, a Corte só passaria a não sustentar leis interventoras caso elas contrariassem fortemente a razoabilidade.

Neste contexto, as normas de uso do solo passam a ser sustentadas de forma constante. Elas são aceitas em função da reconhecida competência dos estados de disporem sobre os interesses públicos gerais, isto é, legislarem no âmbito do seu *police power*. Porém, se por um lado já se admitia que a legislação interferisse na liberdade e nos direitos individuais, desde que observado o devido processo legal, a questão das limitações urbanísticas à propriedade passaria a ser discutida também em função do disposto na última parte da 5ª emenda, ou seja, em função do cabimento de indenizações pela imposição de tais restrições¹⁶.

A parte final do texto da 5ª emenda garante que a propriedade privada não será retirada de seu proprietário, para uso público sem a justa compensação; porém o que a jurisprudência irá discutir e reavaliar é o sentido a ser dada aos termos “uso ou propósito público”, e “justa compensação”, e a extensão de sua aplicação, de modo a justificar o cabimento da indenização (*takings*). Nesse ponto questão central sempre presente é o exame dos limites das restrições: até que ponto elas podem significar uma desapropriação, já que praticamente não mais se discorda quanto ao interesse dos estados e das cidades em impô-las, desde que faticamente razoáveis.

No precedente jurisprudencial, o caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* (1922), o Juiz Holmes sustenta que a propriedade pode ser regulada até uma certa extensão, sem que se possa *a priori* se definir qual é esta extensão. Diz-se que é devida a indenização quando há uma quase completa perda do uso da

¹⁶ “...nor [no person] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation**” U.S. Constitution: Emenda V (1791). Grifos nossos.

propriedade¹⁷. Já no caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (1992), há uma extensa justificativa que procura explicitar quando normas restritivas de uso do solo são equiparadas à desapropriação, e portanto indenizáveis, por força do disposto na 5ª emenda: quando as restrições impedem o proprietário de qualquer uso econômico de sua propriedade¹⁸. Vale mencionar ainda o famoso precedente da *Penn Central Transportation Co. v. New York* (1978)¹⁹, que antecedeu o caso *Lucas v. North Carolina*, e no qual a Suprema Corte sustentou como válida a norma que proibia a construção de um arranha-céu em cima daquela famosa estação de trem de Nova Iorque, no intuito de garantir a sua preservação.

Ressalte-se, contudo, que a Suprema Corte tem mantido em aberto não só o exame da razoabilidade da limitação em função dos interesses públicos tutelados, como também o exame quanto a intensidade de sua incidência nos direitos do proprietário, de modo a justificar sua compensação.

Pelo exposto, parece-nos bastante claro que há um forte relação, sobretudo ideológica e cultural, entre a evolução do direito americano e o direito público brasileiro, no que diz respeito ao tema – limitações à liberdade e aos direitos individuais, e que vai além do nome *poder de polícia*. Em uma abordagem inicial, a aparente diferença residiria apenas no fato de que o poder de polícia (*police power*), no direito americano, ser entendido como uma competência constitucional dos estados de legislar sobre interesses públicos gerais – isto é, a expressão não se refere a uma função administrativa, mas sim legislativa. Contudo, a influência quanto aos aspectos organizacionais de direito público e econômico é tão intensa que seria impossível desconsiderar as

¹⁷ “There is no “brightline rule”, but rather, the burden is placed on the property owner of showing a virtually complete loss of the use of his property to win compensation” In: O’BRIEN. (2000, p.286).

¹⁸ Ver referências deste e de outros casos ver GUNTHER; SULLIVAN (1997): capítulo 8: section 2: *The takings and the Contract Clause*.(p. 486-516).

¹⁹ Ver em GUNTHER; SULLIVAN. (1997, p.492.493).

implicações que essas inter-relações operam na construção das idéias e categorias jurídicas²⁰. Por outro lado (e da mesma forma), o fato de o poder de polícia (*police power*), no direito americano, ser entendido como uma competência legislativa de limitação direitos, não exclui a possibilidade de que, naquele país, estas limitações, após previsão legal, serem administradas por órgãos e agências executivas²¹. E são as leis que podem permitir, quando inferível do seu texto, uma ampla gama de normas regulatórias, comuns também na administração do planejamento urbano das cidades americanas, mas que já não mais se denominam *police power* (mas *statutory rules*), já que a terra é, naquele país, um dos recursos econômicos que sofre maior regulação²².

3.2: PODER DE POLÍCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Parece-nos impossível tratar da noção conceitual do poder de polícia deixando de mencionar sua construção pelo direito administrativo francês, cuja influência no direito administrativo brasileiro foi, e ainda é, significativa. O que desejamos destacar nesta menção de direito comparado é que o direito

²⁰ Afirma Aurelino LEAL ao tratar de poder de polícia e discricionariedade: “Não se diga que países que adoptaram a mesma forma política do Brasil desconhecem essa modalidade política de atribuições discricionárias. Os Estados Unidos, **por nós copiados**, concebem-nas mansamente e mansamente a praticam. No direito americano essas funções se denominam *executive duties e ministerial duties*.” (grifos nossos). In: LEAL (1918, p.144).

²¹ “A concepção peculiar ao direito público americano do *police power* como processo legislativo de limitação dos direitos e liberdades individuais transporta-o, como vimos, para o campo mais largo do Direito Constitucional. Paralelamente, contudo, se assinala, também, na ação propriamente administrativa, a faculdade de regular, dirigir e coordenar as atividades individuais, de acordo com o interesse público. Entre as formas do poder administrativo (*administrative powers*) se colocam as várias modalidades do poder de polícia, no sentido atribuído à expressão pelo Direito Administrativo. Seja pelo poder regulamentar (*rule-making power*) como pela faculdade de ordenar e executar (*directing ou summary powers*) não são estranhos à doutrina americana os processos de ação de polícia administrativa. In: TÁCITO. (1997^a, p.530).

²² “*Land is one of America’s most precious resources, central not only to our economy, but also to our culture, our social networks, our health and environment welfare, and our aspiration for good life. Not surprisingly, then, land also is one of the most heavily regulated resources.*” In: BEEN. (2000, p.xxxiii).

administrativo francês, de construção pretoriana, contrariando a regra geral e a lógica do restante de seu sistema jurídico codificado, procurou, permanentemente, guardar a consistência dos seus conceitos doutrinários, por meio da dinâmica das decisões judiciais do seu Conselho de Estado, que a atualizava²³. E esta metodologia de construção de um sub-sistema de direito, um *common law* construído dentro de um sistema geral do *civil law*, parece-nos um interessante exemplo de moderna formulação de direito aplicado, sobretudo no que concerne às áreas jurídicas que regem assuntos dinâmicos e mutáveis, como administração pública e cidade – em conjunto, ou separadamente.²⁴

A construção conceitual de poder de polícia no direito francês nos indica, tanto pela sua doutrina como pela jurisprudência, que esta é a categoria de direito usada pelo direito administrativo-urbanístico no que se refere às restrições à propriedade em função de interesse público, administrados com a interferência da função executiva do Estado²⁵. Aí, a essência da noção de poder de polícia é o exercício, pelos órgãos administrativos, da faculdade de administrar as restrições a liberdades públicas, e a direitos em geral – aí incluído o de propriedade; a forma de imposição dessas limitações pode abranger, ou não, um espaço para o exercício, pela administração pública, de uma faculdade normativa da limitação prevista em lei; mas, em qualquer caso, incluirá sempre o poder-dever da administração de fiscalizar o interesse tutelado.²⁶

Antes de destacarmos alguns aspectos que consideramos centrais nesta conceituação de poder de polícia, devemos ressaltar o fato de o direito

²³ Sobre o assunto ver RABELLO de CASTRO. (1997).

²⁴ Ver mais detalhadamente a respeito do assunto em: TUNC (1987,p.85 e 90).

²⁵ Ver em Hubert CHARLES (1997, p.99 a156): *La police de l'urbanisme*.

²⁶ A definição que Jean RIVERO faz de poder de polícia parece-nos bastante elástica e apropriada às suas inúmeras manifestações, gerais e especiais, desta atividade da administração. Diz o autor: “ *On entend par police administratif l'ensemble des interventions de l'administration qui tend à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société*” - (1990, p 539).

administrativo francês utilizar as noções de poder de polícia geral e especial, divisão esta não adotada hoje, de modo geral, no direito administrativo brasileiro²⁷; porém, esta distinção muito pouco altera a natureza desta categoria de direito administrativo.

Especificamente no direito administrativo francês, o poder de polícia aplicada ao direito urbanístico é considerado como um poder de polícia especial. Isto porque suas competências e sua forma de exercício são objeto de uma previsão legislativa especial, não se inserindo dentro da competência genérica do exercício de polícia administrativa, cuja finalidade ampla é o resguardo da ordem pública, aí compreendida a segurança e salubridade públicas em geral.

Esta característica disciplinadora do poder de polícia está presente na maioria dos sistemas jurídicos modernos. É unânime a afirmação de que a complexidade sociedade contemporânea impõe que os seus interesses, sobretudo os coletivos, sejam protegidos não só por meio de um ação repressiva genérica do Estado, no resguardo da ordem, segurança e salubridade públicas, mas também por meio da imposição de restrições disciplinadoras da ordem econômica e social. Ensina Caio TÁCITO que: “o conceito moderno de poder de polícia ultrapassa, porém as fronteiras conservadoras para reconhecer ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem-estar geral, estabelecendo não somente no tocante à ordem pública, mas *sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual, que se exercem, em grande parte, por meio do poder de polícia*” (grifos meus)²⁸.

²⁷ Há que se reconhecer, contudo, que antes da promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência reconhecia, por vezes a possibilidade deste exercício, em função da boa ordem pública (ver MS nº44.242 TJ-SP, in: RT- 186/325 ; Acórdão nº34.402-/60, TJ-SP, in: RT- 298/601).

²⁸ In: TACITO (1997a., p.524)

Muito embora com aparência de conteúdo muito diferenciado, vislumbramos que alguns aspectos sobre a construção conceitual da categoria poder de polícia do direito francês muito se aproximam do conceito americano de *police power*; e isto pode ter causado os aparentes embaraços conceituais, sobre este tema, no direito brasileiro. Vale nos auxiliarmos dos brilhantes e claros ensinamentos de HAURIOU (1919) que, ao referir-se ao sentido da distinção entre poder de polícia geral e o especial, destaca que, ao final, o que se quer garantir é o poder do Estado de prevenir e manter a ordem pública geral, sobretudo para medidas de segurança. Ora, este é o mesmo fundamento, a mesma finalidade, expressada com o mesmos termos, do *police power* americano. E, em ambos os casos, com destaque para a regulamentação dos direitos pelo Estado, distinguindo-se apenas na sua forma de organização e funcionalidade²⁹.

No direito administrativo francês, a importância deste poder genérico de coerção em função da ordem pública era, e é um forte poder atribuído à administração pública; esta é a razão pela qual o seu exercício é assegurado, desta forma assim genérica, somente em áreas e logradouros públicos. Em contraposição, o poder de polícia, na sua forma geral, sofre sensíveis restrições no âmbito do domínio privado³⁰. Porém, é forçoso destacar que a doutrina francesa nunca negou a possibilidade de um exercício do poder de polícia em domínio privado. Não. O que se quer ressaltar é que o poder de polícia

²⁹ “La police administratif a pour but de maintenir l’ordre public, en prévenant les troubles possibles par une sage réglementation et en reprimant les troubles qui se produisent par la coercition, c’est à dire par un déploiement de la force publique et, en certain cas, par un emploi direct de cette force; (...). L’ordre public, au sens de la police, est l’ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, l’état de paix opposé à l’état de trouble.(...)”

La police administrative a deux moyens à sa disposition, la réglementation et la coercition.” In: HAURIOU. (1919, p.562-563)

³⁰ “Nous pouvons nous attendre à ce que, dans les propriétés privées, les droits de réglementation de la police soient réduits au minimum, parce que l’inviolabilité de la propriété privée et du domicile, se trouve par là même garantie par la loi.” (grifos nossos) HAURIOU (1919, p. 567).

genérico, que prescinde de uma previsão legislativa especial, é que sofrerá impedimentos ao seu exercício neste âmbito. A propriedade privada, incluída dentro do conceito de liberdades públicas, somente será objeto de limitações por previsão de lei especial, abrindo assim o campo de exercício do chamado poder de polícia especial³¹.

No estágio atual, o direito administrativo francês ainda mantém a noção do poder de polícia geral, deferido às autoridades administrativas, especialmente às municipais, na tutela geral da boa ordem e segurança públicas; e este poder geral de tutela, além de ser amplamente reconhecido pela doutrina, e pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês³², está hoje disciplinado pelo Estado, em vários textos legislativos, inclusive no chamado *Code de Communes*, artigo L.132-8 C., que dispõe sobre os eventuais conflitos de seu exercício entre o prefeito de uma comuna, e a autoridade chefe do departamento.

Destaque-se, pela sua importância, que o poder de polícia geral, no direito francês, continua intimamente ligado à noção de ordem pública geral – especialmente nos aspectos relacionados à ordem pública nos espaços urbanos. E este poder apresenta, reconhecidamente as características de:

³¹ “ *Il faut considerer les polices administratives spéciales comme des matières, ayant appartenu à la police administrative générale, qui s’en sont détachées à raison de dispositions spéciales de la loi. D’ailleurs, elles sont détachées sans que la compétence des autorités ayant la police administrative générale ait été abolie, (...). Le conflit entre ces deux polices doit, en principe, être réglé de la façon suivante: la police administrative générale n’a que les droits faiblement restrictifs des libertés individuelles que ont été analysés supra; la police spéciale a des droits plus forts*”... (grifos nossos) HAURIOU. (1919, p. 581).

³² Ilustrativo é o caso da evolução do poder de polícia do município de poder intervir na censura cinematográfica, fundamentado em seu poder de polícia geral, tendo como objetivo a garantia da moralidade pública. A questão era saber se a prevenção da *immoralité* poderia ser considerada um objetivo legítimo deste poder pelo município. Nas primeiras décadas do século vinte a jurisprudência do Conselho de Estado (*Club sportif chalonais* – C.E. 7 Nov. 1924 e *Sté Zed* – C.E. 29 Jan.1937) entendeu que esta interferência não seria legítima senão quando a “desordem moral acarretasse uma desordem material”. Hoje a jurisprudência daquela Corte entende que é legítima esta intervenção (censura de filmes) pelos prefeitos, a ser verificado pelas circunstâncias locais, não se lhes aplicando aí um conceito ilimitado de liberdades públicas (*Sté des films Lutetia* C.E. 18 Dez, 1956; *Ville d’Aix-en-Provence* C.E. 26 Jul.1986; *Sté Rome-Paris films* C.E. 24 Jan. 1975, e outros) ver em: LAUBADÈRE, A. VENEZIA. J.C., GAUDEMET. (1992, p.666)

regulamentação, decisões específicas e coerção direta. Para LAUBADÈRE o poder de polícia se caracteriza como “uma forma de ação da administração que consiste em regulamentar a atividade dos particulares, com o objetivo de assegurar a manutenção da ordem pública”³³

No direito francês não há propriamente uma diferenciação de nomenclatura entre poder de polícia normativo e regulamento de lei. A ambos se dá o nome de regulamento, ou poder regulamentar, já que esta é uma nomenclatura ampla. O poder regulamentar é caracterizado pela faculdade de expedir regras gerais, restritivas da liberdade, e até penalmente sancionáveis, necessárias à ordem pública. E mais: compreende uma “noção equivalente, na maior parte das vezes, à noção de **organização** das atividades dos particulares”³⁴.

Este poder de expedir ordens gerais é contrafaceado pelo poder de tomar decisões específicas, também necessárias à ordem pública – como por exemplo, a de dispersar reuniões públicas perturbativas da ordem geral³⁵. Finalmente, a característica da coerção, característica mais forte do poder de polícia geral, é o poder de usar a força física, diretamente, para prevenir ou impedir a desordem.

O que caracteriza o poder de polícia geral é o seu objetivo, ou seja, o poder conferido à administração de regulamentar as atividades particulares para a garantia da boa ordem, da segurança, e da salubridade pública, conforme

³³ In: LAUBADÈRE. A., VENEZIA. J.C., GAUDEMET. Y..(1992, p. 665). Tradução minha.

³⁴ In: LAUBADÈRE. A., VENEZIA J.C., GAUDEMET.Y.(1992, p.665)

³⁵ “ Les procédés de la police générale: - Elle s’exerce par trois voies: 1^o La réglementation: L’autorité de police, par le pouvoir réglementaire, peut imposer à tous des dispositions générales restrictives de liberté, et pénalement sanctionnées. (...) 2^a Les décisions particulières: Normalement fondées sur une règle générale, elles sont multiples: autorisations, interdictions (d’une manifestation, d’une réunion), injonctions (ordre à des manifestants de se disperser). En général écrites, elles peuvent être également verbales, ou même se réduire à un geste (le bras tendu de l’agent interdisant le passage), ou à un signal mécanique (le feu rouge). In RIVERO.(1990, p. 542-543).

mentionado no Código das Municipalidades (*Code des Communes*); para outros objetivos, o poder de a administração agir deverá estar previsto como um poder de polícia especial, aí incluso o urbanístico. Este poder é capaz de pode incidir sobre qualquer atividade privada, desde que seja para prevenir e garantir os objetivos tutelados pela lei que o especifica.

É de interesse apontar que o Estado Francês, e isto é facilitado pela sua característica de Estado unitário, edita leis especiais que, a par do poder de polícia geral, definem áreas de exercício do denominado poder de polícia especial, conceituando-o e estruturando entre os níveis de governo, a distribuição de competências, os fins, e a forma de atuação do Estado no tocante a esses interesses públicos específicos. Em qualquer caso porém, o poder de polícia será sempre fundamentado na previsão legal³⁶, garantindo-se, com isto o princípio da legalidade. Este é um princípio que deve ser observado mesmo em sistemas jurídicos como o do direito público francês, onde é bastante largo o espaço reservado aos regulamentos autônomos.

A criação deste espaço do poder de polícia especial ocorre especialmente em todas as áreas que escapam ao tradicional conceito de ordem pública geral, como por exemplo nas áreas de proteção ao patrimônio cultural, polícia de proteção ao meio ambiente, polícia de imigração, e a do urbanismo³⁷. Todas estas áreas, como se pode observar, fazem por facultar a imposição de um

³⁶ “D’autre part, aucune mesure particulière de police n’est légale sans un règlement général préétabli (...); d’autre part, les règlements de police sont subordonnés à la légalité, laquelle est gardienne des libertés des citoyens;” in: HAURIOU (1919, p. 566).

“La libre activité des particuliers, dans une société organisée, a nécessairement des limites, qu’il appartient à l’autorité publique de tracer. Elle le fait en définissant, par la loi, les garanties fondamentales accordés aux citoyens pour l’exercice des libertés, ce qui implique la détermination de ces limites. Mais il appartient au pouvoir exécutif de préciser et de compléter ces prescriptions essentielles, d’en assurer l’application concrète, et plus généralement, de prévenir les désordres de toute nature. (...) dans le cadre tracé par le législateur.” (grifos nossos). In: RIVERO. (1990, p 538).

³⁷ “La police de l’urbanisme. - C’est une police spéciale dont l’objet est l’occupation ou l’utilisation des sols urbains. Les mécanismes habituels s’y retrouvent avec une **réglementation**, un dispositif de **contrôle** administratif, un éventail de **sanctions**” In: CHARLES. (1997, p.99).

significativo grau de intervenção da administração pública nas liberdades e direitos individuais, na forma prevista pela lei.

Inolvidável e marcante é a influência do direito administrativo francês no direito brasileiro. E a categoria - poder de polícia - não poderia ser a exceção. Porém, não é simples esta transposição de conceitos de um sistema jurídico para o outro. Sobretudo no caso do direito público brasileiro, no qual é significativa a influência americana no que diz respeito ao direito constitucional e às formas de organização do Estado. Quando se trata de regramentos concernentes a poderes estatais, como é o caso do direito administrativo, nos parece inescapável considerar que as estruturas organizacionais, com todos os seus pressupostos ideológicos, políticos e operacionais, sempre se relacionam intimamente com as regras de funcionamento destes poderes. Assim, nosso grande desafio consiste em manter a adaptabilidade e a consistência de um sistema jurídico de direito público, onde a administração pública, como um Poder de um Estado presidencialista e republicana, adota, precipuamente, regras de funcionamento concebidas para um Estado parlamentarista e unitário. Obvio é que, além da linguagem, inúmeras adaptações conceituais merecem ser consideradas e feitas. No caso específico do conceito de poder de polícia, parece que algumas perplexidades que hoje se fazem notar surgem da insuficiência destas adaptações. E este, especificamente, parece ter sido o caso do rebatido conceito de poder de polícia, sobretudo no que diz respeito ao seu aspecto regulamentar, de poder de polícia geral e especial, ligados que estão estes aspectos ao princípio da legalidade.

Como vimos, o poder de polícia, na França, é aplicado de conformidade com a organização dos poderes daquele Estado, que é, como vimos, estruturalmente diverso do nosso. Isto não quer dizer, no entanto, que a idéia

básica do conceito se perca. Ao contrário, feitas as adaptações necessárias ao novo sistema, e às suas necessidades políticas e culturais, o instrumento jurídico torna-se mais funcional, porque mais adequado e compreensível ao contexto onde ele vai operar. Daí porque, não obstante as dificuldades que eventualmente se apresentam, o âmago do conceito se mantém, tanto lá, no direito administrativo francês, onde buscamos a inspiração, quanto aqui, onde a administração pública brasileira faz dele uso cada vez mais incessante.

3.3: O CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO BRASIL

Seja qual for a denominação que se dê à categoria de direito administrativo – o *poder de polícia administrativo* – ela é uma idéia jurídica sempre associada a uma forma de impor e administrar restrições a atividades e direitos privados, em função de interesses públicos especificados na lei.

Não obstante os infindáveis debates acerca da natureza jurídica do seu conceito, o poder de polícia continua sendo uma das principais tarefas atribuídas à administração pública, sobretudo nos dias atuais, quando o direito à liberdade, e todos os demais direitos individuais decorrentes desse direito matricial, cedem o espaço às restrições a eles feitas em função de interesses sociais, coletivos, e interesses públicos.

Tendo o direito administrativo brasileiro sofrido enorme influência tanto do direito administrativo francês, como também do direito público americano, o que restou ser estabelecido com maior uniformidade pela nossa doutrina, convalidada por uma jurisprudência que fosse mais precisa, foi a natureza jurídica do conceito no direito nacional, bem como suas respectivas

características, o que induziria a uma melhor percepção do seu campo de aplicação no nosso direito administrativo³⁸.

Do direito francês tomamos por empréstimo o reconhecimento da existência deste poder como uma atribuição da administração pública na imposição das restrições a direitos individuais, justificada pela necessidade de manutenção da ordem, segurança e tranquilidade pública, e de outros interesses públicos especialmente designados em lei (não obstante a premissa jurídica de o poder de polícia genérico da administração, que hoje, no direito brasileiro, não prescinde de previsão legislativa, como consectário do princípio da legalidade). Aliás, a forte influência do direito administrativo francês no direito administrativo brasileiro é explicitada desde as nossas primeiras obras doutrinárias, como nos foi relatado por Visconde do URUGUAY na obra “Ensaio sobre o Direito Administrativo”, que não despreza contudo a contribuição anglo-americana no estudo da disciplina que tenta explicar deste então :

“ Reuni e estudei, senão todos, quasi todos os escriptores que escreverão sobre o Direito administrativo na França, que he o mais **completo e desenvolvido**. (grifos nossos)

Procurei, para comparar, inteirar-me das principaes feições e do jogo das instituições administrativas em Portugal, na Hespanha, na Belgica, na Inglaterra, e nos Estados Unidos.”³⁹

Do direito americano, além do nome *police power*, foi herdada sobretudo a consolidação da idéia de que o Estado pudesse intervir na liberdade

³⁸ Não é incomum encontrar na jurisprudência nacional a referência a ambos os sistemas jurídicos, americano e francês, ao mesmo tempo, em matéria de poder de polícia. “O poder de polícia não é discricionário, arbitrário ou caprichoso; ele está sujeito às regras legais ou regulamentares, dentro de cujos limites se exercita, segundo as lições de COOLEY (*Const.Limitations*, cap. 16, p.827); BIRLEY.(*Police power*, p.9, 11,13,33) e FREUND (*Police Power*, §§118 e128). E regulamentação é um processo de ajeitamento para a boa e fiel execução das leis, e, por isso, a posição do regulamentador não pode deixar de ser subalterna e restrita a secundários.(...) (I. MOUREAU, *Droit Constitutionnel*, p.509-10; G.TOUZAC, *Droit Administratif* vol./123 e H.BERTHELEMY, *Traité de Droit Administratif*. p.97) In: Agravo de Petição nº203.926 TJ-SP, em 1º de Fevereiro de 1972.

³⁹ In: URUGUAY. (1862, p. ix T.1).

e nos direitos individuais em função de interesses públicos, mesmo em face às garantias constitucionais dos direitos adquiridos e das liberdades públicas.⁴⁰

É interessante destacar, como referência evolutiva do conceito, ao menos algumas manifestações da doutrina brasileira com relação ao Poder de Polícia, e que demonstram a dificuldade de uniformidade conceitual quanto na natureza jurídica desta categoria. Esta imprecisão não significa, no entanto, qualquer debilidade em relação a afirmação de sua existência⁴¹, reiterada por uma sólida jurisprudência e por uma secular prática administrativa nacional.

Ressalte-se que, nas suas origens, a expressão “poder de polícia” está intimamente ligada às posturas municipais, e talvez este aspecto tenha acrescentado mais um elemento a ser considerado na busca da clareza do conceito e do seu campo de aplicação.⁴²

Como já referido supra, a polícia administrativa surge no direito brasileiro já no século XIX, em um corpo legislativo interpretativo da Constituição de 1824. A deferência da competência, aos Municípios, da polícia administrativa, em oposição à polícia judiciária, é de marcante influência da doutrina francesa, que claramente distinguia estas duas

⁴⁰ Hely Lopes Meirelles já se refere a influência americana no Direito Administrativo Brasileiro a partir da implantação da República, certamente influenciado pela forte penetração do pensamento constitucional americano, que foi marcante influência na modulação de nossa organização política. Ver em MEIRELLES (1997, p.21).

Em julgamento, no Tribunal de Justiça de São Paulo, esta referência é expressa, ao tratar da aplicabilidade do poder de polícia, à ordem pública, por autoridade municipal: “...Bem invocados, na espécie, os ensinamentos que o douto Costa Manso buscou na doutrina e na jurisprudência norte-americana; das conclusões a que chegou, (...) alguns se ajustam bem ao caso presente: a) podia a Polícia requisitar, como o fez, o fechamento do bar do impetrante...” MS nº 44.242/-49; in: RT 183/824.

⁴¹ Idéia mencionada na obra de SUNDFELD, (1997, p15), que propõe outra concepção para o instituto já que o poder de polícia “vem ...perdendo importância.”.

⁴² A Lei de 12 de Maio de 1840, interpretativa de alguns artigos da reforma da Constituição Imperial de 1824, no seu art. 1º nos ilustra o afirmado. Diz o referido artigo: “ art. 1º - A palavra MUNICIPAL do art.10, § 4º do Acto Adicional compreende ambas as anteriores POLICIA E ECONOMIA, e a ambas estas se refere a cláusula final do mesmo artigo PRECEDENDO PROPOSTAS DAS CÂMARAS. A palavra POLÍCIA compreende a *polícia municipal e administrativa somente, e não a polícia judiciária*” (grifos nossos). In: *Constituição Política do Império do Brasil – seguida do Acto Adicional e Lei da sua Interpretação*. (1861)

atividades⁴³. No “*Parecer da Comissão das Assembléias Provinciaes da Câmara dos Deputados de 10 de Julho de 1837, sobre a interpretação do Acto Adicional*” nos é relatado o seguinte:

“ A Comissão entende que a palavra Municipal se refere a ambas as antecedentes – Polícia e Economia – e que as seguintes – precedendo propostas das Câmaras – se referem a ambas aquellas.⁴⁴

A Polícia pois, segundo Escriptores abalisados, e segundo as Leis de Nações cultas, se divide em **Polícia Geral e Municipal, e em Polícia Administrativa e Judiciária**. A nossa Lei orgânica das Camaras Municipaes capitulou muito exactamente em o seu Título 3º os diversos objectos que constituem entre nós a **Polícia Municipal Administrativa**.

A Comissão entende mais que a Polícia de que falla o paragrapho em questão he a administrativa, e não a judiciaria, **porque aquella he essencialmente Municipal**, e não esta. Nem he de suppôr que fosse a intenção do Acto Addicional entregar a Polícia judiciaria, que pôde e deve ser uniforme em todo o Império, ás Camaras Municipaes, e ás Assembléas Provinciaes, e tornar independentes as Leis Policiaes judiciarias da Sancção dos Presidentes das Provincias. A Legislação Policial judiciaria constitue pois uma parte importantíssima da Legislação do Processo Criminal, cuja confecção sómente pertence á União.”⁴⁵

Cabe lembrar que o governo municipal era exercido pelas câmaras municipais, que acumulavam, sem distinção, as funções que hoje seriam consideradas executivas e legislativas. Assim, eram delas as ordens e determinações relativas à boa ordem, salubridade e higiene públicas – as posturas municipais⁴⁶. Podemos ver aí uma espécie de reprodução do pensamento jurídico francês sobre o tema - polícia administrativa – que teve fortíssima influência na formação do direito administrativo brasileiro.

Do início do século passado merece destaque especial a obra de Aurelino LEAL – Polícia e Poder de Polícia, onde já se pode verificar as inúmeras dificuldades de estruturação do conceito, especialmente no que concerne ao seu

⁴³ Ver em HAURIU (1919, p.564)

⁴⁴ A ligação do conceito de polícia à atividade administrativa nas cidades, nos é referenciado também por MASAGÃO que ensina: “O sentido da palavra polícia sofreu acentuada evolução. A princípio significava toda ação do Príncipe, destinada a promover o bem-estar e a segurança dos vassallos, identificando-se desta forma, quase completamente com a ação administrativa em geral. (...) Refletia tal entendimento o conceito de MELO FREIRE: ‘Por polícia se entende a economia, direção e governo interno do reino’ (Novo Código de Direito Público de Portugal, Tit. XLII).” (S.d., p.181).

⁴⁵ In: URUGUAY (1862, p.300).

⁴⁶ In: URUGUAY (1862, p.264).

descolamento do campo do direito penal⁴⁷. O mencionado autor ao tratar do assunto, procura determinar a extensão da atuação do Estado policial em relação às liberdades públicas, em uma época em que o direito público iniciava a sua estruturação metodológica e sistêmica. Desde então são abordados temas controvertidos sobre o assunto como a discricionariedade contida no poder de polícia⁴⁸, o princípio da legalidade⁴⁹, o poder regulamentar⁵⁰, a proporcionalidade⁵¹, intervenção estatal em direitos individuais etc..., constatando-se ao longo de toda a obra a enorme influência do direito estrangeiro no pensamento jurídico nacional de direito público.

Já dos meados do século XX, vale mencionar dentre os vários preclaros administrativistas que tratam do tema, as colocações trazidas por Ruy Cirne Lima. Para tratar de poder de polícia no seu livro *Princípios de Direito Administrativo*, CIRNE LIMA intitula o capítulo de “ A Limitação dos Direitos”⁵². Compreende-se desde logo que para o autor o poder de polícia está inserido no contexto das limitações aos direitos em geral, sobretudo aos chamados direitos individuais, no plano dos direitos subjetivos públicos. Mas

⁴⁷ “Demais disto, este estudo abrirá margem a que se firme a distinção que procurei fazer no meu estudo sobre *poder de polícia* entre *multa e pena* inscripta no Código respectivo, e, como sanção de meros *delictos administrativos* (...)” In: LEAL (1918, p.10). Ver também p.90 da mesma obra.

⁴⁸ “O poder de policia se exerce também, em certos casos, por meio de actos discrecionarios da autoridade. Entretanto, mesmo neste casos, ‘ela não pôde fazer o que quer; seu dever de funcionario o obriga a escolher o que melhor corresponde ao interesse do Estado e da cousa publica”. In: LEAL. (1918, p.108).

⁴⁹ “Não é que a polícia moderna gose desse arbítrio famigerado de que tanto a suspeitam. O regimen de direito não supportaria, após as conquistas de liberdade conseguidas ha mais de um seculo, esse caso excepcional de teratologia em uma definitiva situação de normalidade legal. Neste domínio, a ‘máxima suprema é esta: nenhuma ordem de polícia pôde ser dada validamente sem *fundamento legal*, isto é, de outro modo que não o da lei, ou em consequencia de uma autorização da lei”. In: LEAL, (1918, p.26)

⁵⁰ “Há, na administração publica, um certo numero de autoridades que gosam de poder regulamentar. A primeira é o Presidente da Republica a quem compete (art.48 da Constituição)’expedir decretos, instrucções e regulamentos para sua fiel execução’...Além disto, a doutrina e a lei delegam este poder regulamentar a outras autoridades, entre ellas, no Distrito Federal, ao chefe de Polícia. Aliás, em todos os paizes civilizados o chefe de Polícia participa do poder regulamentar.” In: LEAL (1918, p.98).

⁵¹ “Mas além da norma escripta, do preceito legal, por assim dizer edpecífico, traçando á autoridade uma linha de acção determinada, e da ordem geral em que o seu criterio pessoal pôde reflectir, dentro dos principios expostos, ainda orienta a policia a theoria da *proporcionalidade*, que tanto domina e inspira o direito em geral” In: LEAL (1918, p.47).

⁵² In: CIRNE LIMA. (1989, p.103 a 135).

não é toda a limitação que Cirne Lima considera geradora da polícia administrativa. Ele exclui do conceito de polícia as limitações, cujo interesse de agir, isto é, o interesse pela sua coerção, é dado ao particular, e não à administração⁵³. Desse modo, poder de polícia são as limitações que:

“ resultam da intervenção reguladora da administração pública, reclamada pelas próprias contingências do tempo, do espaço e do convívio em sociedade, para tornar possível o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados a todos os nacionais e a todos os estrangeiros residentes no país. **A essa intervenção reguladora da administração pública chama-se polícia**⁵⁴”. (grifos meus)

Mas, ao mesmo tempo que o autor afirma que polícia é a atividade **da administração pública**, mais adiante ele diz que, “hodiernamente”, o entendimento desta palavra é “toda a limitação ou restrição posta **pelo Estado** à atividade ou propriedade privada...”. “Traço característico da limitação ou restrição policial é o de ser imposta **pelo poder público privativamente**”⁵⁵ (grifos meus). Ora, este uso de certa forma indiscriminado dos termos “administração pública”, “poder público”, e “Estado”, sendo que nestes dois últimos pode estar compreendida também a atividade legislativa, induz a uma imprecisão do significado conceitual do poder de polícia. Não obstante isto, parece que podemos afirmar com relativa certeza que, na referida obra, entende-se poder de polícia como uma atividade administrativa por meio do

⁵³ “Também característico da restrição ou limitação policial é o de ser imposta pela administração coercitivamente, que dizer, podendo a administração usar da força para executá-la. Sempre que o particular se atribui a deliberação sobre o emprego, ou não, da coerção, desaparece o caráter policial da restrição. Não constituem, pois, matéria de polícia os direitos de vizinhança (...) embora consistam em limitações postas a propriedades particulares, para permitir-lhes, a todas, a coexistência em igualdade de condições, dentro da ordem. Do mesmo modo, foge à esfera de polícia o direito do proprietário de exigir do dono do prédio vizinho a demolição ou reparação necessária, quando este ameaça ruína (art.555 Cod. Civil).” In : CIRNE LIMA: (1989, p. 108).

⁵⁴ In: CIRNE LIMA. (1989, p.106).

⁵⁵ In: CIRNE LIMA. (1989, p. 107).

qual a administração exerce a sua função de restringir direitos individuais em função de interesses públicos.⁵⁶

Temístocles Cavalcanti, no seu *Curso de Direito Administrativo* dedica algumas páginas ao estudo do conceito e do campo de aplicação da categoria “poder de polícia”. Citando Bielsa e Otto Mayer, o autor inclui na definição “todas as restrições impostas pelo poder público ao indivíduo, em benefício do interesse coletivo, saúde, ordem pública, segurança e, mais ainda, os interesses econômicos e sociais”; acentua que o poder de polícia “constitui uma limitação à liberdade individual”⁵⁷. Reconhece a influência da doutrina francesa no significado do conceito e, ao mesmo tempo, cita a jurisprudência e autores americanos (notadamente Freund e Cooley, que também são freqüentemente referenciados por vários outros autores nacionais desde a obra de Aurelino Leal) para explicar a expressão *police power*. Admite que, dependendo da amplitude da restrição, e das conseqüentes penalidades e sanções a serem impostas, o exercício deste poder de polícia deverá ter previsão legal. As medidas preventivas de polícia que impõem restrições não essenciais à liberdade individual independeriam de previsão legal. Embora se refira inicialmente à expressão “poder público”, o autor trata de poder de polícia como sendo uma atividade da administração pública. Porque não se refere à limitação administrativa como uma categoria de direito administrativo, não tem porque distingui-la de poder de polícia, restando de certa forma imprecisa a natureza executiva ou executiva/legislativa do conceito poder de polícia.

“ Veremos ainda **limitações ao direito de construir e outras medidas de polícia** que se refletem diretamente sobre o direito de propriedade”⁵⁸.

⁵⁶ Aí entendido que não é a polícia que limita, mas ela é o meio que a lei permite que se utilize para impor a limitação por ela prevista.

⁵⁷ In: CAVALCANTI. (1964,p.135).

⁵⁸ In: CAVALCANTI. (1964, p.148).

Importantíssima é a contribuição do ilustre administrativista brasileiro, Hely Lopes Meirelles, neste caso especialmente, já que o autor foi o introdutor de uma ampla sistematização não só do direito administrativo, mas também do Direito Municipal e do Direito de Construir, onde a questão do poder de polícia tem direta pertinência. Hely MEIRELLES afirma com clareza que o poder de polícia administrativa é poder da Administração Pública. Aduz ainda que “o ato administrativo é **um simples ato de administrativo** (...) sujeitando-se inclusive ao *controle da legalidade* pelo Poder Judiciário”⁵⁹ (grifos nossos). Esta é uma afirmação importantíssima, já que, em função do desdobramento desta idéia, é que entenderemos que o ato normativo de polícia se distingue do ato legislativo regulamentar do Chefe do Executivo, este último não sujeito a controle de legalidade, mas de constitucionalidade.

Hely Meirelles não deixa de mencionar nem os autores franceses, nem ao americano Cooley, ao se referir a poder de polícia, acolhendo, enfim, a definição feita por Caio TÁCITO, que é o autor nacional mais citado quando se trata de se definir, com precisão, o conceito de poder de polícia, quando diz que: “**poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais**”⁶⁰ (grifos nossos). Desta forma, o exercício do poder de polícia pela Administração seria derivado de uma restrição legal feita a direito individual pela pessoa política de direito público que tenha o interesse constitucional de legislar sobre determinado objeto. Ao referir-se a poder de polícia do Município, Hely Lopes Meirelles descreve as inúmeras atividades onde este pode ocorrer, com especial destaque para as

⁵⁹ In: MEIRELLES. (1997, p.91)

⁶⁰ In: TÁCITO (1997^a, p.530)

atividades de planejamento e da construção urbanística, chamando-as de *limitações urbanísticas, ou administrativas*⁶¹.

Na década de 80, destaca-se o trabalho de Clóvis BEZNOS, que dedicou monografia exclusivamente ao tema, e que merece ser revisitada sobretudo pela sua abrangência. Nela o autor refere-se a poder de polícia como uma atividade complexa da administração pública. Diferencia, procurando ser claro, poder de polícia de atividade de polícia, sendo que define esta última como atividade específica de aplicação da lei, de forma vinculada ou discricionária. No exercício da atividade de polícia, caberia à administração, no âmbito da discricionariedade que lhe é deferida, a apreciação da aplicação da norma jurídica genérica, ante o caso concreto⁶². Buscando apoio em Queiró, o autor não hesita em afirmar que:

“...os conceitos práticos admitem várias interpretações, cabendo ao agente administrativo, nesse caso, escolher o conteúdo mais adequado, albergado pelo conceito para atingir um fim público”⁶³.

Por fim, o autor reconhece que, independentemente da deferência ao administrador da discricionariedade para o exercício de determinada atividade de polícia, esta se dará

“...no interior de um campo já previamente traçado em linhas amplas pelo próprio sistema jurídico, ou seja: **o sistema legal já haverá definido as balizas máximas do direito, competindo tão à Administração tão-só fixar-lhe, no caso concreto, a extensão, que reputa compatível com os valores acolhidos na ordenação normativa**”⁶⁴ (grifos nossos)

Não se poderia deixar de mencionar Celso Antônio Bandeira de Mello, que vem capitaneando prestigiada escola de direito administrativo. O ilustrado jurista também expressa, em seus textos, toda sua perplexidade no trato

⁶¹ In: MEIRELLES. (1997, p.595)

⁶² In: BEZNOS (1979, p.32)

⁶³ In: BEZNOS (1979, p.34)

⁶⁴ In: BEZNOS.(1979, p.74)

conceitual desta categoria. Sua principal crítica à expressão advém da dúvida sobre sua abrangência. Busca em Agustín Gordilho o reforço:

“ A crítica dos inconvenientes desta expressão foi admiravelmente bem feita por Agostin Gordilho, a quem hoje damos razão e segundo quem melhor seria que fosse banida do vocábulo jurídico. Atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” e não mais sob o rótulo de ‘poder de polícia’”.⁶⁵

Ao nosso ver, no entanto, a alteração dos termos não resolve o problema, se ainda restar imprecisão quanto à compreensão, à abrangência e ao campo de aplicação do termo substituidor. E parece que, o que aqui aconteceu, foi adotarmos ambas as expressões, - poder de polícia e limitações administrativas, - sem se definirmos os seus respectivos significados. O professor Celso Antônio aponta, no entanto, sua proposta de tratamento da questão, explicitando que usaria dois termos: um mais amplo – poder de polícia, para se referir à atividade estatal, compreendendo tanto as leis delineadoras das limitações, como os atos administrativos que lhes dão execução⁶⁶; a outra expressão – polícia administrativa, mais restrita, para referir-se às intervenções do Poder Executivo, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas. Deste modo, o ilustrado administrativista propõe, para maior clareza, o uso da expressão original - poder de polícia, no sentido americano do termo; e a expressão polícia administrativa, no seu sentido tradicional, isto é, aquele herdado da tradição administrativa francesa, devidamente adaptada ao sistema nacional.

É de se acentuar que o autor reconhece e destaca da atividade fiscalizadora (e concreta) de polícia administrativa, a atividade normativa da administração pública, admitindo que a polícia administrativa....

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO. (1996, p. 485)

⁶⁶ No mesmo sentido ver: DI PIETRO, M. Sylvia Zanella: “ O Poder legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, limitações administrativas ao exercício de liberdades públicas”. (1999, p. 95).

“ se manifesta tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos. Regulamentos ou portarias - como as que regulam o uso de fogos de artifício, (...) bem como as normas administrativas que disciplinem horário e condições de vendas de (...) são disposições genéricas próprias da atividade de polícia administrativa.”⁶⁷ (grifos nossos)

Carlos Ari Sundfeld é o autor da mais recente monografia publicada sobre o tema. Já descrente da possibilidade de harmonizar o entendimento do antigo conceito de polícia⁶⁸, propõe a sua reconstrução a partir do conceito de “administração ordenadora”, que diz tomar por empréstimo da língua alemã. Contudo, o autor não inova quanto ao conteúdo do “velho” conceito de polícia administrativa. Fundamentalmente, diferencia a chamada administração ordenadora das atividades administrativas de fomento e de serviços públicos. Reconhece-a como uma forma de intervenção específica nas atividades particulares, agregando a ela todas as atividades administrativas implementadoras de outras tipologias de restrições, regidas por legislação especial, como a desapropriação, e a servidão. Porém, no seu sentido básico de contraface da limitação administrativa, a chamada administração ordenadora em nada inova ao rebatido conceito de polícia administrativa.

Merece destaque a afirmação clara do autor de que somente nos casos em que as limitações previstas pela lei previrem a intervenção da administração é que estaremos frente a uma *limitação administrativa, e conseqüentemente surgirá a administração ordenadora*.⁶⁹ Assim, explicitou a relação entre limitação administrativa e a atividade de polícia, ou administração ordenadora

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO (1996, p. 493).

⁶⁸ “ A solução parece fácil: trocar o rótulo. Seguindo esta linha, a doutrina tem preferido falar em *limitações administrativas* à liberdade e à propriedade, discretamente omitindo o *poder de polícia*”. In: SUNDFELD.(1997, p.17).

⁶⁹ “No entanto, são raros hoje em dia os setores não regulamentados pelo Estado. Cada vez mais a lei se ocupa em disciplinar diretamente as variadas facetas da vida privada. A lei pode prever ou não a interferência do Executivo em sua aplicação. Em caso positivo, estaremos diante de normas de direito administrativo (ex.: leis municipais sobre construções urbanas, regras de trânsito, disciplina dos preços na economia). Na hipótese contrária, as regras serão de direito privado (ex.: normas do Código Civil, tratando dos direitos e obrigações dentro da família, da propriedade, dos contratos)”. In: SUNDFELD. (1997, p.21)

(como prefere chamar o autor), sendo que esta pode ter o caráter regulamentar, para expedir normas genéricas e abstratas, ou ser de ordem concreta – concernente às atividades de fiscalização e sanção.

Independente da discussão sobre a pertinência da mudança de terminologia, o que importa destacar é o fato de que não se contesta, afinal, a existência deste tipo de atividade da administração pública. Porém, é importante saber com precisão quais os espaços reservados à lei, em relação à atividade de polícia da administração pública, especialmente quando a polícia administrativa se manifesta sob a forma normativa; só assim poderemos estabelecer, quanto a esta última, a sua natureza e seus limites.

3.4: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O CONCEITO: PODER DE POLÍCIA

Ao nosso ver, ainda não alcançamos, nem na construção doutrinária brasileira, nem por construção jurisprudencial, firmar, de forma precisa, os contornos conceituais desta categoria jurídica, mormente no que concerne a alguns aspectos extremamente importantes de seu uso e aplicação no dia-a-dia da Administração Pública e, dentre eles, está aquele relativo à sua natureza e ao seu aspecto normativo (mais comumente chamado de regulamentar), do poder de polícia administrativo. A apreciação da forma normativa do poder de polícia da administração é importantíssima, quando se pretende dar efetiva funcionalidade a esta categoria jurídica, especialmente na âmbito do urbanismo e, portanto, do direito urbanístico.

É certo que no sistema jurídico brasileiro os interesses públicos a serem protegidos deverão ser objeto de previsão legislativa, cuja competência para

sobre eles dispor está determinada no texto constitucional⁷⁰. Portanto, todos os assuntos previstos na competência legislativa dos entes políticos podem ser objeto de regramento, não só quanto às suas garantias e ao seu conteúdo, como também quanto às limitações ao seu exercício⁷¹, a que CIRNE LIMA chamou de “intervenção reguladora” do Estado⁷².

Uma das principais dificuldades para se delinear com clareza o sentido conceitual do que é poder de polícia decorre do fato de que esta categoria não foi objeto de contorno legislativo próprio. Como uma típica categoria de direito administrativo, a existência deste *poder, faculdade, ou atividade* da administração pública foi, e continua reconhecida, fundamentalmente, pela construção doutrinária, ratificada pela construção jurisprudencial. Porém, em nenhuma das duas vertentes encontramos um desenvolvimento conceitual consistente e permanente, sobretudo no que concerne à sua normatividade e à sua discricionariedade, aspectos que estão intimamente ligados.

Destaque-se que a definição legal existente sobre poder de polícia administrativo no sistema legislativo brasileiro é aquela contida no art.78 do Código Tributário Nacional que, no entanto, está direcionada para tipificar o conceito para efeito de cobrança da taxa a ele correspondente. Contudo, a definição tributária do conceito não esgota as suas possibilidades ontológicas no campo do direito administrativo. Constatamos, inclusive, na definição contida na lei tributária expressões que podem levar, se lida desavisadamente, a um questionamento básico de sua legalidade, quando esta dispõe que:

⁷⁰ Ver TÁCITO. (1997^a, p.534)

⁷¹ Há décadas a jurisprudência brasileira acolhe, sem relutar que há limitações a direitos, que são impostos pelo interesse público, já que: “Não é exato dizer, pois, que o poder de polícia tem os seus limites nos direitos individuais dos cidadãos; estes é que encontram os seus limites no legítimo poder de polícia, cuja finalidade é a promoção do bem comum.” In: Acórdão TJ-SP nº 157.867-66, Revista dos Tribunais, nº 386/148.

⁷² CIRNE LIMA. (1982, p.106).

*“ art.78 - Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que **limitando** ou disciplinando direito, interesse ou atividade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”* (grifos nossos).

A questão que aí se coloca, primeiramente é se o poder de polícia, como atividade própria da administração pública, pode **limitar**, diretamente, direitos, interesses, atividades e a propriedade. Parece-nos que esta colocação, na qual reconhecemos os traços da influência conceitual do direito administrativo francês, deve ser hoje interpretada restritivamente, isto é, levando-se em conta o princípio da legalidade. É a lei – enquanto fonte primária de direito – que tem o poder de criar a previsão da limitação ao direito. Neste sentido o poder de polícia não “limita” direitos, mas disciplina e administra as limitações previstas na lei.

Como vimos, nem todas as limitações previstas em lei geram um poder de polícia da administração pública. Somente quando a lei prevê uma limitação criando uma competência de agir da administração pública é que se abre, no sistema jurídico brasileiro, a possibilidade do exercício desta atividade pela administração pública. Neste sentido, hoje no Brasil, todo o poder de polícia administrativo será sempre específico, ou seja, não existe entre nós a faculdade genérica da administração de limitar direitos sem uma previsão legal que regre esta atividade (o que seria o correspondente ao poder de polícia geral, no direito francês).

O texto legal, contudo, é uma referência importante para se confirmar que poder de polícia é sim, uma atividade da administração pública; e justo

por ser uma atividade da administração é que ele é fato gerador de taxa⁷³. Em outras palavras, as simples limitações legais, em geral, sem a correspondente administração da limitação por órgão do poder executivo, ou seja, sem a criação da polícia administrativa a ela correspondente, não é fato gerador daquele tributo. Daí poder-se concluir que, a atividade de polícia é uma atividade tipicamente administrativa.

No entanto, este único artigo sobre poder de polícia contido no Código Tributário Nacional, além de não dar conta plenamente da definição do conteúdo e natureza da categoria – poder de polícia - para efeito do direito administrativo, também não é suficiente para resolver outras questões muito mais complexas, que envolvem o conceito, como a questão da natureza da normatividade do poder de polícia, e sobre os limites de sua discricionariedade.

Devemos ainda registrar que o conceito de poder de polícia é muito mais do que o aspecto de sua normatividade, isto é, o disciplinamento da gestão de direitos e interesses. A possibilidade do exercício desta normatividade poderá, ou não, ser deferida à administração pública; porém, quando o poder de polícia é criado pela norma limitadora de direito, certamente ele conterà o aspecto fiscalizatório.

Portanto, ao examinarmos o campo de aplicação do poder de polícia administrativa em qualquer tipo de interesse regulado pelo Poder Público, teremos que considerar o amplo espectro desta atividade administrativa; porém, é o aspecto de controle e fiscalização das restrições que estará sempre presente, e que é comumente observável. Geralmente, quando o poder de polícia fiscalizatório é atribuído à administração pública de forma vinculada, não há

⁷³ Neste sentido ver AG.REG. em RE nº216259/CE de 09.05.2000, onde encontramos a seguinte afirmação em sua ementa: “(...) A taxa de fiscalização da CVM [Comissão de Valores Mobiliários], instituída pela Lei nº7940/89, qualifica-se como espécie tributária cujo fato gerador reside **no exercício do poder de polícia** legalmente atribuído à Comissão ...”

espaço para o disciplinamento da forma de administrar o controle e a fiscalização dos interesses públicos tutelados. É dentro do espaço da discricionariedade que, via de regra, há possibilidade de se exercer a normatividade da polícia administrativa.

O poder de polícia, no que se refere ao controle e fiscalização urbanística apresenta aspectos que, sem dúvida, merecem ser reestudados e aprofundados; estes aspectos são especialmente relevantes eis que se correlacionam às polêmicas questões relativas às licenças de construção, aos direitos e obrigações delas decorrentes, aos termos e condições de exercício destes direitos, às sanções administrativas e, sobretudo, às possibilidades de revogação destes atos pela Administração Pública. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira afirmam ser, esta atividade da administração, um claro e indiscutível exercício do poder de polícia da administração pública, decorrente das limitações à propriedade urbana previstas em lei.⁷⁴ Porém, não obstante a importância destas questões, elas não constituem o tema central de nosso trabalho. Aqui, tentaremos delinear outro aspecto de igual importância do poder de polícia, ou seja, a sua natureza normativa.

3.4: A NORMATIVIDADE DO PODER DE POLÍCIA E O PODER REGULAMENTAR

Um dos aspectos mais interessantes que o poder de polícia apresenta é a possibilidade da administração pública, no exercício desta sua atribuição,

⁷⁴ Ver em MEDAUAR (1999, p.368): “...mas, no Brasil, poder de polícia é, sobretudo, atividade administrativa, porque abrange também a apreciação de casos concretos, a fiscalização e imposição de sanções.”

exercê-lo na sua forma mais ampla, ou seja, através da forma normativa desta atividade.

Já mencionamos que nem a doutrina, nem a jurisprudência brasileira nega que a faculdade de *disciplinamento* é uma possibilidade inferível do poder de polícia deferido à administração pública⁷⁵. Contudo, este disciplinamento, hoje, no sistema jurídico brasileiro de direito administrativo, não significa dizer que a administração pública possa, em função de um interesse público genérico, ainda que constitucionalmente previsto, disciplinar, diretamente por meio de ato administrativo normativo autônomo, direitos em geral. No nosso sistema jurídico, o princípio constitucional da legalidade impõe que, para a administração agir, a lei infra-constitucional especifique o seu campo de atuação – isto é, defina, no mínimo, a competência, o objeto, e a finalidade de sua atuação.

Com a prévia definição legal da natureza da limitação, e da moldura do campo de atuação da administração para administrá-la e fiscalizá-la está, em princípio, satisfeito o pressuposto do princípio da legalidade para a atuação da administração na função - poder de polícia. Neste âmbito, o que importa verificar é, em que medida a lei, enquanto fonte primária de direito, especificou, com suficiência, os elementos necessários para a boa criação do direito, e em que medida ela pôde deixar outras especificações da limitação a critério da administração pública. Em outras palavras: qual seria o conteúdo

⁷⁵ DI PIETRO afirma, com todas as letras grifadas que “ A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgado do mesmo poder [de polícia], **regulamenta** as leis e **controla** a sua aplicação, preventivamente (...), ou repressivamente. In : (1999, p.95)

SUNDFELD, C.A. afirma: “ Por fim, a administração ordenadora congrega as operações estatais de regulação do setor privado (...), com o emprego de autoridade.” (1997, p. 16)

normativo mínimo que deve ser objeto de lei, e qual o conteúdo normativo que a lei pode deixar à discricionariedade da administração.⁷⁶

Esta é uma questão sobremodo relevante, uma vez que ela tangencia vários aspectos importantes de legalidade dos atos administração pública, especialmente no que se refere à competência normativa do poder de polícia urbanístico. Hoje é muito freqüente o uso, pela administração pública, da normatividade administrativa em inúmeras áreas de sua atuação e, em especial, nas áreas de intervenção no domínio econômico⁷⁷; a prática administrativa tem feito uso desta forma de normatividade de maneira cada vez mais intensa, na medida em que o objeto do regramento está mais complexo, mais técnico e, ao mesmo tempo, mais dinâmico⁷⁸.

Esta atividade normativa da administração pública que, no nosso entender, difere da atividade política regulamentar do Chefe do Executivo⁷⁹, e que decorre do exercício do poder de polícia, já pode ser vislumbrada desde há muito na prática da organização estatal brasileira, sem grandes questionamentos doutrinários ou jurisprudenciais sobre sua juridicidade. Destacamos, por exemplo, o parecer de Francisco Campos, ao relatar, em 1958, as possibilidades de intervenção da COAP (Comissão Federal de Abastecimento e Preços) na distribuição de trigo no Brasil, no exercício das

⁷⁶ Ao referir-se à questão das delegações Celso A. BANDEIRA DE MELLO assim se expressa: “Há, pois, inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. (...) A identificação referida não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam *as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei, e nas finalidades que ela protege*” (1981, p. 98).

⁷⁷ “E por isso que a legislação regulamentar do Direito Público Econômico se utiliza amplamente dos *standards* legais, oferecendo, assim, amplos meios de descrição ao órgão administrativo.” VENÂNCIO FILHO. (1968, p.87).

⁷⁸ Registre-se outrossim que esta não é uma questão nova. GLENDON, GORDON e CAROZZA, ao referirem-se aos vários sistemas legislativos, assim se manifestaram sobre a legislação bizantina: “*Byzantine legislation exhibited, according to Roman law historian Antony JOLOWICZ: ‘an almost pathetic confidence in the power of law to do away with evils of an economic character... and a taste for excessive regulation by statute of matters to which fixed rules can hardly, by their nature, be applied with success’*”. (1999, p.20)

⁷⁹ Nasce a partir do poder regulamentar do chefe do executivo, como se pode inferir da obra de Aurelino LEAL (1918). Ver páginas 97 a 101.

atribuições que lhe foram conferidas pela lei 1.522 de 31 de agosto de 1951. O ilustrado jurista brasileiro, ao comentar a Portaria nº 74 de 31 de agosto de 1953, que visava dar execução às determinações daquela lei, não rejeita a possibilidade da administração exercer o poder de polícia de intervenção, face a delegação recebida, mas registra que deverá fazê-lo nos limites estabelecidos pela lei.

“ Ora, na lei nº 1.522 de 26 de dezembro de 1951, não se contém qualquer delegação de poder que não seja delimitado não só pela circunstância a um domínio específico, como pela definição dos meios a serem empregados para o exercício daquele poder. Assim, a lei, no seu art.1º, começa por uma declaração de contornos indefinidos: ‘ autoriza a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, sempre que deles houver carência’. Em seguida, porém, **passa a regular e, portanto, a limitar o exercício do poder assim autorizado, não só definindo os casos em que se autoriza a intervenção, como os meios pelos quais se deverá efetivar**”⁸⁰. (grifos nossos)

Como já foi dito, a doutrina jurídica não nega esta normatividade como poder da administração pública⁸¹, quando presente o interesse público que o justifique, e presente a lei que o defira. Também a jurisprudência continua o acolhendo em suas várias manifestações de interesse⁸²; a questão que se coloca

⁸⁰ In: CAMPOS. Francisco: *Direito Administrativo*. P. 240.

⁸¹ Ressaltamos que, modernamente, Sérgio d’Andréa FERREIRA refere-se ao termo *poder de polícia normativo*, coquanto não fique claro se está tratando de atividade legislativa ou executiva, de regulamento político ou administrativo. Assim se expressa: “Na medida em que o exercício dos direitos interfere com tais interesses, a pessoa política competente, no exercício do chamado *poder de polícia normativa*, através de normas legais e de regulamentos administrativos, regula a proteção daqueles interesses, disciplinando, em consequência, o exercício dos direitos.”(1980, p.9).

⁸² Destaco o Recurso Extraordinário nº 78.953, no qual o Ministro Xavier de Albuquerque, em seu voto, assim se refere sobre os poderes do Conselho Monetário Nacional: ...“O da Lei nº 4595/64, porém, adotando nova técnica para a formulação da política da moeda e do crédito, criou o Conselho Monetário Nacional e, **conferindo-lhe poderes normativos ‘quase-legislativos’**, cometeu-lhe o encargo de ‘limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões, e qualquer outra forma de remuneração de operações de serviços bancários e financeiros’”(grifos meus). Note-se que embora a jurisprudência reconheça este poder normativo, e o grau de generalidade da norma, não é aí diferenciada a sua natureza de ato administrativo. O poder de normatização, por órgão da administração, existe em inúmeras outras áreas de polícia administrativa do Estado, como por exemplo, na área cultural cinematográfica, aí exercido pelo então CONCINE (hoje ANCINE - Agência Nacional de Cinema). Este é o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, explicitado no acórdão proferido na RESP 274384/SP, tendo como Relator o Ministro José Delgado.

então, concerne aos seus limites mínimos e máximos e, sobretudo, à sua natureza. Quanto a este aspecto importa indagar se esta normatividade é um regulamento (no sentido estrito do termo) da lei, ou não⁸³. Em outras palavras: a normatividade do poder de polícia é o exercício do poder regulamentar, ou teria ela outra natureza?⁸⁴

A resposta a esta pergunta não é simples e, certamente não será definitiva, já que no direito administrativo brasileiro ainda não temos o suficiente lastro de discussão, nem doutrinário, nem jurisprudencial, que permita um amadurecimento mais aprofundado dos argumentos⁸⁵. Mesmo no direito público estrangeiro esta é também uma questão tormentosa. Porém, a proposição de um entendimento sobre a normatividade administrativa, no âmbito do poder de polícia, nos parece essencial, para que possamos delinear com clareza e consistência as possibilidades e os limites de atuação da administração, ao lidar com estes novos objetos, complexos e dinâmicos do interesse público.⁸⁶

⁸³ Esta é uma questão que sempre restou pouco clara na doutrina brasileira. Destaque-se as posições de SANTHIAGO DANTAS (1953), e de C.TÁCITO (1997-C), que admitem que este poder normativo deferido pela lei, sem contudo chegar a diferenciá-lo, quanto à sua natureza, do poder regulamentar do chefe do executivo.

⁸⁴ Em sua obra sobre *O Regulamento no Direito Brasileiro* Luciano Ferreira LEITE, logo no capítulo inicial, mostra que a doutrina brasileira que acolhe, eventualmente, a diferença do regulamento como ato legislativo, do ato administrativo no seu sentido estrito, ela o faz baseada nas características de generalidade e abstração do primeiro, em oposição à concretude e individualização do ato administrativo. Esta não é, contudo, a posição que defendemos neste trabalho. “Entre nós, essa posição é defendida por Antônio Carlos Cintra do Amaral, nos seguintes termos: ‘ato administrativo é a norma jurídica concreta, criada pelo Estado, no exercício da função administrativa, que produz efeitos diretamente na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal’. Estes autores, ao dizerem que o ato administrativo é uma declaração ou norma concreta, afastam o ato regulamentar de seu campo de abrangência, porquanto este é, geralmente, abstrato e genérico”. (1986, p.20).

⁸⁵ O. MEDAUAR, ao se referir às “manifestações do poder de polícia” assim se expressa, sem maiores considerações: “Neste item se examinam diversos modos pelos quais a Administração expressa esse poder. Com respaldo legal, a Administração pode editar decretos (...) regulamentares ou não, resoluções, deliberações (órgãos colegiados), portarias, instruções, despachos.” (1999, p.371).

⁸⁶ Seriam as deliberações normativas de órgãos colegiados, ao normatizarem inúmeros aspectos da intervenção da administração no sistema financeiro, na preservação ambiental e cultural, nas atividades profissionais regulamentadas, no controle de trânsito, etc... , exercício de poder regulamentar da lei que previu estas competências?

Um posicionamento inicial poderia indicar que a normatividade do poder de polícia da administração é uma forma de exercício do poder regulamentar, como assim parece referir-se a maioria da doutrina⁸⁷; contudo, este entendimento nos parece insuficiente para explicar a extensão e o conteúdo que têm hoje estas normas administrativas. Não que não possam sê-lo; poder-se-ia assim entender, desde que se dê ao regulamento uma vestimenta mais moderna, para além da tradicional afirmação de que este é um simples desdobramento de um conjunto de regras contidas já no texto da lei – nem mais, nem menos⁸⁸. De modo geral, nem a doutrina, e nem a jurisprudência brasileira fazem esta distinção. Por isto é que devemos destacar uma menção, feita por Clèmerson CLÈVE, que afirma que:

“Reitere-se o que antes foi afirmado. O regulamento não se confunde com os demais atos normativos da Administração.”⁸⁹

A competência de regulamentação de leis é apresentada, no sistema jurídico brasileiro, em princípio como um poder político do Chefe do Executivo, decorrente do disposto na Constituição Federal, art.84, inc.VI, que diz ser da competência privativa do chefe do executivo “*expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*” (execução das leis...) ⁹⁰. Contudo, também o art.87, inc. II do texto constitucional refere-se explicitamente à competência normativa dos Ministros de Estado para “*expedir instruções para*

⁸⁷ A este respeito ver o excelente trabalho de ARAGÃO (2001) que elenca amplamente a posição doutrinária brasileira a respeito do tema, para afinal concluir que “...razão pela qual compreendemos o poder normativo das agências reguladoras entre o que o autor denomina de ‘regulamentos de complementação’, que, para nós constituem uma espécie dos regulamentos de execução – a única diferença é a maior ou menor abstração dos dispositivos a serem executados.”(p.445, nota nº987).

⁸⁸ Carlos MEDEIROS DA SILVA, termina assim sua palestra sobre o *Poder Regulamentar no Direito Comparado*: “O objetivo desta ligeira palestra é convocar os nossos juristas a uma revisão do conceito de poder regulamentar de forma a ampliá-lo convenientemente, ou, então, o que seria de melhor técnica, a advogar a revisão do texto constitucional para permitir as delegações legislativas” (1952. RDA: ed.histórica, p.240).

⁸⁹ In: CLÈVE, (1993, p.230).

⁹⁰ Não obstante Luciano Ferreira LEITE tratar o ato regulamentar como ato administrativo, decorrente da discricionariedade localizada no comando legislativo, o autor não o distingue, enquanto tal, da competência regulamentar do chefe do executivo. (1986, p.84 a 86).

a execução das leis, decretos e regulamentos”. Porém, nenhum dos dois dispositivos constitucionais explica, por si só, todas as possibilidades normativas que hoje a administração pública pratica; muito menos se a entendermos simplesmente como uma complementação do ordenamento legal no âmbito do direito público.

Podemos afirmar que, em princípio, a concepção tradicional do chamado poder regulamentar do Chefe do Executivo, (conforme o disposto nos arts. 84 e 87 da Constituição Federal), parece não se compatibilizar com o que vem sendo amplamente praticado no direito brasileiro, pressupondo-se a existência de um poder de polícia normativo com características diferenciadas. Primeiramente, é de se ressaltar que a Constituição defere a competência regulamentar para a fiel execução das leis, privativamente⁹¹, ao Chefe do Executivo, não abrindo para isto nenhuma possibilidade de delegação⁹². Isto pode significar que, sendo esta uma competência exclusiva do Chefe do Executivo, ela é também estritamente política, isto é, exercida no âmbito de sua ampla discricionariedade política. Daí porque o Chefe do Executivo, ao exercê-la, ele o faz em função de sua valoração política subjetiva, tendo como parâmetro as regras já suficientemente formuladas, em termos previsão de direitos e obrigações, no próprio texto da lei.

Neste sentido é que se pode entender que o regulamento, como exercício específico deste poder político, é apenas uma especificação, um desdobramento de regras já especificadas no próprio texto legal e, por isto mesmo,

⁹¹ Esta posição é a afirmada por Diógenes GASPARINI: “O mesmo não ocorre na edição de regulamentos, que na maioria dos sistemas é competência privativa de certos órgãos jurídicos. No nosso ordenamento é exclusiva do Poder Executivo e **absolutamente privativa do Chefe da Nação**” (grifos meus) – (1982, p.5). O autor não explica, porque aborda apenas perfunctoriamente em seu livro, a natureza dos demais atos normativos que são editados pela administração pública. “Portarias, circulares, instruções, resoluções, estatutos, regimentos, deliberações são atos, comumente usados para iniciar a execução dos regulamentos, sempre que entre estes e os atos concretos existir a necessidade de uma atuação normativa do Poder Executivo, que pode ser dirigida aos seus próprios agentes ou aos administrados em geral.”(ob.cit.p.120).

⁹² Ver o parágrafo único do referido art.84 da CF.

independência (o decreto regulamentar) de qualquer motivação técnica, já que retrata, como dissemos, a vontade política do Chefe do Executivo. Por isto, este ato é um ato de conteúdo materialmente legislativo – ou, politicamente legislativo, cujo controle se faz pela sua constitucionalidade, como os atos legislativos em geral⁹³. E por ser uma atividade política do chefe do executivo é que este poder lhe é deferido diretamente do texto constitucional. Daí porque a lei infra-constitucional não pode nem aumentá-lo, retirá-lo ou restringi-lo.

No entanto, o exercício do poder de polícia é, como vimos, uma atividade administrativa típica e, como tal, o poder de exercê-lo não decorre de uma previsão de poder político, isto é, de uma previsão constitucional, mas sempre depende de uma previsão, de uma atribuição de competência, a um órgão público, por meio de regra infra-constitucional⁹⁴. O exercício do poder de polícia normativo dependerá sempre desta atribuição legal de competência, e de uma discricionáriedade deferida, para poder exercê-lo⁹⁵. **Pensamos ser o próprio texto da lei que irá permitir que se deduza se o espaço cabível para a**

⁹³ Não é de todo incomum encontrarmos decretos regulamentares fora do âmbito da atividade da administração pública, como por exemplo os decretos que especificam a aplicação da legislação trabalhista. A este respeito ver o julgamento do Agravo de Petição 14.915 – DF/ STF, que apreciou a regularidade do Decreto 27.048 de 1949, que regulamentou Lei 605 do mesmo ano, que tratou da forma de cálculo para pagamento de repouso remunerado dos trabalhadores. (Publicação DJ de 26/10/1953, pag.3.231).

⁹⁴ Destaco importante acórdão prolatado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 4.138/DF, no qual está explicitada a expressão “regras de polícia”, como poder normativo de órgão da administração pública. Contudo, não há uma maior especificação da natureza deste poder nos votos manifestos. É a seguinte a ementa: **CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO. 1. A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade proteger o consumidor. 2. A edição de regras de polícia ostentados pelos arts.11 e 18, respectivamente, das Portarias ministeriais nºs 61/95 e 63/95, estão autorizados pelos princípios esculpidos nos arts. 5º, XXIX, XXXII e art.170, II e V da Constituição Federal. 3. O Código de Proteção ao Consumidor (arts.4º, I, III e IV, 6º, IV e 55) dá sustentação jurídica para a edição das Portarias referidas, além do DL nº395 de 27.04.38, da Lei nº 2004, de 03.10.53 e legislação posterior que reestruturou o Ministério das Minas e Energia e fixou as suas atribuições. 4. A liberdade de ‘bandeira’ para a comercialização de combustível, relação considerada de utilidade pública, não atende aos interesses de se proteger o bem comum e as relações de consumo. 5. Segurança denegada, liminar cassada. Em 28.08.1996.**

⁹⁵ “Cumpra frisar bem: a “competência resulta da lei, e por ela é delimitada”. Não pode decorrer pura e simplesmente de decreto ou de norma *infra legem*. Caio Tácito, sobre isso, oferece lição específica, quando escreve: “O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão público, ou agente administrativo a faculdade de agir.” In: SILVA, (1978, vol.132, p.246).

normatividade secundária é do poder regulamentar, ou do ato administrativo normativo de polícia.

Os atos normativos decorrentes do poder de polícia não seriam, portanto, atos legislativos no sentido político do termo, mas atos administrativos normativos. A diferença quanto à natureza destes tipos de atos tem importância capital para se determinarem os seus respectivos limites de constituição, conteúdo, forma e controle⁹⁶. Em outras palavras: distinguir a tipologia desses atos permitirá que se examine, e por conseguinte se controle com mais eficiência e precisão, os limites de sua discricionariedade, bem como os elementos válidos, necessários à sua existência. Os atos normativos decorrentes do poder de polícia são atos cujo conteúdo pode ter um significativo grau de abstração e/ou generalidade, características estas que os assemelhariam aos atos legislativos⁹⁷; entretanto, não são atos politicamente legislativos, ou seja, não decorrem da vontade política de quem os elabora, mas são editados em função do poder-dever da administração pública de executar e adimplir o poder de polícia que a lei lhe atribuiu. Decorrentemente, estes atos, como atos administrativos normativos, devem ser concebidos, editados e controlados como o são os atos administrativos em geral.

Os atos normativos de polícia administrativa existem porque a lei defere competência a determinado órgão ou agente da administração pública para agir

⁹⁶ No direito americano, onde há o princípio da separação de poderes, esta questão já foi amplamente debatida. Superou-se, pela pacificação jurisprudencial, a questão da eventual vedação à delegação de poderes, já que é comum há décadas esta prática normativa, seja por órgãos da administração pública, seja por órgãos autônomos. Hoje discute-se, fundamentalmente qual o conteúdo mínimo da lei que delega estes poderes normativos, bem como a natureza dos dispositivos normativos da administração “*The delegation doctrine requires Congress to provide intelligible principles in statutes empowering agencies to act.* (...) *He also questions whether the courts are the appropriate decisionmaking bodies to determine the necessary degree of specificity in statutes*” . In: SARGENTICH. (1994, p.11).

⁹⁷ O que difere, fundamentalmente os atos normativos entre si, não é o fato de um ser ou não abstrato ou genérico, mais sim o nível de generalidade que cada espécie de ato tem. Os níveis de generalidade e abstração indicam, de modo geral, a hierarquia entre estes atos. “A Constituição é mais genérica do que a lei, e prima sobre ela; a lei é mais genérica do que o regulamento, e está em plano superior ao deste.” In: LEAL, Vitor N. (1945, p.375).

no sentido de administrar e gerir determinado interesse público⁹⁸. Esta ação incluiria não somente a fiscalização e a imposição de sanções vinculadas (aspectos mais simples do exercício do poder de polícia), como também a escolha e definição discricionária de determinados aspectos da gestão do interesse público que, embora delineados no texto da lei, por conterem valores e propostas metajurídicas, só podem ser melhor definidos por meio de normatização mais flexível e dinâmica⁹⁹.

Este posicionamento é uma opção de política legislativa, e que se insere, necessariamente, no deferimento de discricionariedade ao administrador para que este, apreciando as circunstâncias fáticas, melhor avalie a aplicação da lei. Clovis BEZNOS¹⁰⁰ afirma que:

“...outorgar o legislador, ao administrador uma competência discricionária não só pelo fato deste último estar melhor posicionado para a avaliação das situações concretas, mas também, por uma **verdadeira impossibilidade da previsão legislativa total de todas as multiformes situações concretas**.

Disso não decorre, evidentemente, ser a discricionariedade peculiar à natureza jurídica desta atividade, já que a conveniência do **legislador de outorgá-la ou não, ao administrador é questão de política legislativa, e como tal, é questão metajurídica...**” (grifos nossos)

Ora, admitindo-se que esta categoria de atos normativos sejam atos administrativos, a lei deve, sem dúvida, definir-lhes os parâmetros para que os

⁹⁸ Neste sentido ver o RE nº 77899/PE que na parte inicial de sua ementa assim dispôs: “Estatuto da Lavoura Canavieira. Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA). Constitucionalidade de sua ação disciplinadora e intervencionista nos assuntos pertinentes à lavoura em questão. Legalidade das Resoluções, pelo Instituto expedidas, especialmente as de nº 2004 e 2009/68 porque conforme às autorizações legislativas (Decr.lei nº 4189/42, e Leis nº 4071/62 e nº 4870/65).(...)”. Em 20.05.75.

⁹⁹ No direito público inglês este aspecto é significativo, e é uma das razões que justifica a possibilidade de delegação de poderes legislativos ao executivo. “*Delegated legislation is an inevitable feature of modern government for the following reasons: 1. Pressure upon parliamentary time.(...) 2.Technicaly of subject-matter. Legislation on technical topics necessitates prior consultation with experts and interest concerns. (...). 3. The need of flexibility. When a major new social service is being established, it is not possible to foresee every administrative difficulty that may arise, not to have frequent recourse to Parliament for amending Acts to make adjustments that may be called for after the scheme has begun to operate. Delegated legislation fills those needs. When the Social Security Act 1980 provided that the supplementary benefits scheme should be based on statutory rules rather than administrative discretion, a massive quantity of detailed regulations was published; inevitably the discovery of mistakes and defects in the scheme led to many subsequent amending regulations.*” (grifos nossos). WADE e BRADLEY. (1991, p.612)

¹⁰⁰ In: BEZNOS, Clovis: op.cit. p.35

mesmos possam ser editados; ou seja, a competência de quem pode expedi-los, seu objeto jurídico (categoria jurídica no qual se inserem), a finalidade de interesse público que devem atender, os pressupostos de sua existência, isto é, o motivo, bem como a forma e os procedimentos necessários à sua existência. Em relação a cada um destes aspectos é que a lei poderá ampliar ou reduzir o grau de discricionariedade do conteúdo do ato.

É interessante observar que não há na Constituição Federal nenhuma menção clara no tocante a esta importantíssima faculdade normativa da administração pública, salvo se a entendermos contida no art. 87, inc.II da Constituição Federal. Note-se que este artigo da Constituição Federal tem uma concepção diversa do já mencionado art. 84, inc.VI: a competência ministerial de expedir instruções não é nem explicitamente privativa, e nem é própria do chefe do poder político, que é o legitimado pelo voto popular. Conseqüentemente, sua discricionariedade não pode ser politicamente equivalente. Ressalte-se também que a redação de ambos é sutilmente diferente, já que a competência ministerial é de expedir instruções para simplesmente fazer executar (ou seja, administrar) as leis, decretos e regulamentos, e não para sua “*fiel execução*”. Ora, só podemos entender que “*fiel execução*” é mais do que simplesmente “*execução*”, se atribuírmos ao primeiro a amplitude da discricionariedade política dos atos materialmente legislativos, e ao segundo os limites do poder-dever próprio da discricionariedade técnica dos atos administrativos normativos.

Esta é sem dúvida uma questão que modernamente envolve diretamente as atividades da administração pública que demandam o seu exercício normativo. Na doutrina européia há muito que se admite a necessidade da normativa administrativa para atender a dinâmica da vida social. Ademais, é no direito administrativo que esta questão se apresenta com esta

especificidade.¹⁰¹ Muitos o vêem, e o tratam como um desdobramento da discricionariedade deferida à Administração¹⁰².

Note-se que é comum, nos casos de atos administrativos normativos de polícia, que a regulamentação venha materializada em atos secundários diversos do decreto do Executivo. O decreto do Chefe Executivo, quando ato político puramente discricionário de regulamentação de lei, tem limites próprios, diferenciados dos limites do ato secundário normativo de poder de polícia¹⁰³. Naquele, os limites do conteúdo da norma devem ser inferidos do texto legal. Já o ato normativo de polícia, encontra os seus limites não só no conteúdo do próprio texto da lei, como também na coerência técnica por ela imposta, inferível da sua motivação, da sua finalidade, e de seu objeto, já que a forma e a competência tendem a vir vinculadas à previsão legal. Conseqüentemente, a extensão do ato e as suas formas de controle serão

¹⁰¹ Em seu livro *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho* (1986. p.37 e segs) Eduardo Garcia de ENTERRÍA ensina: “ *El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces. (...) “Le domaine de la vie administrative...- decía Hauriou – est le domaine du provisoire, du révocable et du viager”, y ello a diferencia de lo que ocurre con “le domaine de la vie civile, qui est, au contraire, le domaine du perpetuel et du définitif”. El motivo de ello es por lo menos triple: en primer lugar, la constitutiva cercanía de la Administración respecto a la vida social y a sus constantes variables, que hace absolutamente imposible una formalización definitiva de sus normas de actuación; en segundo lugar, la disponibilidad en que la administración se encuentra de poderes normativos propios, de fácil y expedito uso para intentar soluciones para problemas específicos; por último, la circunstancia de que entre la responsabilidad propia de la Administración en el gobierno humano está la de la adopción e imposición de medidas para atender situaciones específicas y singulares (un plan de urbanismo, un plan de desarrollo económico (...), situaciones al servicio de las cuales se han de producir siempre necesariamente, y en mayor o menor grado, las llamadas por la doutrina alemana Massnahmegesetze o leyes medida, que se distinguen de las leyes propiamente normativas en que éstas se dictan para regular situaciones típicas y generales y las primeras para atender situaciones singulares y concretas.*” (grifos nossos).

¹⁰² “ *estos fenomenos comunes de la técnica normativa se dan también, y en grado especialmente intenso, en el ámbito del Derecho administrativo, donde, además, al quedar confiado el relleno de los mismos o su ejercicio (como en el caso máximo de la discricionalidad, y dentro de ella el de los poderes normativos) a la Administración en cuanto sujeto, que, como tal, dispone e interfiere unilateralmente las esferas jurídicas de los ciudadanos, (...)* (ENTERRIA – 1986 – p.41).

¹⁰³ “O Poder executivo puro, político ou governamental, isto he o governo exercido pelo Chefe do Poder Executivo e seus Ministros, directa e indirectamente.

O Poder administrativo, isto he a administração, tem por órgãos uma serie de agentes responsaveis e amoviveis.

Esta divisão tende a determinar de um modo claro e exacto a natureza do Poder Executivo, o modo e limites da sua acção.”(grifos nossos). URUGUAY. (1862, p.68).

diversas em um e outro caso. Somente na regulamentação política poderá se dar o controle político dos atos normativos – isto é, dos limites da sua constitucionalidade, enquanto que para os atos normativos de polícia o controle será mais amplo, pois os seus pressupostos são os do ato administrativo. Não há no caso o controle político da constitucionalidade, mas sim o controle da legalidade do ato¹⁰⁴.

Esta atividade normativa exercida pela Administração Pública representa um importante aspecto do exercício das funções administrativas na “administração” das restrições impostas pelo Estado às atividades particulares; é, portanto, a face mais moderna do poder de polícia administrativo¹⁰⁵.

Porém, é necessário aprofundar, ainda mais, as distinções entre o que chamamos, no direito brasileiro, de poder regulamentar, próprio do Chefe do Executivo, do poder normativo da administração, que pode ser atribuído pela lei a qualquer autoridade ou órgão da administração pública. Este é, aliás, um importante aspecto de se assinalar, já que a lei, ao criar a limitação, em geral, especifica os seus efeitos jurídicos, estabelecendo também a competência do órgão ou autoridade que irá administrá-la. Se esta competência for específica,

¹⁰⁴ Neste sentido ver voto do eminente Ministro Celso Mello, relator da ADI 996-6/DF, que diz: (...) “Neste contexto, torna-se evidente o descabimento da ação direta quando a pretendida inconstitucionalidade do ato regulamentar, **que é meramente ancilar e secundário**, representa uma derivação e um efeito consequencial de eventual ilegitimidade constitucional da própria lei em sua condição jurídica de ato normativo primário e principal. (...) A questão jurídica posta nestes autos situa-se, pois, no simples plano da **legalidade**, o que retira das normas questionadas a qualidade de objeto idôneo para o controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal.

A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento hábil ao controle da validade de atos normativos de caráter infralegal, quando cotejados estes **em face da lei**, sob cuja égide foram editados,(...)” Em sentido contrário ver Hely MEIRELLES: “Atos gerais – Atos administrativos gerais ou regulamentares são aqueles expedidos sem destinatários determinados, (...). São atos de comando abstrato e impessoal, semelhante aos da lei, e, por isso mesmo, revogáveis a qualquer tempo pela Administração, mas inatacáveis por via judicial, a não ser pela representação de inconstitucionalidade.” (1997, p.146)

¹⁰⁵ “É assim o Direito Regulamentar nitidamente vinculado à eficiência da máquina administrativa, o que contribui para a necessidade de reformulação dos métodos de administração pública. As normas de Direito Público Econômico serão letra morta, ou se revelarão inadequadas se a elas não se juntar uma máquina administrativa eficiente, e um corpo administrativo competente já chamado com propriedade de ‘burocracia apostólica’”. VENÂNCIO FILHO (1968, p.88).

a administração deste interesse escapará do poder geral de administração do Chefe do Executivo (art.84, inc. II). Em outras palavras, neste caso, o Chefe do Executivo não poderá, ainda que justificado pelo exercício de seu poder regulamentar, estabelecer a administração normativa daquele interesse público e, por conseguinte, **terá aí reduzido o seu espaço para exercício desse seu poder político específico.**

Procuramos, na área econômica, um exemplo que ilustre a assertiva. A lei¹⁰⁶ que atribui competência ao Conselho Monetário Nacional para formular a política de moeda e crédito no país, estabelecendo os seus objetivos (art.3º), o seu objeto (art.4º), especifica que este órgão exercerá este poder dever através de atos normativos próprios (art.9º). Conseqüentemente, nesta matéria, não poderia o Chefe do Executivo, no exercício do poder regulamentar (art.84, inc.IV), decretar estas regras; o Chefe do Executivo poderia, regulamentar outros aspectos funcionais da lei, que não tenham sido por ela especialmente deferidos àquele órgão da administração pública. Neste caso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não reconhecem o poder advocatório do Chefe do Executivo, decorrente do princípio da hierarquia, já que afastada esta hipótese pela vontade em contrário da lei¹⁰⁷.

Neste sentido, podemos fixar espaços diferenciados do exercício da normatividade: enquanto o regulamento complementa a lei, dentro de suas opções de política legislativa, nos seus aspectos que lhe restaram ainda incompletos, com o objetivo de lhe dar completa executoriedade, o ato normativo de polícia – se o observarmos com rigor, não estaria complementando a lei, mas já estaria administrando a vontade da lei –

¹⁰⁶ Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964.

¹⁰⁷ Ver a este respeito o excelente trabalho de Simone Lahorgue NUNES: “*Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no âmbito do Mercado Financeiro*”, especialmente, quanto ao aspecto citado, as referências contidas nas páginas 142 a 169.

aplicando-a. E esta diferenciação é retratada, politicamente, uma vez que o Chefe do Executivo não precisa de deferimento, pela lei, de espaço para o seu exercício, já que esta sua faculdade é diretamente atribuída pela Constituição¹⁰⁸; no entanto, o poder de polícia normativo só poderá ser exercido pela administração pública se a lei lhe abrir esta discricionariedade, explícita ou implicitamente.

Isto acontece porque na administração de inúmeros, e modernos interesses públicos, os contornos de seus motivos, e de suas hipóteses de incidência, podem não estar, *a priori*, precisamente definidos nos textos permanentes das leis¹⁰⁹. Porém, na gestão desses interesses, o órgão público ao qual a lei deferiu competência de administrar o interesse público, poderá entender recomendável predefinir a sua ação, isto é, dar transparência aos critérios técnicos que irão pautar a prática dos atos individuais e concretos. Estes serão atos-regra, de conteúdo geralmente técnico, ou seja, necessariamente motivados por razões técnicas, visando o atingimento das finalidades estabelecidas na lei. Por este motivo, o exercício da discricionariedade administrativa é limitado aos pressupostos legais de seu exercício, aí incluso o dever de praticar o ato, ou seja, de gerir o interesse jurídico; não é, portanto, um ato com subjetividade política, no sentido amplo que o termo pode comportar.

¹⁰⁸ “O poder regulamentar é poder por excelência do Executivo, **que o recebe originária e imediatamente** da Constituição (...), não dependendo o seu exercício de autorização do legislador, muito embora deva sempre se conter no âmbito de incidência da lei, para cuja fiel execução se destina.” (grifos nossos). In: REALE, (1980, p.14).

“O poder regulamentar não deriva de delegação legislativa; não é o Poder Legislativo que dá ao Poder Executivo. Legislar e regulamentar são funções que a Constituição pôs em regras de competência de um e outro poder”. PONTES DE MIRANDA (1977, p.312).

¹⁰⁹ “A aplicação do Direito Regulamentar envolve sobretudo uma questão da jurisdição técnica bastante apontada pela doutrina italiana, e que consiste no fato de conceder-se ao órgão administrativo competência para decidir em concreto sobre determinados fatos econômicos.”VENÂNCIO FILHO (1968, p.87).

Externamente, os atos (regulamentos executivo), e ato-regra da administração podem ter, como dissemos, a aparência de atos legislativos, no que se refere às suas características de abstração e generalidade¹¹⁰. Porém, os propósitos funcionais que os inspiram e os justificam, no sistema jurídico, são diversos: um complementa a política do legislador, com a mesma amplitude de discricionariedade política do agente político que o decreta, o segundo dá execução à determinação da lei, administrando os interesses públicos por ela previstos, nos limites por ela estabelecidos.

Neste sentido, estes atos-regra, com aparência de atos legislativos, são atos administrativos, já que estão administrando, tecnicamente, os conteúdos amplos contidos na lei, disciplinadores e limitadores de direitos individuais. Eles, ao disciplinarem os interesses públicos, estabelecendo mais concretamente as regras de incidência das limitações previstas em lei, dão executoriedade material àqueles interesses públicos, à vista dos pressupostos técnicos necessários à sua geração¹¹¹.

Vale mencionar ainda que o assunto é, no direito brasileiro, com frequência, questionado sobre a eventual delegação legislativa que esta normatividade poderia conter¹¹². Este aspecto assume especial importância uma

¹¹⁰ “ Assim sendo, os *atos legislativos* não diferenciam dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sem pela *originariedade* com que instauram situações jurídicas novas, *pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia*, ao passo que os demais atos normativos *explicitam ou complementam* as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”(grifos no original). In: REALE. (1980, p.14).

¹¹¹ “Se as normas jurídicas não podem ser entendidas como simples juízos lógicos, por serem, efetivamente, normas de cultura, ou realidades tridimensionais, - nas quais as exigências axiológicas integram em unidade os pressupostos histórico-sociológicos e as estruturas formais, - **pode-se dizer que as funções administrativas e as judiciais devem ser qualificadas como sendo de ‘atualização concreta da lei’, o que só imperfeitamente se traduz com a expressão ‘atos executivos’**” (grifos nossos). In: REALE, Miguel.(1980, p.18).

¹¹² Ver a este respeito a obra de Carlos Roberto de SIQUEIRA CASTRO onde o autor analisa a questão das delegações legislativas, diferenciando-as do regulamento. No entanto, o autor não chega a distinguir os regulamentos políticos do chefe do executivo daqueles atos normativos da administração pública, mesmo porque este não é o propósito central de sua obra. Diz o autor: “ Por derradeiro, cumpre diferenciar com clareza a delegação legislativa do debatido fenômeno do *poder regulamentar* que as constituições da era moderna costumam atribuir aos Chefes de Governo, ora para fins da boa execução das leis de princípios gerais

vez que a delegação estaria vedada pela Constituição, em função do princípio da separação dos poderes; a Constituição reserva esta possibilidade tão-somente aos casos em que forma é a lei delegada, que é, por isso mesmo, fonte primária de direito. **É relativamente farta a produção doutrinária sobre o tema; porém, sua aplicação na prática apresenta inúmeras dificuldades e perplexidades**¹¹³. De toda esta produção, no entanto, restringimos nossa observação, afinal, à necessidade de estabelecer melhor a precisão semântica das palavras, ou seja: até que ponto o conteúdo das regras teria que estar contido nos diplomas legais primários, para que não se caracterizasse como uma efetiva delegação legislativa, mascarada pela fórmula de deferimento de discricionariedade à administração, ou de espaço para exercício do poder regulamentar? É importante se estabelecer o significado do termo “delegação”, para que se possam, conseqüentemente, reconhecer os limites jurídicos dos instrumentos normativos secundários. Contudo, há que se reconhecer que, sob o aspecto puramente semântico, a lei que necessita de regulamentação para a sua execução conterà sempre uma delegação implícita à autoridade regulamentar; ou seja, se a lei não contém todos os elementos necessários à sua execução direta, ela estará sempre delegando à autoridade regulamentar a tarefa de complementá-la. Da mesma forma, a lei que contiver conceitos amplos e indeterminados, para cuja execução e cumprimento for exigida uma atividade discricionária de complementação do sentido do seu conteúdo, esta lei não deixa de ter também aspectos de delegação, isto é: delega à autoridade

ou, ainda, para normatizar de modo autônomo a consecução dos serviços públicos e **o exercício do poder de polícia, tudo importando em desempenho de competência materialmente legislativa** pelos órgãos superiores da Administração Pública.” (1986, p.118).

¹¹³ A este respeito ver interessante acórdão do Eg.Tribunal Federal de Recursos (MS nº94.775 de 18.3.82) cuja parte final da ementa assim dispõe: “...- O uso da denominação conhaque de alcatrão, de mel, de gengibre, etc..., que sempre fora facultado por lei àqueles fabricantes que tradicionalmente vinham utilizando destilados de suco de cana-de açúcar, não pode ser extinto por ato normativo secundário, derivado do poder regulamentar, ainda que oriundo de delegação de atribuições, aliás constitucionalmente proibida. (CF, art.6º, par.único).”

executante a tarefa de fazer um juízo sobre o sentido do termo, sobre seu conceito, e sobre os princípios que exprime, mas não define¹¹⁴.

O fato é que, não obstante o nome que se dê, os vários sistemas administrativos ocidentais admitem como a necessidade de se deferir à administração pública um grau maior ou menor de discricionariedade normativa; por meio deste instrumental jurídico pretende-se atender, ao mesmo tempo com precisão e flexibilidade, às especificidades dos inúmeros interesses públicos de conteúdos metajurídicos, que restringem hoje a liberdade e as atividades privadas – e dentre estes estão, indubitavelmente, a cidade e os interesses urbanísticos.

Por isto é que, para ultrapassar as discussões sobre delegações, entendemos que é a lei, enquanto fonte primária que, deve exprimir o direito, limitar a competência, o objeto e a finalidade, e circunscrever os pressupostos da ação do executivo e sua forma. Fazendo isto, estará preservado o princípio da legalidade para a ação administrativa, e o direito fundamental de garantia de criação legal das obrigações.

¹¹⁴ Francisco CAMPOS, referindo-se à lei relativa à COAP assim se manifestou: “Ora, na lei n° 1.522, de 26 de dezembro de 1951, não contém qualquer delegação de poder que não seja delimitado não só pela sua circunscrição a um domínio específico, como pela definição dos meios a serem empregados para o exercício daquele poder”. In: (1958, p 240).

Ver também o uso da expressão, no seu sentido amplo, na jurisprudência do STF, Ação Rescisória n° 1204/DF, que a parte final da ementa assim dispõe: “...3 – Valendo-se de critérios políticos, que lhe haviam sido conferidos, o IBC [Instituto Brasileiro do Café], na Resolução 51/81, não exorbitou da Lei n° 1779 de 22.12.1952, nem afrontou o princípio da isonomia previsto no §1° do art.153 da EC n°1/69. (...) 5 – Nem compete ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, ampliar ou estender a terceiros benefícios ou privilégios legalmente autorizados, inclusive resultantes **de resoluções normativas de órgãos administrativos com poder delegado**, pois isto seria substituir-se ao legislador ou administrador. Compete-lhe, isto sim, desconstituir tais benefícios e privilégios, quando inconstitucionais, se provocado pelas vias próprias, em caráter incidental ou principal”. Em 23.02.89. (grifos nossos).

No mesmo sentido, a referência feita no voto do eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto proferido no RE n°229.440-2 RN, de 16.6.99: “...A matéria, entretanto, foi disciplinada pelo legislador ordinário que, muito antes da instituição do monopólio do petróleo em nome da União, por meio do Decreto-lei n° 395, de 29 de abril de 1938, não apenas submeteu as referidas atividades ao controle do Governo Federal, mas também **delegou a sua disciplina ao Conselho Nacional do Petróleo.**”(...

CAPÍTULO IV

APLICABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA NORMATIVO AO PLANEJAMENTO URBANO

4.1. AS NORMAS URBANÍSTICAS NO DIREITO BRASILEIRO: O DIREITO URBANÍSTICO E AS NORMAS DE PLANEJAMENTO URBANO.

No Brasil a legislação urbanística é, ao mesmo tempo, muito recente e muito antiga. Antiga porque, como já tivemos oportunidade de ver, foram editadas normas urbanísticas para nossas cidades desde o tempo das Ordenações Portuguesas. Podemos afirmar mesmo que nenhuma cidade brasileira, que tenha ultrapassado a categoria de vila ou distrito, pôde prescindir de normas de urbanismo¹. Hoje as cidades pequenas, médias ou grandes nem mais podem deixar de ter suas normas urbanísticas e de planejamento urbano, uma vez que estão obrigadas a editá-las por força de dispositivo constitucional, contido no § 1º do art. 182 da Constituição Federal de 1988.²

Em função deste dispositivo constitucional afirmamos que a legislação urbanística é nova no Brasil. Nova se entendermos que ela já não pode ser mais um feixe de regras agregadas e justapostas, cujos sentido e interpretação sejam inferidos de sua simples literalidade. Hoje a legislação urbanística deve ser lida e interpretada visando o atendimento dos interesses públicos urbanísticos, explicitados nos objetivos propostos tanto pela Constituição Federal quanto nas leis federais de urbanismo, aí compreendidas também as diretrizes nacionais de desenvolvimento urbano.³

¹ José Afonso da SILVA, no seu livro *Direito Urbanístico Brasileiro*, discorre amplamente sobre a aplicação das Ordenações do Reino e, em especial, das Ordenações Filipinas, que já determinavam as normas edilícias que deveriam ser observadas pelas vilas, desde o período colonial brasileiro. Não só as ordenações, mas também “...as posturas municipais na Colônia, determinavam, além dos arruamentos, obrigações de alinhamento, desapropriações ` para ficar a vila mais enobrecida e a praça dela” (1995, p. 44 e segs.).

² “Art. 182: (...) § 1º: O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano.”

³ A Constituição Federal, no *caput* do art. 182, determina que a “política de desenvolvimento urbano, (...) tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e garantir o bem-estar de seus habitantes”. A Lei 10.257, no seu art. 2º, ao reproduzir o mesmo texto do dispositivo constitucional, especifica nos incisos que se seguem ao *caput* do dispositivo, de

Há uma questão — que pode parecer sutil, mas que tem grande importância tanto para a definição das competências dos entes políticos no trato estatal dos interesses públicos urbanos quanto para uma montagem mais clara do sistema legal de urbanismo — que consiste em diferenciar direito urbanístico e normas de planejamento urbano. Há que se indagar quais seriam os limites técnicos destas duas expressões no texto constitucional brasileiro. Esta distinção traz importantes consequências na sistematização legal da matéria urbanística, no que se refere ao seu aspecto formal; ou seja, matéria que deve ser objeto de lei, e matéria urbanística, que poderia ser objeto de normas secundárias de direito, como veremos mais adiante.

Distinguimos, neste ponto, as duas expressões *direito urbanístico* e *planejamento urbano*, primeiramente porque a Constituição Brasileira trata diferentemente esses termos e, em segundo lugar, porque os termos podem e devem revelar conteúdos cognitivos diversos⁴. A competência para expedir normas de *direito urbanístico* está prevista dentre as competências legislativas da União⁵, podendo ser complementada pela competência legislativa estadual (art. 24, § 2º), e ainda eventualmente suplementada pelo Município⁶ (art. 30, inc. II), tudo no âmbito da competência legislativa primária⁷

forma mais objetiva, e menos abstrata, o que se deve inferir do princípio constitucional geral.

⁴ Sobre a diferença técnica entre o direito urbanístico e o planejamento urbano, CHAPUISAT lembra que o direito urbanístico fornece o quadro geral de instrumentos de que o planejamento urbano pode utilizar-se: “L'aménagement urbain a deux champs d'opérations possibles: soit agir sur les quartiers existants pour faire de la modernisation urbaine, soit créer des quartiers nouveaux pour faire de l'extension urbaine. La maîtrise publique de ces deux types d'opérations suppose un cadre procédural. Pour cela, l'actuel droit de l'urbanisme comporte une procédure opérationnelle générale” (1991, p. 95).

⁵ Trata-se de inovação da Constituição de 1988; no regime constitucional anterior, muitos autores, como Eros Roberto GRAU, sustentavam que, à falta de previsão constitucional a respeito, a União não teria competência para legislar em matéria urbanística (1983).

⁶ PINTO FERREIRA desposa o mesmo entendimento: “A nova Constituição, em matéria de direito urbanístico, atribuiu competência concorrente à União, Estados e Municípios. A competência do Estado é limitada, pois cabe à União legislar as normas gerais de urbanismo, cumprindo ao Município editar o plano diretor ou quaisquer outros planos urbanísticos locais” (vol. VI, 1994, p. 433).

⁷ No mesmo sentido, em relação à Constituição de 1969, prevê Lúcia do Valle FIGUEIREDO (1980, p. 15).

Entendemos que a competência do Município para legislar sobre planejamento urbano é inferível do texto do art. 30, inc. I da Constituição Federal, que se refere à

Entendemos que regras de *direito urbanístico* são aquelas que dispõem sobre categorias e figuras jurídicas, que serão usadas na aplicação das regras de planejamento urbano, tais como as que definem o que seja parcelamento e edificação compulsória, a licença de construir e seus efeitos, as limitações à construção, as servidões, a desapropriação etc. As regras de direito urbanístico também definem os objetivos maiores que o planejamento urbano deve perseguir, os seus princípios básicos e valores técnicos, e as garantias procedimentais, tanto de elaboração do próprio planejamento quanto para sua aplicação. São, portanto, regras de grande abstração e generalidade. São normas gerais *para* o planejamento.

Vejamos o que diz a lei federal nº 10.257/2001 que não faz menção a qualquer regra específica de planejamento urbano, mas estabelece valores sociais e técnicos que as regras de maior concretude — as de planejamento — deverão conter. No seu art. 2º, por exemplo, a referida lei estabelece “diretrizes gerais”, isto é, valores técnicos — qualidades, que as normas de planejamento deverão necessariamente retratar. Diz o referido dispositivo:

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

(...)

V — Ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

(...)

c) o parcelamento do solo, a edificação ou uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;(...)

Esta norma federal não está especificando nenhum índice construtivo quantitativo. Porém ela está estabelecendo um parâmetro, ou seja, fixando limites qualitativos para as normas — limites que podem ser testados e aferidos em cada circunstância do planejamento em cada cidade.

Normas de planejamento urbano, ao contrário, são propostas técnicas de conteúdo concreto e específico⁸ — que podem ser, em grande parte, de natureza quantitativa, aplicáveis a uma dada situação fática; e neste sentido muito se

competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local. Entendo que a previsão contida no art. 30, VIII (“promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação”), corresponde a uma explicitação de ação e, portanto, de uma competência muito mais executiva do que legislativa, a se deduzir do próprio sentido do verbo empregado. E somente no âmbito desta ação executiva é que, pela redação deste inciso, o Município tem a competência exclusiva. Voltaremos a este assunto mais adiante.

⁸ Distinguindo-se, pois, como lembra Ricardo Pereira LIRA, das normas gerais de parcelamento do solo, preempção, edificação compulsória, que são de competência da União Federal (1997, p. 306-307).

aproximam, no seu conteúdo, da natureza dos atos administrativos. Exemplificando: quando a legislação de um município prevê quais os índices de gabarito e de densidade para construção aplicável às diversas zonas da cidade, trata-se, a rigor, de normas de planejamento urbano, e não de direito urbanístico — no sentido estrito deste último termo. Vê-se pela própria densidade da regra que tem grande concretude. É uma regra que não pode ser aplicada a outra região ou a outro território.⁹

Esta proposta de limite teórico do conteúdo dos termos — direito urbanístico e planejamento urbano — não é e nem poderia ser rígida. Eventualmente, por razões de ordem política (que são as que verdadeiramente definem os conteúdos das leis), é possível transformar uma regra que seria, a princípio, de planejamento urbano, em regra de direito urbanístico. É o caso do art. 4º, inc. II da Lei Federal nº 6.766/79.

A Lei nº 6.766/79 foi recepcionada pelo sistema jurídico da Constituição de 1988, uma vez que se considerou estar ela inserida no âmbito da competência legislativa federal relativa a direito urbanístico (art. 24, inc. I). Aquele dispositivo, que define o tamanho do lote mínimo nacional, corresponde a uma previsão de maior concretude; seria, pois, substancialmente, uma regra própria de planejamento; mas por uma opção de política legislativa, uma regra de grande concretude transmutou-se em uma norma geral de direito urbanístico. Há que se observar contudo que, ainda neste caso, embora a regra tenha aspectos quantitativos claros, ao estabelecer este limite mínimo ela está, no seu limiar, estabelecendo também um padrão de valor — que, numa regra qualitativa e mais flexível, poderia ser estabelecido por outras referências não quantitativas. Um exemplo: se o dispositivo optasse por determinar que o lote mínimo seria aquele “...compatível com a construção de uma habitação com características regionais mínimas de salubridade e segurança etc. ...”, não estaria, uma fórmula como esta, traduzindo o valor técnico também similar ao buscado pela lei, ao estabelecer o tamanho do lote em metros quadrados?

⁹ Dentre as poucas tentativas de sistematização do Direito Urbanístico Brasileiro, destacamos o já referido livro do Prof. José Afonso da SILVA que, no seu capítulo II discorre sobre o “Conceito de Direito Urbanístico”. Aí o preclaro mestre expõe toda a complexidade e dificuldade de se encontrar com clareza uma definição que satisfaça o alcance deste objeto. Propõe então que se conceba o direito urbanístico “(...) como ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística. Seu objeto, portanto, consiste em expor, interpretar e sistematizar tais normas e princípios; vale dizer: estabelecer o conhecimento sistematizado sobre esta realidade jurídica” (1995, p. 32). O renomado autor, no entanto, não estabelece aí nenhuma diferenciação quanto à natureza das normas de direito urbanístico e de planejamento urbano, não obstante referir-se a autores que tentam mostrar estes campos diferenciados de normatização.

Destarte entendemos que as expressões direito urbanístico e planejamento urbano não são sinônimas, já que têm significados diversos. Atente-se porém que é o urbanismo, enquanto conhecimento técnico e não jurídico, que vai subsidiar com conteúdo técnico tanto a lei de direito urbanístico quanto as normas de planejamento urbano. Para o direito urbanístico, irá fornecer os princípios e valores que servirão de vetores para o planejamento urbano, bem como indicará as técnicas a serem por ele usadas (figuras e categorias de planejamento), aí incluídas, caso entenda necessário, normas gerais para sua operacionalização e controle. Já para as normas de planejamento urbano, o urbanismo indicará os padrões e índices adequados, de conteúdo material e operacional, especificando as limitações a serem impostas às ações construtivas, bem como outras operações urbanísticas e de serviços, aplicáveis somente àquelas circunstâncias concretas e a locais específicos para os quais foram feitas.

As normas de direito urbanístico, em função de sua natureza extremamente abstrata e genérica, só podem ser objeto de normativa primária: de leis, no sentido estrito do termo. Assim compreende-se o porquê de sua inserção no art. 24, I da Constituição Federal, que deferiu esta competência à União e aos Estados e, supletivamente, aos Municípios (art. 30, II da CF). Porém somente se não confundirmos direito urbanístico com normas de planejamento urbano é que poderemos estabelecer, com precisão, a diferenciação de competências feita pela Constituição Federal, deferindo a primeira à União, aos Estados e, supletivamente, aos Municípios, e a segunda — normas de planejamento urbano — aos Municípios, em função do disposto no art. 30, I (dispor sobre assuntos de interesse local). Deve-se mesmo dizer que esta interpretação, por articular logicamente no âmbito do sistema constitucional as duas competências diversas, quais sejam, a de planejamento urbano e a de direito urbanístico, é a que melhor respeita o princípio da unidade da Constituição¹⁰.

A competência municipal é reafirmada pelo texto expresso do disposto no § 1º do art. 182 da CF que diz:

Art. 182:

(...)

§ 1º: “O plano diretor, aprovado pela **Câmara Municipal**, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o **instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e de expansão urbana**” (grifos nossos).

Conseqüentemente a lei que a Constituição determinou ser o instrumento básico do planejamento — o plano diretor — será objeto da competência legislativa dos Municípios, excluindo-se, decorrentemente, as competências estadual e federal neste campo.

¹⁰ Sobre esse princípio, bem como acerca da hermenêutica constitucional, deve-se referir à obra de Luís Roberto BARROSO (1999).

Além disso ainda observamos que a Constituição Brasileira, no seu art. 21, inc. XX, defere à União competência para estabelecer *diretrizes de desenvolvimento urbano*. Esta competência está elencada, indubitavelmente, dentro do rol reconhecidamente organizado para as competências executivas federais. Isto é relevante já que esta competência existe a par da competência legislativa especificada no art. 24, I da Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de duas competências federais diversas: uma para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I), e outra para “*instituir diretrizes de desenvolvimento urbano...*” (art. 21, XX). O sentido da palavra *diretrizes*, contida no texto constitucional, corresponde a normatizar e orientar¹¹. Assim indagamos até que ponto o texto constitucional não teria aberto espaço para uma competência executiva de expedir diretrizes, ou seja, normativas de desenvolvimento urbano!¹² Poder-se-ia entender daí uma ampla deferência para uma normatização técnica e discricionária da Administração, a partir dos parâmetros legais definidos pela lei, já não mais no âmbito do direito urbanístico, mas de normas do planejamento urbano?

Ora, se as diretrizes para o desenvolvimento urbano não se referem necessariamente ao direito urbanístico (que já está compreendido na competência legislativa da União...), é porque se destinam a balizar normas de natureza diversa, ou seja, as normas de planejamento urbano. Tais normas, por sua natureza dinâmica e concreta, não se prestariam a ser objeto de textos legais estáticos e permanentes, isto é, textos de leis primárias, mas sim uma normativa secundária a uma lei matriz — que poderia ser a própria lei de direito urbanístico, se esta der espaço discricionário a este tipo de normatização. E não há por que, *a priori*, circunscrever esta competência executiva federal tão-somente à expedição de normas programáticas, e não obrigatórias; ou, simplesmente, à manifestação de intenção governamental, meramente indicativa, tanto para as políticas públicas estaduais quanto para as municipais. Não há, no texto constitucional, nenhuma destas prelimitações. Apenas o nosso receio de seu eventual mau uso (aliás, receio historicamente justificável) poderia fazer-nos construir tais limites, mas nunca o texto expresso da Lei!

Por esse motivo destacamos que a competência da União de instituir diretrizes de *desenvolvimento urbano* impõe convivência e harmonização com a competência dos Municípios instituírem as diretrizes básicas de sua política de desenvolvimento

¹¹ “Diretriz: Linha reguladora do traçado de um caminho ou de uma estrada. Conjunto de instruções ou de indicações para se tratar e levar a termo um plano, uma ação, um negócio. Norma de procedimento” (...) In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*.

¹² Em sentido contrário, por entender que essa previsão significa apenas a elaboração de diretrizes gerais, lecionam Roberto Barcellos de MAGALHÃES (1997, vol. 1, p. 162) e Celso Ribeiro BASTOS e Ives GANDRA MARTINS (2001, p. 233-236; 1990, 207-209).

urbano, na lei do Plano Diretor (art. 182, § 2º). Ou seja, a competência dos Municípios há de ser exercida de forma compatível com as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano, delineadas pela União.

Reconhecemos que a questão não é simples, além de ser nova no que concerne à sua sistematização jurídica. No entanto pretendemos destacar que a Constituição Federal, em seu texto, deixou relativamente claro que normas de planejamento urbano e normas de direito urbano são expressões que não só têm sentidos diversos, como também, em função do objeto que disciplinam, podem ter instrumentos de formalização normativa diferenciados.

A Constituição Federal é o paradigma. Destarte não há por que negar a possibilidade de, a partir de uma matriz legislativa municipal, ter também a administração municipal uma ampla faculdade normativa¹³, estabelecendo diretrizes para o planejamento urbano por meio de instrumentos normativos secundários, nos limites preestabelecidos em lei.

Vejamos agora como a recente lei federal de direito urbanístico tratou algumas destas questões.

A lei federal nº 10.257/2001, no seu art. 4º, elencou várias tipologias do que chamou de *instrumentos* do planejamento urbano municipal. Dentre eles menciona:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I — (...)

II — (...)

III — planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social.

Interessante apontar que estes *instrumentos de planejamento municipal* não estão elencados dentre aqueles que a lei chamou, especificamente, de *institutos jurídicos e políticos*. Conseqüentemente para eles, embora se possa e em muitos casos deva ter uma matriz legal, disto não decorrerá, necessariamente, que seja o texto legal que especifique inteiramente todos os seus detalhes. Entre estes

¹³ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, pelo contrário, afirma que o capítulo constitucional da política urbana “centraliza, na medida em que visa a impor, para todos os Municípios de todos os Estados brasileiros, independentemente de suas condições ou peculiaridades, um modelo único para suas políticas” (1995, vol. IV, p. 27).

instrumentos, destaque-se o disciplinamento do parcelamento, do uso e da ocupação do solo.

Registre-se ainda que a referida lei federal tratou, distintamente, as várias tipologias de *instrumentos*, isto é, não inseriu no mesmo tratamento, por exemplo, o instrumento *plano diretor*, destacando-o daquele referido como *disciplina do parcelamento do uso e da ocupação do solo*. Entendemos que isto pode ter um importante significado jurídico, já que, mesmo tendo definido apenas restritivamente o conteúdo do que seja *plano diretor*,¹⁴ sabemos que este pode conter não só normas gerais qualitativas sobre o disciplinamento do uso e ocupação do solo, como também diretrizes gerais de planejamento de fomento, investimentos e de serviços públicos — que chamamos de “urbanismo positivo”¹⁵.

A Lei nº 10.257/01 previu importantes categorias jurídicas operacionais do urbanismo. Ao prever os chamados *institutos jurídicos e políticos*, referiu-se à tradicional figura da limitação administrativa (art. 4.º, inc.V, c), bem como definiu os contornos jurídicos de novas figuras jurídicas como o parcelamento e edificação compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, direito de superfície, direito de preempção para fins urbanísticos, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações consorciadas urbanas. Todas estas são figuras, a princípio, que não se predefinem como limitações administrativas, embora ao que parece a lei não tenha tido qualquer preocupação sistêmica neste aspecto.

Para estas novas figuras jurídicas, a lei federal teve o especial cuidado de prever que sua funcionalidade teria de ser estabelecida a partir de previsão legal¹⁶. Em outras palavras, estabeleceu explicitamente a reserva legal para a viabilização de sua operacionalidade.

Quanto às limitações administrativas, a referida lei federal não deu maiores detalhes sobre seu significado jurídico ou sua abrangência. No entanto sua importância está presente e subentendida, uma vez que é o pressuposto necessário da materialização e da incidência dos tradicionais parâmetros de disciplinamento de uso e ocupação do solo; ressalte-se que a lei sequer as mencionou como objeto necessário ao conteúdo dos Planos Diretores. Porém as limitações administrativas de disciplinamento de uso e ocupação do solo urbano constituem a base, o ponto referencial, para a operacionalização das novas figuras urbanísticas como, por exemplo, alterações de índices construtivos, outorga onerosa do direito de construir ou transferências de índices construtivos. Por conseguinte mostra-se clara a

¹⁴ Ver arts. 39 a 42 da Lei nº 10.257/01.

¹⁵ “*Contrôler l'utilisation des sols est une démarche essentiellement négative. Elle n'est plus suffisante. L'urbanisme doit évidemment adopter en plus une démarche positive s'il veut être volontaire, permettre à la ville d'évoluer et de s'adapter à la demande sociale.*” In: CHAPUISAT (1991, p. 67).

¹⁶ Ver arts. 25, 28, 29, 32, 35 e 42 da Lei nº 10.257/01.

necessidade de as limitações terem os seus contornos de incidência e aplicação estabelecidos em lei primária.

Porém se os pressupostos para a imposição de limitações administrativas devem estar previstos em lei, não se deve daí inferir que a lei precise esgotar todo seu conteúdo de incidência¹⁷; isto é, prever, em todos os detalhes, as hipóteses, locais, circunstâncias e intensidade das limitações a serem impostas. A concretude da imposição das limitações previstas em lei pode, e na maioria dos casos deve, ser objeto de normativa secundária, como veremos mais adiante.

Finalmente não podemos deixar de mencionar que não é incomum encontrar referências que digam que as limitações administrativas devam estar previstas em lei — e mais, na lei do Plano Diretor, já que a Constituição Federal dispõe que:

“Art. 182: (...)

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

Por uma leitura mais literal, poder-se-ia supor que a Constituição (e o art. 39 da Lei nº 10.257/01¹⁸) estivesse a impor que todas as normas limitadoras da propriedade, exigíveis para que a propriedade cumprisse inteiramente a sua função social, estivessem explicitadas detalhadamente na lei do Plano Diretor.

Ora, obviamente que não seria razoável e menos ainda plausível se pensar que a Constituição Federal de 1988, ao introduzir o capítulo de Política Urbana no seu texto, quisesse reduzir a uma única lei municipal as possibilidades formais do estabelecimento de restrições a direitos, com que objetivassem o atendimento de interesses públicos urbanos. Isto seria dar ao texto constitucional uma interpretação contrária aos claros objetivos por ele pretendidos — isto é, a dilação dos interesses públicos e coletivos relacionados à qualidade da vida urbana, a maior abrangência do campo de aplicação de suas normas, bem como a ampliação dos agentes públicos e privados por eles responsáveis.¹⁹

Não é assim que a norma deve ser lida no nosso entender. Isto porque o sistema jurídico brasileiro, já há muitos séculos, acolhe leis que limitam os direitos de uso e edificação da propriedade. Antes mesmo da vigência do Código Civil, desde o período colonial, encontram-se normas restritivas às formas de edificação. Portanto o Código Civil veio somente ratificar, ou explicitar melhor, a regra de as construções estarem condicionadas ao que chamou de regulamentos administrativos.

¹⁷ No mesmo sentido, ver Hely Lopes MEIRELLES (1995a).

¹⁸ “art. 39: A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressadas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.”

¹⁹ Seguindo este mesmo entendimento, PINTO FERREIRA (vol. VI, 1994, p. 433-434).

Assim as limitações impostas à propriedade urbana, que restaram estabelecidas de forma tão clara nas normas edilícias municipais, reconhecidas pelo subsistema legislativo civil brasileiro, comprovam que o sistema jurídico brasileiro não inaugurou, no texto constitucional de 5 de outubro de 1988, o interesse público urbanístico e, muito menos, a possibilidade de imposição das limitações administrativas, as quais geram, em contrapartida, o poder de polícia municipal no âmbito dos interesses públicos urbanísticos. Essa possibilidade nunca foi objeto de questionamento doutrinário ou jurisprudencial entre nós. Os questionamentos que atravessam décadas vêm sendo concernentes, sobretudo, à extensão destas restrições, ao seu *quantum*, bem como à sua forma de imposição, às hipóteses de alteração das limitações, ao cabimento de indenização por responsabilidade da administração e a outros aspectos correlatos.

Destarte entendemos impróprio inferir-se que a Constituição Federal de 1988 teria, pelo mencionado dispositivo (art. 182, par. único), reinventado a função social da propriedade urbana para reduzi-la tão-somente às exigências que viessem expressas no texto do Plano Diretor! Esta seria uma interpretação estreita e completamente antagônica a todo sistema que, ao contrário, pretendeu ampliar o interesse público da matéria, com a introdução de um capítulo constitucional sobre o tema — Política Urbana²⁰.

Embora este assunto não esteja diretamente relacionado a este trabalho, não podemos deixar de explicitar a leitura e a interpretação que fazemos do texto constitucional e legal referenciados, de modo a compatibilizá-los com a finalidade pretendida pelo interesse jurídico. Entendemos que o dispositivo constitucional, ao invés de reduzir as possibilidades normativas em função de interesses urbanísticos, veio antes ampliar a competência dos entes políticos no assunto, mormente do Município. O dispositivo, ao nosso ver, permite que o Plano Diretor, no seu texto, faça exigências de princípios e padrões urbanísticos, não só quanto às relações jurídicas concernentes ao cidadão e o Estado, mas também nas relações entre cidadão-cidadão (ordem privada) e cidadão-sociedade (ordem social, mas não necessariamente pública); nestas duas últimas hipóteses, as relações não concernem, tradicionalmente, ao âmbito de competência legislativa municipal. Porém, em função do texto constitucional, o Plano Diretor já não só poderia prever instrumentos de direito público em geral como também dispor sobre relações privadas, desde que de interesse urbanístico. Estas, estando previstas no Plano Diretor, passariam a ser

²⁰ Neste sentido: SILVA, J.A. “O princípio da *função social da propriedade* tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo” In: (1995, p. 65).

exigíveis pelo Município legiferante e, conseqüentemente, seriam também condições necessárias para que a propriedade, em seu território, cumpra a função social²¹.

Mas não apenas este sentido infere-se da redação do art. 182, § 2º da Constituição Federal. Entendemos ainda que esse dispositivo impõe que a interpretação de todas as normas primárias e secundárias de planejamento urbano de uma cidade, bem como dos atos administrativos e serviços públicos pertinentes à administração do urbanismo, devam ser interpretados e executados segundo princípios técnicos qualitativos, objetivos urbanísticos e valores urbanísticos previstos no Plano Diretor, mesmo que as normas legais tenham a mesma hierarquia formal²². Em função disto, a propriedade urbana para cumprir a função social²³ deve

²¹ Neste sentido entendemos que seria possível o Município, suplementarmente, legislar sobre normas de locação para fins de habitação, se este foi, paupavelmente, um assunto de relevância urbanística no âmbito de seu território. Por mais absurdo que se possa supor ser o exemplo, em face do nosso hábito de ver a questão de locação como uma questão puramente de direito civil, tomamos o exemplo de um julgamento da Suprema Corte Americana, que entendeu legais e constitucionais as exigências urbanísticas da cidade de São José, relativas ao controle dos alugueres das locações residenciais, e que visavam suprir o déficit habitacional da população de baixa renda. Ver: *Pennel v. City of San Jose (U.S. 1 1988) Apud: O'BRIEN (2000, p. 297)*.

²² Em muitos Municípios, como no caso do Município do Rio de Janeiro, a lei do Plano Diretor tem a mesma hierarquia de outras leis de disciplinamento do uso do solo, como, por exemplo, o código de obras e edificação — ambas leis complementares (art. 70 par. único incs. V e IX da lei orgânica do Município do Rio de Janeiro). Em função disto, poder-se-ia supor que um dispositivo do código de obras poderia revogar ou ab-rogar outro dispositivo do Plano Diretor, que lhe fosse contrário. No entanto em face da condição constitucional do Plano Diretor, como norma regente da política de desenvolvimento urbano, entendemos que todo o restante do sistema legal de planejamento urbano, seja qual for a hierarquia formal de suas normas, é a ele submisso.

²³ Segundo Hely Lopes MEIRELLES, ao que o princípio da função social da propriedade tem hoje papel importante na distinção entre as limitações administrativas e as restrições de vizinhança porque “estas [...] são estabelecidas nas leis civis para proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que a habitam (Código Civil, arts. 554 a 558), e aquelas são editadas em normas de ordem pública leis e regulamentos em benefício do bem-estar da comunidade, tendo em vista a *função social da propriedade*” (1994b, p. 74). No entanto é certo que as limitações administrativas surgiram e existem independentemente desse princípio, que não corresponde ao fundamento do poder de polícia, como bem lecionava Carlos Ari SUNDFELD ainda antes da égide da Constituição de 1988: “Pense-se uma hipótese extrema;

respeitar não só as leis que limitam sua forma de uso, como também as diretrizes contidas na lei do Plano Diretor, seja qual for a natureza destas normas.

De todo o exposto, resta-nos acrescentar somente que toda esta leitura que pretendemos dar à lei não tem qualquer outro propósito senão o de inferir de cada locução e dispositivo constitucional, ou legal, um sentido próprio. Assim procura-se organizar uma leitura sistêmica dos textos legais que se referem ao urbanismo, sem perder de vista o pressuposto de que se deve inferir do texto legal tudo aquilo que for melhor para atender ao máximo de sua funcionalidade técnica e social; e com isto se pretende que a interpretação do texto jurídico sirva ao melhor da administração do urbanismo, já que este é maior do que o direito que o instrumentaliza.

4.2: O PLANEJAMENTO URBANO E SEUS INSTRUMENTOS: A LEI, O REGULAMENTO E O ATO NORMATIVO DE POLÍCIA.

Independentemente de o planejamento urbano ser uma obrigação constitucional para as cidades com mais de vinte mil habitantes, ele é hoje uma necessidade social incontestável, em qualquer país que pretenda zelar pela qualidade de vida de seus cidadãos. Na maioria dos países europeus ele já vem sendo desenvolvido e praticado há quase um século; e não só na Europa continental,²⁴ onde há uma ampla tradição

imaginemos que uma emenda constitucional suprimisse o nº III do art. 160 da Carta Magna. Por acaso se sustentaria, nessa hipótese, que o direito de propriedade, ou seu exercício, ter-se-ia tornado ilimitável? Por acaso se diria que o Município estaria impedido de estabelecer um zoneamento? Ouvir-se-ia a afirmação de que o Estado haveria de ficar inerte ante a poluição industrial? Obviamente não!” (1987, p. 8).

²⁴ Na França, “o urbanismo fez sua primeira aparição (...) imediatamente depois da Primeira Guerra Mundial. (...). Os primeiros planos urbanísticos se elaboraram de acordo com as leis de 11 março de 1919 e de 19 de Julho de 1929, que exigiram a redação de um plano urbano — com a denominação de “projetos para a ordenação, melhora e preservação de núcleos urbanos” — para todas e cada uma das populações de mais de 10.000 habitantes. Esta primeira legislação propriamente urbanística foi desenvolvida posteriormente pela lei de 25 de julho de 1935, que previa a necessidade de preparação de projetos de uso do solo em escala regional, e especialmente na região de Paris. Esta normativa foi objeto de uma codificação, mais ou menos completa, em primeiro lugar pela segunda grande lei urbanística geral — a lei de 15 de junho de 1943 — e depois pelo Código de Urbanismo e de Habitação, aprovado pelo Decreto de 26 de julho de 1954”(...) (tradução minha) In: LEMASURIER (1976, p. 265).

Na Espanha, não obstante ter havido, tradicionalmente, leis municipais que dispunham sobre uso do solo, o tratamento sistemático e geral somente foi introduzido em 1956, pela lei de 12 de maio: a lei sobre o *Regimen del Suelo y Ordenación Urbana*.

do direito legislado, mas também na Inglaterra²⁵ e nos Estados Unidos, adeptos do chamado *common law*, — países com ampla tradição liberal de não intervenção do Estado.

O planejamento urbano é, pois, uma realidade social que se impõe de forma inexorável e cada vez mais complexa, não só porque as cidades vão tornando-se o local privilegiado de habitação da população, mas também porque a tecnologia vem permitindo uma maior densificação do espaço urbano; portanto as atividades e funções urbanas, essenciais à sobrevivência social, vão ficando cada vez mais intrincadas e interdependentes. A cidade não cessa de transformar-se. Para dar ordem a este *locus* e atender aos interesses sociais dos que nela vivem, o planejamento urbano formula e implementa suas políticas. O planejamento urbano é, por conseguinte, resultado de escolhas de valores, traduzidos nas políticas públicas de urbanismo. Sendo em função delas que cada vez mais torna-se necessário desenvolver e buscar instrumentos e técnicas de urbanismo, como meio de viabilizá-las.

Os planos urbanísticos são, portanto, programas pretendidos pelas políticas públicas de urbanismo; por este motivo, são necessariamente dinâmicos. Seria uma antinomia pretender um plano estático. Daí por que se pode facilmente entender a previsão contida no § 3º do art. 39 da Lei nº 10.257/2001, de que “*a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos*”. Por aí também se deduz que o Plano Diretor, como instrumento básico do planejamento urbano, tem um conteúdo ontologicamente diverso do que se denomina de direito urbanístico; aquele, dinâmico e este, permanente.

O plano é lei porque assim determina a Constituição (e a lei federal nº 10.257/2001). Não que este seja um modelo jurídico universalmente utilizado. Há inúmeras outras formas de manejar o planejamento urbano, utilizando-se mais ou menos intensamente da lei como instrumento contingente de regras urbanísticas. Hoje o urbanismo é terreno exemplar do exercício da normatização secundária, da discricionariedade técnica, do manejo flexível e ajustável das regras operacionais. Para viabilizar a sua dinâmica e alcançar o máximo de sua eficiência técnica, na busca inafastável do bem-estar social, a administração do urbanismo exige esta flexibilização.

Dois pontos merecem atenção. O primeiro é que, afora o que a Constituição (e a Lei nº 10.257/2001) especificou como matéria obrigatória para ser contemplada no próprio texto do plano diretor (i.e. § 4º do art. 182 da CF, e art. 42 da Lei nº

²⁵ “Controlled land development under the sanction of law began in Britain as recently as 1909. (...) The development under the law that began in 1909, however, took the control of land away from private owners. Called town planning control, the law vested a party or authority that does not own the land control of its development” (...) In: HAAR (1980, p. 3).

10.257/2001), não há definição técnica ou jurídica do que seja um plano diretor e do que deverá conter para ser reconhecido indubitavelmente como tal.

Em segundo lugar, devemos atentar para o fato de que a lei do plano diretor, para ser efetiva no objetivo de promover o bem-estar social do planejamento, deverá conter dispositivos básicos não só do chamado urbanismo regulatório como também das propostas do urbanismo diretivo e propositivo, que englobam diretrizes para os investimentos em serviços públicos, atividades de fomento à iniciativa privada, diretrizes para investimentos públicos em geral; tudo isto por meio da aplicação de velhas e novas técnicas e instrumentos de planejamento urbano, tais como transferências de direitos de construir ou de urbanizar, zonas incentivadas e zonas de preservação, *joint ventures* urbanísticas, controles de crescimento, instrumentos urbanístico-tributários etc. Assim, como se pode facilmente deduzir, a lei do plano diretor não pode conter senão os aspectos elementares e básicos necessários à construção do complexo sistema de planejamento urbano de uma cidade.

Todo o sistema de administração do urbanismo moderno pressupõe o manejo de regras flexíveis, a serem operacionalizadas em função das inúmeras variáveis urbanas que cada circunstância irá apresentar. Dessa premissa não podem ser excluídos os velhos instrumentos do urbanismo regulador²⁶: as limitações administrativas ao uso e ocupação do solo e seu correspondente poder de polícia de gestão.

A lei do plano diretor deve não só prever as limitações administrativas como um instrumento de urbanismo, mas também seus princípios de aplicação e de distribuição e seus efeitos jurídicos. A lei do plano, ou outra que lhe dê maior aplicabilidade (geralmente, entre nós, as leis de parcelamento e edificação), deve trazer também os parâmetros técnicos e critérios para a escolha e imposição das limitações administrativas, bem como os procedimentos decisórios e de controle. Mas não significa que é seu texto que irá, necessariamente, conter a distribuição dos índices urbanísticos da cidade. Mais adiante veremos que esta distribuição deve estar delineada em lei, mas pode (e até deve) ser objeto de especificação em normas secundárias, de conteúdo técnico discricionário. O quanto deve ser atribuído à discricionariedade técnica da administração é que será determinado pela lei; trata-se de matéria de política legislativa.

O plano diretor deve ser, pois, a engrenagem principal do sistema de planejamento urbano de uma cidade. As suas diretrizes devem pautar a interpretação de todo o conjunto de normas necessárias ao atendimento das funções urbanas. Neste

²⁶ Na França o papel do poder de polícia administrativo aumentou na aplicação do direito urbanístico: “Le droit de l’urbanisme est d’accès malaisé; c’est pour une part le tribut payé à la complexité de la matière. Cette complexité tient à la coexistence de ce droit et d’autres polices administratives ou réglementations relatives à l’occupation du sol qui l’ont précédé et qui, depuis, ont non seulement survécu, mais se sont multipliées.” LEBRETON. (1993, p. 30).

sentido, todas as normas, sejam elas primárias ou secundárias, operam dentro deste sistema para que ele alcance os objetivos que traçou com o máximo de eficiência.

O sistema legal de planejamento urbano é um conjunto de regras jurídicas operacionais, ou seja, existem para ter aplicação funcionalizada, constante e dinâmica. O seu papel é o de viabilizar as propostas urbanísticas para que estas alcancem o programa pretendido por meio de soluções jurídicas adequadas, transparentes e consistentes. O direito, neste campo, é instrumental²⁷.

4.3. IMPORTÂNCIA DA NORMATIVIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICABILIDADE NO PLANEJAMENTO URBANO.

Vimos que a cidade é hoje, em todo o mundo, um importantíssimo objeto de regulamentação e, conseqüentemente, de construção de um sistema jurídico operacional que atenda aos objetivos traçados por suas propostas técnicas. No âmbito do amplíssimo (e não totalmente definido campo) do urbanismo, a tradicional área do urbanismo disciplinador, restritivo e impositivo de padrões construtivos, ainda permanece como um instrumental da maior importância. Será nesta área que iremos examinar mais detalhadamente a aplicabilidade do poder de polícia normativo. Não que o poder de polícia normativo não se manifeste também em outros aspectos do urbanismo, tais como no regramento das formas de uso dos bens urbanos, não necessariamente relacionados ao urbanismo das construções como, por exemplo, nas denominadas posturas municipais reguladoras do funcionamento dos estabelecimentos comerciais e de serviços.

No entanto é nas restrições feitas ao patrimônio privado, especialmente à propriedade, que as limitações administrativas e o correspondente poder de polícia assumem especial importância, sobretudo em função de suas repercussões econômicas sobre esse patrimônio. Muitas vezes estas conseqüências econômicas são de tal ordem, que podem induzir a uma distorção do pensamento, levando-nos a pensar que as limitações tenham mudado de natureza só porque mudou a intensidade do seu impacto. Isto não pode acontecer deste modo, pois não seria condizente com uma organização consistente do sistema jurídico. Por prestigiar esta consistência é que pretendemos que os conceitos e propostas de sistematização aqui elaboradas possam ser aplicados a qualquer forma de incidência das chamadas limitações administrativas, seja à propriedade, à economia ou aos direitos individuais em geral, não importando qual a intensidade do seu impacto sobre o direito individual.

O campo no qual pretendemos ver a aplicabilidade do poder de polícia normatizador é o das normas urbanísticas, que estabelecem padrões construtivos seja para edificação em um lote ou seja para condicionar o parcelamento do solo urbano.

²⁷ “Como es lógico, el éxito de la normativa jurídica, en su aplicación concreta, no depende solamente de la existencia de una ley adecuada y justa, sino también de una recta administración. Cuanto más se adentra uno en esta obra, tanto más si siente por descubrir cómo funciona en la práctica (...).” HEAP (1975, p. 9).

Estas normas, por restringirem o conteúdo e a extensão da liberdade relativa aos direitos sobre o solo urbano, com especial ênfase nos direitos reais, têm especial relevância, sobretudo no que concerne às suas confluências com o princípio da legalidade.

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabeleceu em nível federal as diretrizes gerais da política urbana, dispôs que o planejamento municipal, âmbito privilegiado do planejamento urbano restritivo, se fará, especialmente, pela “*disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;*” (...) ²⁸. Esta lei, ainda no art. 4º, mas já no seu inc.V, alínea c, refere-se explicitamente às *limitações administrativas* como um *instituto jurídico* do planejamento urbano. Presente está, portanto, na recentíssima legislação federal a previsão de categorias jurídicas para a imposição das limitações de interesse público urbanístico.

Porém a lei federal não trata, até porque não é esta a sua função, da forma pela qual os municípios irão administrar estas limitações administrativas e o seu correspondente poder de polícia. Nada foi pronunciado sobre eventuais limites do exercício do poder de polícia normativo neste campo da administração pública municipal.

Não se trata de uma omissão legislativa; pelo contrário, o legislador federal reconheceu que seria impossível fazer esta previsão, porquanto vasto é o conteúdo das leis que impõem normas de uso e edificação do solo urbano: prevêem gabaritos, índices construtivos, padrões de edificação, normas de segurança das edificações, normas de higiene e salubridade, zoneamento urbano, afastamentos e recuos; enfim, uma infinidade de tipos de restrições concernentes à materialidade das restrições das edificações e do parcelamento urbano. Estas normas, dia a dia, vão tornando-se cada vez mais técnicas, complexas e inter-relacionadas. Um exemplo interessante são as normas relativas à segurança das edificações e, em especial, dos seus aparelhos mecânicos, como, por exemplo, os elevadores, bombas e geradores elétricos. São normas que não prescindem de uma forma flexível, já que o objeto que pretendem reger é complexo, e está em constante evolução tecnológica; por isto estas regras nunca estão especificadas em textos legais primários. São normas técnicas, expedidas por institutos especializados, não necessariamente públicos, que são “adotadas” pelos textos legais. ²⁹ Normalmente os textos de lei prevêem apenas que

²⁸ Ver art. 4º, III, alínea b, da referida lei.

²⁹ O Decreto “E” Nº 5.857 — de 23 de Novembro de 1953 do Município do Rio de Janeiro que “Aprova o regulamento para Instalação e Conservação de Aparelhos de Transporte, (...)” assim dispõe: “art. 6º — A instalação e a conservação de aparelhos de transporte — AT(elevadores) deverão obedecer às normas da ABNT. § 1º — Na hipótese de omissão, nas normas da ABNT, de aspectos importantes relacionados com a fabricação e a instalação de AT, poderão ser adotadas, além das normas constantes deste regulamento, as normas correntes em outros países, tais como o “*American National Standard Safety Code for Elevators, Dumbwaiters, Escalators*

serão exigidos nas construções os padrões técnicos especificados nas normas expedidas por estas entidades técnicas.

Porém não é só na área de segurança das edificações que a questão da evolução dos padrões técnicos pode exigir esta flexibilização. A rigor, todo o planejamento urbano, de modo geral, pode, e muitas vezes deve, ser flexível³⁰, ou flexibilizado em função de uma conjunção de fatores. Por este motivo devemos perguntar qual é a regra que deve estar no texto da lei primária, aprovada pelo legislativo, e qual a matéria que deve ser objeto de norma secundária, de construção mais flexível e dinâmica, para melhor atendimento das finalidades legais!

Colocar, ou não, determinada matéria em texto da lei primária envolve sempre evidentes aspectos de apreciação de conveniência, concernentes à política legislativa. Afora os elementos e condições essenciais para a criação da limitação administrativa, a inclusão na lei de outros aspectos mais concretos de sua incidência — geralmente aumentando o âmbito da vinculação da ação do administrador —, significa aumentar a dificuldade de alteração de determinados padrões desejados. Entre nós, muitas vezes, esta é uma política proposta pelos técnicos do urbanismo, que desejam que padrões restritivos de edificação fiquem determinados em lei, de modo a dificultar qualquer modificação do seu texto imposta por força de circunstâncias e pressões tecnicamente indesejáveis. Contudo estas circunstâncias, que podem ser evitadas por outros meios e procedimentos, não são as que devem justificar a assertiva de que as limitações às construções, em qualquer âmbito de concretude, devem estar no texto da lei primária. Estas questões, embora importantíssimas, são circunstanciais e, também, externas à questão da formulação do que seja mais conveniente ao atendimento dos interesses públicos urbanísticos pelo sistema jurídico.

Há ainda mais uma razão pela qual seria indicado que regras de planejamento, que definem os conteúdos quantitativos, sejam estabelecidas por normas secundárias de direito: sendo a lei um instrumento político, e não técnico, não há, a rigor, qualquer controle dos valores técnico-urbanísticos que explicitam. Entre nós, pode-se dizer, é inexistente jurisprudência que acolha o exame da razoabilidade dos

and Moving Walks”, (...); as “*Normes concernant l’installation et l’exploitation des ascenseurs et monte-charges*”, da *Société Suisse des Ingénieurs et des Architectes, etc...*”. §2^a — Para efeitos do presente regulamento serão adotadas as definições contidas na terminologia TB-6 da ABNT”

³⁰ No mesmo sentido, o grande urbanista Carlos Nelson Ferreira dos SANTOS afirmou: “Gradualmente, vai sendo abandonada a idéia do plano estático e acabado, que sabe tudo e diz como tudo tem de ser. Em seu lugar, valoriza-se o **processo de planejamento** em que, a partir de noções gerais de onde se quer chegar, de definição de um rumo, procura-se perceber como as coisas estão sendo e acontecendo de verdade e se vai corrigindo a rota.” (1990, p. 25).

critérios estabelecidos em norma primária³¹. Um exemplo disto, em planejamento, é a hipótese de leis que estabelecem índices construtivos incompatíveis com a infraestrutura urbana. O índice estabelecido por lei é, em princípio, insusceptível de controle, salvo em função de sua inconstitucionalidade formal. Em outras palavras, a lei pode tudo do ponto de vista técnico, já que ela é resultado de uma decisão política.

Já as normas secundárias derivadas do poder de polícia normativo, como atos administrativos que são, podem ser impugnadas pelos meios e formas de controle de atos administrativos em geral, meios estes muitos mais amplos e vastos que o controle das leis. Deste modo, o estabelecimento das regras por meio de ato administrativo normativo teria sempre que ser mais rigorosamente compatível com os valores técnicos preceituados na lei, já que são elaborados no exercício da discricionariedade técnica da administração pública. Logo a chance de suas normas serem tecnicamente melhores é maior, já que os seus meios de controle são mais amplos.

Destarte parece ser muito conveniente examinarmos a questão procurando sistematizar com alguma clareza os espaços próprios da lei, do regulamento e da normativa técnico-discricionária. Em se tratando de limitações administrativas a serem impostas aos bens imóveis urbanos, aí englobada a propriedade, devemos perguntar: quais os conteúdos das restrições que deverão contar dos textos legais primários, e o que poderá ser objeto de regulamento da lei? Qual a natureza e o conteúdo técnico do regulamento, e o que pode ser objeto de uma normatividade secundária, que não tenha a mesma natureza do regulamento, mas sim de ato normativo discricionário, decorrente da atribuição, por lei, deste poder-dever, no âmbito do poder de polícia administrativo?

Esta é sem dúvida uma questão complexa, mas de importância não desprezível na construção do direito urbanístico brasileiro. Podemos dizer que envolve questões jurídicas principiológicas importantes, como o princípio da legalidade, bem como a pertinência jurídica da previsão de normas técnicas mutáveis e dinâmicas em textos legais primários que, pela sua característica, não podem ser temporários, mas permanentes. Se a construção do sistema jurídico do urbanismo deve garantir, por um lado, a segurança das relações jurídicas, por outro deve procurar atender, pela adequação da norma, às múltiplas situações fáticas mutáveis, que se apresentam na vida urbana³².

³¹ Em sentido similar ver Barroso (1990).

³² É pertinente aqui aplicação analógica dos ensinamentos de HÄBERLE (1997, P.11) sobre os objetivos e tarefas da interpretação constitucional: Como tarefas devem ser mencionadas: justiça, razoabilidade, praticabilidade, justiça material, segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, “harmonização”, força normativa da

Mais uma vez relembremos que estamos partindo da premissa de que estamos diferenciando o conteúdo do que chamamos de direito urbanístico do conteúdo das normas de planejamento urbano, embora reconhecendo que seja ainda difícil estabelecer, com nitidez, as fronteiras e os limites destas expressões. Porém a diferenciação feita resulta sobretudo da realidade técnica do próprio urbanismo: os seus aspectos conceituais e a previsão instrumental, que seriam objeto do direito urbanístico, e as regras materialmente operacionais — que determinam e aplicam os conceitos e princípios em determinado local, em um determinado tempo — que denominamos regras de planejamento urbano.

A forma de materializar-se o planejamento urbano, em norma jurídica, é extremamente complexa. Várias são as razões desta dificuldade. Primeiramente não podemos olvidar que o urbanismo é uma especialidade técnica que envolve inúmeras variáveis sociais e tecnológicas. Seus estudos e conhecimento, hoje em dia, universalizaram-se, procurando atualizações e adaptações à contínua mutação das cidades.

Por outro lado, as próprias cidades tornaram-se um objeto extremamente complexo em si mesmas, especialmente porque se apresentam com uma densidade demográfica sem precedentes — única na história da humanidade. Corroborando para esta complexidade, há o desenvolvimento tecnológico, que, permitindo o conforto dos cidadãos, pode fazê-lo à custa da destruição dos ecossistemas e da qualidade de vida urbana. Estas complexidades e problemas de vivência e convivência urbana atingem, pois, todos os interesses e funções básicas do planejamento, como habitação, transporte, saneamento e salubridade públicos, serviços públicos em geral, economia urbana etc. É o urbanismo que pretende estudar e oferecer soluções para cada um destes intrincados aspectos da cidade de hoje, dentro da diversidade das suas respectivas realidades e possibilidades, não só geográficas e demográficas, mas também econômicas, históricas e culturais.

As experiências são várias e os paradigmas e modelos que mais usamos são aqueles dos chamados países do primeiro mundo, não só pela nossa proximidade cultural, como também por existir, ao menos aparentemente, um consenso coletivo de que eles teriam alcançado formas mais bem-sucedidas de bem-estar social e de equilíbrio dos benefícios sociais do planejamento. Porém os paradigmas e modelos, que apresentam a vantagem de terem sido testados e aferidos na prática de determinados países, não se prestam a uma simples transposição para uma outra realidade espacial e cultural, pela simples justaposição de fórmulas e técnicas, coletadas em um local e aplicadas em outro.

Assim é também com os sistemas de direito urbanístico e planejamento urbano, se usarmos o direito comparado como referência; as realidades e a linguagem que empregamos são apenas similares e, por vezes, não nos damos conta das inúmeras

Constituição,, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum.”

diferenças conceituais, organizacionais e operacionais dos diversos sistemas jurídicos. Especialmente no urbanismo restritivo, esta questão é relevante, na medida em que depende, especialmente, de um aparato legal sistêmico, cuja montagem implicará lidar com várias áreas do direito, tais como: constitucional, administrativo, civil, tributário, processual etc.

O sistema de direito urbanístico e de planejamento urbano, para gerar os resultados sociais pretendidos pela Carta Constitucional, terá de ser eficiente. E as leis para serem eficientes em sistemas jurídicos administrativos “pró-ativos”³³, isto é, para que construam os resultados a que se propõem realizar, deverão organizar o conjunto de regras para que operem efetivamente como um sistema: que tenha uma lógica consistente e transparente, que seus objetivos tenham uma relação de causalidade efetiva nos resultados e que sua funcionalidade seja real, operante e controlada.

Cabe ao direito urbanístico brasileiro dar a base conceitual e principiológica às regras de planejamento urbano. Na construção do sistema, é essencial conhecer não só o que é pretendido pelo social, pelo técnico e pelo cultural, como também saber como estas propostas irão fazer-se viáveis no sistema jurídico brasileiro.

Todas estas questões são especialmente relevantes para serem levadas em conta na proposta de um modelo jurídico de planejamento urbano normativo e operacional, que seja efetivo no atendimento dos objetivos constitucionais e infraconstitucionais de direito urbanístico. Dentro desta perspectiva é fundamental a construção, ou reconstrução, da noção conceitual do poder de polícia normativo, instrumental imprescindível no manejo do planejamento urbano, mas que irá desafiar a visão mais tradicional e restrita dos conceitos de legalidade, poder regulamentar e poder de polícia. Porém, é preciso dizer que este instrumento já vem sendo aplicado na *praxis* da administração de vários interesses públicos, mormente no campo do direito econômico, sem que tenha merecido, contudo, ainda tratamento teórico compatível com a importância que tem³⁴.

³³ Chamo de sistemas jurídicos pró-ativos aqueles conjuntos de regras, na realidade subsistemas dentro de um sistema jurídico, que pretendem conduzir a determinados comportamentos e objetivos, como é o caso do direito urbanístico; aí o sistema pretende não só evitar a deterioração urbana, mas produzir o desenvolvimento urbano. Distingue-se este sistema daqueles tradicionais, em que a regra pauta determinado comportamento, quando e se este é produzido a partir da vontade de um sujeito.

³⁴ É o caso da regulamentação tanto do mercado de capitais, pela CVM, como do sistema bancário pelo Banco Central e pelo Conselho Monetário Nacional. Ver, a este respeito, o já referido livro de NUNES, Simone Lahorgue, *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Ver também a já clássica e sempre atual obra de VENÂNCIO FILHO (1968).

Os planos urbanísticos são instrumentos técnicos de planejamento cada vez mais complexos e mutantes. Este é um fato revelado no planejamento de cidades, em vários países do mundo onde o urbanismo é um instrumento propulsor da qualidade de vida dos cidadãos. Na Espanha, país com grande tradição de implementação do urbanismo moderno, bem como do direito que lhe moldura e respalda, não prescindiu de um enorme e contínuo esforço de reconstrução de antigos conceitos e categorias jurídicas e de uma certa dose de ousadia para implantar fórmulas novas, mesmo quando estas não se encaixavam perfeitamente nos paradigmas tradicionais de atuação do Estado.³⁵ Este é o caso, por exemplo, dos chamados “convênios urbanísticos”, que importam em admitir a possibilidade de negociações de índices e padrões urbanísticos, de forma individual, excetuando a regra geral. Ora, viabilizar a implantação dos convênios urbanísticos pressupõe que se defira à administração pública uma margem grande de discricionariedade técnica, espaço necessário às negociações dos interesses urbanísticos entre a administração pública e a iniciativa privada.

No nosso direito urbanístico, uma forma adaptada de convênios urbanísticos está prevista na categoria jurídica “operações urbanas consorciadas”, disposta pelos arts. 32 e 33 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Neste caso, a norma geral federal exige, para a operacionalização desta técnica urbanística, uma previsão legal específica no planejamento municipal, determinando inclusive exigências mínimas de suas condições, a serem dispostas no texto da lei que a previr. De qualquer forma, ainda que a lei preveja as áreas e as condições mínimas e máximas, este tipo de operação urbanística sempre envolverá, como no caso dos convênios urbanísticos do direito espanhol, um alto grau de delegação de discricionariedade técnica à administração pública para a realização do planejamento urbano.

É importante o registro que, no planejamento urbano assim como em vários outros campos, é cada vez mais ampla a intervenção do Estado nas liberdades públicas, sobretudo em se tratando de matéria em que já se haja desenvolvido estudos e pesquisas de técnicas e ciências em geral³⁶. Esta intervenção vem sendo crescentemente praticada por meio de procedimentos normativos decorrentes de poder de polícia administrativo. Em todas estas hipóteses, há uma contínua expansão dos meios e técnicas jurídicas tradicionais de imposição de regras e limitações, dos mecanismos e limites da incidência, e da materialidade dos atos normativos.

³⁵ “*El convenio urbanístico, ‘intruso’ en la legislación urbanística estatal, es, por el contrario, un instrumento plenamente asentado en la práctica urbanística administrativa, que **desborda los escasos límites legales existentes**, ...*” (grifos nossos) in: MURCIA (1996, p. 15).

³⁶ Assemelhamos aí, ao planejamento urbano, as intervenções na economia, na área sanitária, na de meio ambiente, e até mesmo o poder de polícia de fiscalização da ética profissional etc.

Neste ponto vejamos mais detalhadamente o que mais se pode inferir do texto constitucional. O art. 30, inc. VIII, defere ao Município competência para promover o ordenamento territorial “mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. Aí cabe explicitar primeiramente que, em princípio, entendemos ser esta uma competência dirigida fundamentalmente para uma ação executiva.³⁷ Promover traduz um sentido ativo da administração pública; isto é, não só controlar, fiscalizando, mas também planejar por meio de um planejamento ativo, negociador, estimulador de ações socialmente positivas e desincentivador e cerceador de comportamentos urbanos fundiários (territoriais) socialmente deteriorantes das funções urbanas, sociais ou econômicas. Neste sentido é que poder-se-ia inferir uma compreensão *lata* da obrigação municipal de promover o ordenamento territorial, como uma missão da administração pública em gerir este interesse público, como as informações e com o conhecimento técnico disponível, segundo os padrões e princípios estabelecidos em lei.

É certo, como já dissemos, que a base de todo planejamento urbano deverá estar na lei do plano diretor no caso das cidades de mais de vinte mil habitantes; isto porque a Constituição Federal assim o quis. Mas o conteúdo do plano não deve e não pode ser compreendido como uma lei de índices urbanísticos! Esta seria uma visão tão reducionista, que poderia implicar num completo estrangulamento de todas as possibilidades modernas de fazer-se um planejamento urbano que alcance os seus objetivos reais. A lei do plano diretor é a base teórica de todo o planejamento: revela seus princípios técnicos, seus pressupostos conceituais e suas garantias procedimentais, em função dos quais não só todo o planejamento urbano terá que ser formulado e implementado, mas também interpretado.

Dentro do enquadramento do plano diretor, todo um sistema de planejamento urbano será construído. Não há dúvidas de que não apenas o plano diretor será objeto de lei. Também as leis de uso e ocupação do solo, de parcelamento e as normas básicas de procedimentos de fiscalização devem ser objeto de matéria legal. No entanto é a qualidade destes dispositivos bem como a extensão de sua concretude que constituem questão central para discernir-se qual o espaço da lei, do exercício do poder regulamentar e do poder de polícia normativo, cada um deles com uma natureza diversa e também com espaços jurídicos diferenciados.

É comum supor que todas as regras concretas que traduzem os interesses urbanísticos de limitações administrativas devem ter sua expressão total revelada no

³⁷ Esta é uma inferência que está baseada numa interpretação sistemática dos incisos do art. 30, sobretudo se compararmos o inciso VIII com o inciso XIX do referido dispositivo constitucional. Entrementes seria possível pensar em daí extrair uma competência legislativa do Município para dispor sobre a matéria. *Data venia* preferimos inferir a competência exclusiva do Município legislar sobre planejamento urbano do inciso I, do art. 30, combinado com o § 2º do art.182 da Constituição Federal.

texto da lei primária³⁸. Não é incomum encontrar repetido o exemplo da licença urbanística como um ato vinculado³⁹, e daí inferir-se que esta vinculação decorra da sua natureza. Assim não será preciso muito mais para deduzir-se, partindo desta falsa premissa, de que, então, a lei (primária) deva trazer, no seu texto, todos os elementos, todos os detalhes necessários ao deferimento de qualquer licença urbanística. Por decorrência deste raciocínio, não sobraria qualquer espaço para uma normativa discricionária da administração pública na escolha de referências técnicas apropriadas para licenças de construir, a partir de uma normativa principiológica e qualitativa disposta na lei.

Por vezes, deduz-se desta forma, devido a uma compreensão estreita do princípio constitucional da legalidade ou por desconhecimento, que o planejamento urbano, como em determinadas áreas econômicas, é uma área de conhecimento técnico que necessita de espaços flexíveis para exame de adequação e aplicação de suas propostas de desenvolvimento. Em decorrência disso, acredita-se que as leis de uso e ocupação do solo, com todos os seus índices quantitativos, com todas as suas expressões numéricas e geográficas, com todos os seus mapas e descrições específicas devam ser aprovadas em lei. Este entendimento, entretanto, não é inferível nem de comando legal, e nem mesmo do sistema jurídico de direito público brasileiro.

As leis de uso e ocupação do solo devem por certo existir. Elas devem prever, indubitavelmente, as regras que impõem as limitações administrativas aos bens imóveis urbanos. Mas isto não significa dizer que elas tenham que conter, em si mesmas, o máximo de concretude — serem quantitativamente específicas. Não. Elas certamente devem conter todos os elementos que permitam inferir os critérios quantitativos das limitações. Portanto elas podem ser regras que definam os valores e os critérios técnicos que serão usados para chegar-se aos dados quantitativos, permitindo assim que a administração pública, a partir delas, desenvolva e formule,

³⁸ Analisando matéria correlata, o Prof. José Afonso da SILVA afirma que: “...porque não basta, para satisfazer o princípio da legalidade, no caso, a expedição de simples regulamento, pois, como adverte insistentemente Garrido Falla: ‘La aplicación del principio de la legalidad a la materia concreta que nos ocupa nos exige insistir en la regla de que el regulamento de policía no puede establecer limitaciones no previstas en la ley que confiere la potestad’. Nem caberia alegar, contra a afirmação supra, o argumento da ampla discricionariedade de que goza a Administração no exercício da atividade de polícia. Primeiro, porque o princípio da legalidade rege também o uso do poder discricionário. Segundo, porque essa discricionariedade se aplica especialmente às atividades de polícia geral, ao passo que as atividades de polícia especial, como se dá no presente caso, são mais estreitamente sujeitas aos vínculos da lei formal.”...(1978, p. 245).

³⁹ Neste sentido ver: Lúcia Valle de FIGUEIREDO (1980, p. 58), e Clóvis BEZNOS (1979, p. 36).

constantemente, a normatização técnica discricionária, por intermédio de seu poder de polícia normativo.

Como já dissemos, não é simples definir estes três espaços formais do sistema legal de planejamento urbano: o da lei, o do regulamento e o do ato normativo de polícia. Mas algumas premissas devem ser consideradas. A primeira é de que, no sistema brasileiro de planejamento urbano, a lei primária será sempre necessária para conter as regras cujo conteúdo a Constituição, ou a lei federal geral, tenha determinado ser objeto de estipulação por este meio formal⁴⁰: também serão objeto de lei todas as previsões de limitações administrativas, seu objeto (ainda que em sentido *lato*) e os efeitos jurídicos da incidência destas limitações. Serão objeto da lei, a juízo do legislador, a deferência de competência para a prática dos atos normativos por agentes, órgãos ou comissões da administração pública, bem como os procedimentos decisórios para imposição de limitações, dos seus níveis de incidência, assim como os pressupostos de sua aplicação. É, portanto, espaço da lei aquilo que o legislador decidir que assim o seja, sendo que nesta indicação a competência e a forma são elementos distintivos fundamentais.

Deste modo é o legislador quem decidirá os meios e a forma pelo qual o planejamento urbano da cidade será administrado e gerenciado, e com que nível de flexibilidade e discricionariedade. Ressalte-se que esta decisão deve estar retratada no texto da lei, isto é, a lei deve prever o procedimento do ato administrativo normativo, no âmbito do poder de polícia urbanístico, mediante o estabelecimento e a definição da competência, da forma, do motivo, das finalidades específicas e do objeto (isto é, os elementos do ato administrativo). Se assim não o fizer e se o texto legal deixar espaço para complementação, esta poderá ser objeto de regulamentação política por decreto do executivo.

Em outras palavras, se houver espaço para complementação da lei, esta complementação poderá ser feita de duas formas: a primeira, que deriva do texto da própria Constituição, é aquela feita pelo Chefe do Executivo, no exercício de sua competência regulamentar. Para exercê-la, o Chefe do Executivo prescindirá de autorização ou previsão legal. Os limites deste ato são os inferíveis da subordinação lógica do regulamento aos preceitos já delineados pela lei, mas cujo detalhamento e complementação provirão de decisão subjetivamente política do chefe do executivo. Porém se a lei houver previsto outro procedimento decisório para sua executoriedade, esta competência para sua complementação, ou administração, não poderá ser assim exercida pelo chefe do executivo. Havendo previsão legal, sua normatização restará no âmbito de órgãos ou agentes especificamente designados na administração pública, ainda que esta decisão inclua também um ato do chefe do

⁴⁰ A Constituição Federal determina, por exemplo, no seu art. 182, § 4º, regra de grande concretude e que deve constar no texto de lei, qual seja: a de que área, sujeita ao regime especial de aproveitamento, sob pena de imposição das sanções previstas nos incisos do referido artigo, conste da lei do plano diretor.

executivo. Neste caso, ainda que a forma final seja o decreto, este ato do chefe do executivo, embora com a mesma forma do ato político regulamentar, será tão-somente um ato normativo de polícia. Portanto a previsão de um procedimento decisório discricionário pela lei, passível de gerar ato normativo de polícia, excluirá a possibilidade de um regulamento do Chefe do Executivo neste mesmo âmbito, no exercício de sua competência política⁴¹.

Assim se pode verificar que é o texto da lei que será o guia para a verificação da forma pela qual o poder executivo, aí compreendido não só o Chefe do Executivo mas toda a administração pública, irá exercer a sua tarefa de dar executoriedade às leis. Esta tarefa, como vimos, inclui cada vez mais a normatização de procedimentos que balizem e dêem transparência às decisões discricionárias individuais, pelo estabelecimento de critérios técnicos gerais e homogêneos. E neste sentido é que, para cumprimento cabal do princípio da legalidade, nem o decreto regulamentar do Chefe do Executivo, nem o ato normativo de polícia prescindirão de uma lei para que qualquer deles seja expedido.

Esta necessidade de flexibilização, que vem tomando espaço cada vez maior⁴², impõe que o direito continue ampliando suas técnicas e instrumentos, bem como a

⁴¹ Vejamos um exemplo contido na lei do Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 16, de 4 de junho de 1992. O seu § 1º do art. 95 assim dispõe, ao tratar das normas para o código de obras e edificações: “As disposições sobre agrupamento de edificações fixarão a área máxima do terreno, ficando o Poder Executivo autorizado a estabelecer diretrizes para a implantação das vias, localização das áreas a serem transferidas ao Município e exigência dos equipamentos urbanos, observada a densidade populacional projetada para o empreendimento e sua compatibilidade com o entorno”. Embora de forma imperfeita, entendemos que esta é uma delegação para o exercício do poder de polícia normativo, excludora, portanto, da norma regulamentar. Isto porque, a rigor, o Chefe do Poder Executivo não precisaria de autorização legal para regulamentar a lei, e se a lei menciona poder executivo ela, certamente, não está referindo-se ao chefe deste poder, mas à administração pública. Além disto, o mencionado dispositivo, ao referir-se às diretrizes (normas), estabelece os pressupostos técnicos que estas regras deverão atender, ou seja, a densidade populacional e sua compatibilidade com o entorno. Portanto não se trata de uma regulamentação política, subjetiva do Chefe do Executivo, mas de uma normativa técnica, um ato administrativo normativo, sujeito ao controle de seus pressupostos legais enquanto tal.

⁴² A flexibilização decorre, logicamente, da necessidade de que o planejamento urbano adapte-se à “realidade dos debates sociais e políticos” presentes em determinada sociedade, como o afirma LACAZE, que demonstra o declínio da aspiração totalizante e uniformizante do funcionalismo no urbanismo do século vinte: “Une planification réaliste doit donc renoncer à la tentation de définir *a priori*

forma de aplicação de suas categorias jurídicas e conceitos tradicionais. Somente assim é que o direito poderá servir aos propósitos pretendidos pelos interesses públicos, os quais justificam a sua construção e existência.

4.4: O PODER DE POLÍCIA NORMATIVO: UM BREVE ESTUDO DE CASO.

Para ilustrar esta questão escolhemos um dos poucos casos judiciais onde, no momento, esta questão está sendo discutida de forma bastante específica. Embora não seja uma lide na qual a aplicação da legislação de planejamento urbano propriamente dita seja o objeto da discussão, trata-se de aplicação de legislação correlata, e da mesma natureza; por isso afirmamos que, sendo a hipótese jurídica em tese a mesma, é igualmente fundamental para seu equacionamento a clareza do significado dos conceitos de limitação e de poder de polícia, especialmente na sua modalidade normativa. O tema da lide versa, em resumo, sobre a validade de uma portaria normativa editada pelo órgão nacional de preservação do patrimônio nacional para proteção de vizinhança (entorno) de bem tombado. É que o IPHAN (Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) tem, pelo art.18 do Decreto-lei nº 25/37⁴³, competência para fiscalizar e autorizar intervenções na vizinhança de bens tombados, de modo a evitar que estas desfigurem a visibilidade do patrimônio protegido.

Em algumas circunstâncias, após ter realizado os respectivos estudos técnicos, aquele órgão faz editar portarias, estabelecendo, por meio delas, os critérios que irá usar nas autorizações individualizadas. Um desses estudos resultou na denominada Portaria nº 2, de 14.03.86, que protege o entorno do bem tombado, o Morro da Conceição, no Rio de Janeiro.

Nunca havia sido questionado, até o momento, a competência daquele órgão federal para praticar o ato individualizado de polícia. Porém, ao estabelecer em portaria os seus critérios gerais, estaria aí o IPHAN praticando ato materialmente legislativo, ou teria aquele ato a mesma natureza do ato individual, diferenciando-se apenas quanto à sua abrangência? Admitindo-se que o ato fosse administrativo, poderia o IPHAN exercer, desta forma, a sua competência de polícia? É este, basicamente, o mérito da discussão, como veremos.

un *homo urbanisticus* uniforme aux besoins parfaitement identifiés, contrairement au fonctionnalisme qui reposait sur l'hypothèse implicite de son existence” (1990, p. 22).

⁴³ Diz o dispositivo: “ Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso, multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.”

Vale destacar que esta lide tem um especial interesse pelas partes que nela estão envolvidas, e que afasta qualquer dúvida sobre uma eventual questionamento de que seja uma disputa de interesses privados. Nela estão envolvidos, de um lado o IPHAN, na tutela da vizinhança do bem tombado, e, do outro lado, a própria União Federal, representando os interesses de um outro órgão federal, não menos do que o Tribunal da Justiça Federal no Rio de Janeiro.

O Tribunal, para construção de um novo prédio para o funcionamento de seus serviços judiciários, fez desapropriar imóvel situado na vizinhança de bem tombado. Porém, no local as edificações novas estariam sujeitas aos critérios de proteção ao bem tombado, quanto à sua visibilidade, estabelecidos na referida Portaria 02/86. Constatou-se, ainda, que estes critérios tinham um tipo de conteúdo normativo análogo ao das normas de planejamento urbano, já que a portaria, em seu texto, estabelecia gabaritos e outros índices de construção para o local. No caso, a portaria estabelecia a altura de 2 (dois) pavimentos para o local, e o interessado pretendia um prédio de 24 pavimentos.

Não se conformou o órgão federal, ou seja, a União, em se submeter àquelas normas. Em função disto, impetrou a Medida Cautelar Inominada nº9313813-8, da 16ª Vara Federal, com o pedido de “obter autorização (judicial) para que possam ser construídos os prédios-anexos ao E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na forma do projeto apresentado (...). E assim apresentou, através de sua advocacia pública (AGU), os seus argumentos:

“A impropriedade da colocação do Sr. Arquiteto da 6ª Coordenação Regional do IBPC (atualmente IPHAN) deve-se a que o Município, pela atual Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988 e, portanto, posterior aos referidos Decretos Municipais (que adotaram, no Município, os mesmos critérios da Portaria nº2 do IPHAN), **não pode legislar sobre este assunto.** Dispõe o art.24, VII e seu parágrafo primeiro da Constituição Federal, legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico e paisagístico, sendo que a competência da União deve limitar-se ao estabelecimento de normas gerais. (...). A norma do art.18 do Decreto-lei 25/37 foi recepcionada pela vigente ordem constitucional como norma geral, **aliás trata-se de norma geral porque o referido artigo não dispõe sobre os quais são os requisitos objetivos a serem observados na aferição de critérios relativos a impedir ou reduzir a visibilidade de coisas tombadas pelo IBPC,** situadas na vizinhança destas. Aliás a recepção desta norma pela Constituição Federal de 1988, em vigor, não poderia ocorrer de outra maneira, até porque a União só tem competência, segundo o art.24, §1º da CF, para editar normas gerais sobre a proteção. Do contrário estaria invadindo a reserva de competência constitucional do Estado da Federação neste sentido, a quem cumpre particularizar.(...) **Assim, a norma do art.18 do DL nº25/37 foi recepcionada como norma geral, tendo somente o Estado do Rio de Janeiro competência para legislar sobre a matéria, de modo especial, estabelecendo o modo particular e minudenciando os casos específicos desta proteção. (...) Por isso, o Município tem competência**

apenas para efetuar a execução da legislação editada pela União e os Estados e Distrito Federal, segundo a regra expressa nos arts. 23,III e 30, IX da Constituição Federal, esta de sua exclusiva competência, conforme dispõe os arts.182 e 183 da CF.

Por oportuno, analisando detidamente os dispositivos acima citados coadjuvados com o Mandamento Constitucional, que rege a matéria, constata-se que o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural **não poderia negar o pedido do E.Tribunal Regional Federal 2ª Região, face à ausência de Legislação Estatual definindo o que é uma construção que impeça ou reduza a visibilidade de coisa tombada e muito menos o referido órgão poderia legislar através de PORTARIA matéria de competência Estadual, lesionando o sagrado direito de propriedade. Corroborando tais assertivas, poderemos recorrer ao direito civil, segundo o qual as licenças de construir devem resultar de lei especial e merecer interpretação restritiva, pois ao contrário prevalece o direito de propriedade, envolvendo o direito de construir. Destaca-se que a questão fundamental em matéria de direito de construir, como poder inerente ao direito de propriedade, reside no fato de que os únicos óbices que podem se impostos para impedir a construção são as chamadas limitações ao direito de propriedade, sabendo-se que estas limitações somente poderão existir quando baseadas em lei. Logicamente, não se pode impor limitação ao direito de propriedade sem que exista lei competente para isto, não tendo, deste modo, uma simples Portaria competência para tal fim.(...) Assim, não pode constituir óbice para permitir a construção dos prédios, simples Portaria e/ou Decretos Municipais, por contrariarem norma expressa da Constituição Federal (...)**.(Ass.: Olympio Pereira da Silva Júnior — Procurador Regional — AGU: 2ª Região) (grifos nossos).

Já nesta peça processual se podem constatar grandes imprecisões conceituais no enquadramento de toda a questão. Estas imprecisões iniciam-se na interpretação do sistema constitucional de competências, tanto no que se refere ao conceito de normas gerais, como também na leitura das competências executivas e legislativas em relação à matéria. As imprecisões seguem na concepção enganosa que o advogado público faz do conceito de limitações à propriedade, do interesse público e do princípio da legalidade na imposição e administração das limitações administrativas. Por decorrência, não se poderia esperar que uma idéia correta do conceito de poder de polícia normativo da administração pública daí resultasse. Assim, a concepção sustentada ignorou por completo a existência dos três espaços que, por certo, formam o sistema de fontes normativas do direito nacional: a lei, o regulamento e o ato normativo de polícia.

A estes argumentos respondeu a autarquia federal IPHAN, através de sua procuradoria:

“É importante destacar que a discricionariedade contida no art.18 do Decreto-lei 25/37 apesar de se demonstrar bastante ampla é também bastante técnica; cabendo ao administrador, diante do caso concreto, escolher qual a melhor forma

que utilizará para a abordagem do assunto. Assim é que, ao estabelecer portarias de entorno para proteção de área sobre a qual se verifica a existência de vários bens tombados em nível federal, **não está a entidade responsável pela tutela desses bens legislando, mas, e principalmente, se valendo de ato administrativo normativo para fixação de parâmetros a serem observados nesse local.** Vale dizer que as portarias de entorno somente são expedidas após detido estudo das áreas, ficando a cargo dos técnicos responsáveis por tais estudos a explicitação dos critérios ali propostos.(...) Desta forma, a Portaria SPHAN 02/86 **nada mais é senão o ato administrativo normativo que concretamente dispõe sobre o exercício das atribuições constitucionais impostas ao IBPC (...).** Ora, ao suplicado é **determinado o poder-dever** de apreciar os projetos que se inserem na área de vizinhança dos bens tombados. Tal poder emana da lei especial que assim lhe outorga; a existência da Portaria 02/86 **surge como ato normativo e consecutório,** justamente para afastar da entidade responsável pela proteção e preservação dos bens culturais um **possível rótulo de atuar no plano subjetivo, com ausência de critério, ou de forma arbitrária.** E as portarias expedidas pela Instituição (...) **tem o condão de estabelecer os limites de atuação da autarquia federal, cujo respaldo técnico, indispensável aos seus atos, afasta-a da prática de possíveis casuísmos** amplamente questionados pela sociedade em geral.”...(Ass.: Adv. Tereza Beatriz da Rosa Miguel) (grifos nossos)

Parecem-me bastante precisas as argumentações postas pela advogada da autarquia federal. As razões aduzidas falam por si só. No entanto, as decisões que se seguiram não enfrentaram a complexidade do problema objeto da lide. Em primeiro grau, o Juízo, em uma decisão muito singela, deferiu a liminar para construção do prédios (que ora se encontram terminados) nos seguintes termos:

“Presentes os requisitos autorizadores, concedo a liminar, para o fim de permitir à Requerente que inicie as obras de construção nos terrenos situados na Rua do Acre, números 74, 76, 84, 86 e 88, independentemente de autorização do IBPC. Intime-se e cite-se. Rio de Janeiro, 24 de Junho de 1993. Sérgio Schwaitzer. Juiz Federal.

Desta decisão liminar foi interposto agravo, julgado em 12 de junho de 1996, pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O acórdão, unânime, manteve a decisão *a quo*, sem contudo dizer uma só palavra sobre o mérito da lide, ainda que reconhecendo o caráter satisfativo da liminar concedida. Diz o acórdão:

“Não resta dúvida de que a presente medida cautelar tem cunho eminentemente satisfativo, o que desmente a própria União Federal que, quando não lhe convém, tem sustentado não poder a medida *initio litis* ter essa qualidade. Na verdade, em sede cautelar, ‘cada qual prega a favor do seu convento’. Quando interessa ao requerente, estão sempre presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; quando não lhe interessa estão ausentes. Feito este registro, tenho como irrevelante o fato de ser a liminar impugnada de caráter satisfativo, porquanto, para mim essa qualidade pode revesti-la a medida de índole cautelar (...). Como as obras já foram

iniciadas e as duas lâminas levantadas, não é prudente, nem se justifica, a cassação da medida liminar, do que só **poderia resultar prejuízos para a União Federal**, além daqueles que já vem sofrendo em virtude da paralisação resultante da quebra da empresa construtora. Não convém ao interesse público.(...)

Quando existem dois interesses públicos em conflito, **um da União Federal de construir no terreno de sua propriedade para abrigar a ampliação do TRF da 2ª Região, e outro da autarquia federal (IBPC), de não ser construída tal edificação, entra em cena o princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer a medida favoravelmente à tutela do interesse maior, ainda que a final possa resultar a improcedência da ação. O interesse que está a merecer amparo *secundum eventus litis*, é o da União Federal, pois, a cassação da liminar só faria aumentar os seus já incalculáveis prejuízos.** Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto. CARREIRA ALVIM. (grifos nossos)

O eminente magistrado, *data venia*, em seu voto, não considerou diferenças entre interesses próprios da autarquia federal, e os interesses públicos federais que ela tem o poder-dever de tutelar, isto é, os interesses difusos que as limitações administrativas prevêm, e o poder de polícia instrumentaliza. Toda esta imprecisão conceitual que justificou, desta forma, a manutenção da liminar satisfativa, teve como consequência o término das edificações, em detrimento das determinações explicitadas em ato materializador do exercício do poder de polícia normativo da entidade pública federal. Até o momento, não houve julgamento de mérito da lide.

Neste caso, podemos distinguir quase todos os aspectos jurídicos tratados nos capítulos II, III e IV desta tese. O ato normativo de polícia, que já vem sendo amplamente praticado pela administração na área de intervenção no domínio econômico, embora sem a necessária precisão conceitual, inicia agora sua incursão de utilidade instrumental na área de gestão das cidades, seja para proteção cultural ou ambiental, onde os atos normativos já se apresentam como um importante mecanismo de gestão deste interesses, seja na área de planejamento urbano, onde é muito tímida e relutantemente utilizado.

O mecanismo do poder de polícia normativo cada vez mais se impõe na tutela dos interesses públicos. E hoje ele deverá ser enormemente utilizado na administração das limitações administrativas incidentes sobre a propriedade imobiliária. Por isto é de fundamental importância a sua clareza e precisão conceitual, sem o que poder-se-ão inviabilizar as políticas públicas de tutela desses interesses!

CONCLUSÃO

Neste trabalho abordamos alguns aspectos concernentes às relações jurídicas que ocorrem no âmbito das áreas do direito que denominamos: direito administrativo e direito urbanístico. Escolhemos, para tanto, tratar o assunto privilegiando uma abordagem sistêmica, isto é, procurando estabelecer os pontos de conexão e as inter-relações dos conceitos e categorias jurídicas, bem como a sua funcionalidade. As teses que procuramos comprovar são as seguintes:

1. O direito administrativo é a área do direito que ainda subsidia o chamado direito urbanístico com suas categorias jurídicas, de modo a viabilizar sua funcionalidade no sistema jurídico brasileiro. Assim, o direito urbanístico não prescinde do direito administrativo, mas antes, se desenvolve e é aplicado por meio deste, no que concerne às suas relações jurídicas de direito público. O direito urbanístico se utiliza dos conceitos de direito administrativo sem inová-los e, portanto, sem formar propriamente um novo sub-sistema. Neste sentido afirmamos que, no sistema jurídico nacional, o direito urbanístico ainda é, nas suas relações entre a administração pública e cidadão, um campo de aplicação do direito administrativo.

2. É necessário, para a funcionalidade do sistema jurídico, que os significados das categorias jurídicas estejam perfeitamente claros para que possam ser operados de forma consistente no sistema. *Poder de polícia* é uma categoria jurídica de capital importância para o direito administrativo, e também para o direito urbanístico. Não obstante, o seu conceito é permanentemente discutido, questionado, e usado de modo não uniforme tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência nacionais. Frequentemente ele é usado como sinônimo de limitação administrativa. E talvez em decorrência destes fatos há uma perplexidade quanto a natureza do que seja o conteúdo e o significado do chamado poder de polícia normativo. Propomos que limitação administrativa e poder de polícia sejam as duas faces de uma mesma moeda. A primeira é a sua expressão legislativa. Esta, quando defere à administração pública competência para administrar o interesse público que protege, cria, neste espaço, o poder de polícia no âmbito do poder executivo.

3. Limitações à propriedade não são uma novidade do urbanismo moderno. Sempre existiram limitações nas cidades ocidentais; sempre existiram nas cidades brasileiras. Porém, não se deve supor que todas as limitações legais à propriedade são limitações administrativas. Não. Há limitações de interesse urbanístico que podem pertencer ao âmbito dos interesses privados de ordem pública; apenas são limitações administrativas aquelas que acarretarem intervenção da administração pública na sua gestão. Estas estariam no âmbito das relações do direito administrativo.

4. As limitações administrativas e a sua contraface, o poder de polícia, são um importante instrumento na implantação das propostas urbanísticas de interesse público. O poder de polícia é, nos dias de hoje, uma das categorias jurídicas mais

usadas na administração dos interesses públicos, especialmente na sua forma normativa. Entretanto, é fundamental discernir que estes atos normativos, conquanto se apresentem com relativo grau de abstração e generalidade, não deixam de ser atos materialmente administrativos. Esses atos administrativos são fruto da deferência, pelo legislador, de discricionariedade para que o poder público administre determinado interesse público. Mas esta discricionariedade é uma discricionariedade técnica e não política. Distinguimos esta discricionariedade técnica daquela discricionariedade política própria dos atos regulamentares privativos do Chefe do Executivo. Estes atos, os decretos regulamentares, não seriam atos materialmente administrativos, uma vez que são exercidos em função de um poder político deferido pela Constituição ao Chefe do Executivo tendo, portanto, uma discricionariedade muito mais ampla. Uma das mais importantes conseqüências desta distinção é a de que os atos normativos de polícia, por serem atos materialmente administrativos, são passíveis de serem controlados pela sua legalidade, à vista da validade de sua constituição em função dos elementos que o formam: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. Já os decretos regulamentares do Chefe do Executivo, como atos materialmente legislativos, poderiam ser controlados como os atos legislativos em geral o são.

5. O direito urbanístico, no seu sentido estrito, se diferencia de normas de planejamento urbano. Estas normas, por lidarem com um objeto dinâmico, devem se valer, cada vez mais, dos atos normativos de polícia. Por este motivo é mais e mais necessário compreender a natureza jurídica destes atos, bem como o seu campo de aplicação, como atos administrativos que são. Só assim este moderno instrumento de administração de interesses públicos poderá, sob o controle das normas legais, operacionalizar com eficiência os interesses que a lei pretende tutelar.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABREU, Maurício de A. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. IPLANRIO/ Rio de Janeiro: Zahar. 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *A Função e a Posição das Agências Reguladoras no Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro. UERJ: dissertação de mestrado em Direito Público. Mimeo. 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 1996.

< > < >. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1981.

BARRETO, Carlos Eduardo (org.). *Constituições do Brasil* — 2 vols. São Paulo: Saraiva, 1971.

BARREIRA, Maurício Balesdent. Direito Urbanístico e o Município. In: FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico*. Belo-Horizonte: Del Rey, p.15-32, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição de 1988*. 2.^a ed., v. III e VII. São Paulo: Saraiva, 2001 e 1990.

BENOÎT, Jean-Claude. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 2^e édition. Paris: Dalloz, 1989.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis — RJ: Vozes, 1975.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil — Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BEZNOS, Clóvis. *Poder de Polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. 2 vols. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1958.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2.^a ed. 1996.

CASTILHO, José Roberto Fernandes. *O plano local no Direito Urbanístico Brasileiro e Comparado*. Tese mimeo — 2 vols. São Paulo: USP, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

CHAPUISAT, Jérôme. *Le Droit de l'Urbanisme*. 3^e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

CHAPUS, René. *Droit Adminsitratif Général*. 2 vols., 2^e édition. Paris: Montchrestien, 1986.

CHARLES, Hubert. *Droit de l'Urbanisme*. 1.^a ed. Paris: Presse Universitaires de France, 1997.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*. 7.^aed. Paris: Précis Dalloz, 1989.

COSTA, Regina Helena. Princípios de Direito Urbanístico na Constituição de 1988. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de Direito Urbanístico*, 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 109-128, 1991.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CHARLES, Hubert. *Droit de l'Urbanisme*. Thémis: Droit Public. Paris: Presses Universitaires de France — PUF, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. As leis municipais e o direito de construir: *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo. Ed.Universidade de São Paulo. vol. LXV, p.105-126, 1970.

DI PIETRO, M^a Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 10^aed. São Paulo: Atlas, 1999.

ELICKSON, Robert; BEEN, Vicki. *Land Use Controls*. 2^a ed. New York: Aspen Law and Business, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1986.

FERNANDES, Edésio. Direito do Urbanismo: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”. In: FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico*. Belo-Horizonte: Del Rey, p. 3-32, 1998.

< > > >. Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: Uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (org.) *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo-Horizonte: Del Rey, p. 11-52, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 4 vols. São Paulo: Saraiva, 1990-1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Revista dos Trbunais, 1980.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros. 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIANI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, Ano 87, p.35-55, 1988.

GLENDON, Mary; GORDON, Michael Wallace; CARROZA, Paolo: *Comparative Legal Traditions*. — In a Nutshell. West Group. 2^a edition. St. Paul, Minn. USA, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

Greenberg, Edward S. *The American Political System*. USA: Harper Collins Publishers, 1989.

GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen M. *Constitutional Law*. 13^a ed. New York: The Foundation Press, Inc, 1997.

HAAR, Charles M. (org.). *Cities, Law, and Social Policy*. Lexington, Massachusetts, Toronto: Lexington Books. D.C. Heath and Company, 1980(?)

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1997.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: New American Library — Mentor Book, 1961.

HAROUËL, Jean-Louis. *Histoire de L'Urbanisme*. 30^e ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 9^aed. Paris: Recueil Sirey Libraries, 1919.

HEAP, Desmond. Prólogo. In: GARNER, J.F.(org.). *Derecho de la Planificación Territorial en la Europa Occidental*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1976.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26^aed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

JEANNEAU, Benoît. *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*. Paris: Sirey, 1954.

LACAZE, Jean-Paul. *Les Méthodes de l'Urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 9^a ed. Tomes 1 e 2. Paris: L.G.D.J, 1992.

LEAL, Aurelino. *Polícia e Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

LEAL, Vitor Nunes. Lei e Regulamento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, p. 371-392, 1945.

LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'Urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

LE GOFF, Jacques. *Por Amor às Cidades — Conversações com Jean Lebrun*. São Paulo: UNESP, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública no STJ. In: *STJ, 10 Anos — Obra Comemorativa: 1989 — 1999*. Brasília: Imprensa Oficial, 1999.

LEITE, Luciano Ferreira. *O Regulamento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LEMASURIER, Jeanne. La planificación urbana y rural en Francia. In: GARNER, J.F.(org.), *Derecho de la Planificación Territorial en la Europa Occidental*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1976.

LEME, Maria Cristina da Silva.(org.) *Urbanismo no Brasil 1895-1965*. São Paulo: FUPAM, Studio Nobel, 1999.

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

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press, 1965.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 2 vols., 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MANWARING, David. *American Constitutional Law*. Booktext — Govt E 1340 — Harvard Extension: Booktech.com. MA. USA: Fall 2000

MATTOS, Liana Portilho. Limitações urbanísticas à propriedade. In: FERNANDES, Edésio (org.) *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 55-75, 2001.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 3^a ed. São Paulo: Max Limonad. S.d.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

< > < > < >. Poder de Polícia..: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar. v.199, Jan.Mar. p.89-96, 1995.

MEDEIROS DA SILVA, Carlos. O Poder Regulamentar no Direito Comparado. (1952). In: *Revista de Direito Administrativo*. Seleção histórica. Rio de Janeiro: Renovar.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 10^a ed., 1987 e 22^a ed., 1997.

< > < > < >. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3^a ed., 1977 e 7^aed., 1994a.

< > < > < >. *Direito de Construir*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994b.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense. 1975.

MUMFORD, Lewis. *A Cidade na História. Suas origens, transformações e perspectivas*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MURCIA, Antonio Cano. *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico — doutrina, legislación, jurisprudencia y formularios*. Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi SA, 1996.

NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics (Civil Rights and Civil Liberties)*. 4^a ed. New York: WW Norton&Company, 2000.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Limitações Administrativas à Propriedade Privada Imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.1. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 1978.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Saraiva, vol. II e VI 1990 e 1994.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. 2^a ed. t.3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977.

RABELLO DE CASTRO, Sonia. A autonomia do Direito Administrativo como disciplina jurídica: reflexões sobre sua metodologia. In: DIREITO, Carlos Alberto (org.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 691-710, 1997.

< > < >. Algumas formas diferentes de se pensar e de reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos “países novos”. In: *Direito Urbanístico no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz. 1990.

SANTHIAGO DANTAS. Poder Regulamentar das Autarquias. In: *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro. Forense. 1953.

SANTOS, Carlos Nelson Ferreira dos. *O Uso do Solo e o Município*. Rio de Janeiro: IBAM, 1990.

SARGENTICH, Thomas O.(org.) Major Controversies Implicating the Dominant Rule of Law Vision of Administrative Legitimacy. In: *Administrative Law Anthology*. EUA: Anderson Publishing Co, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

< > < >. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, vol.132/241-255, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Congresso Nacional e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

< > < >. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1º volume, p. 1-22, 1987.

TORRES PEREIRA JÚNIOR, Jessé. Os limites ao uso do poder de polícia administrativa. In: COUTINHO, José Roberto de Andrade (org.) *Direito Imobiliário Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 77-85, 1997.

URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, tomos 1 e 2, 1862.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, Edição Fac-similar a 1968.

TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus Limites. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro; Renovar, v. 1, p.521-534, 1997^A

< > < >. O Poder de Polícia das Construções. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 535-54, 1997^b.

< > < >. Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro. Renovar, v.2, p.1079-1088. 1997^c.

TUNC, André. *Le Droit des États-Unis*. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

WADE, E.C.S.; BRADLEY, A.W. *Constitutional and Administrative Law*. 10ª ed. Londres: Longman. 1991.

WORMS, Frédéric. *Droits de l'Homme et Philosophie: une Anthologie*. Paris: Presses Pocket, 1993.

WRIGHT, Robert R. *Land Use in a Nutshell*. EUA: West Group Publ, 1994.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Recurso Extraordinário nº78.953-SP. Fonte: www.stf.gov.br.

< >< >< >. Recurso Extraordinário 1590 — Distrito Federal: 1930 Fonte: *Archivo Judiciario*, vol. 16, p. 34, out./dez. 1930.

< >< >< >. Ação Rescisória nº1204/DF de 23.02.1989. Fonte: www.stf.gov.br.

< >< >< >. Recurso Extraordinário nº77899/PE de 20.05.1975. Fonte: www.stf.gov.br

< >< >< >. Recurso Extraordinário nº 229.440-2 RN, de 15.06.1999. Fonte: www.stf.gov.br

< >< >< >. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 996-6 DF. Fonte: www.stf.gov.br

< >< >< >. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº216259/CE de 09.05.2000. Fonte: www.stf.gov.br

BRASIL — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Recurso Especial nº274384/SP de 23/10/2000. Fonte: www.stj.gov.br

< >< >< >. Mandado de Segurança nº4.138/DF, de 28/08/1996. Fonte: www.stj.gov.br

BRASIL — RIO DE JANEIRO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO: Agravo de Instrumento 13049/RJ. Proc. 95.02.26615-3. Fonte: www.trf2.gov.br.

BRASIL — SÃO PAULO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Acórdão nº157.867-66. Fonte: *Revistas dos Tribunais*, nº286/148.

< >< >< >. < >< >< >. MS nº44.242. Fonte: *Revista dos Tribunais* 186/325.

< >< >< >. < >< >< >. Acórdão nº34.402-/60, Fonte: *Revistas dos Tribunais* 298/601

< >< >< >. < >< >< >. MS nº44.242/-49 TJ-SP; *Revista dos Tribunais* 183/824.

BRASIL — TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS: MS nº 94.775 de 18.03.1982. Fonte: *Revista de Direito Administrativo (RDA)* 149/203.