

A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE: DESAFIOS À SUA EFICÁCIA

Mais do que pensar em qualquer mudança no Estatuto da Cidade, reputamos essencial que seja garantida, antes de tudo, a efetiva aplicação de todos os seus dispositivos.

Este texto é uma brevíssima abordagem sobre o seguinte desafio: a efetiva aplicação das normas do Estatuto da Cidade (ECi), através dos meios processuais que lhe garantem, ou não, o controle da efetividade de suas normas, sobre as dificuldades que temos encontrado neste caminho, e sobre as possíveis soluções.

O Estatuto da Cidade (ECi) – a Lei n.º 10.257/2001 – deu novo sentido aos rumos de parte do Direito Brasileiro: ela reinaugura uma nova etapa do Direito Urbanístico no Brasil, cujo estudo do sistema jurídico nacional ainda é extremamente vinculado à legislação federal, à sua doutrina e à sua jurisprudência. Nesse sentido, o ECi, editado em 2001, aparece como contraponto na leitura, quase que exclusiva da apreensão do conteúdo, da extensão e das características da propriedade imobiliária até então somente estudadas pela ótica do direito civil e dos direitos reais ali desenhados. A edição do Estatuto da Cidade, como uma lei nacional, passa a dar mais força às regulações do território¹ e, por conseguinte, à regulação da propriedade

¹ Ver diferenças entre relação da regulação do território e da propriedade em: RABELLO, Sonia. Regulação do Território e da Propriedade Imobiliária Urbana: evolução conceitual no Direito Brasileiro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente (Org.). **Direito em Público** – Homenagem ao Professor Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, p. 481-485.



SONIA RABELLO

Sonia Rabello é Professora de Direito (Teaching Faculty) do Lincoln Institute of Land Policy (Massachusetts, EUA) no Programa para América Latina, e do Mestrado Profissional do IPHAN. Membro do Conselho Estadual de Tombamento do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Comitê Gestor do Rio Patrimônio Mundial. Membro do Conselho de Política Urbana da Cidade do Rio de Janeiro. Diretora de Urbanismo e Patrimônio da FAM-Rio. Professora Titular de Direito Administrativo e Urbanístico da Faculdade de Direito da UERJ (aposentada) e Procuradora Geral do Município do Rio de Janeiro (aposentada). Foi vereadora na Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

imobiliária urbana feita pelas leis de uso do solo. O Direito Urbanístico, construído por leis municipais antes do ECi era, infelizmente, desconsiderado no cenário acadêmico, doutrinário e jurisprudencial brasileiro.

O ECi é uma lei muito jovem, pois 20 anos é ainda um tempo curto para apreender sua eficácia a partir da experiência contida no amadurecimento e na sedimentação de uma lei. E é mister que se registre que duas outras leis nacionais merecem destaque nesta construção do Direito Urbanístico nacional: a Lei n.º 6.766/79 – lei de parcelamento do solo -, e a Lei n.º 7.347/85 – lei da Ação Civil Pública. Essa última abriu caminhos mais amplos de acesso à Justiça, no controle da aplicação das leis urbanísticas. Sem possibilidade de controle social e jurisdicional, não há como garantir a efetividade das normas legais. E é sobre esse ponto que queremos especialmente abordar: a efetividade do ECi na implementação das suas diretrizes e dos demais dispositivos.

Antes, porém, de entrarmos no aspecto de como tem acontecido a experiência da eficácia das normas do ECi, vamos seccioná-lo, somente para efeito desta abordagem, em três grandes blocos: a parte inicial da lei, que dispõe sobre as diretrizes da política urbana nacional – arts. 1.º e 2.º; a parte que dispõe sobre os instrumentos urbanísticos – arts. 4.º a 38; e a parte final, que dispõe sobre plano diretor e gestão da cidade – arts. 39 a 58. Isso porque, para cada uma dessas partes, a efetividade da aplicação das normas do Estatuto da Cidade tem sido diversa.

Força normativa do Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade é lei nacional de Direito Urbanístico, editada por força do art. 24, I da Constituição Federal (CF), que atribui competência legislativa concorrente à União, aos estados e ao Distrito Federal para ditar normas

gerais de Direito Urbanístico, e aos municípios para suplementá-las (art. 30, II)².

Note-se que, embora a ementa do ECi diga que a lei esteja “regulamentando os arts. 182 e 183” da CF, a fonte da competência legislativa da União está contida no citado art. 24 e seus parágrafos. Destarte, como lei nacional, o ECi tem a mesma força normativa do Código Civil e, por ditar “diretrizes gerais da política urbana”, suas normas devem ser rigorosamente observadas pelos estados e municípios, tanto no exercício de suas competências legislativas quanto no exercício da competência executiva; ou seja, no âmbito do executivo, cabe a observância de suas normas no licenciamento de uso e ocupação do solo e na gestão da implementação dos Planos Diretores. E, no âmbito do legislativo, cabe obedecer às normas do ECi tanto na forma de aprovação do Plano Diretor e das leis de uso do solo quanto no seu conteúdo material, pela observância do que dispõem suas diretrizes e pela utilização de seus instrumentos, visando a alcançar os propósitos ali delineados.

Então, cabe perguntar: o ECi tem sido observado nessas dimensões? Pode-se afirmar que os mais de cinco mil municípios brasileiros observam e cumprem as diretrizes do ECi contidas no art. 2.º da lei? Usam adequadamente os instrumentos ali previstos? Observam o delineamento previsto para gestão democrática de sua implementação?

A divisão em três blocos que fizemos do ECi permite uma abordagem, ainda que perfunctória,

das diferenças na eficácia do controle da aplicação desta lei nacional. Resumindo, podemos afirmar que: 1. em relação ao primeiro bloco – as diretrizes – não há qualquer controle de eficácia. 2. Em relação ao segundo bloco – instrumentos – não há controle em relação à sua implementação ou não; e há um controle mínimo em relação à forma de aplicação de alguns instrumentos. 3. Em relação ao terceiro bloco – plano diretor e gestão democrática –, esta é a parte em que se encontra maior número de demandas judiciais de controle, e em que há alguma jurisprudência local consolidada, sobretudo no que diz respeito à participação social no processo de elaboração das leis urbanísticas e à necessidade de elaboração e publicização de estudos técnicos para sua viabilização.

E por que o controle tem sido mais desenvolvido quanto a esse bloco de normas do ECi? A nosso ver, o controle de leis municipais nesse tema é maior não pelo confronto das leis municipais em face do ECi, mas pelo confronto daquelas normas municipais com as constituições estaduais, que costumam trazer dispositivos explícitos sobre participação e gestão democrática na implementação de políticas urbanas. Ou seja, a previsão processual de controle concentrado de constitucionalidade das leis (municipais) em face da constituição (estadual) tem permitido esse controle, na parte em que a lei nacional (ECi) encontra um rebatimento explícito nas constituições estaduais – plano diretor, participação social e gestão democrática das políticas urbanas³.

Registre-se porém que, mesmo após a elaboração do Plano Diretor (PD), e das eventuais normas de uso do solo que lhe complementam, como as leis de zoneamento, parcelamento, códigos de obras e de fiscalização, a dificuldade do controle se dá no sentido da ausência de clareza teórica quanto à existência de uma hierarquia normativa superior do Plano Diretor em relação às normas que o implementam, sobretudo quando estas normas – o PD e as demais normas urbanísticas – forem editadas com a mesma tipologia normativa: ambas leis complementares, ou ambas leis ordinárias⁴.

A falta de clareza teórica acerca da superioridade hierárquica do Plano Diretor em relação às demais normas municipais pode ser constatada em afirmações feitas por ministros do STF, quando do julgamento do recente caso RE 607.940 DF/2015. O Ministro Luiz Roberto Barroso, reconhecido constitucionalista, em determinado momento do debate sobre o voto, diz, perguntando explicitamente:

Mas, aí, mesmo por lei complementar? Quer dizer, nós então estaremos hierarquizando o plano diretor em relação às demais leis complementares, é isso? [...] Se nós dissermos que uma lei complementar superveniente ao plano diretor não pode eventualmente modificá-lo, ou seja, tenha que ser sempre compatível com ele, nós estamos hierarquizando...[...]. Mas é porque, do ponto de vista da dogmática constitucional, é atribuição de uma hierarquia mais elevada ao plano diretor, que é uma lei complementar, como seria uma que pretendesse emendá-lo, entendeu? Por isso que eu fiquei com uma dificuldade aqui...

Desse modo, podemos afirmar que o problema da eficácia da implantação do ECi está diretamente relacionado com a possibilidade e com a forma de controle judicial de sua normativa que, de forma análoga, foi o tema da discussão judicial acima. E isso se dá em dois planos: a falta de previsão

CE/89. 2- TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade (2272571-24.2018.8.26.0000) – Lei n.º 4.845, de 19 de março de 2014, do Município de Taubaté, que “revoga parte das restrições urbanísticas impostas ao Loteamento Reserva Alto do Cataguá” – Norma de uso, ocupação e parcelamento do solo – Processo legislativo – Ato normativo que por seu conteúdo, dependia de prévios estudos de planejamento e efetiva participação popular. 3-TJSC – Ação Direta de Inconstitucionalidade (9122476-19.2015.8.24.0000) Lei municipal que instituiu a criação do solo criado e alterou gabaritos. Trâmite legislativo que não contou com a prévia realização de debates, audiências e consultas públicas, no intento de garantir a participação popular. 4- TJES - Ação de Inconstitucionalidade (0009104-95.2015.8.08.0000) – os dispositivos impugnados permitem que o Poder Executivo elabore projetos urbanísticos específicos – que estejam de acordo com as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor Municipal e na Lei de Uso e Ocupação do Solo, submetendo-os tão somente ao crivo do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano como condição para aprovação, o que caracteriza um mecanismo de burla ao princípio da democracia participativa e da reserva legal ao Plano Diretor Urbano. 5- TJSC – Direta de Inconstitucionalidade (9122476-19.2015.8.24.0000) – lei municipal que instituiu a criação do solo criado e alterou gabaritos. Trâmite legislativo que não contou com a prévia realização de debates, audiências e consultas públicas, no intento de garantir a participação popular. 6 - TJES – Ação de Inconstitucionalidade (0009104-95.2015.8.08.0000) - os dispositivos impugnados permitem que o Poder Executivo elabore projetos urbanísticos específicos – que estejam de acordo com as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor Municipal e na Lei de Uso e Ocupação do Solo, submetendo-os tão somente ao crivo do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano como condição para aprovação, o que caracteriza um mecanismo de burla ao princípio da democracia participativa e da reserva legal ao Plano Diretor Urbano. 8 – TJSC Ação civil pública n.º 5021653-98.2013.4.04.7200/SC – ajuizou a presente ação civil pública contra o município de Florianópolis e a União, com o objetivo de determinar à Câmara de Vereadores a devolução do Projeto de Lei do Plano Diretor ao Poder Executivo Municipal (obrigação de fazer), bem como seja determinado à Prefeitura (obrigação de fazer) que proceda à oitiva devidamente informada da população para elaboração do texto final que deverá ser novamente encaminhado ao Legislativo após identificação e a apresentação das diretrizes resultantes do processo de participação popular.

2 Sobre diferenciação conceitual e de competência legislativa sobre Direito Urbanístico e legislação de Planejamento Urbano, ver: RABELLO, Sonia. Direito urbanístico e direito administrativo: imbricação e inter-relações. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 197-210, 2006.

3 1- TJSP - Ação Direta de Inconstitucionalidade (0304570-73.2011.8.26.0000) – Lei Orgânica Municipal. Dispositivo. Norma delimitadora de desenvolvimento urbanístico. Participação popular. É inconstitucional emenda à LOM que amplia as atividades admissíveis em áreas de várzea, por ausência de participação comunitária no processo de produção da norma (arts. 180, U, e 191,

4 No caso do Município do Rio de Janeiro, a lei orgânica municipal dispôs que tanto o PD quanto as leis de uso do solo serão editadas por lei complementar. E o que acontece é que é frequente que uma lei complementar de uso do solo contrarie normas do Plano Diretor, cujo controle hierárquico tem se mostrado de grande dificuldade nos tribunais brasileiros.

processual de controle concentrado de legalidade das leis e, no âmbito do controle difuso, pela dificuldade de se alegar a ilegalidade de um ato administrativo, não por infração direta à norma municipal, mas porque este ato, embora possa estar consentâneo com a lei municipal, seria ela, a lei municipal que estaria em desconformidade (ilegalidade) em face da lei nacional do ECi e, por conseguinte, o ato administrativo o contraria também.

Ora, o controle difuso de atos administrativos urbanísticos ilegais pelos meios processuais da ação popular e da ação civil pública, não em face de lei municipal, mas em face da lei nacional do ECi é, em tese, viável. O caminho das alegações, entretanto, é tortuoso, já que a hipótese é que um ato administrativo de implementação urbanística (p.ex. uma licença) seria ilegal porque, mesmo estando conforme com a lei municipal, esta – a lei municipal – não estaria realizando o previsto na lei nacional do ECi e, por conseguinte, o ato é ilegal em face do ECi. Difícil, não? E para julgar a ilegalidade desse ato administrativo ter-se-ia que reconhecer a ilegalidade da lei municipal em face do ECi, suspendendo-lhe a eficácia, por aplicação analógica do § 4.º do art. 24 da CF⁵, fato processual absolutamente incomum na jurisprudência brasileira.

Esse caminho, embora tortuoso, tem sido usado em algumas ações civis públicas, que não só contestam atos administrativos, mas também leis municipais que contrariam o ECi, como forma

de suprir a inexistência de um caminho direto de arguição concentrada de ilegalidade de uma lei municipal que não atenda às diretrizes do Estatuto da Cidade⁶.

Na hipótese acima relatada há de se destacar também a seguinte possibilidade de procrastinação do controle: se uma lei municipal não atende às normas do ECi, para se fazer o controle há que se esperar pela concretização de um ato administrativo ilegal (em face da lei nacional e não da lei municipal), para que ocorra o interesse processual de agir, como condição da ação no pedido de tutela do Estado em função de uma infração à lei (nacional e não municipal); isso porque está completamente consolidado na doutrina e na jurisprudência nacional que não é possível a impetração de qualquer tipologia de ação contra lei em tese, senão através das ações ou representações de inconstitucionalidade. Ou seja, não há previsão de arguição concentrada de ilegalidade, por meio de ação processual própria, mesmo que uma lei municipal ou estadual contrarie dispositivo de uma norma geral de Direito Urbanístico, como é o Estatuto da Cidade.

Então, voltando à hipótese de controle difuso de legalidade, isto só se mostra viável, na prática, quando as normas nacionais trazem conteúdos normativos de grande objetividade ou concretude. Por exemplo, a Lei n.º 6.766, quando dispõe sobre tamanho mínimo de lotes⁷, ou quando proíbe loteamentos em áreas com declividade superior a

30%, apesar do “salvo”⁸ em ambos os dispositivos. Nesse sentido é que, quanto menos objetivo e mais abstrato forem os comandos normativos da lei nacional, menos possibilidade há de se fazer o controle de legalidade de atos administrativos municipais em face da lei nacional. E isso ocorre, principalmente, com o bloco das diretrizes do Estatuto da Cidade que reputamos a parte mais substancial e importante da lei, relacionada aos vetores de qualidade para implementação da política urbana, e que não tem, justamente, apresentado qualquer forma de controle, seja das normas municipais em face da nacional, seja de atos administrativos municipais que não atendem, em tese, às diretrizes qualitativas dispostas nos arts. 2.º e 3.º do ECi.

Podemos afirmar que não identificamos na jurisprudência nacional qualquer controle que diga respeito à eficácia da implementação das diretrizes do ECi, em relação ao seu efetivo cumprimento pelas leis urbanísticas municipais, pelos planos diretores e pelas parcas leis urbanísticas estaduais, quando estas existem. Então, as diretrizes estão lá, mas ainda como mero discurso legislativo, já que as metas ali colocadas, quando não seguidas, o que é muito frequente, não geram qualquer consequência para quem não as cumpre, por falta de meios processuais e jurisdicionais de controle de sua eficácia.

Vejamos dois exemplos; o primeiro da diretriz relacionada ao impedimento do enriquecimento

sem causa no urbanismo, retratado no inciso IX, do art. 2.º, que determina a “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”, e a sua norma parceira, contida no inciso XI do mesmo art. 2.º, que determina a “recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização dos imóveis urbanos”. A primeira diretriz aponta para a imperiosa implantação da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC), conjugada com a Transferência dos Direitos de Construir (TDC), para impedir que uns imóveis recebam, graciosamente, enormes valores econômicos gerados por índices gratuitos de aproveitamento, enquanto outros tenham fortes restrições de aproveitamento, em função de projetos de interesse público de preservação ambiental ou cultural. Contudo inúmeros municípios continuam sem implementar os mecanismos da OODC e da TDC, que viabilizariam o cumprimento das diretrizes supramencionadas. E, quando a diretriz não é cumprida, nenhum mecanismo de controle é acionado, isto porque não está objetivada a forma de fazê-lo. Buscou-se a clareza da forma de aplicação dessa diretriz (a do inciso IX) quando o Conselho das Cidades expediu a Resolução Recomendada n.º 148⁹, que dispõe sobre índices básicos, máximos e cobrança de contrapartidas; mas esta é uma normativa sem força cogente, por falta de previsão legal primária que lhe desse este atributo. Ao contrário, isso não ocorre no sistema de Direito Ambiental, em que são dados ao CONAMA (Conselho Nacional do Meio

5 Art. 24 § 4.º: A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

6 A Jurisprudência do Tribunal Justiça de São Paulo traz casos em que esse caminho se materializa. Ver: 1. TJSP Ação Civil Pública (0043626-27.2011.8.26.0053) - operação urbana consorciada vila Sônia. 2. TJSP Ação Civil Pública (0002143-09.2015.8.26.0075) - para suspender tramitação do projeto de plano diretor Bertioga. 3. TJSP Ação Civil Pública (053.08.111161-0) - MSP deixou de observar na elaboração do anteprojeto de revisão do Plano Diretor do Município de São Paulo os princípios urbanísticos da gestão democrática da Cidade e da participação popular.

7 Art. 4.º, II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo

quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes.

8 Art. 3.º. Parágrafo único - Não será permitido o parcelamento do solo: III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes.

9 Resolução Recomendada n.º 148/2013 do Conselho das Cidades: “Recomenda a adoção do Coeficiente de Aproveitamento Básico como princípio balizador da política fundiária urbana municipal, a ser utilizado por todos os municípios.”

Ambiente) poderes normativos secundários de força cogente¹⁰; contudo, no âmbito do Direito Urbanístico nacional, não foram atribuídos, por lei, ao Conselho das Cidades¹¹, quando o mesmo foi constituído, os equivalentes poderes normativos, apesar do disposto no art. 21, inc. IX da CF¹². Uma pena!

Conclusão

Resumidamente, são duas as conclusões e sugestões a que chegamos, a partir do que foi acima exposto:

1. O Estatuto da Cidade é norma geral relevante para a efetiva implementação dos preceitos constitucionais da Política Urbana, especialmente no que diz respeito às suas diretrizes qualitativas e a seus instrumentos. Apesar, porém, da previsão constitucional (art. 24 § 4.º) de suspensão de eficácia de norma infraconstitucional (estadual ou municipal) que lhe for contrária – controle de legalidade –, não há forma processual prevista no sistema que permita um controle concentrado de sua legalidade em face do ECi. A falta desse controle tem distorcido o sistema processual, com uso anômalo da Ação Civil Pública que, por isso mesmo, não tem obtido suficiente sucesso neste intento. Faz-se mister, portanto,

uma simples previsão de controle concentrado de legalidade, nos moldes do que é feito no controle concentrado de constitucionalidade por meio das ADINs, já que a própria Constituição Federal instituiu uma pirâmide hierárquica, no seu art. 24, entre as leis gerais infraconstitucionais de âmbito federal e as leis estaduais e municipais.

2. Uma vez que as diretrizes do art. 2.º do ECi têm conteúdo amplo, e metajurídico, seria mais do que conveniente que, à semelhança do que acontece com o sistema de Direito Ambiental com o seu Conselho, o CONAMA, que fosse dada, por lei, no âmbito do sistema da política urbana, a mesma força normativa a conselhos nesta área, de modo que os mesmos pudessem decodificar, aos poucos e de forma dinâmica, o sentido do conteúdo material das diretrizes e seus instrumentos contidos no ECi. Desse modo, seria mais objetivo e claro o sentido das normas ali contidas, facilitando sua aplicação, seu controle e sua eficácia.

¹⁰ Poder normativo do CONAMA, previsto em lei. Lei n.º 6.938. Art. 6.º II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e **deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões** compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

¹¹ O Conselho das Cidades foi instituído pelo Decreto n.º 5.790/2006; portanto, sem força normativa secundária.

¹² Competência executiva da União. Art. 21, inc. XX: **instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano**, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

