Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 30 – junho/julho/agosto de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

A FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS E O DIREITO URBANÍSTICO

Andrea Teichmann Vizzotto
Procuradora do Município de Porto Alegre.Especialista em Direito Municipal pela Faculdade Ritter dos Reis e Fundação Escola Superior de Direito Municipal.Especialista em Revitalização de Patrimônio Histórico em Centros Urbanos pelo Departamento de Urbanismo da Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.Mestre em Planejamento Urbano e Regional Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.Professora da disciplina Direito Administrativo I e II e Direito Municipal-Urbanístico do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Osório, Rio Grande do Sul.

Introdução:

A Revolução Industrial é um marco na história da humanidade. Se por um lado alterou para sempre os modos de produção industrial, por outro provocou, ainda no século XIX, o deslocamento da população rural para as cidades, invertendo a lógica existente até então. Hoje, como resultado daquele fenômeno, pode-se afirmar que mais de 80% da população vive nas cidades. Esse incremento acelerado e desordenado do espaço urbano demandou dos planejadores e administradores públicos uma ação diferenciada, condizente com a dimensão dos novos problemas e conflitos gerados. Ou seja, fez-se necessário um novo modo de administração das cidades, por meio da ordenação, planejamento e gestão do território urbano. Surgiu, assim, o Urbanismo[1] e, posteriormente, o Direito Urbanístico, como ramo do Direito Público, oriundo do Direito Constitucional e Administrativo.

[1] Inicialmente, quando do surgimento no século XIX até meados da década de 30 do século XX, o Urbanismo preocupava-se com o embelezamento e com os melhoramentos da cidade,.Posteriormente, até a década de 80 do século XX, o Urbanismo foi considerado como a área do conhecimento formada pelo conjunto de técnicas de intervenção estatal no espaço da cidade para fins, tão somente funcionais, de organização física- territorial.

O Direito Urbanístico pode ser definido, então, como parte da ciência do Direito Público que estuda, delimita e sistematiza, por meio de princípios, diretrizes e normas jurídicas, a política urbana[2]. O desenvolvimento do Direito Urbanístico no Brasil acentuou-se a partir do tratamento constitucional da matéria, com a reserva de capítulo específico[3], do Estatuto da Cidade[4] e da Lei que instituiu o *Programa Minha Casa, Minha Vida*[5]

A evolução das cidades modificou o antigo planejamento e gestão do espaço urbano, antes limitado à mera divisão territorial, incluindo na sua pauta o cumprimento das funções sociais[6]. Além disso, a elevação do princípio da função social da propriedade a direito fundamental[7], demandou do administrador público um novo olhar, um novo pensar voltado à cidade e à função especifica que cada propriedade, aqui incluída a propriedade pública e privada, irá desempenhar no espaço urbano.

É bom lembrar que, embora se afirme que a transformação das cidades demande uma nova postura do administrador público, não se está diante de novidade intrínseca. Em realidade se trata apenas de uma nova roupagem, dirigida ao tratamento das cidades, dada o atendimento da finalidade pública e do interesse público, indissociáveis da ação da Administração Pública. Assim que, seja no campo do Urbanismo, que representa as técnicas de ordenação do território, seja na política urbana, como o conjunto de ações executivas de ordenação do território, ou no campo do Direito Urbanístico, que sistematiza de modo jurídico a política urbana, a direção a ser seguida é a do interesse público. Esse entendido como o *resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem.*[8]

Ainda para auxiliar na compreensão da intersecção do Urbanismo, da política urbana e do Direito Urbanístico deve ser dito que, na contemporaneidade, se trabalha com a noção urbano-ambiental, não mais alijando a consideração da interferência do meio ambiente natural no urbano e vice-versa.[9]

---

[2] Ramo do direito público que tem por objetivo expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da ordenação do território, cujo objeto consiste em estabelecer um conhecimento sistematizado dessa realidade jurídica, de acordo com a definição de José Afonso da Silva, na obra *Direito Urbanístico Brasileiro*,2010, página 38.

[3] Artigo 182 e seguintes da Constituição Federal,

[4] Lei Federal n. 10.257, de 5-7-2001.

[5] Lei Federal n. 11.977, de 7-7-2009.Essa lei, embora tenha instituído programa político de governo, introduziu, como antecipação à nova lei de responsabilidade territorial que se espera seja em breve aprovada, os institutos da legitimação da posse e da demarcação urbanística. Esses instrumentos dão outra conotação a importante questão da regularização fundiária.

[6] *Artigo 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei,tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

(...)

[7] O principio da função social da propriedade está inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1934, não sendo novidade, portanto. A abordagem atual, como direito fundamental, juntamente com o direito de propriedade em si mesmo, artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal, é que modificou o entendimento doutrinário, até então contaminado pela visão civilista e privatista da propriedade.

[8] BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 2010, página 32.

[9] Ver sobre o tema, de modo mais aprofundado, PRESTES, Vanesca Buzelato (org.). *Temas*

Curioso, ainda, é a multidisciplinaridade de atores na execução da política urbana. Essa característica aperfeiçoa o trato das questões propostas, sempre dentro do marco constitucional e jurídico posto pelo ordenamento.

> "A doutrina é unânime na afirmação de que esta nova ciência assume uma natureza eminentemente multidisciplinar. De facto, a mutiplicidade e a profundidade dos problemas urbanos não podem ser abarcadas por uma única disciplina ou por um só ramo específico".[10]

Por outro lado, esse procedimento multidisciplinar pode gerar a equivocada compreensão de conceitos, de idéias e de fundamentos, seja no Urbanismo, na execução da política urbana ou no Direito Urbanístico mesmo. O papel dos operadores do Direito no âmbito da política urbana é verificar a legitimidade, a legalidade e o atendimento ao interesse público, assim como a observâncias das diretrizes, princípios e normas jurídicas urbanísticas.

A idéia deste trabalho surgiu do cotidiano administrativo onde, muitas vezes, por mais inusitado que possa parecer, há dificuldades na demonstração do óbvio. Ou seja, na demonstração de que se a flexibilização de normas jurídicas é possível, seu uso é restrito e condicionado, ademais quando, o interesse público deve pautar a orientação e atuação administrativa.

A partir desse cenário o que se pretende, com o presente trabalho, é discutir o interesse público urbanístico e a possibilidade de flexibilização de normas urbanísticas, bem como as conseqüências daí decorrentes.

No plano empírico a equivocada interpretação dos princípios, diretrizes e normas jurídicas que incidem sobre a política urbana pode levar a efeitos inimagináveis. Os infortúnios ocorridos na Serra do Estado do Rio de Janeiro, os efeitos do *Tsunami* e o terremoto ocorridos no Japão e enxurrada na cidade de São Lourenço, no Rio Grande do Sul, apenas para citar três catástrofes ocorridas no recém chegado ano de 2011, demandam um novo eixo de reflexão sobre a inter-relação entre o meio natural e urbano. A propósito, até bem pouco tempo, a discussão urbano- ambiental possuía uma direção única partindo, especialmente, da análise dos impactos causados pela inserção do homem do meio ambiente natural. Essa nova abordagem científica deve considerar também os impactos do meio ambiente natural sobre o meio urbano, tal como ocorreu nos três casos acima citados,em fenômenos com prejuízos e efeitos urbano-ambientais jamais vistos. Tal como se pretende demonstrar, as catástrofes seriam imputadas somente às mudanças climáticas. Entretanto, entende-se aqui que a correta aplicação das normas urbanísticas, bem como a adoção de medidas administrativas para evitar irregularidades urbanísticas, evitariam, e muito, as conseqüências urbano-ambientais, hoje somente imputadas aos fatores da natureza.

2. Os princípios jurídicos, as diretrizes gerais de política urbana e as normas urbanísticas:

Se por um lado a dinâmica das cidades demanda normas jurídicas com características peculiares, modernamente introduzidas no ordenamento jurídico

---

de Direito Urbano-Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

[10] CORREIA, Fernando Alves. *Direito urbanístico*, Coimbra, 2001, p.39.

na forma de normas estratégicas, mais abertas, permitindo o ajuste no caso concreto, isso não autoriza a flexibilização das normas urbanísticas, de modo a desconsiderá-las.

Para compreender isso, faz-se necessário referir a natureza jurídica das diretrizes gerais e sua interface com os princípios jurídicos dado que no contexto brasileiro as diretrizes gerais de planejamento urbano foram explicitadas por meio da Lei Federal nº 10.257[11], de 10-7-200. Esse marco legal passou a exigir do administrador público municipal, executor dessa política urbano-ambiental, ações administrativas condizentes com as diretrizes vinculativas postas pelo artigo 2º. Essas diretrizes gerais e princípios jurídicos *são valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado*[12]. Por isso, seguindo essa linha de raciocínio, no mundo contemporâneo, os princípios jurídicos ganharam força na aplicação e interpretação das normas jurídicas. A teoria dos princípios[13] ou a denominada doutrina do

---

[11] *Art. 2º- A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:*
I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia,ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos,ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
(...)
IV - planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
V - oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos
interesses e necessidades da população e às características locais;
VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
f) a deterioração das áreas urbanizadas;
g) a poluição e a degradação ambiental;
(...)
VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
(...)
XI - recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;
(...)

[12] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1. Ed. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 1994, p. 23.

[13] ALEXY.Robert; *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid:Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1993.
AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* , Malheiros, 9ª. ed, 2009.
BARROSO,Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Saraiva, 2001.
_____**.***O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira***,** Rio de Janeiro: Renovar; 9ª ed.: 2009.

neoconstitucionalismo jurídico[14], aqui referida por analogia, enfatizam a aplicação e interpretação sistemática e conjuntural das normas jurídicas. E nesse esse diapasão, no que tange à política urbana brasileira, há o compulsório direcionamento e vinculação da conduta do administrador público, exigindo-lhe não só a elaboração, mas a execução efetiva, eficiente e eficaz da política pública de planejamento e gestão da cidade:

> "Assim, as diretrizes principiológicas do artigo 2º do Estatuto da Cidade, dada a sua natureza, atuam como condicionantes inarredáveis dessa política pública (E qual a repercussão prática no campo do Direito, dessas afirmações de princípio? São três: por um lado, possibilitar a sanção jurídica da inércia do Poder Público (omissão em ordenar o emprego do solo e proteger o patrimônio coletivo); por outro, fornecer parâmetros normativos para controle das orientações seguidas pela política urbana, com isso viabilizando a invalidação das normas e atos a eles contrários; ainda, permitir o bloqueio dos comportamentos privados que agridam o equilíbrio urbano-ambiental."[15]

Deve ser lembrado também que a propriedade não mais possui um fim nela mesma e que o proprietário passa a ser encarado como um meio para cumprir uma função social[16], mesmo que a propriedade deva responder a uma necessidade econômica[17].Sendo assim, a função social da propriedade implica em transformação destinada a incidir diretamente sobre o fundamento dos direitos dos proprietários e especificamente no conteúdo desse direito. O direito de propriedade exige, portanto, uma nova concepção não apenas do proprietário do imóvel, mas do administrador público no cumprimento do plano diretor[18].

Na atualidade a amplitude do exercício do direito de propriedade ainda suscita discussões, não obstante a clareza do disposto pelo artigo 182, parágrafo 2º da Constituição Federal. Entretanto, a imposição constitucional determina que a propriedade urbana cumpra sua função social, atendendo as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelos planos

---

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 2ª edição, trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo:Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[14] POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*, São Paulo: Landy, 2010.

[15] DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio (Orgs.) *Estatuto da Cidade.* São Paulo: Malheiros, 2006, página 36.

[16] COLLADO, Pedro Escribano. *La propriedad privada urbana: encuadramiento y regimen.* Madrid: Montecorvo, 1979.

DIREITO, Carlos Menezes (Org.). *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[17] LEAL, Rogério Gesta. *A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, página 50.

[18] *Artigo 182*

(...)

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

diretores. Daí a importância do entendimento da natureza das normas jurídicas urbanísticas e da função social da cidade e da propriedade.

2.1 Natureza das normas urbanísticas.

Aliado ao fato de o Direito Urbanístico ser pautado por princípios e diretrizes de política urbana, as normas urbanísticas apresentam peculiaridades que as diferenciam das demais. Isso decorre da transformação do espaço da cidade. A rapidez de transformação da cidade requer um planejamento e uma gestão em uma dimensão real, absolutamente distinta do que ocorre nos demais ramos do Direito.

A cidade que adormece não é a mesma que amanhece e isso justifica não apenas a rapidez da transformação do espaço urbano, mas a incidência direta e imediata sobre a realidade urbana com normas jurídicas também dinâmicas. Ou seja, normas urbanísticas suficientes para acompanhar essa alteração rápida da realidade da cidade. Caso contrário restaria comprometido o ordenamento jurídico urbanístico[19]. Note-se que a maioria delas são elaboradas na forma de conceituação aberta, muitas vezes até indeterminada, o que já denota uma característica distinta, justamente para possibilitar essa evolução e acompanhamento dessa dinâmica de transformação do espaço urbano. O próprio Plano Diretor das cidades, instrumento básico, mas não único de política urbana, traduz essa peculiaridade no sentido que de se constitui em uma carta de intenções que visa a transformar a cidade real naquela cidade desejada. Como conseqüência, o resultado dessas *intenções* serão percebidas não de modo imediato, mas a médio e longo prazo. O que poderia constituir, em princípio, um contra-senso, na dinâmica exigida em contraposição à lentidão de transformação da cidade em decorrência dos planos, apenas confirma essa característica particular das normas urbanísticas.

Esse caráter peculiar, muitas vezes, pode levar, e leva, a interpretações equivocadas do regramento urbanístico, com aplicações concretas equivocadas e irreversíveis ao meio urbano. Se por um lado a dinâmica da cidade demanda um olhar especifico, exige também a contextualização sob o prisma da análise sistematizada e com cautela.

Mas o mais importante, ao nosso juízo, é que a interpretação das normas urbanísticas, a par das considerações tecidas acima, demande do intérprete a consideração de que se está tratando de área do conhecimento inserida no Direito Público. Nesse sentido, como dito, o Direito Urbanístico origina-se do Direito Constitucional e Administrativo e está diretamente relacionado com o Direito Ambiental.

Por conseqüência isso significa dizer as normas de Direito Público são exigíveis de plano. Esse tipo de norma pode ser classificado como norma de ordem pública na medida em que regula e impõe, imediatamente, um modo de agir determinado, na proteção de direito difuso, *conformando, por outro lado, a*

[19] Essa peculiaridade das normas urbanísticas é traduzida por José Afonso da Silva, na obra *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2010, p. 62, como princípio jurídico. Para o renomado Autor a dinâmica específica das normas urbanísticas deve ser entendida como o princípio da coesão dinâmica das normas.

conduta e a propriedade individual aos seus ditames.[20] Como normas de ordem pública que são, as normas urbanísticas possuem força cogente, ou seja, são impositivas. Por conseqüência, não são transacionáveis e, portanto, são indisponíveis[21]. Se assim não fosse por força de interpretação sistematizada, há imposição legal que reforça a natureza das normas urbanísticas, uma vez que o parágrafo único do artigo 1º. do Estatuto da Cidade estabelece serem de ordem pública e de interesse social. A ementa abaixo, de acórdão proferido no ano de 2004 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ilustra o que aqui se explica:

> "APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CANCELAMENTO DE LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO, EM VIRTUDE DA EDIÇÃO DE NOVO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE GRAMADO. Não há que se falar em direito adquirido se, decorrido o lapso temporal estatuído no novo Plano Diretor para regularização da obra, esta permanece em fase anterior à conclusão de suas fundações. Incidência das normas de Direito Urbanístico, de fonte constitucional, umbilicalmente vinculada a interesse de natureza pública indisponível, que gozam de supremacia frente ao interesse dos administrados, especialmente quando não demonstrada a existência de direito líquido e certo pelo impetrante. Reconhecida a irregularidade no procedimento administrativo de cancelamento da obra sob comento, com violação de garantias processuais constitucionais vigentes, deve ser anulado, tão-somente, o ato administrativo que cancelou o projeto edilício sob comento e revogou a licença para construir, mantendo-se hígida a ordem de suspensão da obra. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO."[22]

Em situação concreta distinta, mas evidenciando o mesmo raciocínio a respeito de qual o bem protegido pelo Direito Urbanístico, a recente decisão do mesmo Tribunal:

> "AÇÃO DEMOLITÓRIA E DIREITO À MORADIA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR REALIZADA EM ÁREA VERDE. POSSIBILIDADE DE DEMOLIÇÃO. REALOJAMENTO DO EDIFICADOR DA OBRA IRREGULAR. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ADMINISTRATIVA OU LEGAL PARA A HIPÓTESE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. É sabido que o direito à moradia não é absoluto, estando ele devidamente vinculado ao bem de toda coletividade, e não apenas ao cidadão de forma isolada. Tendo em vista não ocorrer previsão administrativa ou legal regulamentando ou contemplando o direito à moradia, pode o município efetuar a demolição de edificação erguida em área verde, até mesmo em respeito ao interesse público, à coletividade e ao meio ambiente. APELAÇÃO PROVIDA. UNÂNIME." [23]

---

[20] SILVA. José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2006, p. 62.

[21] Apenas para lembrar no âmago da questão está a indisponibilidade e a supremacia do interesse público, princípios jurídicos aplicados ao Direito Administrativo.

[22] TJRS, apelação e reexame necessário Nº 70005663802, Primeira Câmara Especial Cível, relator Des. Rogério Gesta Leal, julgado em 27-4-2004.

[23] TJRS, apelação cível nº 70036278703, 21ª. Câmara Cível, relator Des.Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 02-6-2010)

Aliás, esse entendimento jurisprudencial não é novidade, citando-se a decisão do Supremo Tribunal Federal:

> "Direito de construir. Mera faculdade do proprietário, cujo exercício depende de autorização do estado. Inexistência de direito adquirido a edificação anteriormente licenciada -- mas nem sequer iniciada --, se supervenientemente foram editadas regras novas, de ordem pública, alterando o gabarito para construção no local. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido."[24]

Naturalmente, se em razão da situação do Direito Urbanístico, inserido no ramo do Direito Público com as características decorrentes dessa classificação, o norte da interpretação, repita-se, é o interesse público e os princípios setoriais de política urbana, especialmente os da função social da cidade e da propriedade, tal como decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado e como considerado acima.

Assim que a flexibilização das normas jurídicas urbanísticas demanda cautela e pressupõe o entendimento da natureza principiológica da política urbana, bem como dessa natureza peculiar das regras urbanísticas.Desconsiderados tais pressupostos, à escusa de flexibilização, estar-se-ia sim afastando a incidência de qualquer regramento jurídico em detrimento da supremacia do interesse público.

3. A flexibilização de normas urbanísticas.

De plano se pode afirmar que a flexibilização de normas jurídicas urbanísticas não está no catálogo de princípios setoriais elaborado pela professora Rosangela Cavalazzi[25]. Segundo a ilustre jurista, são princípios do Direito Urbanístico a função social da propriedade pública e privada; a função pública do urbanismo; a remissão ao Plano Diretor; o princípio da eqüidade, a partir do qual derivam outros dois: o da afetação das mais-valias do custo da urbanização e a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da atuação urbanística; a gestão democrática da cidade;a proteção ao meio ambiente; a sustentabilidade das cidades; a primazia do espaço público; a paisagem como patrimônio público; o principio da precaução e o principio da proibição de retrocesso.

A flexibilização de normas urbanísticas não está vedada por isso, mas deverá ser compreendida, a partir da natureza dos princípios, diretrizes e normas jurídicas vistas acima, sempre tendo por orientação a finalidade e o interesse público.

Portanto, aqui não se advoga o banimento da flexibilização de normas urbanísticas do ordenamento jurídico. Isso seria um contra-senso. Todavia, o que pretende é chamar a atenção no cotidiano de trabalho junto os temas

---

[24] STJ, AI 135464 AgR, relator(a) Min. ILMAR GALVÃO, 1ª. Turma, julgado em 05-5-1992, DJ 22-05-1992 PP-07217 EMENT VOL-01662-02 PP-00453 RTJ VOL-00142-01 PP-00358.

[25] CAVALAZZI, Rosangela. *O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade.* In Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi, orgs. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

urbano-ambientais, quer seja em questões administrativas, jurídicas ou na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, por exemplo, é que muitas vezes, à guisa de solução de situação concreta, afastam-se as regras e princípios urbanísticos, priorizando-se o interesse privado, em total descompasso com a finalidade primeira da política urbana. Isso, se acredita, decorre não por intenção deliberada, mas da equivocada compreensão e aplicação da flexibilização de normas jurídicas urbanísticas.

Flexibilizar significa tornar maleável. Flexibilizar normas significa ajustá-la, de modo maleável, ao caso concreto. E isso não é novidade no âmbito jurídico, tratando-se de método de interpretação sistematizada. Todavia, flexibilizar não significa afastar a norma teórica e os princípios setoriais para solução de um caso concreto.Essa é a questão!

Toda flexibilização está ligada a um sistema setorial de diretrizes, princípios e regras. Se assim não fosse, estar-se-ia diante da substituição do legislador, que no Estado Democrático de Direito, representa a sociedade, pelo entendimento subjetivo do aplicador da norma urbanística no caso concreto.

Na esteira do método de interpretação sistemática, necessário lembrar a natureza e as funções do Estado Democrático de Direito apenas para considerar que o Estado é fruto do pacto social, onde a Democracia pode ser exercida de modo direto ou representativo.Se esses métodos de participação podem sofrer críticas, representam o melhor que a sociedade ocidental conhece no que se refere à prática da Democracia

Como explicitação da Democracia participativa, no campo da política urbana e do Direito Urbanístico, há a diretriz expressa da gestão democrática da cidade que exige a participação direta da sociedade nos rumos do planejamento e gestão urbana.Veja-se o entendimento do Poder Judiciário sobre o tema:

> "Ação popular - Aprovação e licenciamento pelo município de Osório de edificação de nove andares a beira-mar em pacato balneário.Laudo pericial conclusivo no sentido da inexistência de dano concreto ou potencial ao ambiente. Solução da lide que não passa exclusivamente pelo respeito ao direito à propriedade, ao princípio da reserva e a ausência de dano ambiental - situação em que o interesse público se sobrepõe ao particular. A inexistência de plano diretor determina a adoção de maiores cuidados na liberação de construções não convencionais pela ausência de manifestação dos munícipes. A obra não pode ser examinada isoladamente e liberada tão-somente por não haver dano ambiental, sob pena de proliferação de edifícios da mesma envergadura prejudicando os moradores que continuariam sem ser ouvidos. Redimensionamento da verba honorária. Desprovido o apelo da empresa. Provido em parte o do município. Voto vencido."[26]

Também pode ser citado:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade - lei municipal nº 1.635/2001 de Guaíba que altera o art. 55 da lei municipal nº 1.102/92 (plano diretor). Ordenamento urbano local. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território. Falta de

[26] TJRS, apelação cível nº 70012904207, 4ª. Câmara Cível, relator Des. João Carlos Branco Cardoso, julgado em 19-4-2006.

> ampla divulgação e da devida publicidade. Risco de prejuízos irreparáveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população pela não concretização do prévio estudo de impacto ambiental para viabilizar a alteração prevista na lei impugnada. Afronta aos artigos 1º, 8º, 19, 177, § 5º e 251 da Constituição Estadual e artigos 29, inciso XII e 37 "caput" da Constituição Federal. Ação julgada procedente." [27]

Ainda, em decisão recente:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. LIMINAR CONCEDIDA. Suspensão da Lei Municipal nº 4.195/08, do município de Torres. Regularização de obras e edificações realizadas em desacordo com o Plano Diretor Municipal. Falta de participação das entidades comunitárias no processo legislativo. Possível vício formal na lei. Art. 177, § 5º, CE. Demolição ou adequação de obras irregulares. Danos de incerta ou difícil reparação. Periculum in mora e fumus boni iuris configurados a autorizar a concessão de liminar. Suspensão dos efeitos da lei impugnada. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. UNÂNIME." [28]

De forma que, por meio dos exemplos acima referidos, se demonstra que toda a política urbana está, naturalmente, voltada ao coletivo, ao social, a partir da constatação de que a cidade é o cenário da vida de todos e por isso caracterizasse como interesse difuso.

A maioria da população vive em cidades e a política urbana incide direta ou indiretamente na esfera privada da população urbana. Não foi por outro motivo que a Lei Federal n**.** 7.347, de 24-7-85, foi alterada[29] para incluir a defesa da ordem urbanística como direito difuso a ser protegido por meio de ação civil pública.. Assim que o hipotético uso da flexibilização de normas no direito urbanístico somente tem sentido se compreendida a partir desse contexto.

A flexibilização, como dito, não é conceito alheio à ciência do Direito. Na área do Direito do Trabalho, por exemplo, a flexibilização de normas é principio norteador no sentido da proteção do trabalhador, objeto primeiro daquela área do Direito. Exemplo teórico de flexibilização, nesse âmbito, seria a prevalência de regra de predominância de convenção coletiva sobre a lei. Como visto, mesmo nesse contexto, a flexibilização está condicionada aos princípios setoriais do Direito trabalhista.

O mesmo ocorre no campo do Direito Urbanístico. Eventual flexibilização sempre decorrerá de interpretação sistematizada. Acrescente-se que, a flexibilização no campo do Direito Urbanístico deverá decorrer de comando legal que autorize o órgão técnico de planejamento, por exemplo, a adotar a solução técnica mais adequada para o caso concreto. Todavia, solução técnica essa que jamais estará desconectada dos princípios e diretrizes gerais de policia urbana.

---

[27] TJRS, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70008224669, Tribunal Pleno, relator Des. João Carlos Branco Cardoso, julgado em 18-10-2004.

[28] TJRS, Agravo Regimental nº 70034631754, Tribunal Pleno, relator Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 04-10-2010.

[29] Redação dada pelo artigo 54 da Lei Federal n. 10.257, de 5-7-2001, Estatuto da Cidade.

> "Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito (...) cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental."[30]

A peculiaridade é que no Direito Urbanístico, entende-se, a flexibilização sempre estará vinculada a um comando ou autorização legal. Isso porque a lei é o elemento normativo decorre de legitima produção legislativa, dentro do Estado Democrático de Direito. Esse *cheque em branco* deve estar assinado pelo legislador, não podendo ser emitido senão por decorrência de lei. Pensar de modo contrário, seja em solução de caso concreto na esfera administrativa ou por meio de Termos de Ajustamento de Conduta firmados pela Administração Pública ou com a Administração Pública, seria retirar do processo democrático e das esferas de participação da sociedade a decisão sobre os rumos da cidade. Isso seria entregar ao técnico, de modo subjetivo, a decisão que melhor se ajustaria, segundo entendimento individual, ao caso concreto, afastando princípios, diretrizes e normas urbanísticas.

A flexibilização de normas urbanísticas não decorrerá, portanto, de situação circunstancial, mas como dito, de autorização legal. Mais que isso sua inserção no ordenamento jurídico não ocorre de forma isolada, mas de decisão do legislador. Logicamente, toda a aplicação de modo flexibilizado está atrelado, umbilicalmente, aos princípios, diretrizes e normas jurídicas:

> "Porque as normas devem ser entendidas dentro do sistema jurídico a que pertencem. Somente a partir da noção de sistema jurídico é possível dimensionar o bem que se pretende tutelar. Daí que a leitura de dispositivo normativo de forma isolada e dissociada dos demais dispositivos da lei, ignorando os princípios gerais do Direito, sem atentar para os critérios de unicidade, coerência e completude, não tem amparo nas figuras mais basilares do ordenamento jurídico positivo."[31]

Assim que, quando os Planos Diretores delegam aos Conselhos e Comissões Municipais a tomada de decisão técnica peculiar ao caso concreto, exige dessas instâncias a solução conectada ao restante das estratégias e diretrizes de política urbana. Não confere a esses órgãos a decisão subjetiva que esteja desconectada a finalidade e do interesse público.

O relato que segue ilustra esse entendimento.

O Plano Diretor de Porto Alegre está estruturado sob a forma de estratégias e diretrizes de modo que todos os órgãos de planejamento e gestão da cidade, na concretização da política urbana, estão vinculados ao atendimento do que o legislador entendeu ser o melhor para a cidade. Como dito, entender de modo diverso seria entregar à subjetividade, a decisão dos rumos da cidade. Esse foi o entendimento da Procuradoria de Urbanismo,

---

[30] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 47 e 56.

[31] Parecer n. 1065/2003, de lavra da procuradora do Município de Porto Alegre,Ana Luísa Soares de Carvalho .

Meio Ambiente e Regularização Fundiária do Município de Porto Alegre, exarado por meio de parecer coletivo, no ano de 2003, cuja ementa segue abaixo:

> "A moldura legal do Projeto Especial. Análise da incidência do regime de volumetria. Impossibilidade de alteração de altura em edificação em contradição com a previsão contida no Plano Diretor. Possibilidade de ajustes prevista, apenas, para Projetos Especiais. Aplicação do parágrafo 2º, inciso I, do art. 57, da Lei Complementar nº 434/99.
> Qualquer alteração ao disposto no Plano Diretor deve ser por lei e, não, parecer ou resolução de Comissão ou Conselho. Precedentes em Pareceres da PGM – nº 878/1995 e 1065/2003".

Neste caso relatado, o que a legislação permitiu à flexibilização foram *ajustes* de projetos, no caso de Projetos Especiais, mas não a autorização a guisa de ajustes, de mais de 9 metros na altura da edificação! Além dessa situação, equivocadamente autorizada pela Comissão Municipal respectiva, não constituir *ajuste*, mas alteração não autorizada pelo acréscimo de 3 andares ao projeto original de edificação, a alteração do projeto destoaria de toda a ambiência e zoneamento previsto para o local de situação do imóvel. Daí o entendimento esboçado, no sentido de determinar o desfazimento do ato administrativo, ajustando-a aos ditames principiológicos e normativos de condução do planejamento da cidade. Com o sucinto relato deste caso, verifica-se que a equivocada aplicação da flexibilização das normas pode levar à situação de descontrole da política urbana, na medida em que haveria a substituição da legislação por decisões administrativas não pautadas pelo atendimento do interesse público.

3.1. Flexibilização e desregulamentação:

Na linha de raciocínio acima, basta referir que se o planejamento da cidade foi elaborado por meio de normas urbanísticas, no caso de Porto Alegre, de modo estratégico, isso significa dizer que a comunidade interessada já participou dos modos de planejamento da cidade, na forma prevista no instrumento básico de política urbana, que é o Plano Diretor. A participação na elaboração de legislação urbanística não exclui novas e constantes participações da comunidade, sob os modos previstos, na gestão democrática da cidade.

Permitir de modo equivocado ou indiscriminado a flexibilização das normas urbanísticas, *data venia*, constituiria uma instância *normativa* não prevista no sistema jurídico brasileiro. Mais, seria desconsiderar e sobrepor-se às decisões da comunidade, plasmadas por meio de lei, retirando não apenas a legitimidade do processo de planejamento e gestão da cidade, mas transfigurando o interesse público. Com resultado disso há uma desregulamentação jurídica, constituindo um retrocesso no processo de legitimidade no processo de gestão democrática da cidade.

Tereza Lontra Nacif[32], na sua tese de doutorado, pesquisou os efeitos da má aplicação da flexibilização de normas urbanísticas na organização administrativa da Secretaria de Planejamento da Cidade do Rio de Janeiro. Ficou ali constatado que ocorreu foi o esvaziamento das instâncias de gestão democrática da cidade, que é diretriz geral de política urbana plasmada no artigo 2º do Estatuto da Cidade.

Somente o equivocado entendimento da flexibilização das normas jurídicas justificaria situações comumente existentes, embora não admitidas pelo ordenamento jurídico. Pode-se citar a recente permissão de ocupação de encostas e topos de morros, das beiras de lagos e rios, que são áreas de proteção ambiental permanente. Não fosse o cenário das cidades brasileiras a evidenciar essa realidade, os infortúnios citados no início do trabalho, podem ser imputados, ao menos em parcela, à equivocada aplicação da legislação urbanística, mas precisamente à flexibilização das normas jurídicas.

Flexibilizar normas urbanísticas vai além da sua equivocada aplicação no caso concreto, na maioria das vezes com prioridade ao interesse privado. Significa, além disso, ajustar de modo ilegítimo a norma ao interesse particular. Além de tudo, flexibilizar normas urbanísticas significa deixar de cumprir o dever de polícia administrativa ínsito do Poder Público, na fiscalização de ocupações irregulares, nas construções junto às áreas de proteção permanente em topos de morros ou em beira de rios e lagos, por exemplo. Flexibilizar normas é não observar os termos da legislação pertinente ou tornar efetivas as proibições de ocupação de área de risco. Em realidade a flexibilização de normas constitui, sob as diversas formas, uma desregulamentação das normas, no sentido de o administrador publico substituir o cidadão, na participação, e o legislador, na produção de normas jurídicas

A flexibilização de normas urbanísticas leva a outra situação não tolerada pelo Direito Urbanístico que é a consideração do fato irregular consumado como se direito adquirido fosse. É aqui que se percebe o maior afastamento entre a teoria urbanística e a prática das administrações municipais, onde se executa a política urbana[33].O fato consumado somente terá a proteção do Direito Urbanístico em algumas situações excepcionais, como é o conceito legal de situação consolidada, em se tratando de regularização fundiária[34].

Como visto, é preciso, ainda, muitas reflexões sobre a cidade como objeto da ciência do Direito. Mais que isso, necessário que o enfoque multidisciplinar do tema sirva somente para agregar e qualificar o tratamento da cidade, nosso cenário da vida. Mais que isso, urge capacitar todos esses atores do processo de execução de política urbana, orientados pelo cumprimento do interesse e da finalidade pública.

---

[32] *Legislação urbana, política, conflitos e implicações espaciais na cidade do Rio de Janeiro (1993-2004).* Programa de pós-graduação em Geografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

[33] Artigo 182 da Constituição Federal.

[34] A Lei Federal n. 11.977, de 7-7-2009 estabeleceu o conceito legal de situação consolidada para fins de regularização fundiária. Aqui a própria lei já determinou a flexibilização a fim de possibilitar e concretizar a regularização de situação de ocupação irregular. Isso porque sem a consideração da consolidação, nos termos do conceito legal, não seria possível a regularização fundiária.Aqui sim, há a autorização legal para a flexibilização no sentido do intuito da lei.

Considerações finais:

A flexibilização de normas jurídicas urbanísticas deve ocorrer de modo excepcional e sempre conectada a comando legal ou às diretrizes e princípios jurídicos urbanísticos.

Caso se pudesse entender de modo contrário, estar-se-ia conferindo ao administrador ou ao técnico público decisão subjetiva, alijada a decisão eleita pelo legislador como legítimo representante da coletividade.

Ademais, qualquer flexibilização deve estar voltada única e exclusivamente ao interesse público, ante a supremacia deste ante ao interesse privado.

Além disso, a propriedade privada somente é protegida pelo Direito enquanto possua uma função social, explicitada pelo plano diretor, o que é simples decorrência da natureza desse direito e também da primazia do interesse público que, no caso da política urbana está traduzido na sustentabilidade da cidade e na qualidade de vida aos seus habitantes o que, em princípio, não é compatível com a proposta da flexibilização de normas jurídicas.

Referências:

ALEXY.Robert; ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madrid:Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1993.

AVILA, Humberto. ***Teoria dos princípios*** , Malheiros, 9ª. ed, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Saraiva, 2001.

_____.***O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*****,** Rio de Janeiro: Renovar; 9ª ed.: 2009.

BRASIL. Constituição (1988), de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Constituinte, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da CF. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de julho de 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. ***Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito***. 2ª Edição, trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVALAZZI, Rosangela. ***O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade***. In Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi, orgs. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

COLLADO, Pedro Escribano. ***La propriedad privada urbana: encuadramiento y regimen*****.** Madrid: Montecorvo, 1979.

CORREIA, Fernando Alves. ***Manual de Direito do Urbanismo*****.** Coimbra: Almedina, 2001.

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio (Orgs.) ***Estatuto da Cidade***. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIREITO, Carlos Menezes (Org.). ***Contornos Constitucionais da Propriedade Privada***. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DWORKIN, Ronald. ***O império do direito***. São Paulo:Martins Fontes, 1999.
_____. ***Levando os direitos a serio***. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
FREITAS, Juarez. ***A interpretação sistemática do Direito*.** São Paulo: Malheiros, 1995.
GRAU, Eros Roberto. ***Direito Urbano*.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
_____. ***A Ordem Econômica na Constituição de 1988***. São Paulo: Malheiros, 1998.
LEAL, Rogério Gesta. ***A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil***. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de.***Curso de Direito Administrativo***, Revista dos Tribunais, 2005, p.109;
NACIF, Teresa Lontra. ***Legislação urbana, política, conflitos e implicações espaciais na cidade do Rio de Janeiro (1993-2004)***. Programa de pós-graduação em Geografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.
PRESTES, Vanesca (org) ***Temas de Direito Urbano-Ambiental***, Belo Horizonte: Fórum, 2006.
POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. ***Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico,*** São Paulo: Landy, 2010.
SILVA, José Afonso. ***Direito Urbanístico Brasileiro***, São Paulo:Malheiros, 2010.
VIZZOTTO, Andrea; PRESTES Vanesca. ***Direito Urbanístico para concursos*.** Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2009.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS E O DIREITO URBANÍSTICO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, junho, julho, agosto, 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-30-AGO-2012-ANDREA-VIZZOTTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado