



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

João Vitor Linhares Cascaes

A Aplicação do Princípio da Proteção do Existente no Direito Urbanístico Brasileiro

Florianópolis
2023

João Vitor Linhares Cascaes

A Aplicação do Princípio da Proteção do Existente no Direito Urbanístico Brasileiro

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do título de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.

Florianópolis

2023

Cascaes, João Vitor Linhares
A Aplicação do Princípio da Proteção do Existente no Direito
Urbanístico Brasileiro / João Vitor Linhares Cascaes ;
orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2023.
190 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Urbanístico. 3. Direito de Construir.
4. Princípio da Proteção do Existente. 5. Segurança Jurídica. I.
Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

João Vitor Linhares Cascaes

A Aplicação do Princípio da Proteção do Existente no Direito Urbanístico Brasileiro

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Fábio Scopel Vanin, Dr.
Universidade de Caxias do Sul

Georges Louis Hage Humbert, Dr.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2023.

Este trabalho é dedicado à minha mãe Ana Maria e minhas irmãs Ana Flávia e Maria Eugênia, que são meu exemplo de conciliação entre força e amor.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha mãe, Ana Maria, por absolutamente todas as conquistas que tive na vida. Se não fosse o seu esforço sobre-humano para me proporcionar condições e oportunidades mil, jamais teria conseguido atingir tudo o que me foi possível conquistar. Às minhas irmãs, Maria Eugênia e Ana Flávia, agradeço os ensinamentos diários, não só pelas palavras coerentes que sempre proferem, mas também pelo modelo que são de postura e correção. Imperioso prestar homenagem ao meu pai Luiz Eugênio, que, apesar da imensa saudade que deixou e ainda deixa, legou-me também inúmeros exemplos. Tenho certeza de que me observa e ilumina meu caminho, sempre.

À família estendida, agradeço ao carinho e cuidado sempre conferidos, com palavras de amor e de luz desde jovem, propiciando-me um ambiente saudável e rico em exemplos. Em especial, cito meu saudoso avô, dr. Altair, amável com aqueles que lhe são próximos e grande inspiração intelectual para mim.

Nesse momento, passo às famílias que escolhi no decorrer da vida, meus amigos. Felizmente, a vida me foi bastante generosa nesse aspecto; logo, não conseguirei apontar nominalmente todos aqueles que me são caros, apesar de ter certeza que cada um deles sabe o sentimento que por eles nutro. Referencio o grupo de amigos apelidado de BBFC, meus irmãos do dia a dia que carrego há anos, bem como os amigos que a UFSC me deu, que com amor nos denominamos Bros.

Faço um agradecimento especial para a própria Universidade Federal de Santa Catarina. O universo único que existe dentro dessa instituição mostrou-me as mais variadas realidades, histórias de vida, experiências e conhecimentos, mudando por completo a minha visão de mundo e me propiciando um novo senso de justiça social.

Mais especificamente sobre o mestrado e a presente dissertação, agradeço ao meu orientador, prof. Pedro, por aceitar este desafio comigo. Dentro desse desafio, devo um agradecimento mais que especial para meu primo Felipe, que com seu vasto conhecimento no tema e sensibilidade foi capaz de me nortear nesta pesquisa. Por fim, agradeço as instituições por qual trabalhei, salientando principalmente a experiência no escritório de advocacia, bem como a Prefeitura Municipal de Palhoça, que muito se fez valiosa nesse trabalho ao melhorar minha compreensão acerca do funcionamento da Administração Pública municipal.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação, não só na esfera profissional, mas principalmente na esfera pessoal. Obrigado!

RESUMO

A presente dissertação analisa o princípio jus-urbanístico da proteção do existente, que tem origem em ordenamentos jurídicos europeus, e busca verificar a sua presença e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Sustentado em princípios gerais do direito, entre eles a segurança jurídica, o direito adquirido e o *tempus regit actum*, o princípio da proteção do existente informa que é juridicamente possível a preservação e manutenção física de construção e edificações que foram lícita e regularmente erigidas respeitando as normas legais urbanísticas em vigor ao tempo da construção, ainda que tais normas sejam posteriormente revogadas e alteradas. A fim de verificar a presença e aplicação do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico brasileiro o presente estudo analisou o que vem a ser o existente urbanístico e se ele realmente tem direitos, examinou normas urbanísticas federais e municipais atualmente em vigor, bem como decisões judiciais proferidas por Tribunais de Justiça, inclusive pelos Tribunais Superiores, concluindo que tal princípio é sim aplicado no país, ainda que não seja nominado e reconhecido exatamente deste forma (proteção do existente). O método de abordagem selecionado foi o dedutivo. A técnica adotada foi a bibliográfica.

Palavras-chave: Direito urbanístico. Direito de Construir. Princípio da proteção do existente. Segurança jurídica. Direito adquirido. *Tempus regit actum*.

ABSTRACT

This dissertation examines the urban legal principle of the protection of existing structures, originating from European legal systems, and seeks to ascertain its presence and application within the Brazilian legal framework. Anchored in general principles of law, including legal certainty, acquired rights, and *tempus regit actum*, the principle of protecting existing structures posits that it is legally feasible to preserve and physically maintain constructions and buildings that were lawfully and regularly erected in accordance with the urban legal norms in force at the time of construction, even if such norms are subsequently revoked and amended. In order to verify the presence and application of the principle of protecting existing structures within the Brazilian legal system, this study analyzed the concept of urban existing structures and whether they indeed possess legal rights, scrutinized current federal and municipal urban regulations, as well as judicial decisions rendered by Courts of Justice, including the Supreme Courts, ultimately concluding that such a principle is indeed applied in the country, albeit not expressly designated and recognized under this exact terminology (protection of existing structures).

Keywords: Urban Law. Right do Build. Principle of protection of existing structures. Legal certainty. Acquired Rights. *Tempus regit actum*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	Breve panorama sobre o Direito Urbanístico: o regime de controle de obras e construções	15
2.1	A Política Urbana inaugurada em 1988 no Brasil	15
2.2	O Papel dos Municípios	25
2.3	Estatuto da Cidade	36
2.4	O licenciamento urbanístico de obras e construções	45
3	Princípio da proteção do existente	59
3.1	O existente urbanístico tem direitos?	59
3.2	Origem, conceito e fundamentos do princípio da proteção do existente	66
3.3	O Estado de Direito e a segurança jurídica	70
3.3.1	O princípio do <i>tempus regit actum</i>	73
3.3.2	O princípio da proteção à confiança legítima	76
3.3.3	Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade	80
3.3.4	O direito adquirido	85
3.4	Aplicação do princípio da proteção do existente	90
3.4.1	A conservação das obras e construções existentes na sua atual função	95
3.4.1.1	<i>A proteção passiva do existente</i>	95
3.4.2	A alteração das obras e construções para melhoria das condições existentes	99
3.4.2.1	<i>A proteção ativa do existente</i>	99
3.4.2.2	<i>A proteção funcional do existente</i>	104
3.4.3	A reconstrução das obras e construções existentes e seus limites	106
3.4.4	A ampliação das obras e construções em áreas consolidadas e de reconstrução urbana	110
3.5	Críticas e contrariedades ao princípio da proteção do existente	115

4	O princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico e na jurisprudência nacional	124
4.1	A verificação do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico nacional	124
4.2	A identificação de regras de proteção do existente na legislação urbana municipal	134
4.2.1	A proteção passiva do existente	135
4.2.2	A proteção ativa do existente	138
4.2.3	A proteção funcional do existente	141
4.3	O princípio da proteção do existente na jurisprudência nacional	147
4.3.1	Análise de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina	148
4.3.2	Análise de julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região	159
4.3.3	Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça	164
4.4	Reconhecimento da importância da aplicação do princípio da proteção do existente	169
5	CONCLUSÃO.....	172
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	178

1 INTRODUÇÃO

Diante da atuação dentro da Administração Pública na esfera municipal, este subscritor percebeu que havia um imbróglio jurídico que ocorria de tempos em tempos, o qual suscitava questionamentos acerca da abordagem jurídica perante uma edificação que foi legalmente erigida e, após a superveniência de uma legislação urbanística (ou até ambiental) mais restritiva, o proprietário intentava promover reformas de melhoria ou ampliações e acabava confrontado com a impossibilidade de procedê-lo em razão da legislação vigente.

Em situações de maior caráter repressivo, havia ainda a lavratura de um auto de infração com a imposição de penalidades, dentre tantas, a de demolição. Isso ocorria pois no momento da fiscalização, a edificação que outrora foi legalmente erigida, estava sob a égide de uma legislação na qual não mais permitiria sua construção, e essa avaliação anacrônica resultava em uma autuação e no pedido de demolição desta edificação.

Observando estas situações jurídicas e a aparente incoerência que estas abordagens infligiam aos proprietários destas edificações, verificou-se a necessidade de buscar institutos jurídicos que tratassem do tema e se propusessem a apresentar racionalidade jurídica para solucionar (ou, ao menos, explicar) estes imbróglis avistados por meio de um método dedutivo de abordagem e uma técnica bibliográfica.

O estudo preliminar acerca da matéria demonstrou que outros ordenamentos jurídicos, especialmente europeus, já haviam instituído um princípio do direito urbanístico que trata do tema, o princípio da proteção do existente. Esse princípio originou-se no direito alemão e se desenvolveu em outros países europeus como Itália, França e, principalmente, no direito português, consolidando-se nos países em que foi aplicado.

Diante deste contexto, a presente pesquisa aspira observar se já se verifica, mesmo que indiretamente, a aplicação deste princípio no direito urbanístico brasileiro.

Para isso, pretende-se inicialmente entender como que aconteceu a organização dos centros urbanos no Brasil, passando pelo período de urbanização do país e suas primeiras medidas para ordenar essa urbanização em uma época onde não existiam grandes normativas referentes ao direito urbanístico.

Neste sentido, também será necessário apresentar quais são as normativas presentes no ordenamento jurídico do Brasil que promovem a regulamentação da atividade construtiva dentro do espaço urbano, dando enfoque inicial à Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade e seu papel no planejamento urbano do país. Da mesma forma, compreendendo que o

desenvolvimento urbano ocorre de maneira regionalizada e local, entender o papel que exerce os municípios e a legislação municipal na ordenação dos espaços habitáveis.

Seguindo esta mesma linha, uma vez compreendido o papel e relevância das legislações municipais que regulam a atividade de uso e ocupação do solo e suas métricas construtivas, far-se-á necessário demonstrar como ocorre o procedimento licenciatório das obras e construções para que a Administração Pública faculte ao munícipe o direito de construir licitamente.

Com isso, uma vez construídas licitamente as edificações sob o aval da Administração Pública, surge o questionamento se a edificação passa a obter um novo caráter jurídico, conferindo-lhe direitos e premissas que o lote não construído não possuía. Além disso, se até mesmo o proprietário não adquire uma nova gama de proteção legal à sua edificação. Uma vez propostos estes questionamentos e suas possíveis percepções, será possível seguir para a segunda etapa do trabalho.

A segunda etapa da presente pesquisa busca apresentar o princípio da proteção do existente, desde sua origem, conceituação e fundamentação jurídica que o suporta nos diferentes ordenamentos jurídicos, dando um enfoque principal a sua implementação e consolidação no direito português. Desta mesma forma, pretende-se conseguir primeiramente verificar sua aplicação indireta no ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, demonstrar a razão pela qual seria possível a sua absorção pelo ordenamento jurídico nacional, concebendo-o como um princípio próprio do direito urbanístico brasileiro.

Para atingir este objetivo, será necessário expor quais são os fundamentos e princípios sustentadores desse princípio em outros países e que são comungados pelo ordenamento jurídico pátrio, como princípios gerais do direito, em especial a segurança jurídica e o direito adquirido. Com base nesses já apresentados, aprofunda-se esta exposição na medida em que mostra que outros princípios gerais do direito atuam em um papel sustentador do princípio da proteção do existente, como o princípio do *tempus regit actum* (irretroatividade das leis), o princípio da proteção à confiança legítima e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Após tal apresentação, será necessário verificar de forma cabal como é a aplicação do princípio da proteção do existente como um princípio propriamente pertencente ao direito urbanístico, principalmente em locais onde o mesmo já é aplicado. Propõe-se enfoque especial

ao direito português, local onde é sabido sua aplicação e grande discussão doutrinária já existente sobre a temática.

Nesta mesma proporção, é importante que, além de compreendê-lo, seja aprofundado a aplicação do princípio da proteção do existente em sua extensão e amplitude, mais precisamente nas quatro diferentes facetas propostas por Cláudio Monteiro, que são: (i) a conservação das obras e construções existentes em sua atual função; (ii) a alteração das obras e construções para melhorias das condições existentes; (iii) a reconstrução das obras e construções existentes e seus limites; e (iv) a ampliação de obras e construções em áreas consolidadas e de reconstrução urbana.

Ainda neste momento do trabalho, é interessante considerar que a própria doutrina jurídica possui críticas e contrariedades ao princípio da proteção do existente, sejam elas mais brandas nas facetas menos expansivas da aplicação do princípio, ou mais críticas quando o princípio busca uma proteção mais extensiva. Desta forma, o trabalho também almeja apresentar quais são essas críticas e contrariedades quanto a aplicação do princípio da proteção do existente.

Uma vez compreendido o princípio da proteção do existente como um princípio do direito urbanístico e suas diferentes extensões, pretende-se adentrar a terceira e última etapa da pesquisa, que trata da verificação e aplicação do princípio da proteção do existente na legislação e na jurisprudência nacional.

Assim, inicia-se tal verificação por meio da observação de legislações urbanísticas da esfera federal, visando examinar se existem normativas que já indiquem no ordenamento uma contemplação dos valores que são defendidos pelo princípio da proteção do existente, visto que este não existe nominalmente no ordenamento jurídico nacional.

Da mesma forma, considerando que as legislações que tratam do ordenamento, uso e ocupação do espaço urbano são majoritariamente de nível municipal, se propõe a verificação de normativas que promovam a mesma defesa proposta pelo princípio da proteção do existente em sede de legislações municipais, escolhendo como forma exemplificativa o município de Florianópolis, local de onde se escreve o trabalho.

Por fim, o trabalho buscará examinar o princípio da proteção do existente na jurisprudência dos Tribunais de Justiça pátrios, verificando exemplos nos quais possa-se observar de qual maneira o judiciário tem (ou não) promovido a defesa do existente urbanístico em suas decisões. Dentre os Tribunais de Justiça dar-se-á preferência àqueles com jurisdição em Santa Catarina, como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Tribunal Regional Federal

da 4ª Região. Ainda, também será feita a mesma análise jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, notando qualquer entendimento que promova a defesa do existente urbanístico por meio de princípios gerais do direito brasileiro.

Ao final, o trabalho tentará conferir se há, de fato, uma evolução jurisprudencial e normativa sobre o tema, entendendo se o princípio da proteção do existente vem percebendo um reconhecimento no ordenamento jurídico nacional.

2 BREVE PANORAMA SOBRE O DIREITO URBANÍSTICO: O REGIME DE CONTROLE DE OBRAS E CONSTRUÇÕES

2.1 A POLÍTICA URBANA INAUGURADA EM 1988 NO BRASIL

Tomando como ponto de partida o movimento da reforma urbana no país, este se iniciou como uma reação ao processo de explosão urbana no Brasil, observando o declínio da qualidade de vida no meio urbano desencadeado pela urbanização abrupta.

Apontando brevemente fatores que antecederam e resultaram no surgimento do movimento de reforma urbana no Brasil, o processo de urbanização no Brasil teve início no começo do século XX e seu auge na década de 80, ocorrendo o movimento migratório das comunidades rurais aos centros urbanos.

Autores como JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 18) demonstram, com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹, que “o êxodo rural também foi sentido no Brasil, em seu tardio surto de industrialização”. Os dados apresentados pelo autor apontam que no ano de 1940, pouco mais de 31% da população vivia na cidade, enquanto 68% viviam no campo. Analisando esses mesmos dados no ano de 2000, o quadro transforma-se em um número de mais de 81% morando nas cidades, enquanto apenas pouco mais de 18% mantiveram-se no campo.

O resultado disto foi uma urbanização bastante desordenada, culminando na ocupação do espaço urbano sem condições básicas de convivência em grandes grupos. Por ter sido feito de forma espontânea, às pressas (e assim, não planejada), a ordenação urbana e social tornou-se urgência naquele contexto.

A composição livre no momento de exercer o direito privado, bem como o acúmulo de pessoas em ocupações irregulares, tomou uma proporção em que passou a ser incompatível com a saúde e a qualidade de vida nos centros urbanos. Assim, verdadeiro intensivo do estudo urbanístico deu-se em função do movimento espontâneo de pessoas saindo do campo para as cidades.

¹ Fonte: Tendências Demográficas: uma análise da população com base nos censos demográficos de 1940 e 2000. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2007. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/analise_populacao.pdf.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 27) explica que com os males da urbanização, o Estado viu-se impelido a propor soluções que melhorassem as condições de convivência das pessoas, afirmando que “a solução desses problemas obtém-se pela intervenção do Poder Público, que procura transformar o meio urbano e criar novas formas urbanas”.

Neste aspecto, é necessário ressaltar que o primeiro ponto que preocupou foi exatamente a questão sanitária, uma vez que as moradias passaram a acomodar um número desproporcional de pessoas, resultando em alto índice de insalubridade nestes locais. Entretanto, este não é o único deles. Dentre incontáveis aspectos que foram possíveis observar diante da urbanização desordenada no Brasil, EDÉSIO FERNANDES (2002, p. 2) é assertivo ao discorrer que a “urbanização rápida no Brasil tem gerado profunda crise urbana caracterizada pela combinação de segregação sócio-espacial, impactos ambientais, violência e desenvolvimento territorial informal”.

Apesar de demonstrar-se notória a necessidade de intervenção da Administração Pública para solucionar estas demandas reprimidas, as políticas adotadas não agiam de forma coordenada, se mostrando incapaz de apresentar soluções efetivas. NABIL BONDUKI (2018 p. 87) explica que “isso aconteceu porque o governo federal não teve uma estratégia para enfrentar a questão urbana, que foi objeto de preocupação, sobretudo dos governos municipais e de movimentos e organizações da sociedade”.

Diante da ineficiência da atuação estatal, grupos organizados da sociedade civil passaram a encampar essa luta e deliberar possíveis soluções. Sobre o tema, importante contribuição de JOSÉ ROBERTO BASSUL (2008, p. 2):

Crescentes, as demandas sociais pelo suprimento dessas carências resultaram na organização popular de grupos de pressão, que passaram a exigir iniciativas do poder público. Muito ativas na década de 1970, essas organizações, então conhecidas como movimentos sociais urbanos, aliadas a entidades representativas de certas categorias profissionais, como arquitetos, engenheiros, geógrafos e assistentes sociais, constituíram o Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU) com o objetivo de lutar pela democratização do acesso a condições condignas de vida nas cidades brasileiras.

Assim, emergiu no início da década de 1980 o que se chamou de Movimento Nacional de Reforma Urbana, o qual contava com organizações acadêmicas, movimentos sociais, entre outros, angariando visibilidade dentro do cenário mais progressista nesta época que antecedia a redemocratização do país.

Inclusive, o processo de redemocratização foi importante neste aspecto pois propiciou a abertura do cenário político a este debate que estava ocorrendo tanto no meio acadêmico quanto na sociedade civil organizada. Ao que tudo indica, neste período da história, grande parte da classe política e dos gestores das empresas privadas de direito público não tinham perfeita ciência de que o país já se tornara majoritariamente urbano no que se refere a sua população, conseqüentemente, resultando em omissão quanto as medidas necessárias para melhoria do convívio urbano.

ROSA PINHEIRO (2005, p. 5) disserta sobre esse período entre a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 sob a ótica do desenvolvimento do movimento pela reforma urbana no seguinte excerto:

No início da década de 80, com a abertura democrática, a articulação dos movimentos populares organizados, contando com o apoio dos segmentos técnicos, ávidos para divulgar e discutir a produção acumulada durante o silêncio forçado, promoveu uma elevação no debate, gerando um novo movimento em prol da cidade, que passa a ser conhecido como Movimento pela Reforma Urbana [...].

Em relação ao Movimento Nacional de Reforma Urbana, posteriormente resultante no Fórum Nacional da Reforma Urbana (FNRU), este teve um impacto significativo na elaboração e proposição de alternativas viáveis para redução dos males advindos da urbanização atabalhoada. Seus partícipes eram altamente qualificados, não só pela via técnica e acadêmica, mas também pelos atores que agiam na ponta dos movimentos sociais, buscando as melhorias dentro das comunidades muito urbanizadas.

A aliança entre o conhecimento técnico e o empirismo resultou em um documento robusto, a Emenda Popular da Reforma Urbana, apresentada durante as negociações dentro das Assembleias Constituintes sob a representação do Fórum Nacional da Reforma Urbana, na pessoa da arquiteta Ermínia Maricato, professora da Universidade de São Paulo (USP) e diretora sindical da classe profissional.

Segundo EDÉSIO FERNANDES (2002, p. 4) esta emenda “tinha sido formulada, discutida, disseminada e assinada por mais de 100.000 organizações sociais e indivíduos envolvidos no Movimento Nacional de Reforma Urbana”.

Apresentada a Emenda Popular de Reforma Urbana, esta foi parcialmente aprovada. Com isso, percebe-se sua influência no processo constituinte e no estabelecimento de um plano de desenvolvimento urbano quando se defronta com os princípios gerais propostos por ela, que

são: a) autonomia do governo municipal; b) gestão democrática das cidades; c) direito social de moradia; d) direito à regularização de assentamentos informais consolidados; e) função social da propriedade urbana; e f) combate à especulação imobiliária nas áreas urbanas.

Dito isto, é notório seu impacto nas legislações de matéria urbanística que sobrevieram após estas proposituras, uma vez que em sua maioria foram acatadas e implantadas no cenário constitucional ou infraconstitucional da legislação regente no Brasil, como será visto à frente neste trabalho.

Importa lembrar que houve certa resistência de parte da classe política, e isto se verifica pois não só conseguiram barrar parcela considerável do projeto, mas também não tinham interesse em movimentar o capital político para implementá-las, como bem analisa CAROLINA HELENA MIRANDA E SOUZA (2016, p. 31) ao afirmar que “as principais diretrizes da Reforma Urbana não foram colocadas em prática como proposto, ou seja, como uma política urbana nacional e coesa que promovesse maior justiça social nas cidades”.

De toda forma, com esse esforço da sociedade civil organizada e dos movimentos acadêmicos da época, em especial da engenharia, arquitetura e urbanismo, e assistência social, foi possível elaborar uma documentação que norteou a implementação de uma política urbana na Constituição Federal de 1988.

Antes da Constituição Federal de 1988, nenhuma outra norma constitucional teria regulado acerca de matéria urbanística, havendo poucas legislações sobre o tema.

Foi a Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, estabeleceu a base jurídico-política para a promoção da política urbana no país, como bem define BRUNO DE SOUZA VICHI (2011, p. 95), quando afirma que “na Carta Magna que estão contidas todas as regras e princípios que estruturam o nosso Direito Urbanístico”.

Sobre o momento histórico da promulgação da Constituição Federal de 1988, no que toca a agenda urbanística, analisa NELSON SANTOS JÚNIOR (2001, p. 37):

O sistema de planejamento dos anos 60 e 70 tinha como agente fundamental o Estado. Os problemas deste modelo eram a superestimação da capacidade de atuação do Estado enquanto ator independente e a subestimação do papel das forças de mercado que atuam para fora do controle estatal e dos entraves institucionais dentro da própria máquina pública. [...]

A proposta de reforma urbana que vai ser construída a partir do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988 compõe o ideário reformista e vai se firmando durante a elaboração das constituições estaduais, leis orgânicas municipais e dos planos diretores.

A Constituição definiu isto por meio da inserção em seu texto dos artigos 21, incisos IX e XX, 24, inciso I, 30, inciso VIII, 182 e 183, que em conjunto estabeleceram a nova política urbana nacional.

EDÉSIO FERNANDES (2000, p. 17) assevera que esta política urbana tinha e até hoje tem como diretrizes gerais (i) o fortalecimento da autonomia dos governos municipais; (ii) a gestão democrática das cidades; (iii) o direito social de moradia; (iv) o direito à regularização de assentamentos informais consolidados; (v) a função social da propriedade urbana; e (vi) o combate à especulação imobiliária nas áreas urbanas, diretrizes que já teriam sido preconizadas pela próprio Movimento Nacional da Reforma Urbana.

Adentrando mais especificamente em relação ao conteúdo dos artigos integrados na Constituição, o artigo 21, em seus incisos IX e XX², bem como o artigo 24, inciso I³ e o artigo 30, incisos I, II e VIII⁴, são intrinsecamente ligados a questão da competência acerca da matéria urbanística.

No artigo 21, que versa sobre a competência da União, existem poucos incisos nos quais a matéria urbanística é, ao menos, tangenciada. O primeiro deles, o inciso IX, discorre sobre *elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social*. Neste inciso, o direcionamento ao urbanismo aparentemente é pouco incidente, entretanto, se faz presente na medida em que dispõe sobre a ordenação do território.

Em compensação, o inciso XX cita nominalmente a sua influência no urbanismo quando sua função é *instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*. No decorrer do trabalho, será percebido que a União cumpre seu papel na instituição destas diretrizes ao promulgar os artigos 182 e 183 da própria Constituição Federal, bem como leis infraconstitucionais que preenchem essa lacuna normativa.

² “Art. 21. Compete à União: [...]”

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; [...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

³ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

⁴ Art. 30. Compete aos Municípios:[...]

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;”

Mantendo ainda o enfoque nas questões de competência, há de se ressaltar o artigo 24, inciso I, quando relata que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre *direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico*. Ainda, importa salientar o §1º deste artigo, quando afirma que *no âmbito de legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais*, bem como o §2º que assevera que *a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados*.

À primeira vista, as normativas do artigo 24 parecem excluir a participação do município na legislação urbanística. Entretanto, o artigo 30 e seus incisos demonstram o contrário. No momento em que o inciso I do artigo 30 fala que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, já dificulta a possibilidade de normativas federais e estaduais intercederem em matéria urbanística demasiadamente específica da região. É isso que preconiza TOSHIO MUKAI (2010, p. 103), ao afirmar:

O §2º diz que os Estados-membros também tem competência suplementar em matéria urbanística, ou seja, os Estados poderão complementar e suplementar as normas gerais federais para os seus municípios, não podendo, entretanto, legislar aqui em matéria puramente local, posto que estaria então invadindo a competência privativa municipal – art.30, I [...].

Na mesma direção caminha o inciso II do artigo 30, na medida em que define como competência dos Municípios *suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*. Tendo em vista que a legislação federal sobre o tema é bastante generalista, e na esfera estadual a legislação é mais reduzida, o município passa a ser o mais importante legislador sobre a matéria urbanística unicamente nas lacunas da legislação de ordem superior, fazendo isto ora por complementação, ora por suplementação.

Reforça esse aspecto a competência disposta no artigo 30, inciso VIII, ao ser mais assertivo em relação ao que deve ser abordado especificamente pelo Município, quando expõe ser responsabilidade deste ente *promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*.

Na prática, esta é uma parcela substancial do que o direito urbanístico busca solucionar e impulsionar em seu âmbito. Ele é, na verdade, complementado pelas normativas expostas nos artigos 182 e 183, também da Constituição Federal de 1988. Ambos os artigos compõem um capítulo próprio da Constituição, que trata, justamente, da política urbana.

O artigo 182⁵ é bastante assertivo ao expor que *a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

O que se mostra mais importante salientar é que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição a explicitar o interesse na implantação de uma política urbana, objetivando um desenvolvimento da cidade de maneira muito mais democrática e acolhedora, visando também o bem estar social dos seus cidadãos. Mesmo sem disciplinar o caminho para atingir esse objetivo, determinou que haveria legislação responsável para esta finalidade no trecho da norma em que cita ‘conforme diretrizes fixadas por lei’.

Trata-se de lei infraconstitucional já promulgada. Este trabalho legislativo ocorrido na esfera federal concretizou-se na promulgação da Lei Federal nº 10.257/2001, popularmente conhecida como Estatuto da Cidade. Esta lei, devido a sua importância no estabelecimento de diretrizes mais sólidas e práticas para a execução da política urbana, terá um recorte próprio no decorrer deste trabalho, de forma que não haverá prejuízo ao não fazer esse aprofundamento agora.

LUCIANA CORREIA GASPAR SOUZA (2014, p. 75) apresenta o impacto deste capítulo referente a política urbana na Constituição Federal de 1988:

Importante salientar que neste capítulo, a Constituição aborda a noção basilar de que a política urbana deve ser executada pelo Poder público municipal, em consonância com a Lei Federal (Estatuto da Cidade), que estabelece as normas gerais de Direito Urbanístico. Estas últimas, de competência da União, serão aplicadas principalmente pelos municípios, por sua maior proximidade com as questões urbanísticas, sempre fundamentados das diretrizes gerais prescritas em lei.

⁵ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

Ainda sobre este artigo, é curioso ressaltar o trecho que frisa que a execução da política de desenvolvimento urbano é por parte do Poder Público municipal, porque demonstra que a responsabilidade ainda recai sobre todos os entes, sendo apenas a execução inerente ao poder municipal. Este mesmo entendimento é comungado por BRUNO DE SOUZA VICHI (2011, p.103):

Executar política urbana não é sinônimo de custear (sozinho) a execução de política urbana. Tanto União quanto Estados e Distrito Federal, sob a interpretação literal do artigo 182 da Constituição Federal, não podem ignorar sua responsabilidade na participação direta da solução das questões urbanísticas, ainda que caiba aos Municípios lançar mão dos instrumentos urbanísticos necessários para a concretização de políticas urbanas.

No que concerne o artigo 183⁶, este já é mais específico ao instituto do usucapião, determinado na lei constitucional por *aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

Este artigo também tem uma influência valiosa no que se refere a instituição de um direito à moradia, considerando que neste processo de urbanização desordenado e apressado, muitas pessoas se organizaram em núcleos urbanos informais, não havendo qualquer segurança jurídica acerca de seu domínio sobre a moradia. Provendo explicação didática, transcreve-se LUCIANA CORREIA GASPARG SOUZA (2014, p. 95), no excerto em que afirma que a legislação “prevê a aquisição originária por aquele que detiver área urbana para sua moradia por mais de 5 anos, com até 250 metros quadrados, ininterruptamente e sem oposição, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

Desta forma possibilitou-se a aquisição do domínio para moradia de um número considerável de famílias que se encontravam nesta situação acima descrita, garantindo-lhes não

⁶ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

só a permanência em sua moradia, mas também a segurança de que haviam adquirido o direito a tal.

Uma vez observadas as normativas constitucionais, percebe-se o impacto imediato e mediato destas no direito urbanístico nacional, instaurando uma base sólida e norteadora da expectativa do constituinte para a prospecção de legislações infraconstitucionais que colocassem em prática uma política de desenvolvimento urbano.

De fato, toda uma ordem jurídico-urbanística foi inaugurada no país com a promulgação da Constituição Federal de 1988, gerando uma série de experiências locais importantes ao longo da década de 1990. Muitos municípios aprovaram novas leis urbanísticas, incluindo novos Planos Diretores, leis de zoneamento e leis de uso e ocupação do solo urbano, e o Brasil se tornou um interessante laboratório de planejamento e gestão urbana, com novas estratégias e processos estabelecendo novas relações entre os setores público, privado, comunitário e voluntário, no que diz respeito ao planejamento e gestão urbana, segundo EDÉSIO FERNANDES (2000, p. 18).

Desta forma, pode-se afirmar que o direito urbanístico como ciência para abordar a política urbana é razoavelmente novo no Brasil, sendo responsável pela organização e ordenação dos espaços urbanos, a fim de promover uma melhoria na qualidade de vida da coletividade. ANTÔNIO BRANCACCIO (1984, p. 06), em seus estudos pioneiros, já afirmava a necessidade de ordenação jurídica do uso e ocupação do espaço urbano para a boa convivência em comunidade, e, conseqüentemente, da criação de uma ciência específica para tal função.

Conforme assevera JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 35):

Ainda que relativamente tardio desenvolvimento do direito urbanístico no Brasil, culminando com a inserção de dispositivos constitucionais específicos no texto de 1988, representou a reação da ordem jurídica estatal ao dramático fenômeno da urbanização brasileira.

E este é o direcionamento que se tem observado no estudo desta ciência. Neste sentido, MARIANA SENNA SANT'ANNA (2011, p. 119) conceitua o direito urbanístico “como o sistema legal que visa direcionar o Estado na organização do espaço urbano”.

Em sua obra, DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO (2004, p. 32) é assertiva ao afirmar que “o Direito Urbanístico tem como preocupação principal a ocupação dos espaços habitáveis e, nesse sentido, criou medidas específicas para que esta ocupação se dê da forma mais adequada e saudável possível”.

Observando de outro prisma, o direito urbanístico é compreendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 49) sob dois aspectos. O primeiro é o direito urbanístico objetivo, um conjunto de normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. O segundo é o direito urbanístico como ciência, o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis.

Complementando essa ideia, para o autor supracitado o direito urbanístico forma-se de um conjunto de normas que pertencem a variadas instituições jurídicas, sugerindo considerar, em seu estágio atual, como uma disciplina de síntese (ou ramo multidisciplinar do direito), que ainda estaria configurando suas instituições.

BRUNO DE SOUZA VICHI (2011, p. 95) comunga desta mesma visão quando assevera:

[...] Ainda que se possa identificar as diferentes origens das normas que integram este novo Direito urbanístico, advindos dos ramos mais diversos, como Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Tributário, dentre outros, é forçoso reconhecer sua unidade como disciplina de síntese preocupada com a ordenação dos espaços habitáveis.

Já TOSHIO MUKAI (2010, p. 30), considerando a visão não-autônoma de José Afonso da Silva, entende necessário que no atual estágio do direito do urbanismo no Brasil, “não deixar de enfatizar a enorme vinculação e dependência do nosso direito do urbanismo ao direito administrativo, tendo em vista que ele evolui basicamente, no Brasil, como um desenvolvimento técnico-jurídico do direito administrativo [...]”, conforme observa-se na doutrina, jurisprudência e na legislação existente.

Esse desenvolvimento técnico-jurídico ao que se refere o autor é exatamente o encontro entre as questões interdisciplinares encontradas no urbanismo com as questões do direito, apresentadas na face do direito administrativo.

De uma maneira ou de outra, percebe-se que o urbanismo já tentava adequar o comportamento humano e o uso racional dos espaços em momento anterior, entretanto, fazia isto de forma espontânea, o que resultou em um crescimento desorganizado dos núcleos urbanos. Desta forma, a necessidade de normatização desta atividade pela Administração Pública promoveu o desenvolvimento do direito urbanístico.

RUY DE JESUS MARÇAL CARNEIRO (1998, p. 80) ainda discorre sobre o direito urbanístico ao afirmar que “ele trata do uso e da ocupação do solo, como se vê descrito nas atividades de parcelamento, de loteamento; cuida das atividades de edificação, assim consideradas as licenças de construir e a imposição de zoneamentos”. Estes temas serão debatidos no decorrer deste trabalho.

Ante todo o exposto, neste primeiro momento pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988 foi responsável pelo embrião de uma política urbana, dando suporte para que o direito urbanístico começasse a regular os espaços habitáveis promovendo um uso ordenado e saudável do espaço comum com respaldo de uma norma constitucional.

2.2 O PAPEL DOS MUNICÍPIOS

O município tem o seu protagonismo no estudo e exercício do planejamento urbano determinado no artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, como já abordado em momento anterior.

A razão se dá pelo fato de que como a matéria urbanística é muito mais direcionada e personalizada no sentido de atender à uma região definida, com peculiaridades próprias, o interesse municipal deve ser quem prevalece. Sobre o tema, há didática conclusão oferecida por TOSHIO MUKAI (2010, p. 109):

[...] pode-se observar que, não obstante a matéria urbanística seja concorrente, a grande massa de normas urbanísticas pertence a competência municipal, que pode editar seus planos de desenvolvimento urbano, seu zoneamento, impondo recuos e gabaritos, distribuindo as atividades exercitáveis, mediante o direito de construir, dentro de uma legislação que leve em conta o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente, disciplinando o parcelamento do solo, dispondo sobre normas edilícias.

O mesmo autor, ainda, demonstra a coerência no raciocínio, quando conclui relatando que “a competência municipal, enfim, é ampla, dentro do conceito de peculiar interesse local, embora muitas vezes condicionada por normas concorrentes federais e estaduais” (TOSHIO MUKAI, 2010, p. 109).

Assim, apesar da importância das normas federais e estaduais, há preferência à norma municipal, justamente por ser ela quem define em maior proporção as métricas do uso, ocupação e ordenação do solo e dos espaços habitáveis de uma região.

DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO (2004, p. 36) complementa, tendo uma visão menos restritiva, e possivelmente a mais coerente:

Analisadas, desta forma, as competências constitucionais assumem uma estrutura verticalizada, porém não hierarquizada. Significa dizer que naquelas matérias nas quais deva haver normas federais, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios devem respeitar as orientações gerais para, posteriormente particularizarem seus interesses.

A mesma autora, DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO (2004, p. 36), ainda afirma que “o interesse local deverá sempre ser respeitado e a eventual divergência deverá ser composta dentro de uma expectativa de respeito à instância municipal”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 58) elabora acerca do artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal e seu impacto na legislação urbanística infraconstitucional quando discorre:

[...] Aí se reconhece a competência do Município para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Isso não é competência suplementar, não. É competência própria, exclusiva, que não comporta interferência nem na União, nem do Estado.

Essa decisão se mostra bastante acertada quando consideramos que não há maneira de uma norma geral, aplicada a nível federal para vigorar em todo o território brasileiro, abarcar as peculiaridades contidas em cada município do país. A diversidade geográfica que encontramos no país é demasiadamente complexa para que seja definida de forma geral, desconsiderando seus aspectos mais minuciosos.

Mantendo essa complexidade em vista, nada mais razoável que permitir que os municípios sejam responsáveis por produzir um planejamento urbano regionalizado, considerando variáveis que se amoldem de forma mais precisa ao seu desenvolvimento urbano.

Para atingir o objetivo de um aproveitamento ótimo do espaço urbano do município de modo que ele não só ajude a sanear os problemas já existentes, mas também se resguarde de problemas futuros provindos de uma provável expansão e, ainda, promova melhorias, é imprescindível que seja elaborado um planejamento urbano sólido, englobando fatores técnicos e práticos em sua elaboração.

Esta mesma percepção é reverberada por MARINELLA MACHADO ARAÚJO (2008, p. 177), que define o planejamento urbano como “um instrumento de ordenação do

espaço urbano segundo fins de desenvolvimento econômico com o objetivo de garantir a melhoria das condições de vida nas cidades brasileiras”.

É pertinente pontuar que o planejamento para uso e a ocupação do solo tem, hoje em dia, uma função muito mais prática e organizacional para a saúde e melhor aproveitamento dos cidadãos, diferentemente do que se acreditava nos primórdios do urbanismo, que desenvolviam estas questões com um intuito mais arquitetônico e artístico.

Sobre o tema, faz-se necessária a contribuição de RUY DE JESUS MARÇAL CARNEIRO (1998, p. 76) que propõe esta mudança de paradigma para um uso funcional do solo urbano:

[...] Não só o embelezamento das cidades, pura e simplesmente, forçando a que o homem se coloque numa posição apenas contemplativa, mas sim que se tenha um trabalho planejado de ocupação do solo urbano, onde a ciência do urbanismo, nas suas variegadas expressões, seja o motor de um planejamento integral; que não se permita tão só o assentamento do ser humano de forma irracional, mas que este possa usufruir de todos os meios para uma vida saudável e ensejadora de uma convivência rica e pacífica entre os seus habitantes.

Partindo desta mudança de paradigma do planejamento menos estético e para um planejamento mais funcional do solo urbano, TOSHIO MUKAI (2010, p. 109) elabora que a “disciplina do uso do solo urbano, objeto precípua do denominado direito urbanístico, visa, atualmente, o desenvolvimento integrado das comunidades”.

O mesmo autor resgata diferenças na maneira como se estabeleciam estas disciplinas anteriormente, citando que “não mais, como antigamente, seu objeto deixou de se consubstanciar no arranjo físico-territorial das cidades”. Na sua leitura, observa que no momento atual, utiliza-se dessas ferramentas visando o desenvolvimento econômico-social da região, bem como a preservação ambiental. Soma-se a isto, também, a preservação e fomento da cultura local (TOSHIO MUKAI, 2010, p. 109).

Corroborando com esta visão está JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 52) quando reconhece que a definição das zonas urbanas para um planejamento urbano sólido deve observar tanto a bagagem já comportada pela cidade, mas principalmente um planejamento prospectivo sob a ótica social, que relata no trecho:

A definição das zonas de uso de um Município revelará o olhar retrospectivo e prospectivo do planejamento urbanístico. O plano para o desenvolvimento urbano, fruto deste trabalho, será o resultado da atenta observação do território que se pretende regular, revelando-se as potencialidades e necessidades do

local e as demandas detectadas em sede de participação popular, atendendo-se de maneira ótima às exigências das funções sociais da cidade.

O trecho exposto é preciso ao demonstrar que o direcionamento de uso à um local deve ir muito além da mera discricionariedade de um gestor, mas demanda um exercício de estudo com potencialidades locais, bem como a escuta ativa da população local para um aproveitamento ótimo da região. Para atingir este objetivo, faz-se necessário, então, um zoneamento inteligente que não só defina, mas fomente o uso desejado de cada área do solo urbano. De acordo com a leitura de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 241), é possível definir o zoneamento como “procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal. Ou: destinado a fixar as diversas áreas para o exercício das funções urbanas elementares”.

Absorve-se da lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 243) que “o solo urbano [...] destina-se ao cumprimento das funções urbanas de habitar, trabalhar, circular e recrear”. Com este ponto de partida, o autor supracitado passa a resumir, então, que “o solo de qualificação urbanística se destina ao uso residencial, ao uso industrial, ao uso comercial, ao uso de serviços, ao uso institucional, ao uso viário e a usos especiais”.

Das alegações de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 253) também é extraída a definição da ocupação do solo, que, segundo o mesmo, “refere-se ao modo de povoamento do território. Ainda continua, ao elaborar que em sentido urbanístico diz respeito à relação entre a área do lote e a quantidade de edificação que se coloca dentro dele”. Neste mesmo caminho, aprofunda sua análise ao demonstrar a razão de haver estudo e condução da ocupação do solo:

O controle da ocupação do solo visa a garantir à cidade uma distribuição equitativa e funcional de densidade, isto é, densidades edilícias e populacional compatíveis com a infraestrutura e equipamentos de cada área considerada. Entre nós controla-se a densidade indiretamente, através do controle da densidade edilícia.

Para exercer diretrizes e limitações acerca da ocupação do solo existem diversos mecanismos, que perpassam desde a distribuição populacional dentro do solo urbano até a quantidade de edificação permitida em proporção à área do terreno. Essas restrições são denominadas de assentamento urbano, que possuem seus diferentes modelos, como por exemplo taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, afastamentos e áreas de estacionamento, entre outros.

Ao fim e ao cabo, a ocupação do solo é responsável por definir a densidade ocupacional desejável de uma zona urbana com base no que é planejado pela Administração Pública para esta zona.

Os dois conceitos se relacionam justamente neste momento, em que há a previsão no plano urbanístico de um uso determinado somado a uma densidade ocupacional desejável para aquela área. Para facilitar a compreensão, apresenta-se a didática explanação de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 245):

A permissão de maior ou menor intensidade de uso nas diversas zonas é que proporciona o estabelecimento das densidades desejáveis de população e edificação. A expressão ‘zona (ou área) de uso intensivo’ descreve aquelas zonas em que são permitidas grandes variedades de atividades ou usos, altos e grandes edifícios, grandes densidades, e em que se requer pequeno espaço aberto. Neste ponto é que se correlacionam as normas de uso e as de ocupação do solo, de tal sorte que à zona de uso urbano intensivo corresponde uma ocupação urbana de alta densidade, e a zona de uso urbano extensivo caracteriza-se por uma ocupação urbana de média ou de baixa densidade, conforme se lhe deem gradações.

Ou seja, ao preconizar uma zona, a Administração Pública deve discriminar sua finalidade tanto no que diz respeito ao uso (residencial, comercial, industrial, misto, institucional, de serviços ou especial), bem como no que se refere a ocupação (de alta, média ou baixa densidade).

Mostrando essa diferente faceta do planejamento urbanístico por parte do gestor público, MARIANA SENNA SANT’ANNA (2011, p. 122) reforça que “o planejamento é instrumento essencial ao urbanismo”. Ainda, a mesma autora é assertiva quando aponta o papel da Administração Pública neste exercício:

[...] a Administração Pública deve atuar através de leis escritas (legalidade), as quais direcionam as funções públicas na organização dos espaços urbanos, por meio de normas planejadoras. Referidas normas são o planejamento em si, pois elas é que estabelecem os objetivos e estratégias do Poder Público.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 77) reitera tal afirmativa ao alegar que “a utilização do solo urbano fica sujeita às determinações de leis urbanísticas e do plano urbanístico diretor”.

Neste momento, é salutar pontuar que o planejamento urbano de um município ou região não se estabelece com uma lei determinada, mas sim por um conjunto de leis, que, em consonância, estabelecem as diretrizes impostas pela Administração Pública para o melhor

aproveitamento do espaço urbano. Inclusive, GERALDO MAGELA COSTA (2008, p. 75) aponta que “o lugar que as atividades de planejamento ocupam na estrutura administrativa municipal é um indicador de sua natureza e relevância”.

Este é justamente o foco das normativas municipais responsáveis pela ordenação do espaço urbano, sendo necessário ressaltar as principais delas, como o Plano Diretor, a Lei de Zoneamento (ou Lei de Uso e Ocupação do Solo), o Código de Obras e Edificações, o Código de Posturas, entre outras que podem ser sancionadas.

Frisa-se que qualquer uma delas, de forma individualizada, não é capaz de estabelecer a política de planejamento urbano determinada pela Administração Pública. Esta é uma atividade que exige a coordenação de todas estas normativas para que, cada uma executando sua função, normatize o espaço urbano de acordo com o planejamento estipulado.

TOSHO MUKAI (2010, p. 119) reforça que, apesar da importância do Plano Diretor neste cenário de organização e direcionamento, ele não é a única normativa que regula sobre o tema. Sobre isto, o autor expõe:

[...] o plano diretor devera ser complementado e concretizado por diversas leis específicas como a de zoneamento, de parcelamento do solo, o Código de Edificações, a lei de proteção ambiental e da paisagem urbana e por outros planos (planos parciais de execução, como o de renovação urbana, de distritos industriais, de áreas e locais de interesse turístico, etc.).

DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO (2004, p. 64) complementa a informação acima no seguinte excerto:

Deverá haver legislação específica para todas as limitações e intervenções que o Poder Público pretenda impor. É a etapa tradicionalmente mais usada na realidade municipal brasileira. Traduz-se em Código de Posturas Municipais, Lei de Uso e Ocupação do Solo, Leis de Zoneamento, Leis de Edificações e tantas quantas forem as leis necessárias para impor a ordenação do solo [...].

Dessa forma, percebe-se que as estratégias a serem adotadas pelo município é pautada por uma elaboração complexa de normativas que devem se complementar de forma harmoniosa para que estejam alinhadas em vetores semelhantes, seguindo um planejamento do qual comunguem.

Adentrando brevemente sobre as especificidades das legislações supracitadas, interessa iniciar pelo próprio Plano Diretor, que costuma ter mais enfoque e repercussão por determinar diretrizes gerais.

Para TOSHIO MUKAI (2010, p. 303) a grande importância do Plano Diretor seria propor “um planejamento urbano físico e social do todo”. Ele elabora tal alegação, afirmando que “é este o papel do Plano Diretor, que traça as diretrizes gerais, as metas e objetivos de desenvolvimento do município num espaço de tempo determinado”.

RUY DE JESUS MARÇAL CARNEIRO (1998, p. 113) aponta que o Plano Diretor, apesar do respeito às peculiaridades de cada região, visa a um escopo comum, que, segundo o autor, são:

[...] medidas para a fiscalização de uma melhor convivência urbana, do bom uso do solo, busca da regulamentação da função social da propriedade, orientação da oferta de serviços públicos e o desempenho, cada vez melhor, das atividades sociais, tudo pra garantir o bem-estar dos habitantes das cidades [...]

Ainda, o autor HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 117) complementa que o “Plano Diretor não é um projeto executivo de obras e serviços públicos, mas sim um instrumento norteador dos futuros empreendimentos da Prefeitura, para o racional e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade”.

Sob o aspecto da função do Plano Diretor, rica mostra-se a leitura de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 127), quando sustenta que “o plano diretor [...] constitui um plano geral e global que tem [...] por função sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando a bem-estar da comunidade local”.

ANA GLÁUCIA MENDES (1978, p. 75) caminha na mesma direção, ao afirmar que “o planejamento representa um processo que envolve tanto aspectos técnicos, quanto político-econômico-sociais e administrativos. Como o plano [...] não garante por si só a eficácia do planejamento, este não pode ser encarado apenas sob uma base administrativo-institucional”.

Por uma frente mais humanizada observa JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 46), que além do caráter técnico-executório da legislação, também aborda as metas que a legislação deve buscar para contemplar um direito à cidade. Transcreve-se:

[...] deve o plano diretor contemplar questões referentes aos direitos dos habitantes do Município não só no aspecto urbanístico (parte da política de desenvolvimento urbano) como também em outros campos de atuação estatal que constituem o “conjunto de exigências legítimas para a existência de condições de vida satisfatórias, dignas e seguras nas cidades, quer para os indivíduos, quer para os grupos sociais” que caracteriza o direito à cidade.

Interessante pontuar que mesmo entendendo que o Plano Diretor estabelece diretrizes gerais de um município num espaço de tempo determinado, não significa que estas são engessadas e tabuladas com efeitos prospectivos infundáveis.

RALFO EDMUNDO DA SILVA MATOS (2008, p. 166) corrobora com este raciocínio ao considerar que “o plano, além de ser constitutivo de um sistema de planejamento, ele em si mesmo pode ser pensado como um objeto em construção, um meio para atingir um fim, um móvel que desliza no tempo”. O autor supracitado é bastante realista quando entende que as mudanças perceptivas tanto dos técnicos, quanto dos atores políticos e da própria população pode resultar em variâncias neste planejamento. Assim, o autor conclui que “o Plano Diretor [...] pode ser entendido como um produto que tem de se manter consistente, mesmo que submetido a forças que podem lhe comprometer o equilíbrio”.

Assim, a percepção tanto da Administração Pública quanto dos munícipes, acerca da sua região e das necessidades reconhecidas a partir da expansão e evolução do meio urbano são fatores determinantes para que haja uma revisão e atualização destas diretrizes antes determinadas. É o que explica HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 116):

O Plano Diretor é um único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realize a sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas de administração e dos recursos de cada Prefeitura.

Ainda, o mesmo autor é preciso ao complementar a informação acima com a afirmativa de que “o Plano Diretor não é estático; é dinâmico e evolutivo” (HELY LOPES MEIRELLES, 2011, p. 116). Isto se confirma não só por força do §3º do artigo 40 do Estatuto da Cidade, que o obriga a ser revisto, pelo menos, a cada dez anos, mas principalmente pela dinamicidade proposta pela cidade, que vai se desenvolvendo e exigindo soluções cada vez mais sofisticadas do seu administrador para planejamento e desenvolvimento municipal.

GERALDO MAGELA COSTA (2008, p. 75) elabora essa questão, discorrendo que se observa o impacto desse planejamento ao perceber a abordagem adotada pela Administração Pública, podendo ser uma mera revisão de Planos Diretores anteriores; podendo ser uma atividade pragmática caso promova ações imediatistas ou não coordenadas; ou podendo ser, de fato, um plano de governo estruturado.

Partindo para um enfoque da sua elaboração há um esforço do Poder Executivo neste papel. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 143) sustenta que “a elaboração do plano é da competência do Executivo Municipal, por intermédio dos órgãos de planejamento da Prefeitura”.

Desta forma, o município é o responsável por sua composição, valendo-se de seu corpo técnico. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 143) ratifica essa afirmativa ao expor que “a formulação deste documento é uma tarefa técnica multidisciplinar”. Ainda, o autor continua, ao alegar que “embora predominem [...] aspectos técnicos, revela-se ainda como um procedimento jurídico, dadas as exigências legais [...]”.

De outra frente, observa-se também sua promulgação sob a ótica legislativa, ressaltando a obrigatoriedade de aprovação na Câmara de Vereadores do município preconizada em lei. Antes disso, salienta-se a participação e complementação do Poder Legislativo no momento de promulgar a lei, saneando questões e propondo emendas para o seu aperfeiçoamento.

Ainda na seara dos instrumentos legislativos municipais, o Código de Obras e Edificações é uma legislação que tem um papel fundamental no planejamento urbano ao disciplinar procedimentos e regras específicas a serem obedecidas nos projetos, licenciamentos, execuções, manutenções e utilizações de obras e edificações.

HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 216) sintetiza a função do código de obras:

O Código de Obras, também chamado de Código de Edificações, como elemento da legislação edilícia, deve reunir em seu texto, de modo orgânico e sistemático, todos os preceitos referentes às construções urbanas, especialmente para as edificações, nos aspectos de estrutura, função e forma, necessários à obra, individualmente considerada.

Como observado, essa legislação tem como função manter os padrões básicos de uma construção para a qualidade daqueles que pretendem usufruí-la, mas também a sua conformidade com o espaço urbano em que está inserida, fazendo com que a Administração Pública tenha previsibilidade acerca do projeto pretendido e a possibilidade de uniformizar as edificações dentro da malha urbana.

Mais que isso, disciplina também os procedimentos administrativos e executivos e as regras a serem obedecidas durante todo o período da construção, desde a elaboração do projeto, quanto o licenciamento, execução, manutenção e uso das edificações erigidas.

Ainda, costumam possuir normativas de caráter repressivo ao estabelecer parâmetros para a fiscalização das obras em andamento e da possível aplicação de penalidades em casos de infração administrativa.

É importante ressaltar que esta é uma legislação altamente técnica, direcionada à construção de obras e edificações. HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 216) demonstra a especificidade da lei no seguinte trecho:

[...] No Código de Obras só cabem normas técnicas da construção, ou seja, requisitos de estrutura e composição de obra, segundo a sua natureza e destinação. Bem por isso, deve o Código diversificar suas exigências para cada tipo de obra, visando a adequar a construção aos fins a que é destinada: residência, indústria, comércio, escritórios e outros usos especiais.

O autor supracitado conclui sua abordagem ao expor que “em última análise, o Código de Obras só deverá conter imposições estruturais da construção, visando a propiciar segurança e funcionalidade a cada obra individualmente considerada” (HELY LOPES MEIRELLES, 2011, p. 216).

Reforça-se que na maioria das vezes, os Códigos de Obras e Edificações também são responsáveis por ditar o rito administrativo de licenciamento das obras, tema que será abordado com mais profundidade no decorrer do trabalho.

Ainda, em consonância com os outros instrumentos acima citados, é importante esclarecer que a Lei de Zoneamento (ou Lei de Uso e Ocupação do Solo) é um instrumento determinante na definição de critérios para uso e ocupação do solo, sendo primordial seu efeito prático no planejamento urbano pensado e proposto para o meio urbano. Esta legislação possui uma função precípua de controlar a utilização do espaço urbano, seja em densidade, seja ao determinar a permissão de uso, em cada localidade.

Em relação a lei de uso e ocupação do solo, HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 127) apresenta-a da seguinte maneira:

A lei de uso e ocupação do solo urbano, como geralmente é denominada, destina-se a estabelecer as utilizações convenientes às diversas partes da cidade e a localizar em áreas adequadas as diferentes atividades urbanas que afetam a comunidade. Para tanto, classifica os usos e estabelece a sua conformidade com as respectivas zonas em que se divide o perímetro urbano, visando a equilibrar e harmonizar o interesse geral da coletividade com o direito individual de seus membros no uso da propriedade particular, na localização e no exercício das atividades urbanas, e até na utilização do domínio público.

A publicação destas normativas é preponderante para o movimento organizacional pretendido por parte da Administração Pública no que diz respeito ao uso e ocupação do solo.

Desta forma, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 243) discorre:

Compreende-se [...] que as zonas de uso são áreas delimitadas pela lei de zoneamento (lei de uso do solo), tendo em vista as modalidades de uso do solo a elas imputadas. Os usos, [...] adotados em lei de zoneamento, em função da realidade local, permitem especificar as zonas em: (a) zona de uso residencial; (b) zona de uso industrial; (c) zona de uso comercial; (d) zona de uso de serviços; (e) zona de uso institucional; (f) zona de usos especiais.

Estas compõem as zonas de uso, que podem ser definidas como uma zona de uso exclusiva ou existe a possibilidade de combinação de mais de um uso dentro de uma determinada área. Os próprios nomes já demonstram o uso que a Administração Pública preconiza para cada uma das possíveis formas de uso dentro da Lei de Zoneamento.

Para isto, utiliza-se os instrumentos legais, mais precisamente a Lei de Zoneamento (ou Lei de Uso e Ocupação do Solo) e o Plano Diretor, para direcionar o uso e a ocupação do solo em uma dada região. Estas normas carregam as definições para o uso e a ocupação do solo e tem o intuito de estabelecer um uso recomendável para determinada gleba inscrita no município de acordo com as características geográficas, espaciais, sociais, econômicas e culturais deste espaço, não somente no momento da elaboração, mas principalmente no estímulo para uma situação desejável no plano prospectivo.

Indo ao encontro disto, o autor HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 127) afirma que “o uso e ocupação do solo, ou, mais propriamente, do espaço urbano, constitui matéria privativa de competência do Município, e por isso vem sendo objeto das diretrizes do Plano Diretor e da regulamentação edilícia que o complementa”.

Ainda, a leitura de JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 53) demonstra que devido ao caráter vinculatório do planejamento urbanístico ao plano diretor, a criação e alteração do zoneamento somente pode se fazer por lei. Ele justifica esta definição no seguinte excerto:

O zoneamento tem, no plano urbanístico, a função de regulamento de base sobre o qual se organizará todo o planejamento urbanístico positivado no plano diretor. Sua livre alteração, por si só, comprometeria o planejamento estabelecido como um todo, com inevitáveis perdas na eficiência final do plano estabelecido.

Esta exposição tratou acerca do papel dos municípios dentro da legislação urbanística, deferenciado majoritariamente pela Constituição Federal de 1988, bem como do planejamento elaborado pelo município e os instrumentos que são utilizados para a efetivação de uma política urbana com um uso e ocupação do solo compatíveis com seu planejamento.

Assim, imprescindível tratar de outra legislação, de caráter infraconstitucional, que é o Estatuto da Cidade, legislação que regulou o capítulo da política urbana proposta pelo constituinte e assim causou um impacto monumental na legislação urbanística municipal, em especial nas legislações supracitadas.

2.3 ESTATUTO DA CIDADE

Além das normas constitucionais, vige no país a Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, amplamente conhecida como Estatuto da Cidade, que veio justamente regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e, assim, estabelecer diretrizes gerais da política urbana nacional.

Inicialmente, é preciso estabelecer que as normativas propostas no Estatuto da Cidade têm papel de complementar às diretrizes expostas na Constituição Federal de 1988, regulamentando o capítulo da política urbana exposto na norma constitucional e, assim, e propondo melhoras às experiências urbanísticas obtidas entre a promulgação da Constituição Federal e o Estatuto da Cidade.

É sabido que nem todas as reivindicações propostas pelo Movimento da Reforma Urbana nas discussões da assembleia constituinte foram abraçadas pelo texto constitucional em razão das forças políticas que caminhavam em sentido contrário. Assim, esses 13 anos que separam a promulgação da Constituição Federal de 1988 do Estatuto da Cidade foram pautados em observar os erros e acertos da atuação municipal proposta pela Constituição Federal no âmbito urbanístico e, além disso, pela tentativa de inserção de outras medidas propostas na assembleia constituinte que não foram apreciadas naquele momento no ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isto, esta lei tem um papel importante no ordenamento urbanístico nacional, pois atua como um norte finalístico para a elaboração de legislações, políticas e instrumentos urbanísticos. É o que explica JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 60):

O Estatuto da Cidade [...] estabelece diretrizes gerais da política urbana, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental.

Neste caminho encontra-se a autora MARINELLA MACHADO ARAÚJO (2008, p. 174) ao expor que o Estatuto da Cidade “conferiu suporte jurídico, conceitual e instrumental aos governos municipais comprometidos com o enfrentamento das questões urbanas, de forma a considerar seus impactos sociais e ambientais”.

Sobre a lei, interessa apresentar a leitura proposta por RALFO EDMUNDO DA SILVA MATOS (2008, p. 156) quando aborda alguns benefícios advindos da promulgação do Estatuto da Cidade:

O Estatuto da Cidade coroa um longo período de experiências, críticas e sugestões relacionadas ao planejamento urbano no Brasil, além de procurar dar suporte às administrações municipais ao favorecer a flexibilização de ações no trato com a coisa pública, quando preserva o interesse social, mas introduz a política como a chave das negociações no palco dos conflitos que são intrínsecos aos processos espaciais.

Neste mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 158) também aponta seu impacto, afirmando:

A Lei 10257, de 10.7.2001, autodenominada “Estatuto da Cidade” [...], institucionalizou, como normas gerais de Direito Urbanístico, um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para a intervenção urbanística, possibilitando ao Poder Público uma atuação vigorosa e eficaz nesse setor, viabilizando a concretização do princípio da *função social da propriedade*.

Isso se verifica de plano no artigo 1º da lei, em seu parágrafo único, ao expor que esta *estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*.

Neste mesmo aspecto de demonstrar uma mudança de paradigma advinda da promulgação desta lei, é importante que seja observada a leitura proposta por FELIPE NEVES LINHARES (2020, p. 81), no seguinte excerto:

O Estatuto da Cidade rompeu com a longa tradição de civilismo jurídico e estabeleceu as bases de um novo paradigma jurídico-político para o controle do uso do solo e do desenvolvimento urbano pelo Poder Público e pela

sociedade organizada. Isso foi feito especialmente por meio do fortalecimento do dispositivo constitucional que reconheceu o poder e a obrigação dos municípios de controlarem o processo de desenvolvimento urbano por intermédio da formulação de políticas territoriais e de uso do solo, nas quais os interesses individuais de proprietários de terras e propriedades têm necessariamente de coexistir com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos socioeconômicos e da cidade como um todo.

Sobre isso, HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 159) continua sua explanação asseverando que a lei “delineia a configuração de alguns instrumentos de política urbana (alguns novos, e outros já tradicionalmente utilizados), contribuindo para uma uniformização da nomenclatura, do significado e dos meios e modos de utilização de cada um”.

Ainda, é essencial complementar que o Estatuto da Cidade impôs uma nova perspectiva perante o planejamento urbano, que MARINELLA MACHADO ARAÚJO (2008, p. 176) ressalta:

Pode-se dizer que com o Estatuto da Cidade o planejamento deixa de ser visto como ato administrativo regulatório burocrático cujo conteúdo se limita a apresentar diretrizes gerais e amplas sobre a ordenação do espaço urbano (planejamento compreensivo) e passa a ser concebido como processo democrático de construção de cidades sustentáveis.

Depreende-se deste excerto que as normativas contidas no texto constitucional eram demasiadamente abrangentes, resultando em uma ausência de diretrizes que pudessem uniformizar os instrumentos que implementam a política urbana à nível municipal.

Já o artigo 2º mostra-se altamente relevante para o desenvolvimento da política urbana no país, baseando-se no fato de seus dezenove incisos determinarem diretrizes gerais que apontam um norte finalístico a ser seguido pelos entes federados e que é passível de adaptação à diversidade encontrada pelo país inteiro.

ODETE MEDAUAR (2004, p. 26) é bastante elucidativa quando discorre sobre o teor dos incisos descritos no artigo 2º desta lei:

Os [...] incisos do art. 2º contêm as diretrizes a serem observadas na política urbana. O teor dessas diretrizes denota percepções contemporâneas e adequadas do urbanismo e do direito urbanístico associadas a modos renovados de atuação da Administração Pública, a qual compete precipuamente o exercício da atividade urbanística, seja realizando-a diretamente, seja normatizando a atuação de particulares, seja coordenando a cooperação setor público-setor privado.

Tendo em vista o grande rol de incisos exposto pelo artigo 2º do Estatuto da Cidade, desnecessário faz a transcrição de todos eles. Considerando o escopo do trabalho, mais proveitoso se faz a citação dos incisos que tem influência direta neste aspecto, que seriam os incisos I, II, VI, XII, XIV e XV⁷.

Especificamente em relação ao artigo 3º da lei, este possui o condão de reforçar as competências da União estipuladas na Constituição Federal, discussão já abordada anteriormente no trabalho. ODETE MEDAUAR (2004, p. 38) concorda com esta afirmação, alegando que “os incisos I a V abrigam preceitos já existentes na Constituição Federal de 1988, ou dela deduzidos de forma inquestionável. Talvez tenha havido o intuito de reunir, num só artigo do Estatuto, as principais competências da União em matéria urbanística”.

Neste momento, é absolutamente salutar uma análise do artigo 4º do Estatuto da Cidade. Isto se deve ao fato deste artigo ser quem propõe diferentes instrumentos de política urbana a serem utilizados para a efetivação das diretrizes gerais propostas no artigo 2º, para, assim, concretizar estas políticas urbanas.

Complementando a afirmativa acima, há precisa síntese elaborada por MARIANA SENNA SANT’ANNA (2011, p. 130):

O artigo 4º do Estatuto da Cidade classifica os planos nacionais, regionais, estaduais, das regiões metropolitanas e municipais, como instrumentos de implantação das diretrizes gerais de política urbana nacional. Desta forma,

⁷ “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;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [...]

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; [...]

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

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

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

fortalece as competências conferidas pela Constituição aos entes federados no planejamento da política urbana. Ainda, faz com que todo o planejamento nacional esteja direcionado no mesmo sentido, o que facilita a implantação do planejamento ora em vigor.

Mais importante que isto, é que o Estatuto da Cidade suplementou a Constituição Federal na medida em que estipulou instrumentos especificamente aos Municípios, enquanto a Constituição não o tera feito. Estes, inscritos nas alíneas do inciso III do artigo 4^o, são abordados como os instrumentos para a execução de um planejamento municipal, e podem ser diferenciados em planos físicos em planos orçamentários. ADILSON ABREU DALLARI (2010, p. 77) disciplina sobre o tema da seguinte forma:

Os primeiros (plano diretor, disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo e zoneamento ambiental) são fundamentalmente planos físicos, destinados a disciplinar os espaços urbanos. Já o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual são instrumentos basicamente econômicos, destinados a disciplinar o uso dos recursos financeiros municipais. [...]

Para o escopo deste trabalho, o enfoque é dado aos instrumentos de plano físico, em especial o de alínea a) plano diretor, e o de alínea b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo.

Passando para o inciso V do artigo 4^o, este também tem destacada importância no contexto do desenvolvimento urbanístico nacional, uma vez que normatizou institutos jurídicos e políticos como instrumentos de aplicação prática da política urbana. Novamente, é imperioso propor que, devido ao extenso rol de alíneas apresentadas no inciso, serão apontadas somente as que tem maior impacto no escopo principal do presente trabalho, quais sejam: alíneas b), c), d), f), g), h), i), j) l), n), o), p) e q)⁹.

⁸ “Art. 4^o Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:[...]”

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;”

⁹ “V – institutos jurídicos e políticos:[...]”

b) servidão administrativa;
c) limitações administrativas;
d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; [...]
f) instituição de zonas especiais de interesse social;

Debruçando-se brevemente sobre estes institutos, inicia-se pela própria alínea b), que trata da servidão administrativa. RUBEN TEDESCHI RODRIGUES (2002, p. 105) versa que “nas servidões administrativas há um ônus real [...], de tal modo que o bem gravado fica em estado especial de sujeição à utilidade pública, proporcionando um desfrute direto, parcial, do próprio bem ([...] fruível pela administração ou pela coletividade em geral)”.

A alínea c) trata das limitações administrativas. O fato de haver limitações administrativas especificadas neste mesmo rol de alíneas do inciso V, faz que com esta alínea seja uma obrigação geral de não fazer por parte do munícipe, conferindo um caráter perene de poder de polícia administrativa, seja de caráter preventivo ou seu caráter repressivo.

Já a alínea d) trata dos tombamentos de imóveis ou mobiliário urbano, uma atividade executada por lei visando a imposição de restrições acerca de um imóvel, habitualmente com intuito conservativo. Sobre o tema, ANTONIO AUGUSTO QUEIROZ TELLES (1992, p. 41) é bastante didático ao expor que “o tombamento é um conjunto legal de restrições parciais que o poder público faz a um bem particular [...] por motivos de interesse público mencionado em lei”.

Em relação às outras alíneas, de forma mais genérica, é possível fazer uma distinção com base nos estudos de FERNANDO DIAZ MENEZES DE ALMEIDA (2004, p. 53):

[...] As matérias previstas nas alíneas *d, e, f, i e m* configuram restrições (como espécies do gênero limitações), seja ao uso, seja à fruição, seja à alienação da propriedade.

As alíneas *b, g, h, e l* caracterizam direitos reais sobre coisa alheia, e as alíneas *a e j*, modos de cessação do direito de propriedade [...].

Por fim, as alíneas *n, o, p, q, r e s* não se enquadram propriamente entre espécies de limitações, configurando medidas de caráter político, que podem, de modo direto ou indireto, afetar o regime das limitações.

Assim, dá-se sequência a análise dos artigos do Estatuto da Cidade, considerando que muitos dos artigos subsequentes tem em seu conteúdo normativas que se aprofundam no uso destes institutos jurídicos e políticos expostos no inciso V do artigo 4° desta norma.

-
- g) concessão de direito real de uso;
 - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
 - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - l) direito de superfície; [...]
 - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - o) transferência do direito de construir;
 - p) operações urbanas consorciadas;
 - q) regularização fundiária;”

No que diz respeito o artigo 5° desta lei, ele trata do parcelamento, edificação e utilização do solo urbano, demonstrando com certa clareza que visa assegurar a função social da propriedade urbana. A Constituição Federal de 1988 a define de modo formal, pelo seu parágrafo 2° do artigo 182, quando versa que *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*.

Ao extrair esta definição formal da Constituição Federal, FERNANDO DIAZ MENEZES DE ALMEIDA (2004, p. 60) chega a uma conclusão que expõe aos seus leitores quando afirma, com razão, que “é o plano diretor – lei municipal – que irá fornecer, em cada caso, a definição material da função social da propriedade”. Isso se verifica, inclusive, no artigo 39 do Estatuto da Cidade, que será visto na sequência do trabalho.

Necessária menção da seção IX, composta pelos artigos 28, 29, 30 e 31, que trata da outorga onerosa do direito de construir. A outorga onerosa do direito de construir baseia-se na possibilidade do exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico estipulado pelos instrumentos urbanísticos, na condição de que haja uma contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Este pode vir a ter impacto no nível de ocupação de determinada região.

De toda forma, o Estatuto da Cidade reservou trecho que trata do plano diretor. Este, estabelece em seu capítulo III (do artigo 39 ao 42-B) balizas básicas para nortear a elaboração deste instrumento essencial para política de desenvolvimento e expansão urbana.

De antemão, RALFO EDMUNDO DA SILVA MATOS (2008, p. 158) ressalta a importância do Estatuto da Cidade em relação a elaboração do plano diretor ao explicar:

O Estatuto da Cidade requalifica, fundamenta juridicamente, estabelece instrumentos e dá consistência técnica aos planos diretores, os quais, por definição, vão além da cidade oficial, já que, por serem de abrangência municipal, exigem a atenção para com uma série de leis e normas atinentes ao meio ambiente, reservas naturais, áreas de preservação permanente [...]

No artigo 39, o Estatuto da Cidade estipula o que seria o cumprimento da função social da propriedade, quando preconiza que *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2° desta mesma normativa*.

O artigo 40¹⁰ é mais focado no frequente exercício do planejamento urbano em razão da dinamicidade que a expansão urbana propõe. Neste aspecto, é proveitosa a leitura proposta por RUBEN TEDESCHI RODRIGUES (2002, p. 211) quando o autor expõe que, ao fim e ao cabo, “a preocupação maior, tanto do administrador público quanto do particular, é com o planejamento [...], é pensar no futuro e, principalmente mudar o status quo para melhor, para não repetir os erros ou desacertos cometidos no passado”.

Sobre o tema, importa salientar que quando o Estatuto da Cidade prevê o planejamento do espaço urbano, ele não se limita somente ao núcleo urbano da cidade, mas também as áreas habitáveis ao entorno que também foram menos antropizadas, que constituem, muitas vezes, maior espaço geográfico.

Pontua-se o artigo 41¹¹ do Estatuto da Cidade, que delimita um rol taxativo alternativo de características que impõe a obrigatoriedade de promulgação de Plano Diretor. Destes, talvez o mais importante e significativo encontra-se no inciso I, que são as cidades com mais de vinte mil habitantes.

No que se refere a gestão democrática da cidade, o Estatuto da Cidade prevê a participação da comunidade na elaboração do Plano Diretor, mais especificamente no artigo 41, §4º, inciso I, que é explícito ao preconizar que, no processo de elaboração do Plano Diretor, os poderes legislativo e executivo municipais garantirão *a promoção de audiências públicas e*

¹⁰ “Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

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

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

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

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

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

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

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

¹¹ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.”

debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

ROBERTO LUIS DE MELO MONTE-MÓR (2008, p. 63) promove de forma efusiva a defesa da participação popular e política na elaboração do planejamento urbano, afirmando que “a participação política crescente, hoje observada [...], certamente terá algo a dizer a este respeito, e ao redefinir o papel do Estado face à sociedade estará redefinido o planejamento urbano e criando as bases para uma real política urbana [...]”.

Os artigos subsequentes deste mesmo capítulo fazem menção aos aspectos constitutivos do Plano Diretor, bem como estipula parâmetros os quais obrigam certos municípios a promovê-los. Mais didática faz a explicação de HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 115), que sobre o tema, leciona:

O Estatuto da Cidade [...], em seus arts. 39 a 42, disciplina o processo de elaboração do Plano Diretor, que deverá contar com a participação da comunidade (conforme exige o art. 29, XII, da Constituição Federal), estabelece seu conteúdo mínimo e estende a obrigatoriedade de sua elaboração também aos Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, aos Municípios que pretendam estabelecer. Parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, aos integrantes de áreas de especial interesse turístico e, ainda, no caso de realização de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. A lei que aprovar o Plano Diretor deve ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

Diante do apresentado, transparece a influência do Estatuto da Cidade na regulação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, promovendo uma verdadeira luz sobre os estudos empíricos angariados na década de 90 e revolucionando a maneira de abordar política urbana no Brasil, com diferentes resoluções, abordagens e limitações ao uso do solo urbano.

Visto isto, conclui-se que a legislação urbanística tem, de fato, impacto direto nas normativas que determinam o uso e a ocupação do solo urbano, principalmente ao impor limitações neste uso, gozo e fruição do particular diante deste solo urbano. JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 51) assevera, inclusive, que o “zoneamento é a base da configuração do direito de propriedade em um Município”.

Sendo assim, uma vez compreendidas as legislações que regulamentam todo o planejamento urbano, a lógica do zoneamento urbano e suas implicações jurídicas no uso e na ocupação do solo, é possível aprofundar-se no impacto que estas possuem sobre o exercício do

direito de propriedade e, mais precisamente, no direito de construir, e a relação com qual a Administração Pública rege estas construções no espaço urbano.

2.4 O LICENCIAMENTO URBANÍSTICO DE OBRAS E CONSTRUÇÕES

Com as exposições apresentadas até o momento, foi possível perceber a legislação que rege o direito urbanístico e seu impacto ao apresentar e propor instrumentos para maior efetividade no desenvolvimento de um espaço urbano planejado e ordenado. Isto não é diferente quando se trata das construções que são edificadas na área urbana.

Tendo em mente que as construções têm um impacto direto nas feições urbanísticas de uma determinada região, além dos instrumentos regulamentares que são legislados pelos entes federativos, em especial na esfera municipal, a Administração Pública precisa averiguar se os municípios estão, de fato, respeitando as métricas impostas na legislação no momento de exercer seu direito de construir. Para conferir que o exercício do direito de construir do munícipe esteja conforme a métrica estipulada pela legislação, a Administração Pública submete aquele que deseja construir a um processo de licenciamento, assim, concedendo ou não o direito de empreender a edificação.

Para que haja melhor compreensão deste complexo sistema, far-se-á, primeiramente, um estudo do direito de construir, para, posteriormente, explicar como este se submete aos atos licenciatórios junto a Administração Pública.

O direito de construir, intimamente ligado com o direito de propriedade, tem fundamental impacto quando estudado o planejamento dentro de um espaço urbano determinado.

Antes mesmo do direito de construir, é importante fazer uma breve apresentação do direito de propriedade, pois, segundo HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 30) “o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade”. Esta presunção é depreendida do artigo 1.228 do Código Civil¹², uma vez que o direito de construir estaria subentendido na faculdade de usar, gozar e dispor de sua propriedade.

Complementando nesta mesma linha está MARIA HELENA DINIZ (2010, p. 114), quando define que o direito de propriedade é “o direito que a pessoa natural ou jurídica tem,

¹² “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

dentro dos limites normativos, de usar, gozar, e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem o injustamente detenha”.

Neste sentido, valendo-se da contribuição da autora supracitada, há de se aprofundar no conceito da propriedade urbana, explicitado didaticamente por JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 77) quando assevera:

[...] propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social e específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana; realizar, em suma, as funções sociais da cidade.

Para JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 80), este trecho supracitado “nos dá duas relevantes informações: a propriedade urbana tem seu regramento fortemente influenciado pelo direito urbanístico, e é voltada para o atendimento das funções sociais da cidade”.

Complementando tal informação, é possível perceber que o constituinte passa a propor esta alteração de paradigma ao explicitar na Constituição Federal a função social da propriedade, como demonstra a análise de CARLOS ARI SUNFELD (1988, p. 05):

Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade o constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao direito público algo que era até então tido por exclusivo do direito privado: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. [...] Importa notar que, como consequência da submissão da propriedade, ou, do proprietário, a objetivos sociais – evidentemente obrigatórios – criam-se verdadeiros deveres.

Passando ao direito de construir, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 83) julga ser mais preciso defini-lo como “direito de edificar em solo urbano”.

Há autores que afirmavam que seu exercício é livre até os limites definidos pelas leis. Estes limites são abordados pelas legislações urbanísticas, bem como de legislações ambientais. HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 31) trabalha esta questão quando afirma que “as limitações ao direito de construir formam as exceções, e, assim sendo, só são admitidas quando expressamente consignadas em lei ou regulamento”.

Em outras palavras, o direito de construir não é um direito absoluto. Ele se subordina a limitações impostas tanto pelas normativas da Administração Pública de caráter urbanístico e ambiental, assim como pelo direito de vizinhança.

VICTOR CARVALHO PINTO (2005, p. 208) apresenta raciocínio na mesma linha, dizendo que “a propriedade não deveria ser tratada, portanto, como um direito individual absoluto, a ser meramente reconhecido pelo Estado, mas como uma instituição econômica por ele criada, por ser útil à sociedade”.

De forma complementar, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 86) propõe uma mudança de paradigma nesta relação do direito de construir e o direito de propriedade. Para o autor, cada vez mais, o direito de construir vem se afastando do direito de propriedade na medida em que passa a ser uma concessão do Poder Público em relação ao solo urbano. De forma mais didática, explica o autor:

A evolução [...] da atividade urbanística do Poder Público e o surgimento consequente de uma normatividade jurídico-urbanística mais desenvolvida, gerando o direito urbanístico, vêm importando em alterar a correlação entre direito de construir e direito de propriedade, com profundas mudanças no regime do solo urbano, de sorte que a atividade urbanística do Poder Público – especialmente os planos urbanísticos – tem efeito constitutivo do direito de construir, que, nesses termos, não é uma emanção do direito de propriedade, mas uma concessão do Poder Público.

DIÓGENES GASPARINI (1995, p. 422) somatiza na proposição de uma nova forma de encarar a subordinação do direito de construir às premissas impostas pela Administração Pública quando apresenta:

[...] a propriedade privada não é mais absoluta. Seu uso, gozo, fruição e disposição não podem opor-se aos interesses gerais. Mesmo em países como o nosso, em que a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à segurança, e à propriedade, ela está condicionada a uma função social. Aquela propriedade privada, oponível contra todos e contra o próprio Estado, já não existe, e para realizar o bem comum pode o Estado nela intervir, valendo-se dos institutos da limitação administrativa [...]

JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 101) também observa o direito de construir não como um direito proveniente do direito de propriedade, mas sim um direito criado pela Administração Pública na estruturação de um planejamento urbanístico. O autor afirma que “a atividade urbanística do Poder Público [...] acaba por ter efeito constitutivo do direito de construir, que, nesses termos, não se configura como uma emanção do direito de

propriedade, mas uma concessão ‘lato sensu’ do Poder Público”. Partindo desde conceito, o mesmo autor elabora ainda mais esta ideia no seguinte excerto:

Releva destacar, neste diapasão, o entendimento de que o plano outorga faculdades em termos edilícios, e não as restringe: compreendendo-se a edificabilidade como algo não imanente à propriedade imobiliária urbana, torna-se evidente que caberá à lei urbanística atribuir tal qualificação a tais propriedades. A qualificação atribuída representará o direito de construir do proprietário.

Ainda, o autor supracitado dá continuidade a sua ponderação quando elabora que a “edificabilidade possível em um terreno é o que determina, em termos gerais, o plano urbanístico positivado pelo plano diretor, advindo destes parâmetros o direito de construir do proprietário” (JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR, 2012, p. 101).

Por este mesmo caminho leciona LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 57) ao asseverar que “as limitações administrativas não são uma restrição ao direito de construir, vez que configuram a sua própria moldura, seu próprio perfil”.

Considerando ambas as frentes, tanto a que considera o direito de construir inerente ao direito de propriedade, quanto a que considera o direito de construir uma concessão do Poder Público, qualquer um que pretende exercer esse direito se obriga a respeitar as legislações urbanísticas impostas pela municipalidade, que determina qual é uso conforme para tal exercício.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 84) é bastante assertivo quando resume esta questão ao declarar que “o direito de propriedade privada não pode superpor-se ao preceito constitucional da sua função social, ao ponto de impor a faculdade de edificar onde o interesse público aconselha a inedificabilidade”.

Sobre este tema, HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 32) apresenta o princípio da relatividade do direito de propriedade, ou, como ele mesmo considera mais adequado, a normalidade do exercício deste direito. Sobre o tema, o autor discorre:

[...] ao proprietário ou possuidor só é lícito o uso regular do imóvel, sem abuso ou excesso na fruição de seus direitos. Toda utilização que exceder a normalidade, vale dizer, os padrões comuns de uso da propriedade, segundo a destinação e localização do imóvel, erige-se em *mau uso*, e como tal pode ser impedida [...], por *anormal*.

Quando o autor se refere ao uso normal, ele se refere a sua conformidade em relação a destinação, intensidade, extensão e oportunidade, todos estes sob uma ótica dos padrões locais e comuns das ocupações e os usos dos imóveis no bairro inserido. Usa-se o exemplo de um ruído de fábrica: pode ser anormal se inserido em uma zona residencial, porém normal se inserido em zona industrial.

Resumidamente, a normalidade é averiguada se o uso da construção é harmonioso ou não com a localidade em que ela se insere. HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 35), reforça que “o que convém acentuar é que o conceito de normalidade do uso da propriedade é relativo e contingente, variando com as circunstâncias ocorrentes em cada caso”.

Ratificando a afirmativa acima também está JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 84), que classifica estas restrições como “limitações urbanísticas, que consistem em condicionamentos referentes ao uso, de acordo com leis de zoneamento que predeterminam categorias de usos admissíveis em cada área”.

Seguindo este raciocínio, MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS (2001, p. 95) resume que “a intenção da Administração, ao impor limites ao exercício do direito de construir, é proteger o ordenamento urbano de abusos por parte dos que nele intencionam viver com a mínima qualidade possível”.

Esta mesma percepção é comungada por PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2014, p. 19) ao explicar a finalidade que busca a Administração Pública ao exercer a ordenação da atividade privada:

[...] a Administração Pública, na tarefa de ordenar a atividade privada, verifica se o exercício dos direitos de propriedade e liberdade pretendido pelo particular dá-se em conformidade às condicionantes legais, à função social do direito que lhe é inerente ou se não afetam, desproporcionalmente, direitos e interesses de outros (ou de todos).

Ainda, é importante observar as limitações construtivas de caráter urbanístico não como uma maneira de tolher o direito de propriedade individual, mas sim como a manutenção e promoção de um direito coletivo ao meio ambiente urbano ótimo. Sobre esta discussão, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (1968, p. 117) em seus remotos estudos, já anunciava essa mudança de percepção, que compartilhou no seguinte excerto:

O direito de propriedade, outrora absoluto, está sujeito, em nossos dias, a numerosas restrições, fundamentadas no interesse público e também no próprio interesse privado, de tal sorte que o traço nitidamente individualista

de que se revestia cedeu lugar a concepção totalmente diversa, de conteúdo social, mais do âmbito do Direito Público.

Nesta mesma esteira, JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 99) contribui:

A questão da edificabilidade em imóveis urbanos merece hoje uma análise que não parta do interesse individual em face do interesse coletivo, e sim, do contrário: é necessário, haja vista a premente necessidade de preservação e promoção da melhoria do meio ambiente urbano [...], que a avaliação crítica dos elementos jurídicos postos à disposição do intérprete para a formação da hipótese legal referente ao tema tome por base o interesse difuso da cidade socialmente equilibrada e justa e o direito às cidades sustentáveis.

Neste ponto, urge frisar que as legislações urbanísticas municipais têm influência preponderante no direito de construir ao sugerir e condicionar o zoneamento das glebas a um uso predeterminado, de maneira que padroniza o uso normal de uma construção em zonas específicas da cidade para um melhor aproveitamento e menor degeneração.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 253), no que se refere as normativas restritivas de construção, afirma que “dentre as restrições urbanísticas destacam-se as que condicionam o assentamento das edificações no lote, cujas normas, traduzidas em índices urbanísticos e recuos, estabelecem o contorno do direito de construir, *in concreto*”.

Trazendo VICTOR CARVALHO PINTO (2005, p. 208), ele explana a relação da Administração Pública com proprietário e sociedade, que é intrínseca nesse direito, explicando que “cada categoria de propriedade tem seu regime jurídico próprio, definido pelas normas que regem a respectiva atividade. Essas normas operam uma composição prática entre as noções de direito subjetivo e função social”.

Esta é uma percepção obtida também na leitura de HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 36) que assevera que o Plano Diretor passa a ter papel fundamental nas limitações ao direito de construir após a Constituição Federal de 1988, como se observa:

A Constituição de 1988, ao condicionar o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social (arts. 5º XXIII, e 170, III), apresenta nova concepção do direito de construir, que fica subordinado, também, às imposições legais decorrentes do Plano Diretor – “uso adequado do imóvel urbano de acordo com sua função no ordenamento da cidade” (art. 182, §§ 2º e 4º) – e não apenas às restrições relativas à proibição do mau uso da propriedade.

É salutar, ainda, determinar que as limitações ao direito de construir não ensejam qualquer possibilidade de indenização do Estado para com um administrado. Esta afirmação é feita por JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR (2012, p. 90), complementando que isso “ocorre porque as limitações administrativas representam o próprio contorno do direito, logo, o que supostamente pode parecer que foi retirado [...] na realidade, nunca lhe pertenceu, nunca integrou o delineamento do direito”.

Sendo assim, a conformidade com as premissas estipuladas nas legislações municipais torna-se imprescindíveis àquele que visa exercer seu direito de construir, em respeito ao planejamento e ordenamento urbano estipulado em sede do Plano Diretor.

E, para o Poder Público, resta a conferência desta conformidade com o planejamento urbano já estipulado, promovido com institutos de controle.

Nesta contextualização feita entre o direito de construir e as limitações impostas pela Administração Pública em nome da manutenção da ordem urbanística, exige-se uma métrica para averiguar que aquele que deseja construir está, de fato, com suas pretensões em concordância com as limitações estipuladas pela legislação vigente. Este exercício de controle é exatamente o de licenciamento urbanístico.

Os licenciamentos urbanísticos são procedimentos administrativos necessários para as obras e edificações no espaço urbano justamente para garantir que a construção pretendida pelo administrado não extrapole os limites impostos nas legislações municipais.

CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO (2002, p. 65) define o licenciamento como “o conjunto de etapas que integra o procedimento administrativo que tem como objetivo a concessão de licença”.

De antemão, importa esclarecer que o licenciamento, bem como qualquer atividade fiscalizatória exercida por parte do Poder Público, é decorrente do poder de polícia estatal. LUCIA VERA FIGUEIREDO (1980, p. 5) versa sobre a origem do poder de polícia, discorrendo que este “compreendia, na antiguidade, a proteção de valores como a segurança, salubridade e moralidade pública, mas quase acima da ordem jurídica - portanto, praticamente, como conceitos metajurídicos”.

De forma um pouco mais direta, MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS (2001, p. 74) afirma que “no que diz respeito à noção de poder de polícia, podemos afirmar que tal poder é um dos concedidos pela lei à Administração, com vistas a lhe possibilitar o controle e limitação do exercício das atividades dos particulares”, o que, nesta frente, observamos como

um exercício do direito de construir de forma desacomodada, tornando-se, assim, desconforme com o planejamento urbanístico estipulado.

Tendo em vista o poder de polícia que é inerente à atividade estatal, este também recai na atividade de controle e fiscalização das construções em relação a sua conformidade com o uso do solo estipulado, assim como as normativas referentes aos códigos de obras e posturas.

TOSHIO MUKAI (2010, p. 365) percebe que “esse controle abrange o aspecto urbanístico geral e o aspecto estrutural e funcional de cada construção”.

PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2014, p. 18) bem justifica a submissão do particular a anuência das premissas impostas pela Administração Pública no seguinte excerto:

[...] a lei pode prescrever que as atividades particulares devam ser submetidas à prévia anuência pelo Poder Público[...]. E isto se justifica [...] na necessidade demandada por algumas circunstâncias, de que previamente à sua concretização seja confirmada a legalidade da iniciativa e coordenada ao interesse público ou geral, além de se viabilizarem meios adequados para aferir seu posterior desenvolvimento e fiscalização.

O estudo da atividade de controle estatal aponta que existem três momentos em que o Poder Público exerce seu controle sobre as construções: um que se antecipa ao início das construções, dito controle prévio; um que se dá enquanto as obras já estão em andamento, chamado controle concomitante; e, por fim, um controle que se apresenta após a conclusão das obras, chamado controle sucessivo. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 434) reforça a explicação:

(a) Antes da atuação do interessado, que é o mais importante, dito controle prévio, que se realiza pela aprovação de planos e projetos, pelas autorizações e licenças; (b) durante a atuação do interessado, dito controle concomitante, que se efetua pelas inspeções, comunicações e fiscalizações; (c) Finalmente, depois da atuação do interessado, o que se dá pelo controle sucessivo ou a posteriori, mediante auto de vistoria, de conclusão de obra ou “habite-te”.

Tendo sido observadas os três momentos diversos em que o Poder Público exerce sua fiscalização diante do município em relação a construção de uma edificação em solo urbano, passa-se a fazer um breve aprofundamento em cada uma destas etapas.

O primeiro deles, de maior valia para o presente trabalho, e certamente mais eficaz para a manutenção de um espaço urbano conforme é o controle prévio, pela busca do licenciamento perante a Administração Pública antes do início das obras. Este, ocorre quando o município consulta o ente público quanto ao respeito às legislações que recaem sobre o espaço

urbano no qual ele pretende exercer seu direito construir, buscando o aval prévio da Administração.

O autor PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2014, p. 18) bem resume em sua obra que “ao verificar, antes de permitir o desenvolvimento de determinada ação, se a iniciativa pretendida atende e satisfaz às restrições e aos requisitos previstos em lei, o que a Administração Pública faz é evitar a violação de uma norma jurídica”.

A consulta à Administração Pública ocorre com um procedimento administrativo instaurado por aquele que deseja exercer seu direito de construir, junto ao poder administrativo municipal, apresentando seu projeto construtivo para o local. Diante disto, o corpo técnico do município promove a conferência deste projeto com as legislações urbanísticas que regem os limites construtivos do município.

No caso de o projeto estar em desacordo com as premissas determinadas em lei, a Administração Pública aponta as inconsistências, permitindo que o munícipe promova as alterações necessárias para o cumprimento das normas urbanísticas específicas.

Uma vez que o projeto se coaduna com as exigências estabelecidas por lei, há a aprovação do corpo técnico, resultando na expedição de uma licença urbanística para construir.

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (1979, p. 502) define de forma muito clara o que é uma licença, inclusive propondo um exemplo de natureza urbanística-construtiva:

a licença é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada. Como exemplo, tem-se a dada para construção de edifício. O proprietário de certo terreno nele só pode construir após a licença obtida, em verificando a repartição competente que o projeto de construção atende às exigências legais. Apurado, entretanto, que estas foram obedecidas, se impõe que seja-lhe facultada essa atividade material. Ao contrário da autorização, não fica a critério da Administração Pública a sua outorga. Isso porque assiste ao interessado o direito a ela, em preenchidas as determinações legais. Aqui se pode dizer que a licença remove obstáculo ao exercício de um direito, qual seja, o de construir.

MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS (2001, p. 101) explica que “a licença urbanística faz parte da atividade administrativa concernente ao controle prévio ou preventivo das edificações”.

Acerca do exercício do poder público de seu controle prévio através da conferência de conformidade dos projetos e a expedição de licença para construção, é irreparável a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (1981, p. 173):

a licença para construir é o ato administrativo pelo qual o Executivo, exercitando competência vinculada, libera a construção de determinada obra, por verificar e proclamar a consonância entre um projeto de construção e o direito de construir legalmente garantido.

O mesmo autor é assertivo ao afirmar que “ante um pedido de licença, ao Executivo nada mais cabe além de conferir se existe ou não o direito alegado e, se existente, proclamar tal fato, liberando o administrado para exercitá-lo”. Ele afasta a ideia de que se trata de um ato discricionário por parte do Poder Público, deixando claro que “uma vez delineada em concreto situação descrita objetivamente pela norma, o Poder Público não pode negar a licença” (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 173).

LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 58) coaduna com este pensamento quando afirma que “é a licença para edificar um ato administrativo inserida na competência vinculada, pois, satisfeitos os pressupostos legais, nada remanesce à Administração, a não ser a outorga da licença”.

Em outras palavras, o munícipe, ao observar as normativas que limitam o direito de construir de determinado espaço urbano, promove um projeto e busca junto ao Poder Público a sua licença para execução do mesmo. Em caso de conformidade do projeto com as leis urbanísticas, cabe ao poder público apenas a expedição da licença para possibilitar a construção almejada.

Desta forma, acompanha-se a elaboração de MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS (2001, p. 106) que versa que “a licença urbanística ou edilícia é, portanto, ato administrativo unilateral, simples, vinculado, [...] sendo utilizada como um dos mecanismos do exercício do poder de polícia preventivo a cargo da Administração”. A mesma autora ainda conclui:

É, portanto, a licença urbanística, um dos instrumentos de atuação da Administração, enquanto no exercício do controle preventivo das atividades dos particulares, relacionadas às edificações. Referida atuação nada mais é do que a própria função administrativa, direcionada ao atendimento das posturas e regulamentos edilícios.

Partindo da visão formal para seu lado material, TALDEN FARIAS (2013, p. 27) discorre que “a licença [...] é uma espécie de outorga com prazo de validade concedida pela Administração Pública para a realização das atividades [...], desde que sejam obedecidas determinadas regras, condições, restrições e medidas de controle [...]”.

A autora LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 59) complementa ainda sobre a licença para construção, afirmando que “a finalidade do ato é diretamente referida à outorga da possibilidade de construir”.

Importa, rapidamente, relevar que há uma diferença clara entre a licença urbanística para a construção e a licença ambiental para a construção. A licença urbanística tem caráter de observar o zoneamento, a finalidade da construção, e sua conformidade com as imposições construtivas técnicas perante legislação do código de obras e posturas. Por outro lado, a licença ambiental de construção já tem um caráter de proteção do meio ambiente, preocupando-se com o caráter ecológico do local onde se pretende construir, impondo suas limitações diante de características naturais do ambiente.

ÉDIS MILARÉ (2020, p. 998) alerta que “como prática do poder de polícia administrativa, não se deve considerar um obstáculo teimoso ao desenvolvimento, como, infelizmente, muitos assim o enxergam”.

Compreendido o controle prévio, importante faz-se o avanço para a próxima etapa de controle da Administração Pública.

Passando para uma breve exposição do controle concomitante, este é realizado exatamente para averiguar se a execução da obra está coincidente com o projeto aprovado pela Administração Pública para a obtenção de licença.

Salienta-se que, desta vistoria realizada para averiguação da conformidade da obra, é passível o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública em caso de projeto em desacordo com o aprovado previamente, bem como a construção feita sem qualquer licenciamento.

Em relação a esta etapa do controle da obra, TOSHIO MUKAI (2010, p. 373) oferece resumo:

Durante a execução da obra, a Administração efetua um controle, uma fiscalização (mediante relatórios, inspeções e vistorias), no sentido de verificar se ela está sendo levada a efeito de acordo com o ato administrativo de licença. De tudo o fiscal lavrará termo um termo de ocorrência, podendo sugerir, à autoridade superior, se for o caso, a expedição de auto de infração com intimação do interessado para regularizar a obra.

É importante pontuar que, em caso de desconformidade da construção com as legislações urbanísticas vigentes, existe o controle repressivo por parte do Poder Público, que pode resultar na lavratura de um auto de infração. Apesar do Poder Público oportunizar a regularização para o autuado, o autuado é passível de sofrer penalidades como embargo da obra e demolição da obra, além, claro, de penalidades de multa e advertência.

Discorrendo sobre o controle exercido pela Administração após a obtenção (ou não) da licença, ÉDIS MILARÉ (2020, p. 1000) afirma que “está-se a discutir a necessidade de permanente verificação da regularidade de atividade já em desenvolvimento, cujo controle fiscalizatório pode recomendar, por exemplo, a instauração de um processo administrativo sancionatório, em razão de eventuais desconformidades aos requerimentos [...]”.

No que diz respeito ao embargo da obra, sua manutenção é feita normalmente durante o período de regularização e expedição das licenças para que haja a continuidade da obra sob a égide da legislação e com a anuência da Administração.

Já a penalidade de demolição é a mais severa dentro do cenário do direito urbanístico. Por esse motivo, não é aplicável em qualquer cenário, exigindo-se casos de extrema gravidade para sua aplicação.

Importante, neste momento, diferenciar a ordem de demolição em obra já licenciada da ordem de demolição em obra clandestina. De acordo com TOSHIO MUKAI (2010, p. 374), “em se tratando de obra licenciada, a ordem de demolição somente será expedida após processo regular, com direito de defesa, no qual se desconstitua a licença [...] e, não sendo efetuada a demolição pelo próprio interessado, caberá a demolição compulsória”. Este percurso já não é o mesmo quando se trata de obra clandestina. Nesta, há maior permissividade para a Administração Pública proceder com a demolição compulsória, como preconiza o autor supracitado, que versa que “tratando-se de obra clandestina, a demolição é efetivada mediante ordem sumária da Administração”.

Sobre a ordem de demolição em obra clandestina, já existe um entendimento menos radical que sugere averiguar a possibilidade de regularização de obra junto ao interessado antes de proceder com a demolição. Este é o rumo que tem sido sugerido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina justamente por considerar o alto potencial lesivo da ordem de demolição.

Por fim, o controle sucessivo é talvez o mais simples deles, sendo uma inspeção após a obra finalizada para a averiguar se o projeto final da obra está consoante com o projeto

aprovado inicialmente, observando se há alguma execução desconforme à legislação urbanística e, conseqüentemente, com a licença expedida.

Desta forma, é procedida uma vistoria no local para averiguar justamente a conformidade do projeto com a execução da obra. Em caso de perfeita conformidade com a legislação urbanística, o poder público lavra o auto de conclusão de construção, resultando na expedição do ‘habite-se’.

TOSHIO MUKAI (2010, p. 366) desenvolve de forma bastante didática e resumida o processo por qual um munícipe deve passar para que respeite o controle prévio da Administração Pública, que se transcreve:

Esse duplo controle – urbanístico e estrutural – se faz através da exigência da prévia aprovação do projeto pelo poder público Municipal, de licenças, expedindo-se os alvarás correspondentes de construção, e, após a efetivação desta, expedindo-se o “alvará de ocupação”, conhecido, na prática, como “habite-se”.

Ainda, existe casos em que a obra foi executada sem qualquer licença, bem como não houve qualquer fiscalização para que estas licenças fossem obtidas durante o período de construção, entretanto, conformes a legislação urbanística vigente.

Nestes casos, existe a possibilidade de uma regularização posterior, com a expedição do que se chama alvará de conservação. TOSHIO MUKAI (2010, p. 375) afirma que no caso de “obras sem projetos e licenças respectivas, mas erigidas em acordo com as exigências legais, pode ser expedida licença excepcional ‘*a posteriori*’, a título de regularização da obra”.

LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 63) complementa esta informação, alegando que “o fato de a obra ter sido edificada sem licença, porém em obediência aos preceitos estabelecidos no Código de Edificações e demais legislação aplicável à espécie, não obstaculizaria [...] a concessão de alvará de conservação”.

Sobre o alvará de conservação, a leitura de HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 66) sugere que este “tem a natureza jurídica de licença de utilização do prédio construído ou reformado sem prévia aprovação do projeto. A expedição do alvará de conservação, como sucedâneo legal do ‘habite-se’, produz os mesmos efeitos administrativos e jurídicos deste”.

Sendo assim, expostas as maneiras de licenciamento de obras perante a Administração Pública para a que sejam observadas as limitações urbanísticas para o direito de construir e a conformidade deste com o planejamento urbano, faz-se necessário o questionamento da

inalterabilidade deste cenário fático-jurídico diante do Poder Público e de possíveis legislações urbanísticas supervenientes.

Até o momento foi possível perceber não só o desenvolvimento da matéria urbanística no país desde os acalorados debates dos reformistas urbanos que anteviram a Constituição Federal de 1988, mas principalmente o produto deste debate, que é a clara e perceptível evolução do direito urbanístico brasileiro.

Observando a importância da Administração Pública em sede municipal para a manutenção da ordem urbanística, em especial no que se refere as construções e edificações, é evidente que aquele que constrói sob a égide do que é preconizado pelo poder público tem uma garantia legal de conformidade. A grande proposição de estudo, que irá se deslindar no próximo momento, refere-se ao lapso intertemporal de legislações que pode gerar conflitos entre o existente urbanístico que, em seu momento de construção estava em conformidade com a legislação, e depois passar a estar em desconformidade - qual seria a extensão da proteção do existente urbanístico neste cenário.

3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE

3.1 O EXISTENTE URBANÍSTICO TEM DIREITOS?

Até este ponto, foi possível perceber toda a trajetória por qual perpassa o desenvolvimento da matéria urbanística no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o papel preponderante dos municípios na elaboração do planejamento urbano e seus instrumentos para efetivá-los.

Neste cenário, também se observou que a possibilidade de construção dentro de um espaço urbano não é irrestrita, de forma que o munícipe se submete a uma análise prévia da construção pretendida diante da Administração Pública, que, em caso de plena conformidade com a legislação vigente, é vinculada a permitir que o munícipe a execute.

Sendo assim, considerando que um munícipe percorreu todo o caminho licenciatório corretamente, construiu e implementou legalmente uma edificação conforme ao estipulado no projeto aprovado, e, por fim, obteve seu ‘habite-se’, é seguro dizer que esta construção passa a possuir um novo caráter jurídico, deixando de ser apenas uma construção, e passando a ser um existente integrante ao universo urbano de uma determinada região, ou, o que chamaremos de existente urbanístico. Juridicamente, este passa a gozar de legalidade uma vez que respeitou plenamente o trâmite demandado pela Administração Pública em seu exercício de controle.

Tendo isto em mente, partindo também da exposição de alguns conceitos basilares do direito urbanístico e das normas que regularizam estes no direito brasileiro, é possível apresentar e desenvolver a trama jurídica a qual visa-se debater, propondo o seguinte questionamento: será que o existente urbanístico, após consolidado, passa a ser detentor de direitos? Tudo indica que sim.

Considerando que o existente urbanístico resguarda direitos após sua regular construção, o ponto fulcral da pesquisa começa quando se transcorre um significativo lapso temporal, com uma consequente mudança de legislação urbanística, que faz com que a obra executada anteriormente não mais se coadune com a lei superveniente, situação chamada de conflito de direito intertemporal.

Diante desta situação fática, surge o questionamento da permissibilidade acerca da permanência, manutenção e ampliação desta obra. Ou seja, se o existente urbanístico é passível de proteção ante uma legislação posterior que o coloque em situação desconforme, ou, indo

além, tenha capacidade de se desenvolver, mesmo desconforme com a legislação que sobrevenha.

PEDRO MONIZ LOPES (2016, p. 25) propõe esta reflexão ao suscitar o questionamento “sobre o destino das construções fundadas em actos autorizativo válido e desconforme com o plano superveniente: o acto válido tornado inválido”.

Com este questionamento, em especial o verbete ‘o acto válido tornado inválido’, o autor supracitado tem o intuito de invocar a doutrina portuguesa da invalidade sucessiva ou superveniente, que se resume em um ato que é válido, mas que por uma mudança normativa posterior, pode ser passível de tornar-se inválido.

Para buscar respostas para este questionamento será necessário justamente debruçar-se em ordenamentos jurídicos estrangeiros, os quais já têm o direito urbanístico mais desenvolvido (como é o caso da Alemanha e de Portugal), sendo assim, passível de uma absorção de conceitos e conseqüente enriquecimento do debate para a aplicação (ou não) no ordenamento jurídico brasileiro. Ao fazer tal análise, é, no mínimo, concebível a aplicação do princípio da proteção do existente.

Elaborando essa questão, é de boa valia estipular um cenário hipotético e, a partir deste, atacar questões controversas que passam a surgir com o aprofundamento do imbróglío jurídico.

Inicia-se considerando que foi realizada uma construção ou edificação em determinado local, respeitadas todas as etapas anteriormente elencadas, ou seja, de acordo com o zoneamento estipulado pelo município, respeitadas as métricas determinadas pelo código de obras e posturas, com projeto aprovado e licenciado pela prefeitura municipal, perfeitamente consonante com as normas vigentes no momento da construção e, ao final, a obra sendo legalmente construída e concluída.

Transpassado um lapso temporal, há a promulgação de uma nova legislação urbanística – mais restritiva - que infira em mudança no uso do solo (seja um novo Plano Diretor, uma nova lei de zoneamento urbano, etc.), modificando a definição urbana estipulada para o local onde foi edificada a construção anteriormente erigida, de forma que esta construção passa a estar em desacordo com a legislação superveniente. Esta, então, passaria a estar enquadrada como uma edificação de uso desconforme, ou seja, que é considerado incompatível com a lei posterior que passa a vigorar.

De antemão, é importante ressaltar que muitas legislações preveem normas de transição, explicitando maneiras de sanar possíveis desconformidades. Estas são mais comuns

em situações nas quais as possíveis/supostas desconformidades ainda não foram executadas, ou seja, no caso de trâmites administrativos em curso na expedição de licenças e alvarás.

Neste exemplo hipotético apresentado, as desconformidades não foram abarcadas por normas de transição pelo fato de se encontrarem diante de uma situação já constituída, qual seja, uma edificação legalmente erigida sob uma legislação antecedente.

Sempre observando as possíveis tramas suscetíveis pelo direito urbanístico brasileiro, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 296) já antevia a possibilidade deste debate intertemporal ao alegar que “o problema mais sério que deflui da sucessão, no tempo, das leis de uso e ocupação do solo é aquele a que já nos referimos: o surgimento das desconformidades e o das respectivas tolerâncias”.

LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 51) apresentava esta questão ao suscitar este questionamento, também de forma hipotética. A autora sugeria este mesmo imbróglio ao abordar que “o problema, por evidente, será o concernente ao uso conforme, em determinada época, à luz de legislação sob a qual se iniciou, e que passou a desconforme, em virtude de lei superveniente”.

Começando a dar profundidade a discussão do princípio da proteção do existente, é fundante as elaborações apresentadas por CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 329):

[...] as construções e demais edificações realizadas ao abrigo de um ato de licenciamento válido incorporam-se definitivamente no patrimônio do respectivo titular e passam a gozar da proteção plena que é concedida ao direito de propriedade privada.
O mesmo acontece [...] ao direito de construir consolidado por uma licença de obras de edificação ou por um ato análogo, que recebe a mesma proteção concedida pelo Direito do Urbanismo às edificações e demais construções existentes.

Neste momento, passa-se a questionar a legalidade desta edificação, primeiramente se ela tem condições de se manter erigida da maneira em que foi licenciada ou se seria necessária a demolição (com indenização) ou desapropriação.

O mero ato de manter a edificação da maneira com que foi construída já propõe um debate no ordenamento jurídico nacional. Entretanto, o direito português tem este ponto muito mais pacificado sob a égide do princípio da proteção do existente em seu caráter passivo. Isso ocorre pois o próprio ordenamento português já prevê tal situação, como será observado no decorrer do trabalho.

Sobre o tema, PEDRO MONIZ LOPES (2016, p. 27) apresenta breve posicionamento:

Vale isto por dizer que o patrimônio construído ao abrigo de direito anterior e as respectivas utilizações, não são, em princípio, afectados por alterações legais e regulamentares supervenientes, fruto de o legislador ter considerado – e bem – que a sua situação jurídica não se desliga da validade substancial dos actos autorizativos nos quais se fundaram.

Posteriormente, desenvolve-se este questionamento para observar a possibilidade de obras para a manutenção desta estrutura já estabelecida, mantendo seu carácter funcional e urbanístico.

Para este caso, existe uma outra face do princípio da protecção do existente, denominado de protecção ativa do existente, que consiste em permitir reformas na edificação para que a edificação mantenha, de forma atualizada e segura, a sua estrutura pré-estabelecida sob a égide da legislação que deixou de vigorar.

Neste conceito, o direito português propõe duas condições alternativas para permissibilidade desta atividade construtiva, que seria ou melhorias nas condições de segurança da edificação, ou que a construção não resulte em maior desconformidade com as normas supervenientes. PEDRO MONIZ LOPES (2016, p. 29) apresenta didática exposição sobre o tema:

[...] o legislador optou por permitir o licenciamento ou autorização de obras de reconstrução ou de alteração que não cumpram as regras em vigor no momento do licenciamento, desde que tais obras se repõem a edificações existentes, conformes ao regime aplicável antes da entrada em vigor do novo plano, e produzam uma de duas consequências: (i) não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor, ou (ii) tenham como resultado a melhoria das condições de segurança ou salubridade da edificação.

Ainda, há uma terceira e mais expansiva modalidade, que aborda a possibilidade de uma ampliação da edificação já erigida com base na legislação antecedente, a mesma na qual foi obtida a licença (ou alvará de construção) em primeiro momento.

Esta, mostra sua face como outra modalidade do princípio da protecção do existente, a protecção funcional do existente. Compreende-se de protecção funcional do existente a permissão para ampliação conforme a legislação que já deixou de vigorar para que o município mantenha o uso funcional que a edificação possuía, mas não consegue mais exercer em razão da necessidade de expansão. Melhor explicando, a não permissão destas obras/alterações resultariam na perda do objeto para qual se destinava aquela edificação. Antecipa-se que este modelo de protecção tem maior aproximação com edificações comerciais e industriais.

Como exemplo, é possível propor a ideia de uma empresa que promove determinado tipo de atividade empresarial. A evolução do mercado e da concorrência exige alterações no seu modelo de negócio, de forma que essas alterações resultem na reforma/ampliação de seu espaço físico.

Por fim, suscita-se uma nova modalidade, na qual seria possível a expedição de alvará de construção (ou de uso) em desconformidade com a legislação atual em nome da manutenção das características culturais e urbanísticas de uma determinada área urbana reconhecida.

Esta face do princípio da proteção do existente não é necessariamente focada em uma determinada edificação ou obra, mas sim, do existente urbanístico como uma característica cultural de determinada região. Neste conceito, a proposta que se observa seria de que a Administração Pública poderia abrir mão de exigências construtivas para que a identidade do local se mantenha intacta.

Para tentar elucidar este conceito ao leitor, exemplifica-se por um bairro que possui uma forte identidade cultural, tendo como um traço identificativo suas casas geminadas. Um novo possuidor de lote naquele local que ainda não tenha exercido seu direito de construir, caso buscasse o licenciamento junto a Administração Pública, deveria respeitar, por exemplo, a métrica de recuo lateral imposta pela legislação municipal. Entretanto, este respeito ao recuo lateral resultaria em uma casa com uma identidade visual que destoa por completo da identidade visual daquela região. Observando este cenário, e promovendo a proteção do existente no sentido urbano-cultural deste bairro hipotético, a Administração Pública poderia abrir mão desta exigência normativa para manutenção das características urbanísticas desta localidade.

Todos estes questionamentos serão propriamente aprofundados nos subcapítulos subsequentes, com base em discussões que já acontecem nos expoentes do direito urbanístico, principalmente no direito português.

No direito brasileiro, tais discussões estão, majoritariamente, em torno de princípios gerais do direito. Entretanto, já é possível expor alguns posicionamentos observados no direito brasileiro em relação às premissas anteriormente expostas.

Inicialmente, há clara distinção entre as discussões que permeiam um direito subjetivo na intenção de usufruir de uma propriedade adquirida, o direito envolvido na obtenção de uma licença para construção, e uma obra já concluída por completo.

No primeiro deles, nada há mais do que a mera expectativa do adquirente, de forma que não há nada que lhe crie uma garantia desta expectativa diante da Administração Pública.

No segundo exemplo, já há um entendimento que a expedição de licença para construir cria um direito de construção durante a vigência da licença, de forma que, mesmo que neste íterim haja a promulgação de lei nova mais restritiva, o direito a construção ainda é assegurado pela licença obtida na legislação anterior porquanto de sua vigência.

O exemplo final possui um caráter mais sólido diante da legislação, bem como das jurisprudências que decidem sobre o assunto, valendo-se de conceitos da teoria geral do direito e do direito civil para aprofundar sua fundamentação. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 299), de maneira didática, oferece esclarecimento:

Mas uma situação jurídica subjetiva mais consolidada se concretizará [...] em decorrência do completo exercício do direito subjetivo, com a execução da obra e a obtenção do termo de conclusão ou “habite-se”. Com estes atos a questão transcende o simples campo do direito subjetivo para configurar um direito consumado, exercido, integrado definitivamente no patrimônio do titular, com outro regime, porque transformado, de direito de construir, em direito de propriedade do construído.

O que o autor acima propõe, desta maneira, é que a execução da obra faz com que o direito de executar a obra passe a ser um direito de propriedade do construído. Esse conceito proposto em muito se assemelha com o tema fulcral do trabalho, que é o princípio da proteção do existente.

Destarte, já é possível apresentar a reflexão proposta por TOSHIO MUKAI (2010, p. 334), quando aborda este conflito de direito intertemporal suscitando caso semelhante, propondo:

[...] uma lei que venha a modificar o zoneamento existente pode encontrar alguém que, tendo obtido alvará de construção ao tempo da lei anterior, tenha iniciado a construção antes do advento da nova lei; supondo-se que a alteração promovida pela lei nova implique a mudança da zona, ainda assim, nessa hipótese, haverá direito adquirido do proprietário de levantar sua construção, até o final.

Para o autor, o princípio do direito adquirido demonstra-se soberano quando defronte desta situação fática. Inclusive, conclui este raciocínio alegando que “esse o entendimento do STF no que diz respeito ao assunto” (TOSHIO MUKAI, 2010, p. 334).

Não apenas o autor supracitado, mas também LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 51) recorre a este, quando alega que “na hipótese de inexistência de ressalva expressa,

teremos de nos socorrer do conceito de direito adquirido tal como abrigado na Constituição [...] e à luz de sua exegese, iremos chegar à destriça da matéria ”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 304) ultrapassa o direito adquirido, apresentando um conceito pós direito adquirido:

[...] se foi construída regularmente, que seja isso recente, quer seja coisa antiga, a questão já não se afere mais com a doutrina do direito adquirido, porque [...] esta só tem cabimento quando o direito incorporado ao patrimônio do titular, pelo preenchimento dos requisitos para seu exercício, ainda não tenha sido objeto de gozo e exercício.

O autor supracitado, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 304), mostra-se preciso ao se aproximar mais do princípio da proteção do existente, quando dá continuidade ao trecho acima e versa acerca da construção legalmente concluída e seu local na ordem jurídica:

No caso agora figurado, o direito já foi exercido, está consolidado no seu titular como direito de propriedade da edificação, que vem gozando, exercendo regularmente. [...] A situação é muito diferente da do uso não-conforme, que pode ser deslocado, pois não há meio de deslocar a edificação desconforme, e nem se pode determinar sua demolição só porque está desconforme.

De fato, não só o direito adquirido, como outros princípios basilares do direito brasileiro dão respaldo a esse posicionamento, como o estado de direito e a segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança legítima, o princípio do *tempus regit actum*, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que serão tratados com mais profundidade no decorrer da dissertação. Todos estes são sólido suporte ao que José Afonso da Silva chamou de princípio da propriedade da edificação.

Ainda no intuito de apresentação da discussão jurídica a ser tratada, PEDRO MONIZ LOPES (2006, p. 33) suscita:

Na senda da mais recente jurisprudência do Tribunal Administrativo Alemão, foi então adotada a doutrina da proteção da garantia da indissolubilidade funcional do existente, ou garantia excepcional do existente (*überwinkender Bestandschutz*). Segundo esta doutrina, a operatividade do princípio *tempus regit actum* dever-se-á estender ao parâmetro de legalidade das medidas de alteração e de ampliação de edifícios, bem como a realização de certas alterações de utilização, desde que sejam indispensáveis para garantir a capacidade funcional (*Funktionsfähigkeit*) de determinadas edificações, conquanto exista uma indissolúvel conexão funcional entre as obras de alteração e a utilização dada ao edifício em causa.

Desta forma, respondendo à pergunta que intitula o subcapítulo – se o existente urbanístico tem direitos – toda esta elaboração apresentada até este momento do trabalho já demonstra que sim, o existente urbanístico possui direitos. Entretanto, o exercício proposto nesta dissertação é justamente perceber qual a extensão deste direito: onde ele se inicia e a partir de que ponto ele deixa de existir.

Mais ainda, é propor que, no direito brasileiro, possa ser superado esse entendimento por analogia e suporte de princípios gerais do direito, mas finalmente aprofundar e elaborar um princípio próprio do direito urbanístico nacional.

Uma vez apresentada a temática central desta dissertação, faz-se necessário o aprofundamento da matéria para um nível de debate no qual autores propuseram problemas e reflexões sobre o tema de maneira mais complexa e completa.

3.2 ORIGEM, CONCEITO E FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE

Partindo da provocação já exposta anteriormente, quanto a possibilidade de o existente urbanístico adquirir direitos, tal questionamento permitiu sucinta explicação sobre o que caracteriza uma edificação integrar o existente urbanístico, passível de direitos, garantias, e até proteção. Esta proteção, inclusive, tomou um caráter de tamanha relevância que passou ao patamar de princípio dentro do direito urbanístico, o princípio da proteção do existente.

Assim, apoiando-se em todo o conteúdo exposto e refletido no capítulo anterior, esta etapa do trabalho exige que haja um aprofundamento em relação ao princípio da proteção do existente, mais precisamente em sua origem, seu conceito, fundamentos, bem como os princípios do direito brasileiro que são basilares para que, mesmo que de forma análoga, este também encontre solidez e respaldo dentro do ordenamento jurídico nacional, considerando sua consagração no direito urbanístico de diferentes países.

O princípio da proteção do existente tem sua origem no final da década de 1940 e consolidação na década de 1950 na Alemanha, após o período da Segunda Guerra Mundial, em um cenário de reconstrução e expansão acelerada das cidades que foi de encontro com a preservação do patrimônio cultural e ambiental.

Nesse contexto, houve o surgimento da preocupação em proteger as áreas já urbanizadas, assim como seus elementos urbanos existentes, como, por exemplo, parques,

praças, edificações, monumentos e bens culturais, entre outras estruturas que integravam esse meio urbano.

Inclusive, a instituição deste pensamento de conservação e proteção dos patrimônios naturais e culturais aconteceu na Constituição da Alemanha promulgada em 1949 (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), mais especificamente em seu artigo 20 a¹³, ao introduzir o conceito de responsabilidade estatal na manutenção dos recursos para as gerações futuras (ALEMANHA, 1949).

Tomando este artigo como base, novas legislações passaram a expandir esta compreensão, com o intuito de abarcar a proteção do patrimônio cultural e arquitetônico e estabelecer que a propriedade privada atenda ao interesse público, sendo a proteção do patrimônio cultural um dever estatal.

Entretanto, apesar dos estímulos propostos pela promulgação de leis, não foi na legislação que surgiu o princípio da proteção do existente. O princípio da proteção do existente, como um instituto jurídico próprio, nasceu da defesa do conceito da proteção do patrimônio cultural em diversas decisões judiciais do Tribunal Administrativo Federal Alemão quando deparada com o tema. Inclusive, a autora CLÁUDIA SOUTINHO (2012, p. 105) reconhece também este tribunal como fonte de criação do princípio. Transcreve-se:

O princípio da proteção do existente é uma figura criada e desenvolvida pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão fundamentada na garantia constitucional da propriedade privada, com ligações próximas ao princípio da proteção à confiança e à temática dos direitos adquiridos, entretanto adotada por grande parte dos ordenamentos jurídicos europeus [...].

Nos primeiros casos que sujeitaram este entendimento, o Tribunal Administrativo Federal Alemão desenvolveu a tese de que as edificações históricas e de cunho cultural são de interesse público, o que deve ser levado em consideração pelas autoridades acima da subordinação aos interesses econômicos.

Assim, o Tribunal Administrativo Federal Alemão consolidou o entendimento de que as autoridades públicas têm o dever de proteção às características arquitetônicas e culturais que integram as cidades, assim como observando o direito de propriedade e seu gozo, resultando no

¹³ “Artigo 20 a.

[Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais]

Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário.”

princípio da proteção do existente. Esses casos tornaram-se um paradigma para os futuros casos de mesma natureza que desembocaram neste Tribunal, além de criar o instituto da proteção do existente, que passou a ser adotado não só dentro da Alemanha, mas também em outros países como França, Espanha, Itália e, principalmente, Portugal.

Atualmente, Portugal é um país que não só compreende e incorpora o princípio da proteção do existente em suas leis, mas também é um dos lugares onde há um debate altamente produtivo sobre o assunto. Pode-se dizer que é uma escola onde se encontram os autores que exploram a fronteira do conhecimento sobre o tema, o que fará com que sua legislação e seus estudiosos do tema sejam majoritariamente apreciados neste trabalho.

Ressalta-se que, além do impulso à proteção do patrimônio cultural e arquitetônico, outra preocupação que suscitou a discussão acerca do princípio da proteção do existente foi a criação e alteração de legislações urbanísticas e ambientais que criavam medidas mais restritivas de uso e ocupação do solo, gerando um conflito entre edificações já existentes e a legislação superveniente.

Inclusive, a leitura de DIOGO COELHO (2015, p. 2) sinaliza que é o enfoque jurídico que seria o “sentido originário que lhe atribui o Tribunal Federal Alemão, um edifício, cuja legalidade material originária não seja contestada, não pode ser eliminado, sem indenização, mesmo que esteja em contradição com as novas prescrições do plano”.

Complementando esta perspectiva, FRANCISCO NORONHA (2012, p. 469) discute a criação e conceituação do princípio da garantia do existente ao afirmar que “criada pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão, a *Bestandsschutz* significa que o plano produz efeitos apenas para o futuro, pelo que deve respeitar as edificações existentes à data da sua entrada em vigor, desde que elas tenham sido realizadas legalmente”.

O conceito do princípio da proteção do existente, em sua faceta originária mais ligada ao urbanismo, define que a Administração Pública deve primar por preservar e dar proteção às características arquitetônicas, culturais e também ambientais existentes em seu espaço urbano. Como um de seus objetivos, é possível afirmar que o princípio foi postulado visando evitar a degradação da identidade cultural presente no espaço urbano enquanto garante a qualidade de vida dos cidadãos que habitam essas mesmas áreas, além de promover segurança jurídica àqueles que promovem suas edificações licitamente.

Apresentando de outra forma, o princípio da proteção do existente exige que os gestores públicos tenham em mente as peculiaridades próprias da área urbana quando promover

o planejamento urbano deste espaço urbano. Isso se aplica não só para os aspectos urbanístico-arquitetônico, mas também para as características ambientais do local. Não só por isso, este princípio dialoga intimamente com a ideia de desenvolvimento sustentável, se tornando um instrumento que garante que as cidades se desenvolvam de forma razoavelmente ordenada, assim como preservando sua identidade cultural.

Para além desta sua faceta surgida no urbanismo, o princípio da proteção do existente se consolidou como instituto jurídico que visa promover segurança jurídica e proteção à propriedade privada, mesmo que em sua importância urbanística, para aquela edificação que foi legalmente erigida e passou a integrar ao cenário urbano de certa localidade, faceta que terá maior enfoque neste trabalho.

Em relação ao seu suporte, o princípio da proteção do existente tem seu fundamento não só nas questões que envolvem os valores históricos, culturais, arquitetônicos e ambientais, mas encontra sustentação em um leque de conceitos e princípios jurídicos que são comungados pela comunidade jurídica internacional, assim como no Brasil.

O princípio da proteção do existente não só fundamenta-se, juridicamente, em direitos, princípios e garantias compartilhadas por diferentes ordenamentos jurídicos, como o Estado de Direito e a segurança jurídica, o direito adquirido, o princípio do *tempus regit actum* e a irretroatividade das leis, o princípio da proteção à confiança, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a proteção à propriedade privada, entre outros, mas, para além disto, visa apoiar-se nestes princípios gerais para, especificamente em matéria urbanística, propor que o Poder Público tenha uma postura deferente quanto a edificações que licitamente se inseriram no espaço urbano e se consolidaram com o passar do tempo.

DIOGO COELHO (2015, p. 02) corrobora que estes princípios e direitos dão respaldo ao princípio da proteção do existente ao afirmar que “o instituto da garantia do existente tem o seu fundamento na garantia constitucional da propriedade privada, [...] e nos princípios da não retroatividade das disposições dos planos urbanísticos e da proteção da confiança, os quais estão ínsitos no princípio do Estado de Direito Democrático”.

Assim, antes de pormenorizar a sua teoria e aplicação prática, será necessário avaliar outros princípios jurídicos que amparam o princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o Estado de Direito, a segurança jurídica, princípio do *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), da proteção à confiança, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito adquirido.

3.3 O ESTADO DE DIREITO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Aborda-se, inicialmente, o Estado de Direito e a segurança jurídica em razão de se mostrarem fundamentais para sustentar a possibilidade de existência do princípio da proteção do existente não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas em todos os países em que se vive dentro de um Estado democrático de Direito.

O Estado de Direito é o pilar do sistema jurídico de praticamente todos os países democráticos. Tal conceito baseia-se nos diversos valores democráticos que fundamentam o Estado de Direito, como a preservação da liberdade individual, a garantia de igualdade diante da lei, a previsibilidade do ordenamento jurídico que rege a relação humana e junto ao Estado (onde se inclui a própria segurança jurídica) e também a transparência dos processos.

Nesta mesma esteira está a ideia de Montesquieu acerca do sistema de freios e contrapesos, criando limitações ao poder político pelo próprio poder político equidistante, também sendo fundamental para o Estado de Direito.

Propriamente relacionado ao princípio da proteção do existente, o Estado de Direito é fundamental quando impõe a impessoalidade do Estado em toda a relação deste com o cidadão, seja na possibilidade de concedê-lo o exercício de um direito almejado (como a concessão do direito de construir), seja na possibilidade de imprimir penalidades (como a demolição de uma edificação desconforme que não foi legalmente erigida).

Da mesma forma, a previsibilidade do ordenamento jurídico permite que o cidadão tenha clara certeza da legislação que rege o uso e a ocupação do solo de sua região, admitindo que, dentro do limite já imposto pela Administração Pública, ele possa gozar do seu direito sem que o Estado o impeça de forma arbitrária.

Como já citado neste trabalho, a concessão do direito de construir por parte da Administração Pública ao seu administrado é uma atividade vinculada. Ou seja, a Administração Pública não tem a capacidade de impedir que o administrado obtenha seu direito e o exerça caso o mesmo esteja em pleno acordo com as premissas urbanísticas e ambientais exigidas.

E é neste ponto que a segurança jurídica se mostra como uma das relevantes sustentações do Estado de Direito, na medida em que apresenta a clareza da norma e impõe seu cumprimento, seja relacionado aos deveres ou aos direitos dos cidadãos perante o Estado. De

forma objetiva, o Estado de Direito promove a estabilidade das relações jurídicas, fazendo isso por meio da segurança jurídica.

Dessa mesma maneira observa FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 201) ao apontar tais pilares como a base do Estado de Direito, quando declara que “previsibilidade, estabilidade e segurança são conceitos que justificam a existência do próprio direito. O administrado necessita saber de antemão a qual direito se submeterá, bem como quais efeitos decorrerão das ações que ele pratica. Nesse contexto consagram-se diversos princípios e mecanismos jurídicos que concretizam o ideal de segurança jurídica”.

Seguindo este raciocínio, LUIS ROBERTO BARROSO (2006, p. 274) alega que a segurança jurídica permite que os cidadãos possam “prever razoavelmente as obrigações decorrentes do sistema normativo”. O mesmo autor, ainda, aprofunda a conceituação deste princípio no seguinte excerto:

O princípio da segurança jurídica apresenta um sentido nuclear e elementar, ligado à garantia de que novas obrigações somente podem ser exigidas dos cidadãos após sua prévia e válida introdução na ordem jurídica. Esta é [...] a proteção básica conferida pelas ideias complementares de legalidade e irretroatividade, que nada mais são do que corolários do princípio da segurança jurídica. Esses são, de certa forma, garantias formais, já que prescrevem determinada forma de criação de obrigações e proíbem sua exigência em relação a fatos anteriores.

Examinando as premissas da segurança jurídica, esta se fundamenta em princípios como a previsibilidade, a estabilidade, a confiança e a certeza do direito, assim, criando as condições necessárias para que os munícipes possam prever e planejar suas ações e consequências jurídicas das mesmas.

ANA FLÁVIA MESSA (2015, p. 11) afirma que “a segurança jurídica representa um anseio ou necessidade do ser humano de viver em uma sociedade organizada e com proteção jurídica contra perigos, riscos ou contingências do tempo, do espaço e do convívio social”.

A dimensão espacial da segurança jurídica refere-se à universalidade e uniformidade das leis em um local sob a mesma legislação, mesmo considerando a especificidade do direito urbanístico com as peculiaridades de cada espaço urbano e a conseqüente regionalização das legislações que tratam do uso e ocupação do solo e das medidas construtivas. Pode-se entendê-lo como a universalidade e uniformidade dentro de um determinado espaço urbano, considerando que a legislação urbanística atua em uma área menor.

A dimensão material tem relação com a necessidade de as normas jurídicas serem justas e aplicadas de forma isonômica, coibindo arbitrariedades ou subjetividades dentro das análises promovidas pelo Estado, de forma que não gerariam incertezas.

Ainda, a dimensão que tem íntima ligação com o tema do presente trabalho é a dimensão temporal da segurança jurídica, na medida em que aquele que está sob a égide de um ordenamento jurídico necessita que as normas sejam estáveis e duradouras, possibilitando o planejamento de suas vidas e atividades baseados em regramentos seguros. O que se espera, na verdade, é que essa previsibilidade evite que haja mudanças bruscas e imprevisíveis na legislação e sua aplicação que possam gerar prejuízos poupáveis ao munícipe, coibindo a insegurança jurídica. Observando estes aspectos da segurança jurídica, percebe-se que ela dialoga intimamente com os princípios que serão abordados em momento próximo do trabalho.

É importante destacar a urgência do ordenamento jurídico brasileiro em promover segurança jurídica, especialmente em relação à sua dimensão temporal. Essa é a proposição do princípio da proteção do existente para o direito urbanístico. Quando a segurança jurídica oferece a oportunidade de que um cidadão planeje e execute legalmente uma edificação com base em um ordenamento jurídico, e saiba que haverá uma linha constitutiva de direito no momento de sua consolidação, este cidadão também busca a segurança de que a tutela estatal relacionada a esse direito não deixe de ser aplicada devido a uma lei superveniente que seja mais restritiva.

Corroborando com a afirmação supra, é interessante citar JOSÉ AFONSO DA SILVA (1999, p. 433), que aponta que “uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro”.

O autor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1999, p. 73) destrincha o conceito da segurança jurídica e na mesma oportunidade passa a introduzir outros valores jurídicos que serão abordados:

As pessoas – os indivíduos e as pessoas colectivas – tem o direito de poder confiar que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em actos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas que se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. [...] A segurança e a confiança recortam-se [...] como dimensões indeclináveis da paz jurídica.

Assim, tomando como base os fundamentos expostos acima do Estado de Direito e da segurança jurídica, percebe-se seu caráter fundamental no ordenamento jurídico e a razão que as justificam como sustentadoras do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico pátrio.

Visto isto, torna-se indispensável a explicação dos próximos princípios que também sustentam o princípio da proteção do existente. Um desses princípios é o princípio do *tempus regit actum*, que está intimamente relacionado à segurança jurídica em seu aspecto temporal.

3.3.1 O princípio do *tempus regit actum*

Neste ponto do trabalho, destaca-se o princípio do *tempus regit actum*. Este brocardo jurídico estabelece que a lei a ser aplicada em determinado plano é aquela que está em vigor à época em que os fatos ocorrem. Como o próprio nome sugere, o tempo rege o ato, ou seja, o ato deve estar em conformidade com as leis vigentes no momento em que foi realizado.

Como mencionado acima, este princípio é importante porque garante a segurança jurídica e, conseqüentemente, a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas. Ele está inserido no contexto jurídico brasileiro por meio, principalmente, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n° 4.657/1942) (BRASIL, 1942), mais especificamente em seu artigo 6°, § 1°¹⁴, que versa que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Ainda mais pontual faz-se o § 1° do artigo supracitado, que determina que o ato jurídico perfeito é aquele que é consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetua.

Em outras palavras, estes pilares das normas do direito são uma expressão prática do princípio *tempus regit actum*, assim como do princípio da irretroatividade das leis dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de forma que a validade de qualquer ato jurídico deve ser aferida à data da legislação vigente no momento de sua concretização, jamais por lei superveniente que seja mais restritiva.

MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS (2004, p. 21) apresenta uma leitura deste princípio como uma consciência coletiva criada em momento longínquo, por decorrência lógica dos bens

¹⁴ “Art. 6°. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1° Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”

que visa proteger. O autor afirma que “o princípio da irretroatividade das leis [...] estaria incrustado na própria consciência dos povos, como um monumento universal e perene, que traz segurança, certeza, bem-estar e equilíbrio”.

Ao encontro deste preceito, é interessante observar a exposição mais técnica e jurídica de FILIPE ANTÔNIO MARCHI LEVADA (2009, p. 32) sobre o mesmo princípio:

[...] o princípio da irretroatividade limita todos os possíveis efeitos da lei nova, e não somente o retroativo. Neste contexto, para resolver os problemas de direito intertemporal o intérprete deverá valer-se da seguinte regra: “independentemente do seu particular efeito, aplica-se a lei nova desde que não ofenda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Para verificar se existe uma destas três figuras, deverá analisar se o direito integra o patrimônio do titular (direito adquirido), se o fato já produziu os seus efeitos (ato jurídico perfeito) ou se a decisão de mérito não comporta mais recursos (coisa julgada).

Logo, é incabível a ideia de que uma mudança legislativa pode retroagir de forma negativa em situação alguma. ANTÔNIO PEREIRA DA CUNHA (2009, p. 14) versa que “quando se sucedem regimes jurídicos diversos, o princípio mais importante e que todos conhecem, mesmo os leigos em direito, é da irretroatividade da lei”.

Isto posto, percebe-se que a impossibilidade de aplicar uma lei restritiva de forma retroativa resulta na tranquilidade e segurança de quem executa qualquer ato jurídico. CELSO RIBEIRO BASTOS (1994, p. 43), neste ponto, dispõe que “a utilização da lei em caráter retroativo [...] repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais de segurança do homem na terra”.

Desta forma, é notório que o princípio do *tempus regit actum* (ou a irretroatividade das leis) e o ato jurídico perfeito são basilares para a compreensão e exercício de atos jurídicos tanto entre cidadãos quanto na relação destes com o Estado.

Para além do exercício comum das relações jurídicas, este princípio é fundamental para sustentar uma possível aplicação do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é claramente evidente, pois o princípio da proteção do existente surge de um conflito de direito intertemporal.

Antes de aprofundar a relação entre o princípio da proteção do existente e o princípio do *tempus regit actum*, explica-se que o conflito de direito intertemporal é uma situação jurídica que ocorre quando há mudanças normativas que impactam em uma situação jurídica ocorrida em momento anterior. Em outros termos, trata-se de um conflito entre normas jurídicas que se

referem a fatos ocorridos em momentos distintos e normas jurídicas de diferentes níveis repressivos, normalmente quando o ato jurídico ocorreu em legislação anterior menos proibitiva e a avaliação acerca deste ato jurídico é feita posteriormente, sob a ótica de legislação superveniente mais restritiva.

No direito urbanístico, esse conflito surge quando uma legislação anterior permite a construção e uso de uma edificação, incorporando-a ao patrimônio urbanístico de uma determinada região, e, posteriormente, a promulgação de lei superveniente mais restritiva que venha a classificar o uso ou a ocupação desta edificação como incompatível gera este conflito intertemporal, tornando a edificação desconforme às leis urbanísticas.

Diante deste conflito intertemporal, FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 192) discorre que a estrutura jurídica brasileira “determina que em todas as situações, com referência à determinação da norma-parâmetro aplicável a um ato administrativo de licença ou autorização de construção, dever-se-á atender à norma vigente à data da respectiva emissão”.

Nesse mesmo sentido, a conceituação feita por FERNANDO ALVES CORREIA (2008, p. 496) desenvolve a ideia de que caso o plano produza efeitos prospectivos, este deve respeitar as edificações existentes à data da sua entrada em vigor, desde que elas tenham sido realizadas legalmente.

Aprofundando ainda mais esta discussão, CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 109) também alerta às situações em que as construções foram edificadas antes da existência de qualquer lei regulatória da atividade construtiva. Neste cenário, a ausência de norma proibitiva (e, conseqüentemente, da capacidade de regulação pelo Estado), faria com que, tacitamente, a edificação fosse permitida:

[...] construída ao abrigo do direito anterior pois que, sendo este [...] o primeiro conjunto de normas que vem obrigar os particulares a submeterem a aprovação [...] os projetos de arquitetura com vistas à edificação, tudo o que foi construído antes é necessariamente isento de qualquer tipo de controle prévio e por isso conforme ao direito.

Nesse caso, a autora conclui seu raciocínio na linha de que seria interessante que houvesse uma conformidade posterior junto a Administração Pública, no sentido do reconhecimento da legalidade da edificação sob a ótica de legislação pretérita (ou a ausência de legislação) mesmo que não houvesse como esta ser tutelada pela Administração à época de sua construção. Dando guarida às palavras da autora CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 110), ela afirma que “não seria desadequado apreciar a legalidade material originária das construções a

proteger pela garantia do existente com recurso à data que as mesmas foram erigidas no caso de inexistência de título, seja de construção, seja de utilização”.

De forma didática, PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2018, p. 79) aborda a utilização da edificação sob a égide da legislação anterior mesmo sob a vigência de norma mais restritiva, destacando que “a rigor, ante a máxima *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), se à época da intervenção [...] a ocupação [...] não era proibida, a superveniência de regra mais restritiva [...] não teria o condão de impedir a manutenção do uso pretérito”.

Assim, é possível afirmar que os estudos jurídicos do tema são taxativos quanto a necessidade de primar pelo uso do princípio do *tempus regit actum* no momento de avaliar a legalidade de determinada intervenção urbanística, inicialmente assegurando a permissibilidade de manter a edificação tanto na sua condição física quanto seu uso, mas, para além disso, quiçá a possibilidade de reformá-la visando melhoria na qualidade de salubridade e segurança.

Este é, em suma, o ponto central que posiciona o princípio do *tempus regit actum* como um sustentador de uma possível aplicação do princípio da proteção do existente no direito urbanístico pátrio. Isto se explica pois, no Brasil, normalmente a atuação promovida é, inicialmente, coibindo a permanência e sugerindo a demolição de uma edificação que está em suposto desacordo com a legislação vigente. A análise acerca da legalidade passa então a ser verificada com a observância da época em que foi construída a edificação e, conseqüentemente, se a legislação vigente à época de construção permitia aquele tipo de uso.

Olhando por esse prisma, percebe-se que o princípio aprofundado neste capítulo vem exercendo no Brasil uma das facetas que se encontra no princípio da proteção do existente. Considerando que o princípio da proteção do existente exerce também esta função, fica notória sua correlação com o princípio do *tempus regit actum*.

Desta forma, observa-se que o princípio do *tempus regit actum* é um dos mais importantes pilares para a utilização análoga do princípio da proteção do existente dentro do direito urbanístico brasileiro. Da mesma maneira, observa-se que ele também fortalece e é fortalecido pelo princípio da proteção à confiança legítima, que será tratado abaixo.

3.3.2 O princípio da proteção à confiança legítima

Assim como os princípios já citados, o princípio da proteção à confiança legítima também é um dos princípios que sustentam não só o Estado de Direito e a segurança jurídica, mas também a aplicação do princípio da proteção do existente no direito urbanístico brasileiro.

O princípio da proteção à confiança legítima é um princípio que estabelece que os cidadãos têm o direito de confiar nos atos e nas decisões do Estado, considerando que estes atos sejam legais e legítimos sob o ponto de vista jurídico. Ou seja, quando o Estado emite uma norma, um ato administrativo ou judicial, o cidadão pode confiar na sua validade e aplicação.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1998, p. 372) desenvolve que a Constituição protege a confiança que os particulares legitimamente depositam no direito, as leis que o formam terão que ser, antes do mais, leis tendencialmente estáveis, sofrendo alterações por razões de interesse público que, no entanto, se devem manter sempre no campo do previsível, do calculável, do imaginável.

Da mesma forma, o autor FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 201) apresenta o princípio ao alegar que “a proteção à confiança, como um valor inerente ao princípio da segurança jurídica, objetiva garantir constitucionalmente que a Administração Pública não frustrate as legítimas expectativas que deposita ou confere aos indivíduos”.

O que se observa é que o princípio da proteção à confiança legítima tutela a intenção e o exercício de um ato jurídico por parte do cidadão (abarcado de boa-fé) contra uma possível atitude errática ou arbitrária do Estado, mantendo a relação transparente e previsível.

Na mesma esteira, JUAREZ FREITAS (2009, p. 95) certifica que “o princípio da confiança legítima estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade de uma relação timbrada na fideduciação mútua, sem injustificáveis discontinuidades administrativas e sem que se presuma má-fé”.

Colocando de outra maneira, o que o princípio exprime é que, caso um cidadão tome uma decisão com base em uma norma ou ato do Estado que aparentemente é válido, este tem o direito de confiar que esta decisão é legítima e não seria posteriormente revogada ou alterada sem que houvesse uma razão legalmente embasada e justificada.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2010, p. 41) é taxativo e didático ao expor que “o que se pretende é que o cidadão não seja surpreendido ou agravado pela mudança inesperada de comportamento da Administração, sem o mínimo respeito às situações formadas e consolidadas no passado, ainda que não tenham convertido em direitos adquiridos”.

Além da questão já apresentada em relação ao conflito de direito intertemporal, este princípio também possui profunda ligação com o princípio da proteção do existente na medida

em que é fundamental nas situações em que o cidadão realiza um investimento, um contrato, ou toma decisões que exigem a segurança jurídica adequada, como é o exemplo de promover uma edificação residencial ou dar início a uma atividade industrial em determinado local.

Ainda mais, o princípio da proteção à confiança também tem íntimo contato com o princípio da proteção do existente na medida em que a Administração Pública é quem faz o controle prévio, concomitante e sucessivo das intervenções urbanísticas promovidas em uma região ao realizar a análise de projetos, a emissão de alvarás e de licenças. Sendo assim, a estabilidade dos atos, decisões e entendimentos da Administração Pública torna-se fator imprescindível para que o munícipe tenha segurança para empregar seus recursos em uma edificação ou atividade e não ser surpreendido com posteriores restrições.

Sobre o tema, inclusive, o autor DIOGO COELHO (2015, p. 3) corrobora as afirmações acima ao relatar que “[...] de crucial importância é averiguar da relevância da tutela da confiança no direito administrativo e, em especial, no direito urbanístico, tendo em conta que se encontra neste instituto a fundamentação dos regimes de direito transitório material que inspiraram a garantia do existente”.

O mesmo autor, DIOGO COELHO (2015, p.3), conclui que, apesar de toda esta discussão, houve a percepção de parte dos estudiosos do tema que “[...] o legislador revelou a preocupação de estabelecer limitações temporais ao fenómeno de mutabilidade dos planos, reconhecendo precisamente a existências de situações de confiança dos particulares”. Ou seja, reconhecendo o caráter alterável de um planejamento urbanístico, fez-se necessária esta compreensão de uma suposta recepção do existente urbanístico na ótica de uma legislação superveniente, garantindo a segurança de quem edificou licitamente.

É necessário pontuar que, de fato, o caráter mutável da legislação urbanística é completamente compreensível quando se observa que um centro urbano é dinâmico e exige soluções igualmente dinâmicas às diferentes situações fáticas que se apresentam. Além disso, também há a ciência de que o interesse público exerce um papel central no planejamento urbano, de forma que é possível que haja alguma concessão por parte dos administrados. O princípio da proteção à confiança é primordial para que estas situações não se tornem a regra e que as alterações propostas pela Administração Pública sejam adotadas com a cautela quanto aos atos que ela mesma ratificou em momento anterior. Corroborando com este posicionamento, ALMIRO DO COUTO E SILVA (2005, p. 27) discorre:

É certo que o futuro não pode ser perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas surpreendendo os que acreditam nos atos do Poder Público.

Na mesma linha, FRANCIS JACOBS (2000, p. viii) também entende que há de se considerar esta dicotomia entre o interesse particular e o interesse público, apontando que estão “de um lado, a preocupação com a proteção das expectativas legítimas do indivíduo; do outro, o interesse público e a necessidade de não inibir uma política que possa beneficiar o público”¹⁵.

O autor acima tem razão em sua afirmação na medida em que o interesse público ainda é soberano quando se trata de planejamento e desenvolvimento do meio urbano. Entretanto, para isso, não seria a mera invalidação de um ato jurídico perpetrado pelo Estado (como na revogação de um habite-se para determinada edificação ou licença para exercício de atividade) que seria a medida correta, mas sim, a desapropriação e indenização justa no caso da necessidade de evacuação e/ou demolição de uma edificação com o intuito de promover um benefício público.

Ainda, há quem sustente que o princípio da proteção à confiança não poderia superar a possibilidade de a Administração Pública rever seus atos, de maneira que estaria facultado a Administração o poder de revisar a concessão de licenças e certidões que permitiram determinada edificação ou atividade. Respeitando, discorda-se frontalmente desta compreensão, na medida em que a alteração legislativa não possui capacidade de sobrepor o direito que foi legalmente conferido pela própria Administração. De maneira mais didática, o autor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 175) explica:

[...] daí que se o Poder Público toma dada orientação e ao depois se convence de seu desacerto, não tem por que sonegar um direito que dantes deu por certo. Quem se retrata de orientação anterior não pode – sem violar a boa-fé – pretender que aquele que agiu nela embasado seja ao depois onerado em razão da inconstância no entendimento administrativo.

Pelo trecho acima narrado, a situação que o autor aponta se assemelharia ao caso de a Administração Pública expedir, por exemplo, um habite-se (ou licença de operação) e

¹⁵ Tradução livre. No original: “on the one hand, the concern to protect the legitimate expectations of the individual; on the other hand, the public interest and the need not to inhibit a policy which may benefit the public”.

posteriormente revogá-lo com base em entendimento diverso. No caso do princípio da proteção do existente, essa alternância de entendimento da Administração Pública não seria propriamente um ‘desacerto’, mas sim, uma mudança de compreensão acerca do uso e ocupação de uma determinada região, igualmente onerando o cidadão a uma situação mais restritiva do que a anteriormente permitida pela Administração. E novamente, existe de fato a possibilidade do interesse público se sobrepôr ao interesse privado, entretanto, o caminho correto para imprimir medida tão opressiva ao particular lesado é justamente a desapropriação e indenização justa, e jamais utilizar-se da revogação de ato válido para benefício da Administração Pública.

De forma resumida, destaca-se o princípio à confiança legítima como uma garantia de que a Administração Pública mantenha seus atos válidos e suas decisões previsíveis e conforme a legislação vigente, para que o munícipe possa confiar nas mesmas e não haja a frustração das expectativas. Isto tudo, visando a manutenção da segurança jurídica e a previsibilidade das relações jurídicas, em especial entre os cidadãos e a Administração Pública.

Assim, foi possível abordar não apenas o princípio da proteção à confiança legítima, mas também a sua tutela no âmbito do direito administrativo e, principalmente, sua íntima correlação com o princípio da proteção do existente.

3.3.3 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Neste momento do trabalho, passa-se a abordar a importância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o impacto que estes têm em criar condições de análises e medidas mais ponderadas por parte do Estado frente aos cidadãos.

Em primeiro momento, apresenta-se o princípio da proporcionalidade. Este é um conceito do Estado de Direito que busca garantir que a tomada de decisão pelo Estado seja adequada e equilibrada, sempre primando pelos direitos e interesses de todos os envolvidos.

O princípio citado consiste na obrigação de que as ações do Estado sejam proporcionais aos objetivos almejados. Em outras palavras, a medida adotada pelo Estado deve ser adequada e necessária para que se atinja a finalidade desejada, da mesma maneira que seus efeitos reflexos negativos não sejam desarrazoadamente repressivos em relação aos benefícios esperados.

Assim, para uma compreensão inicial, a definição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2002, p. 24) sobre o tema é de que “a regra da proporcionalidade é uma regra de

interpretação e aplicação do direito [...], empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”.

O mesmo autor acima, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2002, p. 24), ainda disserta que “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade [...] é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”, amparando sua aplicação como uma defesa ao verbete “restrição às restrições”.

Já FRANCISCO NORONHA (2012, p. 470) aprofunda a exposição do princípio ao expor que “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (ou princípio da proibição do excesso) constitui, também ele, um limite interno à discricionariedade, e concretiza-se na sua tríade típica: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou justa medida)”. O mesmo autor ainda conclui seu raciocínio, discorrendo, neste mesmo ponto, que o princípio acima é “princípio constitucional clássico em um Estado de Direito democrático, e decorrência lógica de um sistema consagrador dos direitos fundamentais como o nosso, ele tem expressa consagração na lei fundamental [...]”, traço que comungam com o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, percebe-se que o princípio da proporcionalidade possui subprincípios próprios que auxiliam a exercer um sopesamento da situação e uma melhor aplicação do princípio em geral, que seriam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade, e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro dos balizadores do princípio da proporcionalidade é o princípio da adequação (também conhecido como princípio da conformidade). Este, parte de uma análise casuística se a medida adotada está em harmonia com a finalidade que se busca com a sua aplicação. Sobre o tema, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1998, p. 262) discorre:

[...] impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adopção (*Zielkonformitat, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*. Este controlo, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controlo do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.

Portanto, como um exercício de análise, é preciso observar se a medida escolhida pela Administração Pública vai atingir a finalidade que a mesma almeja ao impor determinada medida.

Partindo para o segundo balizador do princípio da proporcionalidade, encontra-se o princípio da necessidade (também conhecido como princípio da exigibilidade). O princípio em voga é responsável pela análise da proporcionalidade pelo prisma da obrigação do Estado em aplicar uma medida que seja a menos onerosa possível ao cidadão para atingir o objetivo almejado pelo Estado.

Para isto, apresenta-se a leitura de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1998, p. 262), que sintetizou o que ele chama de princípio da exigibilidade:

[...] também conhecido como <<princípio da necessidade>> ou da <<menor ingerência possível>>, coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível outro meio menos oneroso para o cidadão. [...]

O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adoção da medida (*necessidade absoluta*) mas sim a *necessidade relativa*, ou seja, se o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.

O trecho acima exposto é bastante claro ao explicar qual a premissa objetivada com o princípio da necessidade: um exercício de sopesamento e análise por parte da Administração Pública no momento da imposição de medida mais repressiva, analisando se não há alternativa para evitar que esta medida seja adotada.

Neste ponto é que se propõe a utilização das diferentes medidas administrativas cabíveis como uma espécie de recurso, ou, como se diz no latim, *ratio*. Desta forma, o exame a ser feito é, de forma escalonada, das medidas mais brandas até as mais severas, verificar a hipótese de adoção de cada uma delas para a finalidade buscada, até que se chegue na medida mais repressiva, como *ultima ratio*.

Esta, para se justificar, deve ser a última (e única) possível para a obtenção de um determinado resultado. Antes de adotá-la, a Administração Pública deve observar se não há absolutamente nenhuma outra medida sancionatória prevista que consiga, de maneira menos danosa contra o cidadão, satisfazer a finalidade almejada.

Agora, chega-se ao estudo do aspecto do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (também conhecido como princípio da ponderação), este, o mais difundido no meio

doutrinário e jurisprudencial, uma vez que talvez seja confundido com o próprio princípio da proporcionalidade por uma parte significativa dos juristas.

Transcreve-se trecho de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1998, p. 263) que, sobre o tema, assevera:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à <<carga coactiva>> da mesma. Está aqui em causa o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <<medida>> ou <<desmedida>> para se alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Do trecho acima retira-se que, mesmo quando a medida se demonstrar adequada ao fim almejado, mesmo quando ela se demonstrar necessária, ainda há um terceiro momento, no qual, analisa-se a carga de coação da medida para verificar se essa não se demonstra demasiadamente excessiva, tornando-se, assim, desproporcional.

Com o intuito de melhor explicar o subprincípio em foco, coloca-se à luz a construção jurídica de ROBERT ALEXI (2003, p. 136), que descreve esta etapa do exercício de proporcionalidade como balanceamento, que, com efeito ilustrativo, transcreve-se:

[...] o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.

Para o autor, o primeiro estágio deste balanceamento iria requerer que se verifique o quão lesado seria este primeiro direito e, no segundo estágio, o quão importante seria a sua imposição para o reestabelecimento da ordem urbanística que foi desrespeitada pela construção daquela obra. Por fim, no terceiro estágio, verificar se a medida se justifica ante a busca por um segundo direito que se visa tutelar.

No que toca o princípio da proteção do existente, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado em diversos cenários, dependendo de qual restrição ou medida repressiva que o Estado visa imprimir ao administrado no caso em concreto. Como exemplo, é possível citar a possibilidade de a Administração Pública não permitir a renovação de uma licença de

funcionamento de atividade em razão de alteração na legislação urbanística do local, ou buscar a demolição de uma edificação por usar como parâmetro legislação mais restritiva posterior a legislação vigente no momento da edificação, entre outros exemplos possíveis.

Desta forma, percebe-se que o princípio da proporcionalidade advoga pelo equilíbrio dos interesses envolvidos em um ato ou decisão estatal, garantindo que as medidas adotadas pelo Estado sejam adequadas, necessárias e proporcionais aos objetivos buscados, sem que cause danos excessivos aos direitos das pessoas que serão afetadas. Ou seja, é uma garantia para assegurar que haja uma avaliação equilibrada por parte do Estado no momento de imprimir uma repressão por meio de seus atos.

Em relação ao princípio da razoabilidade, este tem íntima relação com o princípio da proporcionalidade na medida em que também busca mitigar os efeitos repressivos das decisões e atos estatais que podem ferir direitos dos cidadãos.

O princípio da razoabilidade funciona como uma regra de interpretação do direito, buscando certificar justiça e coerência nas decisões tomadas pelo Estado. Este princípio institui que as decisões e atos do Poder Público devem ser pautados em critérios razoáveis e objetivos, evitando que sejam arbitrárias ou injustas.

LUIS ROBERTO BARROSO (1996, p. 162) define que o princípio da razoabilidade “enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislado e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. O mesmo autor ainda conclui seu raciocínio ao expor que “somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual”.

Os estudos jurídicos, majoritariamente, tratam a questão entendendo que tal sopesamento deve ser feito com base na análise situacional, entendendo a extensão do existente que está consolidada. Nesta mesma linha está FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 182), que, em sua obra, pontua que há de se examinar “em razão das peculiaridades do caso em concreto, de modo que devem ser ponderados os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, e da proibição de excesso para o fim de se afastar a drástica penalidade administrativa e substituí-la por outra medida mais adequada à preservação [...]”.

Assim, é possível declarar que o princípio da razoabilidade é uma ferramenta que busca garantir justiça e coerência nos atos e decisões do Estado, criando a exigência de que sejam baseados em critérios objetivos e proporcionais aos objetivos buscados, afastando qualquer arbitrariedade por parte do Poder Público.

Da mesma maneira que nos exemplos práticos dados em relação ao princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade se aproxima do princípio da proteção do existente nesse exercício de sopesamento das medidas repressivas do Estado perante os cidadãos.

Após esta breve explicação acerca dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e da maneira que ambos também são amparo ao princípio da proteção no ordenamento jurídico nacional, passa-se a apresentar o princípio do direito adquirido, também basilar para o decorrer deste trabalho.

3.3.4 O direito adquirido

O direito adquirido é um conceito basilar do Estado de Direito, especialmente quando se trata de direitos fundamentais e garantias individuais, sendo crucial para garantir a segurança jurídica. Este conceito é intimamente ligado a todos os princípios acima propostos, principalmente no que se refere ao princípio do *tempus regit actum* e o princípio da proteção à confiança legítima, uma vez que trata da aquisição e exercício de um direito dentro de um determinado espaço-tempo no qual a legislação concede tal direito, tornando-o imune a revogação por parte do Estado em momento posterior. Assim, o direito adquirido exerce papel fundamental na garantia da estabilidade e previsibilidade de diferentes relações jurídicas, protegendo os indivíduos contra alterações inesperadas e até arbitrárias do Estado.

Para melhor explicar, o direito adquirido trata da situação em que determinada pessoa possui um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, decorrente de fato ou de situação ocorrida anteriormente (seja em virtude de contrato, lei, ou ato do Poder Público). Desta forma, mesmo que haja uma alteração legislativa que não mais concedesse tal direito, o direito já adquirido deve ser respeitado.

Este princípio está postulado no ordenamento jurídico pátrio na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n° 4.657/1942), mais especificamente em seu artigo 6°, § 1°¹⁶, que versa que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Ainda mais pontual faz-se o § 2° do artigo

¹⁶ “Art. 6°. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...]”

§ 2°. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

supracitado, que determina, grosso modo, que os direitos se consideram adquiridos quando seu titular puder exercê-lo da mesma maneira em que exercido por condição preestabelecida e inalterável (BRASIL, 1942).

CLÁUDIA TOLEDO (2003, p. 166) conceitua o direito adquirido como “direito que se goza, [...] que se pode exercer a qualquer tempo, inclusive na vigência da lei nova, ainda que ela o tenha modificado ou extinto”.

Na mesma linha, o autor MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS (2004, p. 36) assevera que “direito adquirido é [...] todo direito que [...] nos termos da lei cujo império aconteceu o fato de que se originou, passou a fazer parte imediatamente do patrimônio de quem o adquiriu”.

Da mesma forma, dialoga intimamente com o conceito do ato jurídico perfeito para ser considerado como direito adquirido. MARIA HELENA DINIZ (2003, p. 8) é assertiva ao expor que “é o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos, uma vez que se aperfeiçoou pela verificação de todos os seus elementos constitutivos. É ato consumado por não depender de nada para ter plena eficácia”. A autora ainda conclui seu raciocínio no seguinte excerto:

A segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador, pois, se a nova norma considerasse como inexistente, ou inadequado, ato já consumado sob o amparo da norma precedente, o direito adquirido dele decorrente desapareceria por falta de fundamento.

O autor MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS (2004, p. 38) afirma, corroborando com a leitura da autora acima, que “tanto o direito adquirido como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada representam a segurança e a certeza das relações sociais”, de forma que o mesmo autor assegura que “o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são modalidades do direito adquirido, não havendo, sequer, a necessidade de destacá-los”.

Desta forma, percebe-se que estes diferentes conceitos jurídicos acabam tornando-se fundamento para todos estes princípios já abordados, de forma que, como uma malha jurídica bem delineada, são todos sustentação para a segurança jurídica dentro do ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao direito urbanístico, o direito adquirido possui grande correlação com o princípio da proteção do existente na medida em que ambos asseguram segurança jurídica na proteção de situações que já se encontram consolidadas em um determinado momento fático.

Assim, considerando que o princípio da proteção do existente protege as construções que já estão integradas no existente urbanístico e o direito adquirido protege o direito já adquirido pelo particular dentro de um determinado espaço-tempo, ambos objetivam a manutenção da estabilidade e previsibilidade da relação do cidadão com os atos do Poder Público, evitando revogações e revisões em decisões e atos estatais e, conseqüentemente, mitigando qualquer insegurança jurídica.

Sendo assim, é possível afirmar que aquele que constrói de forma lícita e regular junto as autoridades e executa a edificação em plena conformidade com as métricas construtivas impostas pela legislação, passa a ter um direito adquirido, qual seja, de uso da edificação legalmente construída, mesmo que legislação superveniente venha a mudar as regras de uso e a ocupação do solo no local e passe a não mais aprovar esse uso pretérito que era permitido do local.

Confirmando este entendimento, LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 52) é taxativa quando discorre que “[...] não há impedimento em afirmar que o uso conforme à época da legislação sob a qual foi deferida a licença (de construção ou funcionamento) não se torna juridicamente desconforme mesmo que, faticamente, assim o esteja”. Por suposto, entende-se que, se no momento em que o cidadão busca construir ou iniciar uma atividade em determinado local e o faz de forma lícita sob a égide da legislação vigente e de acordo com as premissas determinadas pela Administração Pública, este direito é adquirido. A superveniência de legislação restritiva não deve (ou, pelo menos, não deveria) ter força de mudar a situação jurídica deste direito já plenamente incorporado. A mesma autora, LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 52), ainda conclui esse raciocínio quando expõe que “o titular de determinada licença tem direito a permanecer no local, ainda que a esse local tenha sido dada nova destinação de uso”.

À título exemplificativo, o mesmo acontece quando há a alteração de legislação ambiental que modifica a legislação protetiva de determinado local, tornando-a uma área com maiores restrições de uso e ocupação no local. FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 194) também aponta exemplo do direito adquirido diante de restrições propostas por lei (ambiental) superveniente, ao dissertar:

Exemplo disto são aquelas edificações mais antigas cujas construções foram devidamente autorizadas em determinado local pelo órgão público competente, sob a égide da legislação vigente à época da construção, mas que posteriormente a lei declarou a área como de proteção ambiental. Nesse caso, com a entrada em vigor da nova lei, a edificação existente não se converte

automática e necessariamente em uma construção ilegal, devendo-se, pois, levar em consideração o direito adquirido do proprietário.

Neste trecho, o autor corrobora com o que tem sido exposto até o momento, na medida em que mesmo que haja uma mudança na compreensão urbanística ou ambiental para uso e ocupação de uma localidade, esta legislação deve possuir efeitos prospectivos, respeitando todo o existente urbanístico já consolidado naquele universo.

Por outro lado, é importante ressaltar que há a necessidade de promover um exercício de sopesamento entre o interesse particular tutelado e o interesse público que essa legislação superveniente mais restritiva busca proteger. Isto se exige na medida em que o respeito por estes princípios deve ser levado em consideração, porém, em situações em que o bem coletivo que a legislação visa tutelar for frontalmente contrária a manutenção da edificação (e principalmente, da atividade), há de fazer essa cessão (com desapropriação e indenização justa). LUCIA VALLE FIGUEIREDO (1980, p. 52) aponta no mesmo sentido, afirmando que, em relação a edificação ou exercício de atividade em local não mais permitido, “por suposto, haverá de permanecer se isto não contraditar o interesse público, de tal sorte que essa permanência torne-se de todo incompatível”.

De qualquer maneira, ressalta-se que este cenário é, na verdade, os casos de exceção, entendendo que em sua grande maioria, a Administração Pública já deve compreender o existente urbanístico em seu território para que não promova alterações completamente antagônicas com a realidade urbanística vigente.

Voltando ao tema central do trabalho e a relação do direito adquirido com o princípio da proteção do existente, é importante frisar o caráter formalista promovido pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão e os juristas que promoviam esta discussão na Alemanha quanto a necessidade de comprovação de inserção lícita da edificação ou atividade para o reconhecimento de um direito adquirido, e, conseqüentemente, poder ser tutelado pelo princípio da proteção do existente. Neste aspecto, a autora CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 108) é bastante didática:

A verdade é que o próprio direito alemão criador do instituto em questão determina como condições dos direitos adquiridos em matéria de construção, à cabeça, a sua legalidade material anterior – no sentido em que o edifício no momento da sua criação ou mais tarde tenha cumprido a lei substantiva -, como segundo requisito, a constatação de que o edifício existente é funcional e utilizável e, finalmente, a existência de um uso continuado relativamente ao imóvel.

Apesar de ser possível adotar leitura doutrinária mais arrojada e permissiva, conclui-se que o entendimento proposto pelos alemães é perfeitamente à prova de maiores contestações, pois considera que o próprio Poder Público participou do controle da expansão urbana ao avaliar o direito de construir intentado pelo administrado, de forma que o uso e o gozo desta edificação lícita passam a figurar como direito adquirido deste.

Assim, é possível compreender que no contexto do direito urbanístico, existe uma notável correspondência entre o princípio da proteção do existente e o direito adquirido, inicialmente por serem ambos garantidores da segurança jurídica dentro de situações consolidadas em um determinado espaço temporal. Neste aspecto, o princípio da proteção do existente apresenta o propósito de preservar as estruturas já integradas ao ambiente urbano, na mesma medida em que o direito adquirido resguarda os direitos estabelecidos pelos indivíduos em um dado período.

Olhando por este prisma, ambos compartilham o objetivo de manter a previsibilidade e estabilidade nas interações entre os cidadãos e o Poder Público, evitando mudanças abruptas nas decisões e atos governamentais, reduzindo, assim, a insegurança jurídica.

Reforça-se que a busca por um princípio específico do direito urbanístico (sendo este, o princípio da proteção do existente), visa simplificar a construção lógica baseada em todos estes princípios gerais do direito brasileiro acima apresentados, proporcionando uma abordagem mais direta para tratar de um tema recorrente no âmbito do direito urbanístico.

Apesar de propor reflexão sobre o assunto no presente momento, o trabalho proposto exige que haja um aprofundamento maior sobre o tema, que será feito exatamente no momento que segue, uma vez compreendidos todos os princípios jurídicos do ordenamento brasileiro que atuam como fundamento para uma possível importação e uso do princípio da proteção do existente no Brasil.

Pontua-se, ainda, que se acredita ter ficado claro que a base do princípio da proteção do existente é justamente a segurança jurídica dentro de um conflito de direito intertemporal, situações que são já preservadas dentro do Brasil por meio de todos esses princípios do direito civil que são aplicados, de forma análoga, aos casos específicos do direito urbanístico como método argumentativo e propositivo de casos concretos. Tanto o princípio do *tempus regit actum* (ou a irretroatividade das leis), como o princípio da proteção legítima à confiança e o direito adquirido, são mecanismos hermenêuticos do direito que são usados para promover

segurança jurídica para os cidadãos diante do Estado, principalmente nos exemplos apontados dentro do direito urbanístico.

Entretanto, o que se busca com esse estudo é a possibilidade de deixar de lado toda a construção hermenêutica com base em princípios gerais do direito no Brasil para a absorção e utilização de um princípio propriamente do direito urbanístico, na medida em que ele poupa toda a construção lógica decorrente dos princípios gerais do direito e aponta uma resposta concreta para um problema recorrente do direito urbanístico.

Assim, aprofunda-se o estudo desse trabalho ao se debruçar para o estudo do princípio da proteção do existente e suas diferentes subdivisões doutrinárias quanto a sua aplicação, em qual dimensão aplica-se, e seus impactos jurídico-urbanísticos.

3.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE

Até este momento do trabalho, foi possível compreender o percurso pelo qual se desenvolveu e ainda se desenvolve a matéria urbanística no sistema jurídico brasileiro, com destaque para o papel fundamental que desempenham os municípios na elaboração do planejamento urbano e na implementação de seus instrumentos para imprimir sua aplicabilidade.

Dentro deste contexto, constatou-se que a possibilidade de construir dentro de um espaço urbano não é ilimitada, tendo em vista que o indivíduo está sujeito a uma análise prévia por parte da Administração Pública em relação à edificação pretendida. Salienta-se que dentro deste contexto a permissão concedida pela Administração Pública está vinculada à conformidade integral perante a legislação vigente à época de implementação da mesma, determinando se o indivíduo pode ou não executar o projeto o qual almeja.

Nesse sentido, considerando que o indivíduo tenha seguido todos os procedimentos licenciatórios de forma adequada, construído e implementado legalmente uma edificação em perfeito acordo com o projeto aprovado, e, finalmente, tenha obtido um título que demonstre a conformidade com os parâmetros legais estabelecidos (no caso, o habite-se, licença de funcionamento, entre outras), pode-se afirmar com segurança que essa construção/atividade adquire um novo status jurídico.

Dessa forma, esta deixa de ser apenas uma estrutura física, passando a ser um elemento integrante do ambiente urbano de determinada região, o que podemos firmar como “existente

urbanístico”. Do ponto de vista jurídico, esse existente urbanístico passa a ter ampla proteção legal, uma vez que seguiu integralmente os procedimentos legais exigidos pela Administração Pública dentro do seu exercício de controle (o controle prévio, concomitante e sucessivo).

Ao considerar que o existente urbanístico adquire novo caráter jurídico quando construído regularmente, é possível adentrar ao cerne da presente pesquisa. Este emerge quando ocorre uma mudança significativa na legislação urbanística ao longo do tempo, resultando em um conflito de direito intertemporal, no qual a obra previamente executada não está mais em conformidade com a nova legislação, colocando em questão a permanência, manutenção e possibilidade de expansão da edificação. Surge, então, a indagação sobre a permissibilidade de proteção do existente urbanístico diante de uma legislação posterior que o considera desconforme, ou, além disso, se o existente urbanístico tem a capacidade de ampliar sua desconformidade perante a legislação superveniente.

Assim, para que seja permitida essa reflexão, é necessário que se parta de um cenário hipotético no qual se considera que foi realizada a construção de um edifício em determinado local, seguindo todas as etapas mencionadas anteriormente – em conformidade com o zoneamento estabelecido pelo município, respeitando as regulamentações do código de obras e posturas, com projeto aprovado e licenciado pela prefeitura municipal, e cumprindo integralmente as normas vigentes à época de construção – na qual, após um lapso temporal, ocorre uma mudança legislativa. Essa nova legislação urbanística é editada imprimindo uma política mais restritiva, afetando o uso e a ocupação do solo ou as métricas construtivas na área em que a construção foi erigida em momento anterior. Conseqüentemente, essa edificação passaria a estar em desacordo com a nova legislação, passando a estar desconforme com o uso e ocupação do solo com a nova legislação urbanística em vigor neste segundo momento.

Neste cenário, como exposto nos subcapítulos que antecederam o presente, o ordenamento jurídico brasileiro já contempla princípios gerais do direito que amparam, dentro de uma construção teleológica, a permanência destas edificações em sua atual função. Reforça-se tal visão pela leitura de FRANCISCO NORONHA (2012, p. 468), que declara que “a garantia da existência, que a doutrina projecta como um verdadeiro princípio constitucional do Direito do Urbanismo, tem suas raízes na garantia constitucional da propriedade privada e nos princípios da não retroactividade dos planos [...] e da protecção da confiança”.

Estabelecidos os princípios sustentadores, é necessário esclarecer que, a partir deste momento, a abordagem que se propõe transcende aos princípios gerais já tratados e contemplados em um Estado democrático de Direito, partindo para uma abordagem de um

princípio específico do direito urbanístico, que teve seu surgimento no direito alemão e foi difundido em diferentes países da Europa. Em razão do grande desenvolvimento legislativo e dos estudos jurídicos do tema no direito português, este trabalho aprofunda sua investigação sobre o princípio da proteção do existente no ordenamento e pesquisas jurídicas propostas em Portugal, visando correlacionar e, possivelmente, verificar o princípio ao ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, são poucos autores que trabalham e examinam este princípio como, de fato, um princípio do direito urbanístico. Dentre estes autores, imprescindível citar PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2018, p. 79) quando aponta que “a mais moderna doutrina fala, a esse respeito, em *proteção ao existente (Bestandschutz)*. Se a edificação era, ao tempo de sua construção, permitida pela ordem jurídica então vigente, o advento de nova restrição não torna, necessariamente, a ocupação ilegal”.

Em Portugal o princípio da proteção do existente já trava ricas discussões doutrinárias sobre o tema, que serão a grande base para maiores apresentações e aprofundamento das nuances que o princípio possui.

Isto posto, parte-se de maneira mais focada ao princípio da proteção do existente como um princípio próprio do direito urbanístico, trazendo ao lume um trecho da obra de CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 338) que explica melhor o substrato da tutela do princípio da proteção do existente ao afirmar que “o existente protegido pela lei não é [...] o edifício enquanto realidade física, mas sim o edifício enquanto bem jurídico objeto de direitos privados e enquanto elemento da paisagem e da composição urbana”. É bastante importante frisar o ponto proposto pelo autor, na medida em que o mesmo dá continuidade à sua explanação elaborando que “não é a matéria do edifício aquele regime legal pretende salvaguardar, mas a sua identidade jurídica e urbanística”.

Ou seja, o autor reforça a ideia de que o objeto tutelado pelo princípio urbanístico em foco não é a edificação por si só, como mera construção física erigida em determinado local, mas sim a edificação como bem urbanístico incorporado ao núcleo urbano, como patrimônio urbanístico, assim como os direitos contraídos quando de sua construção legal e regular.

Inclusive, o fator do respeito aos trâmites administrativos e a legalidade construtiva são de suma importância na medida em que se demonstram condição essencial para que possam estar tutelados pelo princípio da proteção do existente, uma vez que estas condições são

justamente o que fazem a edificação adquirir o estado de existente urbanístico, detentor de direitos dentro do núcleo urbano que se está a observar.

A autora CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 106) corrobora com a consignação acima quando propõe que “[...] a consagração do princípio [...] se faz depender a validade e eficácia dos atos de licenciamento, admissão de comunicação prévia e autorizações de utilizações, da sua conformidade com as normas legais e regulamentares em vigor à data da sua prática [...]”.

De forma a complementar a ideia anterior, CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 107) ainda é efusiva ao expor que esta exigência legal é unanimidade entre estudiosos, afirmando que seria “ponto assente que o título que se exige para que a edificação se considere erigida ao abrigo do direito anterior [...] não é mais do que o ato administrativo de deferimento do licenciamento, autorização ou admissão de comunicação prévia de construção”.

De tal modo, parece estável a ideia de que a edificação que foi legalmente construída sob a égide das leis vigentes à época e ainda com a anuência e concessão do direito de construir por parte da Administração Pública estariam protegidas sob a tutela protetiva do princípio da proteção do existente.

De fato, a leitura deste princípio parece simplória quando não se propõe maiores investigações sobre o tema. Porém, ao avistá-lo de maneira mais minuciosa, percebe que sua discussão aprofundada permite que diferentes linhas argumentativas suscitem, de forma que não só a mera manutenção da edificação esteja protegida na ótica do princípio da proteção do existente, mas, também, se discuta a manutenção, reforma e ampliação da construção legalmente erigida.

O princípio da proteção do existente possui diferentes vertentes, não só dentro da legislação dos países que o aplicam, mas principalmente no cenário doutrinário-teórico que a discussão é provocada. Logo, é possível abordar tanto a aplicação prática do princípio da proteção do existente como um princípio legitimamente urbanístico (tendo como foco, principalmente, o direito português), quanto expor abordagens mais abrangentes, como interpretações mais extensivas e conceitos que são debatidos sobre o tema e que talvez ainda não tenham sido amplamente aplicados na prática.

Adentrando-se na aplicação do princípio da proteção do existente, importa expor que este já se encontra expressamente consagrado no direito português pelo artigo 60 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação¹⁷. Observando o entendimento majoritário dos estudiosos

¹⁷ “Artigo 60.º
Edificações existentes

portugueses, incluindo a visão de CLÁUDIA SOUTINHO (2012, p. 106), percebe-se que há diferentes leituras desta normativa. A mais comum fala entre duas vertentes, a ativa e a passiva. A passiva, descrita pelo n° 1 do artigo 60°, é a que reserva ao proprietário a possibilidade de manter o imóvel, tendo em vista a adequação com a lei à época da construção. A ativa, descrita no n° 2 do mesmo artigo, fala da possibilidade de manutenção, reparação e construção a partir desse direito supostamente adquirido.

Esta divisão do princípio da proteção do existente entre vertente passiva e vertente ativa é a que foi plenamente legislada no direito português e, assim, provoca maiores debates sobre o tema.

De forma introdutória, pode-se asseverar que a vertente passiva é revelada como a possibilidade de permanência da edificação sem qualquer intervenção, mantendo-se intacta nas condições em que foi inicialmente erigida, enquanto a vertente ativa seria não só o conceito de conservação proposto pela vertente passiva, mas, somado a isto, a faculdade de intervir na edificação com medidas de manutenção, reparação e melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação.

Comunga desta visão FRANCISCO NORONHA (2012, p. 469):

[...] temos, por um lado, a garantia da existência passiva, relativa à conservação da edificação e à manutenção da sua função anterior, e, por outro, a garantia de existência activa, que fundamenta um direito à obtenção de uma autorização para a realização de obras de reparação e de restauração, desde que permaneça intacta a identidade do edifício originário.

Ainda, faz-se necessário expor uma terceira vertente possível dentro do princípio da proteção do existente que é defendida por parte dos estudiosos do tema, que seria a vertente da proteção funcional do existente. Esta vertente, além de comungar das proteções defendidas na vertente passiva e ativa do princípio da proteção do existente, ela ainda faculta àquele que

1 - As edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são afectadas por normas legais e regulamentares supervenientes.

2 - A licença de obras de reconstrução ou de alteração das edificações não pode ser recusada com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, desde que tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação.

3 - O disposto no número anterior aplica-se em sede de fiscalização sucessiva de obras sujeitas a comunicação prévia.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a lei pode impor condições específicas para o exercício de certas actividades em edificações já afectas a tais actividades ao abrigo do direito anterior, bem como condicionar a execução das obras referidas no número anterior à realização dos trabalhos acessórios que se mostrem necessários para a melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação.”

construiu licitamente a permissibilidade de propor ainda algumas alterações, com base na legislação que vigia à época da construção, para que a funcionalidade da edificação continue existindo.

Já a proteção funcional do existente seria a situação na qual a Administração Pública permitiria que aquele que construiu apontada edificação para um uso determinado, estivesse apto a promover reformas e ampliações (com base na legislação em que a edificação foi promovida) na medida em que estas intervenções fossem imprescindíveis para manter a funcionalidade originária da edificação.

Por fim, é necessário consignar que as subdivisões acima expostas do princípio da proteção do existente ainda não exprimem todas as possíveis vertentes dentro do tema, na medida em que há autores que abordam de forma mais expansiva a matéria.

Impossível partir para um estudo mais aprofundado do princípio da proteção do existente sem apresentar a leitura de CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 339-341) sobre o tema. Esta permite uma discussão mais rica e minuciosa na medida em que a subdivide em 4 categorias, abrindo a vertente ativa em 3 interpretações diferentes, somadas a vertente passiva: (i) a conservação dos edifícios existentes na sua atual função; (ii) a alteração dos edifícios para melhoria das condições existentes; (iii) a reconstrução dos edifícios existentes e os seus limites; (iv) a ampliação dos edifícios existentes em áreas de reabilitação urbana.

E, para os fins almejados pelo presente trabalho, a adoção desta subdivisão demonstra ser suficientemente complexa para um debate produtivo sobre a temática, de forma que serão apresentados de maneira pormenorizada abaixo.

3.4.1 A conservação das obras e construções existentes na sua atual função

3.4.1.1 A proteção passiva do existente

Nesta primeira faceta do princípio da proteção do existente, o debate se inicia ao avaliar a permissividade de permanência da edificação legalmente construída, respeitada das todas as legislações que determinam a atividade construtiva em determinado espaço urbano, mesmo que uma legislação superveniente mais restritiva torne-a desconforme.

Propondo um exemplo prático para posterior desenvolvimento teórico, expõe-se a eventualidade de uma construção legalmente erigida vir a sofrer um processo (seja administrativo ou judicial) que averigue sua conformidade com a legislação vigente em

determinado núcleo urbano. Seja a Administração Pública ou o Ministério Público promovendo tal demanda, este faz uma análise anacrônica da situação, estabelecendo que a legislação vigente determina que o local não permite esta intervenção urbanística, assim, propondo a medida de demolição para reestabelecimento da ordem urbanística do local.

Desta forma, estaríamos diante de uma represália do Poder Público (seja administrativa ou judicial), observando a legislação vigente e mais repressiva, impondo uma medida extrema de demolição diante do administrado.

Neste caso, o administrado teria plena segurança de demonstrar, diante de todo o processo licenciatório perante a Administração Pública, que promoveu tal edificação sob a égide de uma legislação que era mais permissiva, até mesmo com a aval do próprio Poder Público, uma vez que respeitou as métricas construtivas que vigiam à época da edificação, inclusive com os títulos administrativos necessários para sua comprovação.

Diante desta situação, a comprovação de que a edificação construída foi erigida sob a égide da Administração Pública, respeitando todas as métricas construtivas impostas pela legislação vigente à época, já é suficiente para que se esteja diante de uma situação jurídica na qual os títulos expedidos pela Administração Pública subsidiem a aplicação do princípio da proteção do existente.

Ou seja, nesta sua primeira faceta, o princípio da proteção do existente funciona como uma garantia de que o administrado que erigiu sua edificação legalmente tenha o direito de conservar seu existente urbanístico. Da mesma maneira, pode usar-se do princípio da proteção do existente como um remédio contra uma medida de demolição intentada pelo Poder Público ao fazer uma análise anacrônica da situação fática.

Considerando que este exemplo é razoavelmente corriqueiro, o princípio da proteção do existente impõe a tolerância do Poder Público à, pelo menos, a conservação da edificação. DIOGO COELHO (2015, p. 2) anui, na medida em que entende que a Administração Pública “encontra-se na obrigatoriedade de tolerar a existência das edificações que tenham sido construídas em harmonia com o direito anterior, mesmo que estas já não fossem susceptíveis de ser licenciadas se apreciadas à luz das normas jurídicas actualmente em vigor.”

Na Alemanha, local onde este princípio surgiu, suas primeiras aplicações sempre foram na linha da conservação, como demonstra CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 330):

Na doutrina e jurisprudência alemãs, onde esta problemática tem sido debatida com alguma profundidade, tem sido geralmente entendido que a proteção do

existente (*Bestandsschutz*) opõe-se a uma ordem de demolição, mas não confere ao proprietário uma pretensão à concessão de uma nova licença de acordo com o direito anterior.

Inclusive, esta temática é bastante debatida, pois se o interesse público fosse imperante sem qualquer sopesamento do interesse particular e das garantias jurídicas inerentes ao cidadão, a superveniência de lei restritiva certamente resultaria numa mudança drasticamente repressiva diante das edificações já existentes.

Nesta linha, DIOGO COELHO (2015, p. 3) disserta que “a aplicação imediata do regime do plano novo poderia vir a traduzir-se na necessidade de demolição das edificações se a nova disciplina de uso do solo assim o requeresse”. Para fugir desta análise anacrônica e que imprime alto revés ao particular que de boa-fé promoveu uma edificação em determinado espaço urbano, foi-se necessário demarcar esta medida temporal, e, principalmente, o desenvolvimento do princípio da proteção do existente em seu caráter passivo, que seria a conservação do uso da edificação em sua atual função. DIOGO COELHO (2015, p. 3) complementa ao afirmar que “temos uma solução que visa a concordância prática entre o princípio *tempus regit actum*, emanado do princípio da tutela da confiança, e o princípio da prossecução do interesse publico urbanístico”.

Neste momento, faz-se necessário constatar que esta faceta do princípio da proteção do existente é praticamente incontestada dentro das legislações urbanísticas que a aderiram, bem como dentro do entendimento consensual dos estudiosos que debatem o tema e até de jurisprudências que tratam do desta temática, seja direta ou indiretamente.

A lição de PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2018, p. 81) apresenta concordância com esta linha, quando discorre sobre o tema afirmando “que a superveniência da legislação restritiva não impede a manutenção do uso anterior da área especialmente diante de alteração nas características naturais que não encontrava óbice jurídico à época que foi instaurada”.

Todos os princípios gerais do direito são unânimes quanto a possibilidade de conservar a edificação legalmente erigida dentro de um direito anterior, mesmo que sua desconformidade superveniente (nascida de legislação posterior mais restritiva) não autorizasse sua edificação em momento posterior, razão pela qual o princípio da proteção do existente, como princípio próprio do direito urbanístico, acaba impondo sua conservação de maneira irrefutável.

Neste mesmo panorama, faz-se necessária didática explanação de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 305):

A tolerância da edificação não-conforme é, portanto, uma solução que encontra embasamento também no interesse social, especialmente quando se trate de imóveis residenciais, uma vez que o Poder Público não pode de uma hora para a outra determinar a evacuação desses imóveis para demolição, a fim de que seus proprietários reergam outros em obediência às novas determinações legais. Isso já seria arbitrariedade. Mas esses imóveis desconformes ficam sujeitos àquelas restrições que apontamos antes, quanto a vedação de ampliação da não-conformidade, a reformas que não sejam para segurança e aumento do conforto sem agravar a desconformidade, sem possibilidade de reconstrução, porque, como vimos, se o imóvel for demolido terá que ser novamente construído, com observância integral das novas exigências urbanísticas.

Inclusive, o direito português legislou tal questão de forma clara, fazendo com que tal discussão sequer precisasse percorrer mais os tribunais administrativos de sua competência. O artigo 60º, nº 1, do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação – RJUE é explícito ao impedir que normas supervenientes tenham afetem as edificações construídas em direito anterior. Para melhor explicitar, transcreve-se:

Artigo 60.º

Edificações existentes

1 - As edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são afectadas por normas legais e regulamentares supervenientes. [...]

Nessa primeira dimensão em que o princípio da proteção do existente se revelou inquestionável e não encontrou qualquer objeção sob a perspectiva estritamente urbanística da edificação legalmente construída (o existente urbanístico), surgiu o questionamento de que a mera preservação poderia acarretar riscos à saúde e, em situações mais extremas, impossibilitar o uso de estruturas já em estado de ruína, acabando por tornarem-se obsoletas.

Partindo deste ponto, autores como FERNANDO ALVES CORREIA (2008, p. 565) apontam que se apenas fosse contemplada a proteção passiva do existente (unicamente sob a ótica da proteção da confiança dos particulares e do princípio *tempus regit actum*), isto levaria inevitavelmente à contemplação da ruína, visto que estaria vedada ao particular a oportunidade de efetivar obras de reparação, restauração e reconstrução do edificado, por existirem desconformidades com o plano em vigor.

Este questionamento acerca da restrição do uso do princípio da proteção do existente apenas em sua vertente passiva instigou o desenvolvimento do princípio para sua segunda faceta, que é a vertente ativa do princípio da proteção do existente, qual seja, a que admite que

haja obras de manutenção para melhoria de qualidade de segurança e salubridade para permitir a continuidade do uso da edificação na finalidade em que foi construída.

Dentro desta temática, o autor FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 196) assevera que “o estabelecimento de tal regime é extremamente razoável, pois se apenas existisse uma proteção passiva e inerte da edificação existente o direito de uso da edificação se transformaria literalmente em ‘ruínas’, deparando-se o proprietário com a deterioração gradual da sua edificação até o ponto de não ter quaisquer condições de habitação e uso”.

FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 196) conclui seu raciocínio ao propor que seria “o caso de se perguntar se valeria à pena conservar meras ruínas ou destroços ao invés de admitir obras que, ainda que contrárias à legislação vigente, venham a produzir significativas melhorias na segurança e higiene de edificações habitáveis”.

Assim, compreende-se que o princípio da proteção do existente em sua vertente passiva é unânime, com sua aplicabilidade ampla no universo do direito urbanístico (nos locais em que foi recepcionado) como forma de conservar a edificação legalmente erigida e, mais ainda, opor-se frontalmente às medidas de demolição intentada pelo Poder Público em casos de edificações legalmente construídas.

Entretanto, sua aplicação prática como mera conservação propôs um novo desafio às edificações que com o passar do tempo vieram a se deteriorar, que seria mantê-la segura e salubre dentro de um cenário no qual nada além de sua conservação seria permitido.

Diante deste desafio, passou-se a discutir a ampliação do uso do princípio da proteção do existente para uma vertente mais ativa, que permitiria manutenção para melhora da qualidade da edificação em questões de segurança, vertente que será tratada neste momento.

3.4.2 A alteração das obras e construções para melhoria das condições existentes

3.4.2.1 A proteção ativa do existente

Observou-se que a vertente passiva do princípio da proteção do existente é de ampla aceitação na comunidade jurídica, tanto nas discussões propostas pelos estudiosos do tema, quanto na sua implementação legislativa no direito urbanístico português e aplicação também na jurisprudência. Esse seu caráter consolidado propiciou que a discussão sobre o tema avançasse para uma segunda etapa, um pouco mais flexível quanto ao uso e abordagem perante o existente urbanístico, que é a vertente ativa do princípio da proteção do existente.

Nesta segunda vertente do princípio, o que se busca é mais do que a mera conservação da edificação legalmente erigida, mas a possibilidade de realizar obras de manutenção, reforma e promoção de benfeitorias que resultem em melhora nas condições de segurança e salubridade dentro da edificação construída ao abrigo de uma legislação anterior.

Assim, far-se-á uma análise desta visão que permite a manutenção, defendida por muitos estudiosos como a linha mais coerente para tomar-se como regra geral, observando, sempre, as minúcias de situações pontuais. Segundo CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 337) a proteção do existente tem como função útil exatamente o aspecto de permitir a realização de obras de alteração de uma edificação promovendo melhoria das condições de utilização, sem afetar sua forma e substância. Para elucidação, a didática explicação do mesmo:

Se uma edificação existente pode ser mantida pelo seu proprietário nas suas condições de utilização originária, mesmo que em desconformidade com as normas técnicas da construção e urbanísticas em vigor, por maioria de razão ela deve poder ser modernizada, desde que essa modernização não origine novas antinomias com aquelas normas ou agrave as já existentes.

O autor JOÃO MIRANDA (2002, p. 332) expõe, assim como parte majoritária dos estudos do tema, que esta abordagem se trataria de “dar um passo importante na recuperação do patrimônio construído, já que, sem impor um sacrifício desproporcional aos proprietários, o regime proposto permite a realização de um conjunto de obra susceptíveis de melhorar as condições de segurança e salubridade das construções existentes”.

Desta forma, considerando que há uma concordância dentro da vertente ativa do princípio da proteção do existente quanto a necessidade de permitir que haja reformas e obras de melhoria dentro das condições existentes com o intuito de melhorar segurança e salubridade, há também uma discordância quanto a extensão destas reformas, ou seja, se poderiam ser feitas somente nos limites utilizados nas métricas construtivas que existiam no momento em que a edificação foi concebida ou poderiam também ampliar alguma desconformidade atual que seria permitida na legislação anterior.

Em sua maior parte, entende-se que as reformas e obras de reparação devem ser acolhidas somente sobre o que já foi construído nas métricas que vigiam à época da construção da edificação. Isto já seria o suficiente para que consigam abranger de forma integral à medida que se busca proteger, qual seja, a manutenção da identidade urbanística e a melhoria na qualidade do uso e da ocupação daquela edificação.

Assim, alerta-se que a execução destas manutenções e melhorias devem respeitar os limites que já existiam na edificação, ou seja, à princípio, não podem ampliar as desconformidades com a legislação vigente ou criar novas desconformidades não existentes. Nesta mesma linha, CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 105) certifica que “à realização de obras em construções já existentes não se aplicam às disposições legais e regulamentares que lhe sejam supervenientes, desde que tais obras não se configurem como obras de ampliação e não agravem a desconformidade com as normas em vigor”.

Esta leitura parece bastante ponderada, uma vez que também não faculta ao proprietário de má-fé que extrapole a tutela do princípio da proteção do existente para que possa produzir uma nova situação jurídica.

Trabalhando esta visão sob os olhos da Administração Pública, observa-se que dificilmente uma obra de manutenção é contraproducente à coletividade. Manter a observância aos padrões definidos pela legislação (mesmo que seja da legislação vigente à época de construção), e com o intuito de melhoria e modernização com a mesma finalidade, é quase certo que o produto seja a valorização da área, bem como o cuidado com os cidadãos. Em cima desta afirmativa, CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 337) reflete:

O regime de proteção do existente [...] é uma imposição do princípio da proporcionalidade, na medida em que é manifestamente excessivo impedir uma melhoria do aproveitamento do bem pelo seu proprietário sem a contrapartida de um ganho real para o interesse público. Muito pelo contrário, até, a melhoria das condições de utilização do edifício resultará, na grande maioria das situações, num desagravamento da sua desconformidade com normas técnicas de construção e urbanísticas em vigor, pelo que constituirá um benefício para a realização daquele interesse.

Assim, observa-se que, em grande parte, já se compreende a importância de adotar essa postura quanto ao princípio da proteção do existente, ou seja, que sua vertente ativa seja considerada com o intuito de melhoras às condições de segurança e salubridade não só para questão estética e urbana, mas também para a propiciar um uso adequado à uma edificação legalmente erigida.

Para além disto, o direito português também já implementou esse uso ativo do princípio da proteção do existente em sua legislação, mais especificamente no artigo 51, n° 1, do Regime Jurídico de Reabilitação Urbana - RJRU, o qual transcreve-se para elucidação:

Artigo 51.º
Protecção do existente

1 - A emissão da licença ou a admissão de comunicação prévia de obras de reconstrução ou alteração de edifício inseridas no âmbito de aplicação do presente decreto-lei não podem ser recusadas com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, desde que tais operações:

- a) Não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor; ou
- b) Tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação; e
- c) Observem as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício.

Isto posto, a legislação portuguesa é nítida quanto a incorporação do princípio da proteção do existente também em sua vertente ativa, justamente sob as métricas acima expostas, que são, basicamente, o compromisso de não criar ou agravar qualquer desconformidade com a lei vigente e que o resultado desta intervenção seja a melhoria de condições de segurança e salubridade. A autora CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 111) corrobora, reafirmando tal entendimento no seguinte excerto:

A regulamentação do princípio [...] prevê que a emissão da licença ou a admissão de comunicação prévia de obras de reconstrução ou alteração de edifício inseridas no seu âmbito de aplicação não podem ser recusadas com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, desde que tais operações não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação.

Ou seja, parece bastante sólido o entendimento de que as obras de manutenção e reforma para melhoria da qualidade de salubridade e segurança da edificação legalmente erigida é consolidado, tanto na legislação, quanto nas pesquisas e estudos e na jurisprudência do direito português.

Por outro lado, há de se falar de uma questão ventilada anteriormente no trabalho, que é se o princípio da proteção do existente poderia ser aplicado mesmo em edificações que não passaram pela tutela da Administração Pública, entretanto, que não são consideradas irregulares em razão da ausência de legislação proibitiva à época de sua construção. Esta questão sujeita a possibilidade de uma interpretação extensiva dentro do princípio da proteção do existente exposto no artigo 60 do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação - RJUE¹⁸.

¹⁸ “Artigo 60.º

Edificações existentes

1 - As edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são afectadas por normas legais e regulamentares supervenientes. [...]”

Nesta situação, muitos entendem que a ausência de legislação restritiva no momento da edificação enseja a necessidade de tolerância por parte da Administração Pública, de forma que a realidade urbanística consolidada deva prevalecer neste exercício de sopesamento dentro da aplicação do princípio da proteção do existente.

CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 113) disserta acerca da “necessidade de criar mecanismos legais para resolver um problema que [...] tinha grande relevância urbanística e cuja solução não poderia nunca ser a demolição, com consequências devastadoras para dezenas de milhares de famílias.” A mesma autora ainda faz uma ressalva quanto a aplicabilidade desta interpretação extensiva do princípio:

Importa, no entanto, aqui referir porque é importante para a defesa de uma interpretação extensiva do princípio da garantia do existente, que a grande maioria destas construções clandestinas não eram viáveis do ponto de vista legal, à data da sua construção e, portanto, embora sediadas em razões compreensíveis do ponto de vista social, não são menos ilegais do que outras às quais se poderia aplicar o princípio referido.

Esta argumentação é compreensível não só quando tratando-se do espaço urbano e da legislação urbanística de Portugal, mas principalmente no Brasil, considerando que a legislação urbanística é extremamente recente quando cotejada com todo o histórico de urbanização desordenada dos espaços urbanos. O não reconhecimento do princípio da proteção do existente nestas situações resultaria na marginalização de núcleos urbanos informais que já estão historicamente consolidados, bem como de sua caracterização urbanística enraizada no local.

Neste aspecto, é interessante pontuar o trecho exposto por CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 115) na medida em que entende que a desconformidade formal, por si só, não pode ser razão para a não aplicação do princípio da proteção do existente em sua interpretação extensiva:

A primeira situação que reconheceríamos reporta-se à existência de uma edificação que não obstante construída ao abrigo do direito anterior não obteve título. Aqui somos claramente a favor da interpretação extensiva do princípio da garantia do existente no artigo 60 [...], considerando que a expressão “construída ao abrigo do direito anterior” se refere à legalidade material originária e não à existência de um título que lhe confira legalidade formal. Esta interpretação obriga [...] a uma investigação sobre o enquadramento legal vigente à data da construção por parte da entidade licenciadora [...].

Acerca do tema, é necessário reconhecer que assiste razão à autora no sentido de observar a realidade fática das criações de núcleos urbanos informais, de maneira que a

desconformidade unicamente formal não deveria ser impedimento para que este existente urbanístico seja protegido pelo princípio da proteção existente. Hoje, mais do que nunca, existem diferentes mecanismos que promovem a regularização fundiária de núcleos urbanos informais, reconhecendo a ausência de legislação proibitiva no momento de sua consolidação e com a consequente expedição de documentação que promove a regularização destas edificações, superando a barreira da formalidade normalmente exigida para que a edificação seja abarcada pelo princípio da proteção do existente.

Desta forma, vê-se que a própria Administração Pública possui métodos para a regularização de núcleos urbanos consolidados, havendo nessa situação uma melhora em diferentes frentes, seja na regularização e inclusão de uma situação fática historicamente consolidada dentro da formalidade da Administração Pública, bem como na melhora das condições de segurança e salubridade destas mesmas edificações.

A autora CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 117) corrobora com este raciocínio e complementa que “esta é a única forma de preservar o patrimônio edificado cuja incerteza de manutenção resulta da inexistência de formalidades essenciais cuja importância fica aquém de valores mais relevantes no atual contexto sócio-econômico”.

3.4.2.2 A proteção funcional do existente

De outra frente, também é necessário pontuar autores que tem uma leitura mais permissiva quanto a aplicação do princípio da proteção do existente, discorrendo que é possível sim que o princípio da proteção do existente acolha dentro de seu leque a faculdade de promover novas construções e, conseqüentemente, agravar as desconformidades já existentes com base na legislação vigente.

Nesta linha de raciocínio, seria possível que o proprietário promovesse construções e edificações novas, com base no direito vigente à época da construção, considerando que estas novas construções seriam essenciais para a manutenção do uso previamente estabelecido para aquela edificação.

Como um dos defensores desta linha, DIOGO COELHO (2015, p. 02) disserta:

[...] a garantia do existente activa tem sido entendida, tradicionalmente, como o fundamento para a obtenção de um direito à autorização para a realização de obras de reparação e de restauração, desde que permaneça intacta a identidade do edifício originário. Admite-se, ainda, um alargamento limitado da

construção, desde que uma utilização adequada ao tempo e ajustada à sua função o exija.

O autor é claro ao admitir o posicionamento majoritário já exposto no trabalho, mas também expandi-lo brevemente, concedendo o benefício de um alargamento limitado da construção desde que haja uma utilização adequada ao tempo, ou seja, que a manutenção do uso ou de sua função exija tal movimento.

Esta leitura é vista como uma terceira vertente do princípio da proteção do existente, que seria a proteção funcional do existente. Esta vertente defende que as edificações são erigidas com uma função primária, seja de moradia e uso residencial, seja uma fábrica para atividade comercial, e que o princípio da proteção do existente protege também esta funcionalidade originária ao longo do tempo.

Como exemplo, pode-se pensar em uma fábrica construída sob a vigência de uma legislação urbanística anterior, mais permissiva. A atividade industrial exercida por esta fábrica foi adequada à época de sua construção, com sua funcionalidade perfeitamente aplicável à estrutura física implementada. Entretanto, com o passar dos anos e o avanço da tecnologia, a indústria passou a ficar obsoleta, na medida em que um novo maquinário passou a ser utilizado e este não era passível de ser comportado dentro da estrutura física já existente.

Neste exemplo acima citado, deixar de aplicar o princípio funcional do existente no caso em foco colocaria esta atividade industrial fora do mercado em razão de sua obsolescência, assim, fazendo com que toda esta fábrica/edificação perdesse por completo sua funcionalidade.

O autor DIOGO COELHO (2015, p. 3), entretanto, entende que a sua aplicação deve ter em observância “esta indissolúvel conexão funcional, de tal modo que apenas a admite quando, de forma contrária, a construção existente ficasse simplesmente sem objecto, se não fossem autorizadas as medidas de alargamento ou de modificação”.

Assim, seria interessante fazer um sopesamento entre o prejuízo para a coletividade que a ampliação da desconformidade resultaria e os benefícios da manutenção da atividade industrial na região teria.

DIOGO COELHO (2015, p. 5) propõe este exercício de balanceamento por parte do administrador público, na medida em que se faz um paralelo entre o benefício gerado confrontado com a desconformidade com as leis urbanísticas podem gerar, assim, acredita “numa lógica de ponderação *alexiana*, que sempre que uma obra permita uma melhoria da

segurança e salubridade da edificação em maior grau do que determina o agravamento da desconformidade com o plano deve, em princípio, ser admitida”.

Pontua-se que, apesar de ser admitido de forma bastante limitada, a jurisprudência já admite nos casos que a modernização do edifício seja indispensável para assegurar sua utilização na atual função. A isto, acrescentam-se as situações bastante singulares, nas quais a desconformidade com a legislação não é decorrente da ampliação do edifício, conciliando, assim, a imunidade do edifício em relação as outras normas supervenientes e sujeitando a ampliação às normas de planejamento urbanístico em vigor.

DIOGO COELHO (2015, p. 3) bem resume tal questão:

Recentemente tem sido admitido, pelo Tribunal Federal Alemão, uma garantia do existente funcional (ou excepcional), que permite a adoção de medidas de alteração e de ampliação de edifícios, bem como a realização de certas alterações de utilização, desde que elas sejam indispensáveis para garantir a capacidade funcional entre as obras de alteração e a utilização dada ao edifício em causa.

Diante de todo o exposto, é possível perceber que, mesmo que parte minoritária dos estudiosos do tema abrace de forma substancial a vertente funcional da aplicação do princípio da proteção do existente, ela já cria força inclusive para propor a admissão desta linha em decisões que tratam de exemplos práticos do tema.

Assim, pode-se notar que o princípio da proteção do existente também tem a competência, em sua faceta funcional, de preservar a funcionalidade de uma determinada edificação. Isso significa que, se for essencial para manter o propósito inicial daquela edificação, é possível sim realizar certas ampliações e agravar a desconformidade, desde que tenha como finalidade a preservação de sua função originária.

Agora, passa-se a analisar se, no âmbito das situações abrangidas pelo princípio da proteção do existente, existe a possibilidade de estender essa proteção a uma eventual reconstrução completa das edificações.

3.4.3 A reconstrução das obras e construções existentes e seus limites

Até o momento, analisou-se as diferentes vertentes e tutelas do princípio da proteção do existente. Iniciou-se pela apresentação de seu caráter passivo, no qual permite que uma determinada edificação mantenha-se conservada em sua função atual, vertente que funciona

majoritariamente como um remédio contra a medida de demolição. Na sequência, expandiu-se para o carácter ativo do princípio da proteção do existente, na proporção em que permite que sejam realizadas obras e reformas com o intuito de aprimorar as condições existentes, promovendo uma melhora na segurança e salubridade das edificações. Ainda, houve a verificação de que há uma vertente funcional do princípio da proteção do existente, que considera ser possível agravar certas desconformidades da edificação (sob a ótica de legislação vigente) para que se permita que a edificação continue exercendo sua funcionalidade originária.

Agora, neste subcapítulo, a abordagem que se questiona é se o princípio da proteção do existente seria capaz de abarcar a possibilidade de que haja uma reconstrução integral da edificação, de forma que esta edificação seja reconstruída sob as métricas impostas pela legislação vigente à época de sua primeira construção.

Para melhor explicar, seria a situação em que o cidadão promove a construção de uma edificação sob a égide de uma legislação urbanística determinada. Com o passar do tempo, teria havido uma alteração para uma legislação urbanística mais restritiva quanto as métricas construtivas no local, fazendo com que esta edificação passasse a ter suas métricas desconformes com a legislação que agora vige. Neste exemplo, o questionamento que surge é se o princípio da proteção do existente poderia ser invocado para que este cidadão possa demolir e reconstruir a sua edificação deixando de respeitar a legislação vigente, mas sim, aplicando as métricas impostas pela legislação construtiva que regiram a construção da primeira edificação.

Pois bem. No direito português, o artigo 60, n° 2, do Regime Jurídico Urbanização e Edificação – RJUE permite que, em um exercício argumentativo e interpretativo, abra-se uma margem para esta compreensão. Para melhor elucidar, transcreve-o:

Artigo 60.º

Edificações existentes

1 - As edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são afectadas por normas legais e regulamentares supervenientes.

2 - A licença de obras de reconstrução ou de alteração das edificações não pode ser recusada com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, desde que tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação.

3 - O disposto no número anterior aplica-se em sede de fiscalização sucessiva de obras sujeitas a comunicação prévia.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a lei pode impor condições específicas para o exercício de certas actividades em edificações já afectas a tais actividades ao abrigo do direito anterior, bem como condicionar a execução das obras referidas no número anterior à realização dos trabalhos

accessórios que se mostrem necessários para a melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação. (grifos acrescidos)

A leitura do texto normativo permite que haja um entendimento, especialmente no texto realçado, de que qualquer obra de reconstrução não poderia ser recusada com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes. Seguindo este raciocínio em seu sentido literal, de fato, poder-se-ia compreender que a Administração Pública deve respeitar as métricas impostas pela legislação construtiva vigente à época anterior. Entretanto, não é esse o entendimento que é observado nos estudos jurídicos e na jurisprudência.

Os autores que tratam do tema não visualizam esta situação de reconstrução completa da edificação como a extensão de um existente urbanístico previamente consolidado, mas sim, como um novo existente urbanístico, que assim, não gozaria dos direitos e benefícios de um existente a ser protegido.

Tentando colocar de outra forma, explica-se que o princípio da proteção do existente tem como objetivo a proteção do existente urbanístico em seu caráter urbanístico e jurídico como uma peça integrante do espaço urbano e de direitos adquiridos sob uma legislação urbanística prévia. Já, quando se trata de um caso de reconstrução, estas características deixariam de estar presentes, pois o existente urbanístico daquele local deixaria de existir no momento de sua destruição para a construção de nova edificação, considerando que nem sua característica urbanística, nem jurídica estariam mais presentes para serem tuteladas.

Essa discussão, no fundo, tem seu cerne no direito de construir, fazendo uma avaliação dessa construção superveniente e seu contexto com a construção já consolidada. CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 332) a este respeito assevera que “a questão essencial é a de saber se a construção realizada é ainda o prolongamento de um direito de propriedade existente ou se cria um novo direito de propriedade”.

FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 195) é bastante assertivo neste contexto, deixando claro que corrobora com a leitura acima proposta na medida em que acredita que, após a demolição total da edificação, esta deixa de gozar dos direitos tutelados pelo princípio da proteção do existente. Transcreve-se trecho da obra do autor:

O princípio da proteção do existente, enquanto princípio jurídico que é, depende das suas condições fáticas de aplicação, pelo que, deixando de existir a edificação objeto de proteção, automaticamente deixa de se justificar a tutela jurídica de proteção conferida ao respectivo proprietário. Nestes termos, por

identidade de razão, a legalidade de obras de reconstrução, ocorrendo após a demolição total daquela, deverá ser aferida por referência à legislação vigente.

Por consequência, fica evidente que a edificação demolida não possui o mesmo caráter jurídico e urbanístico que tinha antes de sua demolição, uma vez que perde o valor de existente urbanístico. Assim, a construção que sobrevêm ao local é caracterizada como uma edificação nova àquele espaço urbano, devendo seguir a legislação vigente.

Sob ótica semelhante, CLAUDIO MONTEIRO (2013, p. 332), ressalta que a nova edificação não só deixa de ser tratada como um existente urbanístico passível de tutela sob a legislação urbanística anterior, como tem o dever de ser licenciado e aprovado pela Administração Pública com base na legislação construtiva vigente:

É necessário [...] analisar o impacto que a realização de obras de construção tem sobre a forma e a substância das edificações existentes, atendendo ao tipo legal de obra e à sua natureza, para distinguirmos aquelas situações em que as mesmas vão buscar a sua base legal à proteção do existente, não podendo o seu licenciamento ou comunicação prévia ser recusado com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, daquelas em que as obras têm de se conformar plenamente com o direito em vigor à data da sua realização ou do seu controlo administrativo prévio, incluindo os instrumentos de planeamento que entretanto tenham sido aprovados, revistos ou alterados.

Assim, percebe-se que não encontra respaldo, seja nos estudos jurídicos ou na jurisprudência, para que possa sobrepor o entendimento prático de que, de fato, seria uma nova construção sujeita ao controle administrativo pela ótica da legislação vigente. Mesmo em Portugal, com a possibilidade de uma interpretação extensiva do artigo 60, n° 2, do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação – RJUE, esta interpretação não possui defensores em nenhuma das áreas jurídicas.

Em conclusão, entende-se que nos casos em que o cidadão intenta a reconstrução de uma edificação, este não encontra sustento com base no princípio da proteção do existente, bem como também não encontrará nos princípios gerais do direito que fundamentam o princípio urbanístico. Como visto, isto ocorre em razão de que a demolição total para posterior construção de uma nova edificação é entendida como o encerramento do existente urbanístico detentor de direitos, para a construção de uma nova edificação, sujeita ao licenciamento administrativo sob as restrições vigentes.

Isto compreendido, é possível dar continuidade ao presente trabalho, que tem como foco abordar a possibilidade de ampliação das obras e construções em áreas consolidadas e, principalmente, em áreas de reconstrução urbana.

3.4.4 A ampliação das obras e construções em áreas consolidadas e de reconstrução urbana

O aprofundamento nas vertentes do princípio da proteção do existente permitiu que fossem exploradas as diversas abordagens e abrangências deste princípio. Verificou-se desde sua vertente passiva, passando pela vertente ativa e também sua vertente funcional. Ainda, foi possível abordar a aparente inaplicabilidade do princípio da proteção do existente em casos de reconstrução total da edificação após sua completa demolição.

Diferentemente das facetas expostas acima, a linha de aplicação do princípio da proteção do existente que se pretende apresentar nesta etapa não cobiça proteger unicamente o existente urbanístico como uma edificação, mas sim, de uma área urbana como um todo, de um espaço urbano e sua identidade urbanística e/ou cultural característica.

Neste aspecto, pode-se citar como exemplo um núcleo urbano informal que, diante do passar do tempo, foi historicamente consolidado às margens do planejamento urbanístico da Administração Pública. Logo, por mais que não tivesse havido a tutela da Administração Pública na formação deste núcleo urbano, a situação fática imposta é de uma realidade consolidada dentro do espaço urbano.

Nestas situações, como já foi visto, é compreendido que a falta de restrições legais no momento da construção não sejam um impeditivo para que a Administração Pública haja com tolerância, fazendo um exercício de ponderação e valorizando a realidade urbana consolidada com a aplicação do princípio da proteção do existente.

Entretanto, no aspecto proposto neste momento, a Administração Pública não só agiria de forma passiva, permitindo as reformas e obras de melhoria, mas participaria ativamente ao exercer um plano de reabilitação urbana para uma determinada localidade

Com a intenção de expandir este exemplo, adiciona-se o fato de ser um bairro ou núcleo urbano onde haja uma identidade visual e urbanística muito própria, como de fato seria um patrimônio urbanístico e cultural deste local. Assim, com o intuito de manter e até aprimorar esta identidade cultural deste espaço urbano, a Administração Pública poderia promover um

plano de reabilitação urbana para que este núcleo urbano informalmente consolidado passe a estar legalmente em consonância com a Administração Pública.

Este movimento, por óbvio, acaba exigindo da Administração Pública que entenda a impossibilidade deste núcleo urbano estar em perfeito acordo com a legislação urbanística vigente, de forma que o plano de reabilitação urbana possibilite a tolerância e consequente aceitação desta desconformidade.

Para melhor explicar, o plano de reabilitação urbana é um instrumento de gestão territorial que objetiva promover a reabilitação de uma área urbana, visando sua melhora, preservação e até revitalização. Este instrumento promove também a requalificação do patrimônio edificado, gerando a melhoria das condições de habitabilidade e a valorização do espaço urbano como um todo, sendo elaborado pela Administração Pública e podendo abranger áreas tanto de interesse histórico, cultural, ambiental ou social.

O plano de reabilitação urbana estabelece diretrizes, normas e critérios para que haja a intervenção na área em questão, com principal foco em reabilitação de edificações, melhoria das infraestruturas, revitalização do espaço urbano, entre outros. Consequentemente, este instrumento contribui para a preservação do patrimônio urbanístico, promovendo a melhora da qualidade de vida dos cidadãos enquanto reconhece uma realidade urbana já consolidada.

Como adendo, salienta-se que a nomenclatura ‘plano de recuperação urbana’ é própria do direito português, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma figura com as mesmas características, que se chama operação urbana consorciada.

Diante desta premissa, a Administração Pública poderia não só tolerar reformas de obras de acordo com a legislação anterior, mas também deixar de aplicar normativas construtivas vigentes em nome da manutenção da identidade urbanística do local e sua urbanização historicamente consolidada.

Nesta mesma lógica, PAULO OTERO (2003, p. 904) corrobora este entendimento de que é facultado à Administração Pública a possibilidade de deixar de apreciar as normativas urbanísticas. O autor pressupõe que se pode afastar ou modificar o estabelecido na legislação urbanística através deste instrumento de reabilitação urbana. Como realça o autor, esta derrogação administrativa, por um lado, permite que a Administração Pública dê uma solução legal à uma demanda presente na realidade fática, evitando soluções rígidas na sua imperatividade, enquanto por outro lado, causa uma “erosão da legalidade subjacente à actuação administrativa, permitindo a sua flexibilização pela Administração, debilitando o poder conformativo do princípio da legalidade sobre o exercício da actividade administrativa”.

O mesmo autor, PAULO OTERO (2003, p. 906), admite até a ampliação da desconformidade urbanística, desde que inserida no âmbito desta operação de reabilitação urbana. Esta ampliação ficaria dispensada do cumprimento de normas legais e regulamentares supervenientes à construção originária, desde que preveja a melhoria das condições de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva da edificação, havendo, claro, o mesmo exercício de ponderação entre os prejuízos que a proibição de as realizar causaria ao particular e o prejuízo que as permitir geraria ao interesse coletivo.

Neste mesmo sentido, a autora SUZANE TAVARES SILVA (2010, p. 17) discorre que no domínio da reabilitação urbana, onde também consagra-se o princípio da proteção do existente, há este juízo de ponderação final a fim de apurar se as desconformidades devem ceder perante a melhoria das condições de segurança e salubridade do edificado. Deste raciocínio retira-se que o princípio não se destina apenas a proteger o existente, abrangendo, também, “situações de consolidação/reforço do existente”.

No direito português, tal tema já está legislado no artigo 51º, nº 2, do Regime Jurídico de Reabilitação Urbana – RJRU, como se observa:

[...] 2 - As obras de ampliação inseridas no âmbito de uma operação de reabilitação urbana podem ser dispensadas do cumprimento de normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, sempre que da realização daquelas obras resulte uma melhoria das condições de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva da edificação, sendo observadas as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício, e o sacrifício decorrente do cumprimento das normas legais e regulamentares vigentes seja desproporcionado em face da desconformidade criada ou agravada pela realização daquelas.

3 - O disposto no número anterior é aplicável ao licenciamento ou à admissão de comunicação prévia de obras de construção que visem a substituição de edifícios previamente existentes.

4 - Os requerimentos de licenciamento ou as comunicações prévias devem conter sempre declaração dos autores dos projectos que identifique as normas técnicas ou regulamentares em vigor que não foram aplicadas e, nos casos previstos no n.º 2 e no número anterior, a fundamentação da sua não observância.

Sobre este artigo específico, a autora CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 111) complementa, entendendo o instituto como um acerto do legislador:

De acordo com o referido diploma, as obras de ampliação inseridas no âmbito de uma operação de reabilitação urbana podem até ser dispensadas do cumprimento de normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, sempre que da realização daquelas obras resulte uma melhoria das

condições de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva da edificação e o sacrifício decorrente do cumprimento das normas legais e regulamentares vigentes seja desproporcionado em face da desconformidade criada ou agravada pela realização daquelas.

Da mesma forma, o Decreto-Lei n° 307/2009, mais precisamente em seu artigo 4°, alínea h), aprimorou o entendimento desta aplicação extensiva do princípio da proteção do existente na medida em que permite intervenções urbanísticas mesmo que estas não cumpram o disposto em todas as disposições legais e regulamentares aplicáveis à data da intervenção. Com o intuito de elucidar o tema, transcreve-se artigo desta legislação:

Artigo 4.º

Princípios gerais

A política de reabilitação urbana obedece aos seguintes princípios:

[...]

h) Princípio da protecção do existente, permitindo a realização de intervenções no edificado que, embora não cumpram o disposto em todas as disposições legais e regulamentares aplicáveis à data da intervenção, não agravam a desconformidade dos edifícios relativamente a estas disposições ou têm como resultado a melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação ou delas resulta uma melhoria das condições de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva da edificação e o sacrifício decorrente do cumprimento daquelas disposições seja desproporcionado em face da desconformidade criada ou agravada pela realização da intervenção;

CLAUDIA SOUTINHO (2012, p. 112) entende, inclusive, a aplicabilidade dessa interpretação extensiva em casos onde a edificação originária não possui qualquer título, ou seja, foi erigida à margem do conhecimento da Administração Pública:

Poder-se-á dizer que a inexistência do requisito do título tem como fundamento o facto de o regime aqui estabelecido ter como objeto espaços urbanos que, em virtude da insuficiência, degradação ou obsolescência dos edifícios, das infraestruturas urbanas, dos equipamentos ou dos espaços urbanos e verdes de utilização coletiva, justificam uma intervenção integrada e que, enquanto realidade coletiva, estão sujeitas a uma intervenção que obedece à elaboração de um Plano de Reabilitação Urbana, por sua vez, subordinado aos procedimentos exigíveis para os outros instrumentos de planeamento territorial consagrados no respetivo regime jurídico, sendo que aqui podem ser estabelecidos outros requisitos ou condicionantes que configuram um maior controlo prévio das operações urbanísticas a licenciar ao abrigo do direito anterior. Mas isso não significa que não subsistam situações isoladas, insuscetíveis de integrar em Planos de Reabilitação Urbana, que não mereçam o mesmo tipo de proteção.

A autora é precisa ao reforçar que este instrumento urbanístico também pode ser usado com uma finalidade social. Ou seja, apesar de majoritariamente se observar as características arquitetônicas e culturais para aplicação de um plano de reabilitação urbana, a autora aponta sua salutar importância no contexto de um núcleo urbano informal que foi consolidado às margens do olhar da Administração Pública, porém, faticamente enraizado e que, pela relevância social, também justifica um olhar da Administração Pública para regularização fundiária e revitalização/reforma de melhoria deste núcleo promovido por um plano de reabilitação urbana.

Assim, da mesma forma que pode ser utilizado para trazer à regularidade um núcleo urbano informal (demonstrando seu caráter social), o instrumento vai para além disto, ressaltando-se a possibilidade da Administração Pública de abrir mão das métricas construtivas impostas por sua legislação urbanística para manter também a identidade cultural de um determinado bairro ou espaço urbano.

Caso não tenha se feito claro, é importante salientar que o uso de um plano de reabilitação urbana é uma atividade discricionária da Administração Pública, que vai resultar de um estudo aprofundado de uma determinada área urbana. Mais do que isto, este instrumento exige que a Administração Pública, por meio de seu planejamento, justifique a razão pela qual deixará de apreciar a legalidade imposta pela legislação urbanística e contemplará um determinado espaço urbano com a oportunidade de deixar de aplicar a legislação urbana em sua integralidade, enquanto outros espaços urbanos não gozam deste mesmo privilégio. Com este estudo, percebemos que isto ocorre, basicamente, por um interesse histórico, cultural, ambiental ou social. Entretanto, esta fundamentação e justificativa são fundamentais para legitimação social e jurídica desta abordagem.

Diante de todo o exposto, foi possível apresentar o princípio da proteção do existente de forma clara e ainda se conseguiu apresentá-lo em suas diferentes facetas. Primeiramente, o princípio da proteção do existente em sua vertente passiva, o qual se demonstra na permissão de permanência da edificação legalmente edificada em sua atual função e como um remédio contra a medida de demolição.

Em segundo momento, o princípio em sua vertente ativa, que prescreve que a possibilidade de obras de melhoria e reformas com o intuito de propor avanços em questão de salubridade e segurança. Da mesma maneira, apresentou-se a vertente funcional, que determina a possibilidade de reformas e melhorias além do limite imposto pela legislação anterior e em

desconformidade com a legislação atual sob a premissa de que seria a única maneira de manter a função que a edificação exercia quando foi construída.

Ainda, delineou-se a tentativa de alocar o princípio da proteção do existente na defesa de uma reconstrução total da edificação após sua demolição sob a métrica legislativa da edificação demolida, opção que se mostrou não aplicável com base no entendimento que estaria se falando não da proteção do existente urbanístico, mas sim, de um novo existente que deve respeitar as métricas construtivas vigentes.

Agora, apresentou-se ainda uma forma mais extensiva de interpretar o princípio da proteção do existente, que é a possibilidade de a Administração Pública deixar de exigir métricas construtivas impostas pela legislação urbanística em nome da manutenção e revitalização de uma situação fática consolidada dentro de um espaço urbano, seja pela formação de um núcleo urbano informal (que exigiria a tolerância da Administração Pública diante do não cumprimento de métricas urbanísticas vigentes ou até anteriores), seja pelo patrimônio cultural e urbanístico a ser protegido e preservado (e que respeitavam somente o direito anterior, mas que necessitariam de ampliar sua desconformidade com a legislação urbanística vigente), por meio de um plano de reabilitação urbana.

Isto posto, é necessário pontuar que, apesar da imposição legislativa do princípio da proteção do existente (visto neste trabalho sob a ótica do direito português) e da aderência majoritária dos estudiosos do tema, há também linhas de pensamento que apontam revezes e contrariedades ao princípio da proteção do existente, e são estas linhas de pensamento que serão apresentadas neste momento do trabalho.

3.5 CRÍTICAS E CONTRARIEDADES AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE

Observando até o presente do momento do trabalho as diversas aplicações e probabilidades de uso do princípio da proteção do existente e sua apreciação legislativa, jurisprudencial e doutrinária em diversos países europeus onde já há um direito urbanístico mais antigo e com discussões mais aprofundadas, ainda há vertentes doutrinárias que apontem algumas críticas e contrariedades ao princípio da proteção do existente no direito urbanístico.

Estas críticas perpassam, majoritariamente, por questões estritas de adequação à legalidade e do interesse público no que se refere a potencialidade da Administração Pública deixar de atender às legislações urbanísticas que regem toda a organização espacial de um local, e, de outra frente, a não-submissão dos interesses patrimoniais, culturais, urbanísticos, e sociais

ao interesse econômico. Ainda, por fim, há uma vertente ambiental que propõe algumas ressalvas, que será brevemente exposta. Assim, inicia-se abordando as críticas ao princípio da proteção do existente como um todo, e, posteriormente, aprofunda-se às críticas e contrariedades específica de cada vertente do princípio da proteção do existente expostas nos subcapítulos anteriores.

Pois bem. Inicialmente, é necessário abordar a questão estritamente legal que possui críticas de parte dos legalistas e planejadores urbanos que tem como prioridade especial o interesse público e a inflexão deste para um possível interesse particular previamente delineado.

Como já abordado em outros momentos deste trabalho, o planejamento urbano como um todo é mutável, sempre adequando-se à novas realidades percebíveis e tendências urbanísticas que visam uma melhora na qualidade de vida e o uso sustentável deste espaço. Neste ponto de vista, entende-se que qualquer alteração legislativa dentro do direito urbanístico tem como finalidade a propositura de um melhor aproveitamento do espaço urbano pensado para o interesse público.

Diante deste contexto, pode-se inferir que o melhor planejamento urbanístico de um espaço urbano é sempre o vigente, pois trataria da maneira mais sofisticada ao ordenar tal espaço urbano e propor as melhores soluções para a situação fática vigente visando o interesse público. Partindo desta premissa, há autores que entendem que qualquer desrespeito ou não cumprimento destes instrumentos de planejamento urbano seria, justamente, uma maneira de ir contra o melhor uso possível do espaço urbano e, conseqüentemente, sobrepondo o interesse público tutelado em benefício do interesse privado.

Sobre esta visão, o autor GONÇALO REINO PIRES (2015, p. 242) é adepto da ideia de que o objetivo de conformação do território seria ratificar a compatibilidade entre a realidade urbanística e os interesses públicos no aspecto territorial, com o intuito de perseguir um correto ordenamento do espaço urbano. O autor ainda aprofunda seu argumento ao afirmar que as escolhas urbanísticas são, de uma maneira ou de outra, um complexo interdependente em que cada uma se assume como causa e efeito de alguma das demais, assim, a obediência e a conformação com o planejamento urbano como um todo apenas se demonstra apta a desempenhar as suas funções em plenitude caso seja vinculada e imposta universalmente dentro do espaço ordenado.

Assim, essa linha de raciocínio encontra uma lógica na qual, na medida em que a Administração Pública deixa de aplicar com severidade a mais nova legislação urbanística em

razão do respeito a proteção do existente urbanístico, ela aprecia o direito de um privado e deixaria de apreciar o interesse público envolvido no planejamento urbano.

De fato, há uma certa razão no argumento proposto, entretanto, entende-se que há sempre a possibilidade de a Administração Pública promover um exercício de ponderação entre o revés que pretende imprimir ao particular e o benefício coletivo que tal medida pode resultar. Se for o caso, tem a faculdade de sobrepor o direito particular em nome do interesse coletivo, com a desapropriação do local e a devida compensação financeira.

De outra frente, é necessário pontuar a vertente contrária ao princípio da proteção do existente que se foca, principalmente, em uma necessidade de modernização enrustida na submissão ao interesse econômico dominante.

Sob esta ótica, há quem defenda que a austeridade na proteção do existente poderia prejudicar o desenvolvimento econômico das cidades, na medida em que as restrições impostas às construções e modernizações nas edificações poderiam limitar a absorção de investimentos e novos empreendimentos, o que geraria um impacto negativo em novos postos de trabalho e crescimento econômico em geral.

Na mesma linha, argumenta-se que a proteção do existente poderia também impedir uma suposta renovação urbana que seria necessária para a revitalização de áreas degradadas. Esta renovação urbana envolveria, no caso, demolição de edifícios antigos e sua substituição por novas edificações, o que resultaria em benefícios de infraestrutura e segurança.

Ainda, há afirmações de que o princípio da proteção do existente pode ser um limitador da flexibilidade no que se refere o uso e a ocupação do solo, argumentando-se que a adaptação das áreas urbanas às necessidades atuais requereria a possibilidade de modificações e transformações, incluindo até a substituição completa de edificações antigas por novas.

Pois bem, à esta altura do trabalho, já é sabido que a execução de um plano de reabilitação urbana poderia propor todos estes benefícios no que diz respeito à modernização de edificações com o intuito de melhoria da qualidade de segurança e salubridade assim como da ampliação do uso e ocupação do local. Ainda, seria possível manter a identidade cultural existente no espaço urbano, sem sua completa descaracterização por meio de novas edificações que não compreende em nada o patrimônio urbanístico cultural existente no local.

Referente à questão estritamente econômica, é necessário que assim como o modelo de negócios, entenda-se que a atividade econômica dentro do centro urbano também tem sofrido alterações, de forma que até as questões urbanístico-culturais são valorizadas dentro deste universo.

Desta forma, apesar de tecer tais considerações contrárias à aplicação do princípio da proteção do existente, é imperioso pontuar que, em sua maioria, não só são contornáveis como já possuem solucionamentos existentes que sobrepõe suas contrariedades. Neste aspecto, pode-se citar o autor RICHARD FLORIDA (2013, p. 28) que defende este tipo de integração para desenvolvimento de uma economia criativa na medida em que a valorização histórico-cultural de um local é capaz de aglutinar talentos e propor uma ocupação pungente nestes locais, aquecendo também este viés econômico.

O autor supracitado apoia sua argumentação na leitura de JANE JACOBS (1964, p. 213) que complementa tal informação com o fato de que muitas vezes, não é a inserção de um capital para reurbanização de um local que fará com que sua prosperidade seja eminente. A autora aponta que “o dinheiro pode ser usado [...] nas obras urbanas como um instrumento que leva ao declínio das cidades [...] mas ele deve transformar-se num instrumento de recuperação – passando de um instrumento que financia alterações drásticas a um instrumento que financia mudanças contínuas, graduais, complexas e mais suaves”. Assim, refutando as alegações que somente o investimento de capital com intuito de reurbanização e reestruturação dos centros urbanos seriam estritamente necessários para a modernização e fomento a economia.

Adentrando em contrariedades mais focalizadas nas vertentes próprias do princípio da proteção do existente expostas anteriormente, far-se-á tal abordagem indicando as contrariedades de cada uma das vertentes de forma pormenorizada.

Iniciando pela vertente passiva do existente, ou seja, na questão da conservação das edificações em sua função atual, aparentemente são poucos os cenários em que haja uma contrariedade ao princípio da proteção do existente dentro do cenário do direito urbanístico quando se observa o princípio por este prisma.

Como citado acima, ela inclusive se demonstra um eficaz remédio contra a medida de demolição quando tratado unicamente as alterações supervenientes mais restritivas de caráter exclusivamente urbanísticos.

A única contrariedade que parece existir neste ponto (e, em geral, no princípio da proteção do existente) é quando se trata pelo prisma da legislação ambiental mais restritiva, por exemplo, caso houvesse um estudo ou indicativo de que a remoção da edificação permitiria a recuperação do ecossistema ambiental ali existente.

A grande preocupação é justamente que se permita algum ultraje à legislação ambiental e o entendimento atual em nome de uma proteção desarrazoada. Nesse sentido,

PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2018, p. 81) afirma que “indiscutivelmente, novas intervenções que alterem as características naturais da área ficam vedadas na porção de terra que, ao longo do tempo, passou a ser qualificada como de preservação permanente”.

Sendo assim, caso houvesse uma alteração na legislação ambiental ou estudo focado na área, possivelmente este se sobreporia ao princípio da proteção do existente, até em sua faceta mais básica que é a de conservação da edificação em sua atual função, mas certamente em sua vertente ativa e funcional.

Salienta-se, neste aspecto, que há muito tempo já tem entendido que a teoria do fato consumado não é aplicável dentro do direito ambiental. Este posicionamento, inclusive, já é consolidado em precedentes de diversos tribunais, no qual ressalta-se a súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça – “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”¹⁹.

Ou seja, entende-se que é amplamente defendido o conceito da inexistência de direito adquirido para poluir ou degradar o meio ambiente, de forma que este entendimento se estende ao direito urbanístico quando uma edificação ou obra é frontalmente dissonante de um espaço urbano ambientalmente saudável e passível de recuperação ambiental.

Este cenário mostra-se, apesar de muito específico, bastante sólido ao se apresentar como uma contrariedade à aplicação do princípio da proteção do existente, mesmo em sua vertente passiva.

Entretanto, com exceção deste cenário mais voltado à frente ambiental, não se observa muitas contrariedades à aplicação do princípio da proteção em sua vertente passiva. Inclusive, o que mais se observa no debate doutrinário é o estímulo ao seu uso, como FERNANDO ALVES CORREIA (2008, p. 565), que realça que a conservação do edifício através da garantia do existente passiva, atenta a constante dinâmica de vida útil dos edifícios, o que o autor cunha de um “presente envenenado”, porquanto não permitiria a realização de obras inevitáveis ao longo do período de vida do edifício.

O ponto acima abordado já sugere a discussão que trata da segunda vertente do princípio, que seria a vertente ativa da proteção do existente, qual seja, a que prescreve que a edificação possa sofrer obras que visem a melhoria na qualidade de segurança e salubridade da edificação.

¹⁹ STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/05/2018, DJe 14/05/2018.

Em relação a esse ponto, parece já ser pacífico nos ordenamentos europeus a possibilidade de manutenção das estruturas com o intuito de promover maiores níveis de segurança e salubridade dentro do local, da mesma maneira como foi exposto acima dentro do direito português.

Ressalta-se, novamente, que até há autores que contestam essa possibilidade de exercer obras que estejam em desacordo com a legislação vigente, tem em vista a consideração de uma alteração legislativa mais restritiva. Entretanto, tanto a jurisprudência quanto os estudos jurídicos do tema (e a legislação, em países como Portugal) parecem ter pacificado o entendimento de que não haveria problemas em situações na qual não houvesse ampliação da edificação que gerassem maiores desconformidades.

Até mesmo em uma leitura sob a ótica ambiental seria compreensível tal entendimento, como apresenta PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2018, p. 81) ao explicar que “não é irrazoável [...] pensar em alteração do uso antrópico anterior da área posteriormente qualificada como de preservação permanente, se dessa alteração não decorrer intervenção nas características naturais ambientais do entorno”.

Ainda neste aspecto, importa tratar também da leitura da vertente funcional do princípio da proteção do existente, na medida em que agravaria as desconformidades existentes em nome de manter a funcionalidade da edificação. Da mesma forma, a mesma crítica é feita no cenário em que o princípio da proteção do existente é aplicado como a defesa de um existente urbanístico maior, como um patrimônio cultural-urbanístico de um espaço urbano que poderia ser protegido por meio de um plano de reabilitação social.

Em ambos os casos, sob a visão legalista, não haveria justificativa plausível para que um princípio possa propor que a Administração Pública permita que o cidadão perpetue o descumprimento da legislação urbanística em detrimento do interesse público.

Sobre esta ótica, LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO (2010, p. 9) entende que os n.º 2 e 3 do artigo 51 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – RJUE²⁰ instituem uma

²⁰ “Artigo 51.º Protecção do existente

[...] 2 - As obras de ampliação inseridas no âmbito de uma operação de reabilitação urbana podem ser dispensadas do cumprimento de normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, sempre que da realização daquelas obras resulte uma melhoria das condições de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva da edificação, sendo observadas as opções de construção adequadas à segurança e estrutural e sísmica do edifício, e o sacrifício decorrente do cumprimento das normas legais e regulamentares vigentes seja desproporcionado em face da desconformidade criada ou agravada pela realização daquelas.

3 - O disposto no número anterior é aplicável ao licenciamento ou à admissão de comunicação prévia de obras de construção que visem a substituição de edifícios previamente existentes.”

relativização do princípio da legalidade que, ao seu ver, não seria aceitável. O autor sustenta este ponto na medida em que a legislação supracitada visa a ampliação e construção de edificações que se encontram desconforme.

Nesta mesma linha, o autor DIOGO COELHO (2015, p. 6) critica ao pontuar que, aparentemente, poder-se-ia “permitir o não cumprimento das normas vigentes no âmbito de uma ‘análise custo-benefício’, em nome de uma ‘suposta’ vantagem decorrente do desrespeito por tais normas, nem sequer se exigindo que o desequilíbrio entre o sacrifício e a vantagem seja manifesta, indubitável”.

Realmente, o autor propõe um bom questionamento ao demonstrar que a legislação urbanística deixaria de ser apreciada, propondo a recorrência deste sopesamento entre o sacrifício do interesse público em favor da benfeitoria feita. A proposta a ser feita é observar se, de fato, este sacrifício da Administração Pública tem sido algo de fato significativo, ou mantém uma realidade fática existente com um maior grau de segurança, que é o que parece ser o caso.

No que se refere especificamente às situações de um plano de reabilitação urbano de uma determinada localidade, é possível observar que o sopesamento proposto acima também é perfeitamente cabível, uma vez que a realidade fática, urbanística, cultural e social é priorizada na medida em que possibilitam sua manutenção em condições de maior salubridade, segurança e garantia. O único ponto que pode ser contestado neste aspecto é justamente a ausência de impessoalidade dentro da Administração Pública no momento em que propõe este plano de reabilitação urbana, uma vez que tantos outros núcleos urbanos poderiam ser agraciados com a mesma benesse da desnecessidade de cumprimento integral das métricas construtivas vigentes.

De qualquer maneira, ainda que contrária a exposição feita pelos autores acima expostos, percebe-se que este exercício de sopesamento é importantíssimo para a consolidação segura de uma realidade que ocorre às margens da Administração Pública, ou seja, presume-se que o benefício à coletividade é muito maior do que o revés que se supõe acontecer. Salienta-se que, de qualquer maneira, este exercício deve ser analisado friamente numa observação casuística, atividade discricionária da Administração Pública.

Por fim, é necessário relembrar a suposta defesa do princípio da proteção do existente no caso em que se proporia a demolição completa da edificação e sua reconstrução, respeitando-se a legislação urbanística vigente à época da edificação já demolida. Esta linha de raciocínio, de fato, encontra maiores contrariedades (que inclusive foram expostas anteriormente).

Sob este entendimento, como revelado em momento anterior neste trabalho, o entendimento dominante acorda que o princípio da proteção do existente não seria aplicável ao presente caso. Isto se justifica na medida em que, na ocorrência da demolição, o existente urbanístico que o princípio da proteção do existente visa proteger não mais estaria presente. Assim, neste segundo momento em que se intentaria a promoção da nova edificação, esta, não possuindo qualquer característica de existente urbanístico passível de proteção, estaria sujeita a novo licenciamento com base na legislação urbanística vigente.

Melhor explicando, entende-se que no momento em que houvesse a demolição da edificação, esta construção deixaria de possuir qualquer direito adquirido como existente urbanístico. Assim, caso houvesse a intenção de promover uma nova edificação, certamente estaria passível de licenciamento com base na nova legislação.

Diante do exposto, neste capítulo foi possível observar toda a base principiológica que sustenta o Estado de Direito brasileiro, dando enfoque para a segurança jurídica, o princípio *tempus regit actum* (irretroatividade das leis), o princípio da proteção à confiança legítima, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito adquirido. Todos eles demonstraram como já são sustentadores da aplicação (mesmo que indireta) do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Com esta base sólida definida, viabilizou-se a oportunidade de abordar com maior profundidade o princípio da proteção do existente como um princípio propriamente pertencente ao direito urbanístico.

Neste contexto, expôs-se sua funcionalidade na vertente passiva, como o direito de manter a edificação legalmente edificada em sua atual função. No momento seguinte, apresentou-se o princípio da proteção do existente em sua vertente ativa, na qual permitiria que fossem realizadas obras e reformas para melhoria das condições de saúde e salubridade da edificação. Por conseguinte, apresentou-se o princípio em sua vertente funcional, permite que haja obras e reformas que expandam as desconformidades já existentes sob a premissa de manter a funcionalidade precípua da edificação.

Ainda, verificou-se que no direito português criou-se um mecanismo que faculta à Administração Pública a discricionariedade de propor um plano de reabilitação urbana, assim, atuando em uma área urbana consolidada com o intuito de propor melhoria da qualidade e inclusão à regularidade, também propondo a proteção e valorização dos existentes urbanísticos com valor cultural e social.

Por fim, ainda se expôs as contrariedades ao princípio da proteção do existente, ressaltando uma interpretação equivocada do princípio da proteção do existente que propõe a possibilidade de demolir e reconstruir a edificação.

Assim, diante de todo o exposto neste capítulo e no capítulo anterior do presente trabalho, pode-se começar a abordar um reconhecimento do princípio da proteção do existente já indiretamente presente na legislação e na jurisprudência nacional, observando se sua presença se percebe em normativas do ordenamento jurídico pátrio e nas decisões de diferentes instâncias do Poder Judiciário.

4 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

4.1 A VERIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Até agora, este trabalho foi capaz de traçar uma trajetória que abrange a evolução histórica do direito urbanístico no Brasil. Partindo do crescimento urbano no país e os primeiros estudos sobre o tema, passando pela legislação urbanística que influencia o desenvolvimento das cidades e suas implicações práticas na configuração do espaço urbano. Além disso, também foram abordadas as formas de construção e preservação das estruturas que se tornam parte do existente urbanístico de um local.

Dando continuidade ao desenvolvimento do trabalho, o capítulo anterior foi responsável por expor, de maneira pormenorizada, a origem, o conceito e os fundamentos do princípio da proteção do existente. Mais ainda, demonstrou detalhadamente as diferentes abrangências e linhas de aplicação do princípio da proteção do existente, desde as já consagradas nos ordenamentos europeus (com uma análise feita majoritariamente voltada ao direito português), como também as discussões doutrinárias que buscam destrinchar e expandir as versões já contempladas na legislação e na jurisprudência.

Como já citado em momento anterior neste trabalho, o princípio da proteção do existente não possui uma menção direta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível a sua aplicação, de forma indireta, garantida por meio do uso de princípios gerais do direito. Estes foram minuciados no capítulo antecedente, que seria o uso de valores e princípios decorrentes do Estado de Direito e da segurança jurídica, como princípio do *tempus regit actum* (irretroatividade das leis), do princípio da proteção à confiança legítima, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e também o respeito ao direito adquirido. Todos, devidamente correlacionados à aplicação do princípio da proteção do existente como um princípio do direito urbanístico, já apresentaram seu papel prático na proteção do existente urbanístico dentro do ordenamento pátrio.

Logo, neste momento que segue, a presente pesquisa tentará verificar a se já é perceptível legislações ou entendimentos jurisprudências que apliquem, mesmo que de forma indireta, o princípio da proteção do existente.

Agora, é importante destacar as legislações de nível federal presentes no ordenamento jurídico que, mesmo que de forma indireta, evidenciam uma valorização e proteção do existente urbanístico. Essas leis visam promover esta proteção sob a mesma perspectiva do princípio da proteção do existente. Elas reconhecem e defendem o patrimônio histórico-cultural no âmbito arquitetônico e urbanístico, bem como reconhecem o direito à cidade e a função social da propriedade em seu sentido de garantir o bem-estar coletivo no espaço urbano, assim como a garantia da manutenção das obras legalmente erigidas.

Dessa maneira, inicia-se citando a Constituição Federal de 1988, que explicita em diferentes artigos a importância da preservação de patrimônios histórico-culturais e a importância do Poder Público neste papel.

De início, já é possível apontar o artigo 5º, incisos XXII e XXIII ²¹, que tratam da garantia ao direito de propriedade e que esta propriedade deve atender a função social. Ressalta-se que o princípio da função social da propriedade busca garantir que a propriedade privada atenda aos interesses coletivos, o que inclui também a responsabilidade de preservar o patrimônio histórico e cultural da área urbana (BRASIL, 1988). Essa conexão entre estes pontos pode-se entender como uma promoção (mesmo que indireta) do princípio da proteção do existente visto que valoriza a preservação das características e estruturas existentes como forma de respeitar a identidade cultural, a memória histórica e o equilíbrio urbano.

Ainda no que concerne a Constituição Federal, é interessante exibir também o artigo 216 e seus incisos IV e V²², que, de maneira mais explícita, tratam dos patrimônios culturais brasileiros em suas diferentes naturezas. Os dois incisos acima, em especial, classificam como patrimônio cultural brasileiro tanto as obras, edificações e outros espaços destinados às

²¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

²² “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

manifestações artístico-culturais, assim como conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, ecológico, entre outros (BRASIL, 1988).

Dentro deste cenário, é possível perceber que o artigo toca a proteção do existente em sua faceta urbanística na medida em que visa justamente a preservação e valorização de obras, edificações e até conjuntos urbanos de valor histórico-cultural, sem desconsiderar seu valor arquitetônico e a influência deste para a consagração de uma identificação cultural. Como exemplo, podemos citar que um bairro ou espaço urbano de notória identidade visual e cultural dentro de determinado município, assim, a promoção da conservação e de planos de melhoria para manutenção deste existente urbanístico como um patrimônio cultural é, de fato, a aplicação do princípio da proteção do existente.

No mesmo artigo, ainda, vale citar os parágrafos 1º e 2º ²³, que apontam a responsabilidade precípua do Poder Público (com a colaboração da comunidade) na promoção e proteção deste patrimônio cultural brasileiro, utilizando-se de seus diferentes instrumentos para propor esse acautelamento e preservação (BRASIL, 1988).

É importante frisar que o capítulo da Constituição Federal que legisla acerca da política urbana (artigos 182 e 183) não aborda de maneira direta sobre uma possível preservação do patrimônio cultural, urbanístico ou arquitetônico de uma forma que possamos correlacionar com o princípio da proteção do existente. De maneira indireta, cita no artigo 182, parágrafo 2º ²⁴, acerca da necessidade de a propriedade urbana cumprir sua função social ao atender as exigências dos instrumentos que ordenam o espaço urbano.

Entretanto, como citado no primeiro capítulo de desenvolvimento, é salutar observar a sutileza do legislador ao colocar no artigo 182 que haveria lei complementar sobre o tema e que iria fixar diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano, no sentido de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar coletivo. À esta altura do trabalho, já se sabe que a lei que veio a cumprir essa função determinada pelo

²³ “§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”

²⁴ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...]”

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

constituente é o Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/2001), legislação que será verificada neste momento para averiguar quais artigos indicam, mesmo que de forma indireta, a possibilidade de aplicação ou a defesa do princípio da proteção do existente urbanístico no ordenamento jurídico nacional.

O Estatuto da Cidade já foi abordado no módulo 2.3 deste trabalho, no qual houve uma apresentação de todos os artigos que fazem, mesmo que de maneira indireta, uma defesa da aplicação do princípio da proteção do existente. Assim, considerando que muitos artigos já foram tratados anteriormente, serão apenas citados neste momento.

Primeiramente, cita-se o artigo 2°, em seu inciso VI, alínea f)²⁵, que trata da ordenação e do controle do solo para evitar a deterioração das áreas urbanizadas (BRASIL, 2001). Este, assim como o inciso XII²⁶ do mesmo artigo, demonstram a imposição legislativa do cuidado à preservação do espaço urbano e do meio ambiente natural e construído (BRASIL, 2001). Já o inciso XIX do artigo 2°²⁷ comprova, de forma indireta, a aplicação do princípio da proteção do existente em sua vertente ativa na extensão em que defende a necessidade de garantir condições condignas de utilização e conforto nas dependências internas das edificações urbanas (BRASIL, 2001).

Ainda sobre o artigo 2°, é relevante pontuar seu inciso XIV²⁸, que trata da regularização fundiária e da necessidade de urbanização e compreensão das formações dos núcleos urbanos informais, considerando a realidade imposta e a necessidade de o Poder Público estabelecer normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação (BRASIL, 2001). Esta concessão feita pela Administração Pública na compreensão da realidade imposta pelo crescimento urbano desordenado também pode ser compreendido como uma frente da aplicação do princípio da proteção do existente urbanístico.

²⁵ “Art. 2° A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...]

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

f) a deterioração das áreas urbanizadas;”

²⁶ “XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;”

²⁷ “XIX – garantia de condições condignas de acessibilidade, utilização e conforto nas dependências internas das edificações urbanas, inclusive nas destinadas à moradia e ao serviço dos trabalhadores domésticos, observados requisitos mínimos de dimensionamento, ventilação, iluminação, ergonomia, privacidade e qualidade dos materiais empregados.”

²⁸ “XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;”

Da mesma forma que o artigo acima, o artigo 4º, em seu inciso V, alíneas q) e t)²⁹, também trata da regularização fundiária como um instituto jurídico e político a ser utilizado como forma de apreciar uma realidade fática consolidada que foi imposta pela informalidade (BRASIL, 2001).

Todas essas normativas que debatem a manutenção, preservação e melhorias da qualidade de vida em núcleos urbanos informais consolidados são normativas que promovem a defesa do princípio da proteção do existente, na medida em que valoriza o existente urbanístico como algo já vivo e integrante do espaço urbano de uma determinada localidade, posto que sua incorporação formal no espaço urbano é, invariavelmente, a proteção do existente urbanístico.

Dando seguimento às normativas do Estatuto da Cidade, esperou-se este momento do trabalho, onde o leitor já possui maior fundamento sobre o princípio da proteção do existente, para abordar com mais profundidade os artigos 32, 33, 34 e 34-A do Estatuto da Cidade que tratam das operações urbanas consorciadas. Estas são, invariavelmente, a aplicação prática que é possível perceber do princípio da proteção do existente em sua última faceta apresentada no trabalho no tópico 3.4.4, que seria a ampliação de obras e construções em áreas consolidadas e de reconstrução urbana. Explica-se.

Este instrumento apresenta à Administração Pública a oportunidade de delimitar uma determinada área para a aplicação de uma operação consorciada. Uma operação urbana consorciada (OUC) é um instrumento utilizado para viabilizar a reestruturação de uma área urbana demarcada, promovendo a requalificação de áreas degradadas, a reconstrução de uma área historicamente consolidada e a criação/melhoria de infraestrutura urbana e condições de habitabilidade (BRASIL, 2001).

Nela, tanto o Poder Público quanto os proprietários dos imóveis beneficiados estabelecem um consórcio visando promover estas intervenções no território delimitado, entre elas a reurbanização, regularização fundiária, obras de infraestrutura e a preservação do patrimônio cultural.

²⁹ “Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...]

V – institutos jurídicos e políticos: [...]

q) regularização fundiária; [...]

t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;”

Perfazendo a leitura do artigo 32 e seus incisos do Estatuto da Cidade³⁰, a operação urbana consorciada tem o condão de permitir não só a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo, mas também alterações nas normas edilícias. Da mesma forma, este instrumento também permite a regularização de construções, reformas ou até ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente (BRASIL, 2001).

Ou seja, diante do artigo acima citado e do impacto urbanístico que a operação urbana consorciada possui, não há como chegar a uma conclusão diferente do fato de que este instrumento é, em uma interpretação extensiva, uma verificação da aplicação do princípio da proteção do existente em sua faceta plenamente urbanística. É a possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar as métricas construtivas impostas pela legislação urbanística em nome de proteger um existente urbanístico previamente consolidado.

Ao fim e ao cabo, o plano de reabilitação urbana tratado no capítulo anterior e legislado no direito português produz efeitos jurídicos bastante semelhantes aos da elaboração de uma operação urbana consorciada. Como exposto, são muito similares em suas implicações práticas, que é a faculdade da Administração Pública modificar e até deixar de aplicar certas métricas construtivas e urbanísticas visando a melhoria da qualidade de vida e habitabilidade de construções historicamente consolidadas em um espaço urbano, bem como proteger o patrimônio arquitetônico-cultural deste local.

É importante ressaltar que, quando se traça o paralelo entre o plano de reabilitação urbana do direito português com a operação urbana consorciada, considera-se a operação urbana consorciada em seu caráter de manutenção e promoção da restauração do patrimônio histórico e cultural de um local, e não na sua faceta de desenvolvimento econômico.

³⁰ “Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§ 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

§ 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente;

II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

III - a concessão de incentivos a operações urbanas que utilizam tecnologias visando a redução de impactos ambientais, e que comprovem a utilização, nas construções e uso de edificações urbanas, de tecnologias que reduzam os impactos ambientais e economizem recursos naturais, especificadas as modalidades de design e de obras a serem contempladas.”

Ainda, salienta-se que este instrumento deve ser regulamentado por lei municipal e requer um plano urbanístico específico que estabelece as diretrizes e as condições de sua implementação. Esse plano deve definir os objetivos da intervenção, a delimitação da área abrangida, quais ações pretende-se realizar no local, as fontes de recursos e os prazos para sua execução. Neste aspecto, o artigo 33 do Estatuto da Cidade³¹ estabelece estes requisitos mínimos que devem constar na lei que aprova a operação urbana consorciada.

Inclusive, o artigo 34-A³² propõe a possibilidade de exercer essa mesma operação urbana consorciada em caso de regiões metropolitanas ou de conurbação. A única especificidade diferente do que foi explicitado acima é que a lei que instituir a operação urbana consorciada deve ser de ente federativo superior (no caso, lei estadual), em razão de haver mais de um município envolvido na operação. Ressalta-se que os efeitos práticos no aspecto urbanístico serão os mesmos, como define o parágrafo único do mesmo artigo (BRASIL, 2001).

Desta forma, fica nítida verificação do princípio da proteção do existente urbanístico através da operação urbana consorciada, na medida em que este instrumento legal possibilita a preservação do patrimônio existente, seja dos elementos arquitetônicos, culturais, históricos, paisagísticos, ou até das diretrizes do plano urbanístico. Isso se observa na conservação de edifícios históricos, espaços públicos, e outros elementos que constituem a identificação cultural de determinado espaço urbano. Igualmente, também possibilita a reestruturação e melhora da qualidade de vida e habitabilidade em áreas degradadas, defesa proposta pelo

³¹ “Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:

I – definição da área a ser atingida;

II – programa básico de ocupação da área;

III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;

IV – finalidades da operação;

V – estudo prévio de impacto de vizinhança;

VI - contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I, II e III do § 2o do art. 32 desta Lei;

VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

VIII - natureza dos incentivos a serem concedidos aos proprietários, usuários permanentes e investidores privados, uma vez atendido o disposto no inciso III do § 2o do art. 32 desta Lei.

§ 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

§ 2º A partir da aprovação da lei específica de que trata o caput, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada.”

³² “Art. 34-A. Nas regiões metropolitanas ou nas aglomerações urbanas instituídas por lei complementar estadual, poderão ser realizadas operações urbanas consorciadas interfederativas, aprovadas por leis estaduais específicas. Parágrafo único. As disposições dos arts. 32 a 34 desta Lei aplicam-se às operações urbanas consorciadas interfederativas previstas no caput deste artigo, no que couber.”

princípio da proteção do existente na medida em que este prioriza a requalificação de espaços urbanos já construídos e a revitalização de estruturas existentes. Além de tudo, mantém intacta ou até promove a manutenção das características arquitetônicas existentes, mantendo também a identidade cultural daquela localidade.

Neste aspecto, passa-se então a observar se há a presença, mesmo indireta, de normativas que promovam a defesa do princípio da proteção do existente urbanístico na lei que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, popularmente conhecida como Lei do Tombamento (Decreto-Lei nº 25/1937).

Sobre o tombamento, é importante explicitar a leitura de PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2011, p. 201) que, em sua obra, realiza apontamentos básicos do tema quando discorre que “a) o tombamento é instrumento jurídico de atribuição estatal, através do qual se submete a propriedade particular a um regime especial; b) tem como escopo a proteção do patrimônio cultural; c) fundamenta-se na função social da propriedade”.

Esse instrumento já é popularmente atrelado a prédios e edificações que possuem um valor histórico, cultural e arquitetônico peculiar que sujeite que ele esteja sob uma tutela especial que preveja sua correta manutenção e preservação. Neste aspecto ele dialoga intimamente com o princípio da proteção do existente, considerando que mesmo que esta edificação tenha sido erigida sob uma legislação urbanística anterior e mais restritiva, sua manutenção e preservação exige a desobediência das métricas construtivas supervenientes para que se possa apreciar e perpetuar seu valor arquitetônico, histórico e cultural.

O artigo 1º do Decreto-Lei 25/1937³³ trata de explicar o que constitui um patrimônio histórico ou artístico nacional, citando justamente os imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público (BRASIL, 1937).

Ainda, aproximando-se da visão urbanística/arquitetônica da questão, o artigo 18 do Decreto-Lei 25/1937³⁴ apresenta tanta preocupação com a visibilidade da coisa tombada (neste caso, depreende-se da probabilidade de ser um bem imóvel), que impede que a vizinhança da coisa tombada promova construções ou coloque cartazes e anúncios na mesma, primando que sua visibilidade perdure em razão da identidade urbanística existente (BRASIL, 1937). Da

³³ “Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”

³⁴ “Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.”

mesma forma, o artigo 19³⁵ da legislação supracitada, demonstra a importância da conservação e reparação que o patrimônio tombado requer, inclusive dispondo que o particular que não for capaz de fazê-lo, pode comunicar ao Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para que o Estado arque com os custos (BRASIL, 1937). Sobre o tema, importante citar novamente a obra de PEDRO DE MENEZES NIEBUHR (2011, p. 201):

[...] tombamento, enquanto instrumento de realização da função social da propriedade, é a forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro [...] que, restringindo o uso, gozo e/ou disposição da propriedade, impõe ao proprietário, sem a supressão do domínio sobre aquela, deveres especiais de não fazer, de fazer, e eventualmente de suportar que se faça, tudo para a proteção do valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico ou cultural do bem.

Assim, é possível perceber que o instrumento do tombamento e sua legislação são aptos a promover, mesmo de forma indireta, a aplicação do princípio da proteção do existente na medida em que preserva, conserva e defende a manutenção de imóveis históricos e com valor arquitetônico e cultural dentro dos espaços urbanos.

Neste momento faz-se necessário retomar em um tópico já abordado anteriormente. Apesar de já se ter citado a importância do REURB como mecanismo salutar na compreensão da realidade fática imposta e na necessidade desta compreensão por parte da Administração Pública dentro do Estatuto da Cidade, não se pode deixar de citar a legislação federal que trata especificamente do REURB, a Lei Federal nº 13.465/2017, que também possui uma defesa indireta do princípio da proteção do existente.

É sabido que os núcleos urbanos informais são, de fato, formados à margem da Administração Pública e, conseqüentemente, muitas vezes estão em desacordo com as legislações urbanísticas. Na Lei Federal nº 13.465/2017, mais precisamente em seu artigo 11, § 1º³⁶, é possível perceber esta leitura uma vez que o dispositivo permite que possam ser dispensadas as exigências urbanísticas como tamanho do lote, dimensões de áreas destinadas ao uso público e às métricas construtivas (BRASIL, 2017).

³⁵ “Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.”

³⁶ “Art. 11. Para fins desta Lei, consideram-se: [...]”

§ 1º Para fins da Reurb, os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edifícios.”

De forma mais clara, explica-se que a regularização fundiária via REURB pode ser observada como uma aplicação do princípio da proteção do existente em uma interpretação bastante extensiva, na medida em que este instrumento possibilita a inserção, conservação, manutenção e melhoria das condições de habitabilidade de um determinado núcleo urbano já consolidado, mesmo que sua consolidação tenha sido feita às margens das Administração Pública.

Assim, diante de todas as legislações de nível federal que foram expostas acima, torna-se possível fazer algumas conclusões. A primeira delas foi novamente confirmada, que é o fato de que realmente ainda não há qualquer menção direta do princípio da proteção do existente como um princípio do direito urbanístico na legislação federal nacional.

Para além disso, percebeu-se que há legislações que defendem a aplicação do princípio da proteção do existente de forma indireta, mas esta defesa ainda é muito discreta e em uma amplitude muito restrita. Uma das facetas que ficou evidente dentro deste estudo da legislação federal foi do ponto de vista da conservação das edificações que possuem um valor histórico, arquitetônico e cultural como um patrimônio urbanístico. Dentro deste cenário, em especial por meio do tombamento destas edificações, existe a possibilidade de mantê-las, preservá-las e ainda promover sua manutenção e reformas para mantê-las em razão da identidade urbanística intrínseca a edificação, isto tudo sob a métrica construtiva vigente à época de sua edificação (ou até na ausência desta), estando à margem da legislação urbanística superveniente. Neste aspecto, a presença da vertente passiva e até ativa do existente mostrou-se, indiretamente, prestigiada.

De outra frente, foi possível perceber uma aplicação indireta do princípio da proteção do existente urbanístico no aspecto que trata da regularização fundiária dos núcleos urbanos informais consolidados, uma vez que a situação fática já está completamente concretizada e a Administração Pública não tem como deixar de apreciar uma realidade estabilizada em seu espaço urbano. Nessa mesma linha, necessário mencionar as operações urbanas consorciadas, que, da mesma maneira como ocorre com os planos de reabilitação urbana no direito português, é um instrumento utilizado para promover a preservação, revitalização e reurbanização de áreas urbanas já degradadas, melhorando também a qualidade de vida no local e as condições de habitabilidade do local. Além disso, pode também promover a conservação de uma identidade arquitetônica-cultural deste espaço urbano, assim, também demonstrando-se uma postura de defesa do princípio da proteção do existente urbanístico.

Ressalta-se, ainda, que os artigos acima destrinchados são um rol exemplificativo de artigos que tratam, mesmo que tangencialmente, da temática central do trabalho – o princípio da proteção do existente. É possível que haja, ainda, outros artigos que possam exercer esse mesmo papel dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, é sabido que com o papel preponderante da legislação municipal dentro do planejamento e organização do espaço urbano, a influência que as normativas de nível municipal possuem é muito maior, de maneira que sua análise se mostra de maior valia para a verificação de regras de proteção do existente no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 A IDENTIFICAÇÃO DE REGRAS DE PROTEÇÃO DO EXISTENTE NA LEGISLAÇÃO URBANA MUNICIPAL

Uma vez observadas as legislações de nível federal que promovem, mesmo que indiretamente, uma defesa do princípio da proteção do existente em seu caráter urbanístico, este momento exige que se faça a mesma análise quanto a legislação de nível municipal, ainda mais quando se tem em vista que a legislação municipal é a maior responsável pelo planejamento urbano e o ordenamento dos espaços urbanos dentro de um município.

Considerando que o Brasil possui mais de 5.500 municípios, a análise de legislações à nível municipal exige que seja feito um recorte espacial para que se mantenha a viabilidade da pesquisa. Neste cenário, nada mais justo do que delimitar como área de pesquisa o local de onde se elabora o presente trabalho, que é na cidade de Florianópolis, admitindo-se ainda a expansão deste recorte para os municípios vizinhos e integrantes da Grande Florianópolis, em especial o município de Palhoça, por já possuir legislação urbanística mais expressiva.

É interessante explicar que a escolha pelo município de Florianópolis foi praticada não só em razão do fato de ser o município no qual o presente trabalho é elaborado e ser a sede da Universidade Federal de Santa Catarina, mas também por se tratar do município com qual o subscritor do trabalho teve maior contato em sua atuação profissional (assim como o município de Palhoça), possibilitando uma maior gama de recursos para enriquecer a discussão proposta. Salienta-se que estes são os motivadores para a escolha dos municípios acima citados, entretanto, isso ocorre por recorte opcional do autor.

Adverte-se, ainda, que há uma variedade de legislações municipais com nuances diferentes dentro do nosso país, de forma que, caso houvesse optado pela escolha de um

município diverso, seria possível observar legislações mais ou menos alinhadas com o princípio da proteção do existente, bem como, em frontal conflito com o princípio.

Assim, antes de dar continuidade para a averiguação dentro da legislação municipal, é importante mencionar que essa verificação pretende ser feita em razão do texto normativo municipal e sua consequente correlação com cada uma das vertentes do princípio da proteção do existente, a passiva, a ativa e a funcional. Diante desta explicação, passa-se, então, a análise da legislação urbanística municipal.

4.2.1 A proteção passiva do existente

Como já visto em momento anterior do trabalho, em sua vertente passiva, o princípio da proteção do existente atua como a permissão de permanência das edificações legalmente construídas em sua função atual, servindo também como um mecanismo de proteção contra medidas demolitórias. Essa vertente busca preservar as características e o uso atual das edificações, reconhecendo a importância de manter esta edificação e a identidade destas construções existentes.

Assim, este momento do trabalho tem como objetivo a verificação da presença do princípio da proteção do existente, mesmo que indiretamente, em legislações urbanísticas municipais.

Inicia-se, então, a verificação da legislação municipal pelo Plano Diretor de Urbanismo de Florianópolis – Lei Complementar n° 482/2014, bem como a Lei Complementar n° 739/2023 que alterou e revisou o Plano Diretor. Esta legislação apresenta, na vertente passiva da proteção do existente, diversos artigos que tratam da conservação e preservação das edificações.

Na mesma linha, o artigo 11, em seu inciso II³⁷, define que para atingir os objetivos do Plano Diretor é necessário que haja a valorização e reconhecimento da paisagem histórico-cultural do município como um parâmetro de desenvolvimento urbano (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014). Da mesma maneira, o artigo 19, inciso II³⁸, também delinea que a preservação do

³⁷ “Art. 11. As seguintes estratégias serão adotadas para atender os princípios, objetivos e diretrizes da Política de Desenvolvimento Urbano: [...]

II - valorização e reconhecimento da paisagem natural e histórico-cultural do Município como parâmetro do desenvolvimento urbano;”

³⁸ “Art. 19. Para alcançar os resultados de estratégias e políticas de preservação e conservação ambiental, o Município adotará as políticas de Conservação do Ambiente Natural e da Paisagem e do Patrimônio Cultural, definidas como: [...]

patrimônio é uma estratégia para preservação e conservação do patrimônio histórico e cultural do município (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Ambos os artigos citados acima se aproximam do princípio da proteção do existente na medida em que permitem a interpretação da norma como intuito de tutelar a conservação de edificações e obras que constituem este paisagismo arquitetônico da cidade dentro do conceito de patrimônio histórico-cultural.

Já o artigo 61, inciso IV e parágrafo único³⁹, trata da adequação dos usos às áreas definidas no zoneamento. Mais precisamente, o artigo elabora que um uso tolerado são aqueles usos já existentes e que foram passíveis de licenciamento à época em que se instalaram (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Ou seja, apesar do fato de que poderiam ser licenciados se intentassem com base na legislação vigente, a legislação anterior permitia seu uso, de forma que proibi-lo agora seria uma afronta aos princípios gerais do direito e, especialmente, a proteção do existente. A questão pontual neste aspecto é que, sob a ótica do Plano Diretor, apenas sua permanência poderia manter-se incontestada, pois o parágrafo único deste artigo preconiza que as edificações com uso tolerado só poderiam sofrer reforma ou ampliações com base na legislação vigente, e não com base na legislação em que seu uso foi permitido.

Ainda na linha da preservação, o artigo 130-A, inciso IV⁴⁰, também aponta como prioridade (em áreas de desenvolvimento incentivado) a necessidade de preservar o patrimônio cultural e paisagístico, valorizando as características territoriais e socioculturais (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Mantendo-se neste entendimento, há ainda normativas como o artigo 143, inciso I⁴¹, que trata de áreas de preservação cultural, ou seja, que promovem a preservação do patrimônio

II - Política da Paisagem e do Patrimônio Cultural que consiste em colocar a serviço da população, bens, manifestações e lugares reconhecidos como portadores de valor social, bem como garantir que a preservação da paisagem e do patrimônio seja referência e parâmetro para o desenvolvimento urbano.”

³⁹ “A adequação dos usos às áreas definidas nos zoneamentos é determinada pela avaliação simultânea da sua espécie, do seu porte e periculosidade, conforme classificação constante nas tabelas e mapas, partes integrantes desta Lei Complementar, podendo os usos serem: [...]”

IV - Tolerados (T): são aqueles usos existentes e passíveis de licenciamento à época de sua instalação. Parágrafo único. As edificações com usos tolerados poderão sofrer reformas ou ampliações desde que atendam aos limites de ocupação permitidos para o zoneamento vigente.

⁴⁰ Art. 130-A. A demarcação e os parâmetros a serem estabelecidos para as ADI terão os seguintes objetivos: [...] IV - preservar o patrimônio ambiental, cultural e paisagístico, valorizando as características territoriais e socioculturais;”

⁴¹ “Art. 143. As Áreas de Preservação Cultural (APC) são conceituadas da seguinte forma:

cultural, abrangendo arquitetônico, artístico, paisagístico e urbanístico, incluindo até espaços, edificações e monumentos (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Para isto, utiliza-se muito o instrumento de tombamento de edificações, que será aprofundado em sua lei específica no município, mas que já é citada no Plano Diretor no artigo 146, inciso II⁴², ao impor a definição de medidas preventivas mínimas garantidoras da boa conservação destes bens (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

No que diz respeito as áreas de conflito ambiental e urbano, o artigo 141 e seu parágrafo único⁴³ definem que seja considerada a realidade fática da ocupação estabelecida ao longo dos anos em região onde há legislação ambiental restritiva e conflitante com a ocupação, devendo ser considerada como núcleos urbanos informais consolidados, tema que já foi abordado anteriormente no trabalho (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Por fim, no que diz respeito a conservação de edificações com o intuito de preservar o patrimônio arquitetônico histórico-cultural do município de Florianópolis, a Lei Municipal n° 1202/1974, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, artístico e natural (lei que trata do tombamento no município), aborda a mesma temática que foi analisada anteriormente referente a lei do tombamento à nível federal. Desta forma, não há diferentes pormenores a serem aprofundados sobre o tema além do fato de criar uma roupagem jurídica distinta para uma edificação com valor histórico e sua conservação e preservação.

Da mesma maneira, cita-se também a mesma legislação existente no município de Palhoça, Lei Municipal n° 619/1997, comungando de normativas muito semelhantes às normas de nível federal e da exposta na legislação municipal de Florianópolis, assim, sugerindo que as destrinchar poderia ser um exercício maçante ao leitor neste momento do trabalho.

Percebe-se que no aspecto da proteção passiva do existente, a legislação municipal trata basicamente da compreensão e concepção de que uma realidade fática está imposta dentro do espaço urbano (mesmo que informalmente), como nos casos da formação de núcleos urbanos

I - APC1 - Áreas de Interesse Histórico-Cultural destinam-se à preservação do patrimônio cultural, abrangendo o arquitetônico, artístico, paisagístico, tecnológico, urbanístico dentre outros, incluindo assentamentos, conjuntos, espaços, edificações, monumentos e objetos;"

⁴² "Art. 146. Nas Áreas de Preservação Cultural (APC), nos bens tombados quando admitido pelo zoneamento, qualquer modalidade de parcelamento deve incluir: [...]"

II - a definição de medidas preventivas mínimas garantidoras da boa conservação e acessibilidade do patrimônio preservado."

⁴³ "Art. 141. Considera-se Área de Conflito Ambiental e Urbano (ACAU) a região do território municipal com ocupação urbana consolidada, detentora ou não de infraestrutura básica, caracterizada pela ocupação estabelecida ao longo dos anos e pela existência de conflito com a legislação ambiental e/ou urbanística vigente. Parágrafo único. As Áreas de Conflito Ambiental e Urbano serão delimitadas pelo Poder Executivo e são consideradas, para todos os efeitos, núcleos urbanos informais consolidados."

informais. Mais presente ainda está a defesa intransigente da conservação e preservação dos patrimônios arquitetônicos histórico-culturais, de forma que a valorização deste seja feita pela permanência da edificação em sua atual função.

Como foi visto acima, é perceptível que a proteção passiva do existente e a proteção ativa, em muitas oportunidades, acabam se misturando. Isto ocorre pois quando se fala de conservação de um patrimônio histórico-cultural, dificilmente a conservação plena deste resulta em sua mera permanência e sua relegação à provável ruína. Logo, é muito comum que as legislações que impõe a conservação e preservação do patrimônio arquitetônico, invariavelmente, acabem por defender a proteção ativa do existente, qual seja, a promoção de medidas para a preservação e manutenção do bem, que é o que será observado neste momento.

4.2.2 A proteção ativa do existente

No que se refere a vertente ativa, o princípio da proteção do existente permite a realização de obras de melhoria e reformas com o objetivo de propiciar avanços em termos de salubridade e segurança. Tal abordagem reconhece que mesmo diante de exigências legais mais restritivas, seria benéfica a possibilidade de realização de intervenções que visassem aprimorar as condições de habitabilidade e segurança das edificações existentes.

Inicia-se sua verificação na legislação municipal novamente pelo Plano Diretor de Urbanismo de Florianópolis – Lei Complementar n° 482/2014, bem como a Lei Complementar n° 739/2023 que alterou e revisou o Plano Diretor.

Em seu artigo 8°, no inciso VII⁴⁴, o Plano Diretor determina como princípio a reabilitação e requalificação das urbanizações espontâneas (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014). Sobre o tema e sua ligação com o princípio da proteção do existente em sua vertente ativa, pode-se entender a reabilitação e a requalificação destas urbanizações como a conservação e promoção de medidas de melhorias da qualidade de habitabilidade e salubridade destes espaços urbanos.

⁴⁴ “Art. 8° Constituem princípios deste Plano Diretor: [...]

VII - reabilitação e requalificação das urbanizações espontâneas em encostas, planícies e várzeas;”

Percebe-se também a presença indireta do princípio da proteção do existente em sua vertente ativa no artigo 38⁴⁵ do Plano Diretor na medida em que este artigo, dentro das estratégias e políticas de habitação social, defende a reforma e adequação de edificação ou de conjunto de edificações dentro de políticas de desenvolvimento urbano para a melhoria de qualidade de vida da população de baixa renda (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Agora, o artigo 42, §4º, mostra de forma transparente a presença do princípio da proteção do existente urbanístico ao demonstrar que havendo alteração ou reclassificação da área e decorrente diminuição do potencial construtivo, o proprietário mantém seu direito de conservar e reformar a edificação existente. Para melhor explicitar, transcreve-se o artigo supracitado (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014):

Art. 42. Para efeitos de aplicação do Plano Diretor, o território está dividido em áreas delimitadas nos mapas em anexo que são partes integrantes desta Lei Complementar, segundo as categorias a seguir:

[...]

§ 4º Quando em decorrência do zoneamento instituído pela presente Lei Complementar, ocorrer alteração de limites ou reclassificação da área de situação do terreno que acarrete redução do potencial construtivo ou inadequação dos usos das edificações, o proprietário do terreno conservará o direito de conservar e reformar as edificações existentes na data desta Lei Complementar, licenciadas ou suscetíveis de regularização. (grifos acrescidos)

Desta forma, desponta de forma transparente a normativa acima do Plano Diretor de Florianópolis preconizando na lei o que o princípio da proteção do existente defende em sua vertente ativa: que o proprietário que edificou legalmente possa realizar obras de manutenção e reforma na edificação mesmo com o advento de uma legislação urbanística superveniente que reduziu seu potencial construtivo ou tornou o uso da edificação desconforme.

Com esta normativa, em especial, fica notória a presença do princípio da proteção do existente na legislação municipal, de maneira que o substrato do princípio já está legislado no Brasil, apenas não foi feito de forma nominal.

Ainda, os artigos 147 e seguintes⁴⁶ também promovem uma defesa da vertente ativa do princípio da proteção do existente na medida em que promove a manutenção, conservação,

⁴⁵ “Art. 38. Caracteriza-se como habitação de interesse social as ações de parcelamento do solo, regularização fundiária, construção, reforma e adequação de edificação ou de conjunto de edificações, integradas as demais políticas de desenvolvimento urbano, voltadas a melhoria de qualidade de vida da população de baixa renda.”

⁴⁶ “Art. 147. Nas Áreas de Interesse Histórico-Cultural (APC-1) e nos bens protegidos por meio de tombamento, o remembramento e desmembramento de lotes, a manutenção, conservação, restauração, renovação, reabilitação, reforma, ampliação, construção, demolição, comunicação visual, pintura, instalação de quaisquer elementos

reforma e ampliação de edificações em área de interesse histórico-cultural (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014). Neste caso, cabe ressaltar que a sua aplicação não ocorre para todas as edificações existentes, mas é focalizada em edificações e bens protegidos por meio de tombamento ou situados em áreas de interesse histórico-cultural, o que lhes conferem um tratamento jurídico diferenciado.

Assim, apesar de comungar de atributos semelhantes ao princípio da proteção do existente, possui algumas diferenças jurídicas em sua caracterização que resultam numa ampliação no caráter de aplicação destas medidas de preservação e proteção do existente.

Partindo para outra legislação urbanística do município de Florianópolis, propõe-se a observância do Código de Obras e Edificações – Lei Complementar n° 60/2000, bem como a Lei Complementar n° 707/2021, que propôs alterações para o Código de Obras.

Quando se fala da vertente ativa do princípio da proteção do existente remete-se, diretamente, a possibilidade de promover manutenções das condições de estabilidade, segurança e salubridade das edificações. Neste sentido, o Código de Obras de Florianópolis já deixa claro isto em seu artigo 4°⁴⁷.

Diante desta normativa, infere-se que a mesma permite que sejam promovidas estas obras de manutenção sob a métrica em que foi construída a edificação, para que se possa manter

externos às fachadas e controle climático do ambiente interno das edificações dependerão da anuência do SEPHAN, quando este setor não houver emitido diretrizes específicas.

Art. 148. Os projetos de construções, ampliações, reformas, pinturas, comunicação visual de edificações situadas no entorno de bens protegidos deverão ser aprovados pelo SEPHAN.

Art. 149. Os imóveis situados nas APC-1 serão enquadrados por ato do Poder Executivo Municipal em uma das cinco categorias de preservação abaixo:

I - P-1 - imóvel de excepcional valor arquitetônico, artístico ou histórico a ser totalmente preservado, tanto interna como externamente;

II - P-2 - imóvel participe de conjunto arquitetônico ou bens seriados, a ter seu exterior totalmente preservado, possibilitando remanejamento interno, desde que sua volumetria e acabamento externos não sejam afetados e sejam mantidos aqueles elementos internos de excepcional valor histórico e/ou arquitetônico;

III - P-3 - imóvel no entorno de edificações de interesse histórico, podendo ser demolido ou readequado, desde que o resultado favoreça as relações espaciais e visuais com interesse de preservação ali envolvidas;

IV - P-4 - imóvel cujo valor cultural reside em suas características arquitetônicas vernaculares, ou na peculiaridade de sua atividade produtiva, ou em suas manifestações culturais de caráter singelo e popular, ali ocorrentes, desde que significativo no contexto urbano ou rural, sujeito às diretrizes definidas no ato de sua classificação pelo SEPHAN; [...]

Art. 150. As edificações de categoria P-1 e P-2 deverão manter a autenticidade e integridade, obedecendo ao que segue:

I - utilização de materiais e técnicas compatíveis com o sistema construtivo do edifício a ser preservado;
II - manutenção das coberturas, elementos estruturais, aberturas, ornamentos e demais elementos originais;”

⁴⁷ “Art. 4° Visando exclusivamente a observância das prescrições edilícias do município, das leis de parcelamento, zoneamento, uso e ocupação do solo e legislação correlata pertinente, a Prefeitura licenciará e fiscalizará a execução, utilização e manutenção das condições de estabilidade, segurança e salubridade das obras, edificações e equipamentos, não se responsabilizando por qualquer sinistro ou acidente decorrente de deficiências dos projetos, execução ou utilização.”

o uso da edificação da maneira com que ela está, mas com a atualização das melhores práticas de habitabilidade e segurança.

Dito isto, passa-se a analisar a legislação municipal de Palhoça, que também possui uma malha normativa sólida quando se observa os instrumentos legislativos que promovem o ordenamento da gestão urbanística.

O Código de Obras e Edificações de Palhoça – Lei Municipal n° 17/1993 já preconiza em seu artigo 1°⁴⁸ que a lei tem como objetivo assegurar a observação de padrões mínimos de segurança, higiene, salubridade e conforto das edificações de interesse para a comunidade em seu território (FLORIANÓPOLIS (SC), 2000).

Como se observa, o artigo não é explícito ao fixar que a observação destes padrões de segurança seja feita somente no momento da construção da edificação ou se seria a constante manutenção para que sempre houvesse as melhores e mais recentes métricas de preservação para garantir segurança e salubridade das edificações. Com isso, não é possível assegurar que o artigo supracitado promove, de fato, a aplicação do princípio da proteção do existente em sua vertente ativa, porém, permite que haja uma interpretação extensiva que admita este raciocínio que defenda que sejam feitas de forma perene as manutenções e melhorias visando garantir segurança e salubridade, exatamente como preconizado pelo princípio em análise.

Assim, percebeu-se que a proteção ativa do existente está inserida indiretamente na legislação urbanística municipal exatamente na faceta que ela propõe em outros ordenamentos, que é a defesa da manutenção das edificações para promover melhorias nas qualidades de segurança, salubridade e habitabilidade.

4.2.3 A proteção funcional do existente

A vertente funcional do princípio prevê a realização de reformas de melhoria que vão além dos limites impostos pela legislação vigente, na condição que estas sejam necessárias para manter a função originária da edificação. Para melhor explicar, esta vertente busca garantir a preservação da função desempenhada pela construção quando foi originalmente projetada,

⁴⁸ “Art. 1° A presente Lei tem como objetivos:

Orientar os projetos e a execução das obras e edificações no Município de Palhoça, visando ao progressivo aperfeiçoamento da construção e o aprimoramento da arquitetura das edificações, voltando principalmente para a paisagem urbana;

Assegurar a observação de padrões mínimos de segurança, higiene, salubridade e conforto das edificações de interesse para a comunidade em seu território.”

reconhecendo que em alguns casos as exigências das legislações supervenientes mais restritivas podem dificultar a manutenção da função originária de edificação sem que sejam promovidas intervenções que extrapolem os parâmetros normativos vigentes.

É importante antecipar que dificilmente se verá na legislação municipal a permissão para que uma edificação que não esteja sob a égide de um regime jurídico distinto (como um tombamento ou dentro de uma operação urbana consorciada) possa ampliar sua desconformidade em nome de manter a funcionalidade originária da edificação. Mesmo assim, faz-se a verificação na legislação para analisar, mesmo que indiretamente, a aplicação desta vertente do princípio da proteção do existente.

Novamente, a verificação na legislação municipal passa pelo Plano Diretor de Urbanismo de Florianópolis – Lei Complementar n° 482/2014, bem como a Lei Complementar n° 739/2023 que alterou e revisou o Plano Diretor.

Primeiramente, o artigo que trata de forma mais transparência a defesa da vertente funcional do princípio da proteção do existente na legislação urbanística municipal seria o artigo 295-T desta legislação, quando apresenta a autorização ao município para flexibilizar os parâmetros urbanísticos como forma de incentivo à adequação dos imóveis e suas conversões de usos, flexibilizando normativas urbanísticas quanto a segurança, salubridade, acessibilidade e saneamento (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014). Nesse sentido, vale propor a transcrição do artigo citado:

Art. 295-T Para incentivar a adequação de imóveis e conversão de usos, fica autorizado o município a flexibilizar os parâmetros urbanísticos com vista ao atendimento de:

- I - segurança;
- II - salubridade;
- III - acessibilidade; e
- IV - saneamento.

§ 1º O município determinará os critérios e áreas da cidade incentivadas a conversão de usos.

§ 2º A aplicação do incentivo se dará por regulamentação específica.

Salienta-se seu parágrafo segundo, o qual explicita que esse incentivo não é uma benesse para uso irrestrito pela Administração Pública e para o cidadão, mas sim um incentivo que deve ser feito pontualmente, sob uma regulamentação específica para promovê-lo.

Dando sequência, aponta-se o artigo 40 e 41⁴⁹ do Plano Diretor, na medida em que ele defende uma política de integração da habitação de interesse social ao desenvolvimento urbano, prevendo zonas e áreas especiais para habitação de interesse social e estimulando operações urbanas consorciadas (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014). Esta norma prioriza que as ocupações permaneçam nas áreas já ocupadas, de uma forma que sua regularização e promoção de melhorias exigiria que a Administração Pública abrisse mão de métricas construtivas para manter a ocupação no local e, conseqüentemente, sua função originária.

Também sob a ótica de um regime jurídico diferenciado como ocorre com áreas de interesse histórico-cultural, as edificações que ficam no entorno de edificações tombadas ou que fazem parte de um conjunto tombado, tem a permissibilidade da Administração Pública quanto a propositura de soluções diferenciadas para a métrica construtiva com a premissa de que melhor se inseririam no conjunto tombado (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014). Isto está previsto no Plano Diretor no artigo 151, inciso V e § 2º⁵⁰.

Desta forma, percebe-se que estas normativas não se aplicam de forma universal, mas sim em edificações ou áreas urbanas que possuem um regime jurídico distinto. Entretanto, vê-se que o princípio da proteção do existente em sua vertente funcional está, mesmo que indiretamente, sendo apreciado e permitindo uma alteração desconforme com a legislação urbanística vigente em nome de manter o uso originário das edificações apreciadas por estas normativas.

⁴⁹ “Art 40. A Política de Integração da Habitação de Interesse Social ao Desenvolvimento Urbano consiste em prever zonas e áreas especiais de habitação de interesse social, estimular operações urbanas consorciadas e projetos especiais com a finalidade ou que contenham fórmulas de estímulo da produção de moradia social em todas as regiões da cidade.

Art. 41 As Políticas de Ocupação Concentrada do Solo em Ambientes Urbanizáveis e do Multicentralidade deverão integrar-se à Política de Integração da Habitação de Interesse Social, que deverá abarcar ações da iniciativa pública e privada e poderá ser implementada através dos programas do anexo, respeitadas as diretrizes gerais do Plano Diretor, as políticas públicas e os incentivos à iniciativa privada no atendimento à demanda habitacional de interesse social observarão os seguintes princípios:

I - ampliação do acesso a terra urbanizada para empreendimentos destinados a população de interesse social, com prioridade para sua permanência na área ocupada; [...]

⁵⁰ “Art. 151. Novas construções ou readequações das construções existentes inseridas na categoria P3 deverão observar o seguinte: [...]

V - emprego de materiais de cobertura semelhantes aos do conjunto das edificações protegidas próximas, admitindo-se, excepcionalmente, adequações em conformidade com o inciso I e o §2º deste artigo; [...]

§ 2º O IPUF por meio do SEPHAN, excepcionalmente, para melhor inserção no conjunto tombado, poderá aprovar soluções diferenciadas para coberturas, alinhamentos frontais, laterais e volumetria, sendo vedado, em todos os casos, materiais com amianto e fibrocimento.”

Observando agora sob o prisma da outorga onerosa da alteração de uso, o artigo 259-A⁵¹ descreve a oportunidade em que o administrado poderia ampliar a edificação mesmo em local onde o uso da edificação já é considerado tolerado, ou seja, já houve uma alteração legislativa mais repressiva que não mais permite o uso desta edificação (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Da mesma maneira, em sede de operações urbanas consorciadas também há essa tolerância com as métricas construtivas vigentes na medida em que permite que a lei que a instaura torne as métricas mais brandas que a da legislação urbanística. Assim, seria possível que houvesse construções, reformas e até ampliações de edificações desconformes à legislação urbanística vigente, mas em conformidade com a métrica imposta na legislação da operação urbana consorciada, como preconiza o artigo 262⁵² do Plano Diretor de Florianópolis (FLORIANÓPOLIS (SC), 2014).

Já na legislação do município de Palhoça, existe lei (Lei Municipal n° 5031/2021) que trata da regularização urbanística em caráter excepcional de obras e edificações, estabelecendo regras e critérios para a aprovação e regularização urbanística destas obras e edificações concluídas.

Esta legislação em foco não defende diretamente a aplicação do princípio da proteção do existente urbanístico pois trata, majoritariamente, de obras e edificações já terminadas e que, por ausência de licenciamento junto ao município ou até a execução errada de obras que foram licenciadas, passam a estar em desconformidade com a legislação urbanística vigente, como demonstra seu artigo 1°⁵³ (PALHOÇA (SC), 2021).

⁵¹ “Art. 259-A. A outorga onerosa da alteração de uso constitui-se em contrapartida financeira decorrente da modificação dos usos e dos diversos tipos de atividades que os compõem, previstos na legislação de uso e ocupação do território, aplicada nos seguintes casos:

I - ampliação de edificações de usos considerados tolerados; [...]

Parágrafo único. A outorga onerosa da alteração de uso é aplicável nas macroáreas de usos urbanos e deverá observar o número mínimo de vagas de estacionamento previsto em lei, diretrizes de acessos, padrões e dimensionamentos deles quando couber.”

⁵² “Art. 262. Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas:

I - a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, desde que regidas por Lei própria, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente, a oferta de infraestrutura, inclusive mobilidade e o impacto de vizinhança; e

II - a regularização de construções, reformas ou ampliações de edificações, observadas as normas específicas.”

⁵³ “Art. 1° Esta lei estabelece regras e critérios, em caráter excepcional, para a aprovação e regularização urbanística de obras e edificações no Município de Palhoça, por meio da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC perante o órgão municipal competente, aplicando-se, especialmente, aos seguintes casos:

I – Obras e edificações irregulares concluídas, comprovadamente, há mais de 05 (cinco) anos;

II – Obras e edificações aprovadas e licenciadas pelo Município e já concluídas, cuja execução não respeitou ou está em desacordo com o projeto aprovado.

Entretanto, o que defende esta legislação é o reconhecimento de uma realidade urbanística consolidada no espaço urbano do município e a consequente conformação deste cenário na promoção de medidas que visem trazer ao conhecimento do município estas edificações desconformes, propiciando a oportunidade de que estes munícipes realizem um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, porém mantenham e promovam melhorias em sua edificação. Para melhor elucidação, interessante a transcrição dos artigos 2º e 3º da lei em voga (PALHOÇA (SC), 2021):

Art. 2º Respeitado o objeto de aplicação desta lei, nos termos do artigo 1º, fica o Município de Palhoça, por meio de sua Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo, **autorizado a aprovar projetos, licenciar e emitir habite-se para construções, reformas e ampliações de obras e edificações irregulares já construídas, e que não atendam às determinações e critérios técnicos da legislação urbanística municipal ou do projeto previamente aprovado pelo Município**, de acordo com parecer emitido pelo setor técnico da Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo do Município.

Art. 3º A regularização da obra ou edificação irregular, mediante a aprovação de projetos, licenciamento e emissão de habite-se, será formalizada por meio da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC entre o responsável ou proprietário da obra ou edificação, denominado “compromissário”, e a Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo do Município, onde ficarão expressamente indicadas as obrigações das partes e as penalidades aplicadas. (grifos acrescidos)

Observando atentamente a leitura dos artigos acima transcrito, percebe-se que houve a permissão de que o proprietário promova construções, reformas e até ampliações de obras irregulares e edificações irregulares já construídas e que não atendam aos critérios técnicos da legislação vigente. Mesmo que o Município exija uma contrapartida do cidadão (como a celebração de um termo de ajustamento de conduta), ainda é perceptível uma faceta do princípio da proteção do existente na medida em que leva em consideração uma realidade urbanística consolidada dentro do espaço urbano municipal e propõe sua manutenção, conservação, e até ampliação, mesmo que sob a égide de legislação urbanística que não coaduna com o existente urbanístico imposto naquele local.

§ 1º Considera-se obra ou edificação irregular, para fins de aplicação desta lei, aquela que foi construída sem prévia aprovação ou licença urbanística do órgão municipal competente, ou ainda, aquela que foi construída em desacordo com as determinações e critérios técnicos estabelecidos na legislação urbanística municipal, em especial o Plano Diretor, Código de Obras, Código de Posturas, entre outros.

§ 2º Esta lei não altera a regra geral de que toda obra ou edificação no Município necessita se submeter à prévia aprovação e licenciamento urbanístico perante o órgão municipal competente, de acordo com a legislação em vigor e seus parâmetros técnicos.”

Salienta-se que, mesmo facultando esta possibilidade aos munícipes, o Município de Palhoça se precavê de atuações de má-fé e que resultem em maiores prejuízos ao interesse público em seu artigo 8°⁵⁴, que preconiza que esta benesse será aprovada ou rejeitada com base em critérios eminentemente técnicos, nos quais somente terão havendo a aprovação nos casos em que não acarretem danos ou prejuízos ao município, à ordem urbanística da cidade, à mobilidade urbana e a terceiros (PALHOÇA (SC), 2021).

Sendo assim, ficou exposto as legislações municipais que tratam da aplicação, mesmo que indireta, do princípio da proteção do existente nas suas diferentes vertentes: passiva, ativa e funcional. Essa exposição permitiu concluir, inicialmente, que de fato não há qualquer menção direta à proteção do existente urbanístico de forma principiológica. Entretanto, demonstrou que já há um número substancial de normativas que promovem, mesmo que indiretamente, a proteção do existente urbanístico dentro da legislação municipal.

Nesta exposição ficou consignado que, em sua maioria, a proteção passiva do existente é feita com base na sua preservação das edificações em razão do valor do patrimônio histórico-cultural, não sendo precisamente uma definição que se aplicasse irrestritamente para as edificações em geral.

No que se refere a proteção ativa do existente, percebeu-se sua presença na legislação urbanística municipal quando se trata de manutenção das edificações visando melhora nas condições de segurança, salubridade e habitabilidade.

Por fim, quando se trata da proteção funcional do existente, a legislação que trata do tema é mais focada em edificações ou áreas urbanas que possuem um regime jurídico diferenciado, como em situações de regularização fundiária, de operações urbanas consorciadas, ou até de edificações tombadas, distanciando-se de uma aplicação irrestrita deste princípio para os cidadãos em geral.

⁵⁴ “Art. 8° Os parâmetros e critérios sujeitos a aprovação ou regularização, em desconformidade com a legislação urbanística municipal ou projeto anteriormente aprovado, serão eminentemente técnicos, referentes especialmente ao Plano Diretor, Código de Obras, Código de Posturas, dentre outras leis urbanísticas em vigor, cabendo aos órgãos competentes do Município somente a análise, aprovação e regularização das obras e edificações que não acarretem danos ou prejuízos diretos ao Município, à ordem urbanística da cidade, à mobilidade urbana e a terceiros.

§ 1° Caso se verifique que a obra ou edificação submetida à aprovação ou regularização seja passível de causar danos ou prejuízos ao Município, à ordem urbanística da cidade, à mobilidade urbana e a terceiros, a autoridade competente da Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo do Município, mediante parecer técnico conclusivo, recusará a celebração do TAC, encaminhando imediatamente o processo administrativo a Diretoria de Fiscalização de Obras para que tome as providências relacionadas ao seu poder de polícia.”

Com isso exposto, permite-se dar seguimento ao trabalho e prosseguir para a verificação do princípio da proteção do existente na jurisprudência nacional, observando se este já está presente (mesmo que indiretamente) nas decisões prolatadas acerca de casos de direito urbanístico-ambientais nos quais ele poderia ser aplicado.

4.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Observando que as matérias urbanísticas em litígio se baseiam, em sua grande maioria, em legislações de âmbito municipal, o estudo de casos nos tribunais de justiça demonstra-se primordial para a compreensão deste cenário.

Considerando que a análise de legislações foi baseada no âmbito municipal de Florianópolis, nada mais justo que fazer o estudo com base nos tribunais que abordam casos que de Florianópolis, mas também dos municípios inseridos no estado de Santa Catarina – o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

De início, o primeiro tribunal que terá suas decisões pormenorizadas será o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo em mente que todos os instrumentos urbanísticos como as legislações que tratam do uso e ocupação do solo, bem como o zoneamento urbano e código de obras e posturas, são de âmbito municipal.

No segundo momento, será feita a análise dos casos apreciados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Este também tem um aspecto importante pois a discussão da aplicação do princípio da proteção do existente tangencia a esfera do direito ambiental, que, assim como o direito urbanístico, tem sua parcela de ingerência nas determinações de uso e ocupação do solo. Tendo em vista que a legislação ambiental fica adstrita à esfera da justiça federal, a análise de julgados deste tribunal torna-se de grande valia.

Por fim, buscará decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça do país que possam ter, ao menos que indiretamente, tratado desta temática em sede urbanística e ambiental.

Acerca da escolha por cada um dos precedentes utilizados neste trabalho, é válido mencionar que, justamente a falta de um princípio urbanístico próprio que trate de forma especializada o tema já dificulta na pesquisa de casos que abordem de forma específica este imbrólio jurídico.

Assim, os precedentes foram escolhidos e analisados no trabalho com base na observação de casos com delineado fático em que se observa um cenário no qual a aplicação do princípio da proteção do existente pudesse ter sido apreciada, ou, pelo menos, debatida.

Ainda, também buscou-se perceber precedentes nos quais foram usados, mesmo que de forma subsidiária, o uso dos princípios gerais do direito brasileiro como fundamentação para uma defesa que pudesse ser feita com base no princípio da proteção do existente.

Isto posto, segue-se para a análise das decisões judiciais prolatadas pelos tribunais supracitados.

4.3.1 Análise de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Adentrando ao universo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inicia-se o estudo de casos para que seja verificada a aplicação indireta do princípio urbanístico da proteção do existente por meio de princípios consagrados no ordenamento jurídico nacional, principalmente o princípio do direito adquirido, princípio *tempus regit actum*, proteção à confiança, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, todos na esfera urbanística, sendo utilizados nas decisões analisadas.

Inicia-se o estudo com decisões que tratam da aquisição ou não do direito de construir, almejado por meio do ingresso com os procedimentos licenciatórios junto a Administração Pública, para, após, adentrar de forma mais específica aos casos do princípio da proteção do existente.

Assim, inicialmente, trata-se de decisão prolatada nos autos do processo n° 2014.066299-9, que tramitou na Comarca de Criciúma, no qual o munícipe almejava aprovar projeto para edificação nos moldes do Plano Diretor municipal sancionado em 1999 (Lei Municipal n° 3.900/1999). Neste ínterim, houve a promulgação de Plano Diretor municipal superveniente, no ano de 2012 (Lei Complementar n° 95/2012), situação que criou um conflito intertemporal de normas, tendo em vista que o processo de licenciamento da obra ainda estava na esfera administrativa.

A Administração Pública visava indeferir o pedido de licenciamento corretamente processado pelo munícipe em decorrência do sancionamento de legislação urbanística superveniente. Em contrapartida, tal legislação resguardava regras de transição para abarcar casos como este, no qual o licenciamento já estivesse em trâmite ou emitido sob a tutela da lei revogada, mesmo havendo a regência da lei superveniente.

O desembargador relator do caso no tribunal reconheceu que o pedido de licenciamento já tramitava perante a Administração Público há muito, de forma que denegá-lo

seria contrário aos preceitos da segurança jurídica, como o próprio reconheceu ao prolatar sua decisão. Com o intuito de elucidação, transcreve-se a fundamentação elaborada pelo relator em seu voto:

[...]Em tal cenário fático-jurídico, portanto, tenho por irrazoável endereçar à consulta prévia, na situação em exame nestes autos, valoração e importância a ponto de que formalidade relacionada a ela, que sobretudo não foi questionada pela Administração a tempo e modo, acabe por posteriormente fulminar **o mérito do direito de construir do modo assegurado pela legislação precedente, quando a nova lei assim permite aos processos em trâmite, como no caso** dos autos.

Cumpra, portanto, por afastar a tese da decadência e pelo provimento do recurso para o fim de conceder a ordem para assegurar a continuidade do feito administrativo, com aplicação da legislação precedente à Lei Complementar n. 95/12. [...] ⁵⁵

Nesta linha, a ementa⁵⁶ também relata os princípios utilizados para sustentar tal caminho decisório, uma vez que o relator do processo afirmou a “impossibilidade de se invocar o prazo de validade da consulta prévia como óbice ao direito vindicado, eis que o procedimento administrativo há muito tramitava perante a administração sem que tal eiva fosse questionada de plano, de modo a permitir o atendimento dos prazos fixados pela regra de transição” (BRASIL (TJSC), 2015).

Assim, com base nos princípios da segurança jurídica e do princípio da razoabilidade, o relator reconheceu que o munícipe possuía direito adquirido, não podendo ser prejudicado por causa da mora da Administração Pública e sua inobservância ao que foi preceituado.

Este primeiro exemplo foi abordado para expor que, até em sede de licenciamento urbanístico, é possível perceber que a alteração normativa nem sempre pode produzir seus

⁵⁵ Trecho extraído da fundamentação da decisão na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.066299-9, de Criciúma, rel. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-03-2015 do TJSC – grifos acrescidos.

⁵⁶ APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENSÃO DE QUE FOSSE DETERMINADO NOVO RECEBIMENTO DE PROJETO DE EDIFÍCIO, PARA ANÁLISE SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE LEGISLAÇÃO REVOGADA (LEI MUNICIPAL N. 3.900/99) E POSTERIOR EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - ORDEM DENEGADA, SOB O FUNDAMENTO DE INADEQUAÇÃO EM FACE DAS REGRAS TRANSITÓRIAS PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR N. 95/2012 (NOVO PLANO DIRETOR) - DEVOLUÇÃO DAS PLANTAS APRESENTADAS PELA IMPETRANTE E ANULAÇÃO DO CARIMBO DE RECEBIMENTO DESTAS QUE NÃO PODE SER TIDO COMO ATO COATOR - **IMPOSSIBILIDADE DE SE INVOCAR O PRAZO DE VALIDADE DA CONSULTA PRÉVIA COMO ÓBICE AO DIREITO VINDICADO, EIS QUE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO HÁ MUITO TRAMITAVA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO SEM QUE TAL EIVA FOSSE QUESTIONADA DE PLANO, DE MODO A PERMITIR O ATENDIMENTO DOS PRAZOS FIXADOS PELA REGRA DE TRANSIÇÃO - INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE - PRESENÇA DO DIREITO LÍQUIDO E INVOCADO** - CONCESSÃO DA SEGURANÇA QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO - grifos acrescidos.

efeitos de forma imediata e sem observar o direito previamente estipulado por normativa anterior.

Da mesma forma, há precedente diverso, ocorrido nos autos do processo nº 0007535-23.2013.8.24.0020. Este processo é citado de forma recorrente na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo se tornado um caso paradigmático em processos com delimitação fática semelhante.

Neste precedente dos autos nº 0007535-23.2013.8.24.0020, também ocorreu uma alteração normativa que implicava em restrição de métricas construtivas já determinadas em projetos sob análise no licenciamento com base na legislação vigente à época, que tratava de normas menos restritivas.

Da mesma maneira como já citado, o magistrado relator do caso no tribunal entendeu que o início do licenciamento da edificação com a inserção de projetos que respeitavam a legislação urbanística vigente na época de ingresso deles para apreciação da Administração Pública faz com que se deva respeitar tal legislação em sua análise, e não legislação urbanística superveniente. Para elucidação, transcreve-se excerto da decisão:

[...] deve-se interpretar tais preceptivos com espeque nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, daí porque a regra de transição fixada, que atende à máxima "**lex tempus regit actum**", justifica-se como medida voltada a não prejudicar o munícipe. Do mesmo modo, o prazo de validade supra referido, de um semestre, não discrepa do razoável, antes sucede o contrário, permitindo que os construtores tenham tempo para adaptar-se ao novo regramento. De mais a mais cuida-se de dispositivos comumente utilizados em leis de semelhante jaez. [...] ⁵⁷

Como já observado, o princípio do *tempus regit actum* (o tempo rege o ato) fundamenta que os atos jurídicos devem estar de acordo com as leis vigentes à época em que se concretizam, não podendo uma lei superveniente impactar negativamente em um ato jurídico já concretizado.

No processo acima apresentado, a fundamentação do relator é bastante clara ao expor que deve ser respeitada a lei que regia à época do ingresso do munícipe ao processo de licenciamento, uma vez que era a legislação vigente no momento em que apresentou a demanda ao município. Assim, com base no princípio do *tempus regit actum*, entende-se que foi possível

⁵⁷ Tracho extraído da decisão prolatada na Apelação Cível n. 0007535-23.2013.8.24.0020, de Criciúma, rel. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 11-04-2017, no TJSC – grifos acrescidos.

manter a aplicação de uma legislação que não mais vigia no momento da edificação, em observância à legislação anterior, vigente no momento do licenciamento.

Percebe-se que o princípio do *tempus regit actum* fundamentou não só a decisão do processo n° 0007535-23.2013.8.24.0020, mas também outros que também o citaram-na como fundamentação para decidir em direção a garantia da aplicação da legislação vigente no momento em que o munícipe submete seu licenciamento à Administração Pública.

Sobre este ponto, é interessante citar que há uma discussão doutrinária acerca de qual seria o ato a ser determinado como garantidor de direito ao munícipe: (i) na apresentação dos documentos para apreciação do órgão da Administração Pública responsável por sua análise; (ii) se seria no momento da expedição da licença/alvará de construção; ou (iii) se seria apenas entendido como direito adquirido após o exercício do direito de construir outorgado pelo alvará expedido a partir da análise documental dos projetos apresentados.

Há vertente de estudos e jurisprudências que defendem que somente a apresentação dos documentos para apreciação da Administração Pública seria suficientemente sólida para garantir a execução da obra com base na legislação vigente à época do ingresso com o processo licenciatório, entendido nesse viés doutrinário como um suposto direito de protocolo.

Por outro lado, existe entendimento diverso que defende que o direito é adquirido somente após a efetivação do exercício de construção, ou seja, quando há, de fato, a edificação com base nos moldes do alvará expedido e válido (mesmo que sob a égide de legislação anterior).

Sobre este imbróglio, o autor FELIPE NEVES LINHARES (2020, p. 161) discorre que este tema não está pacificado no debate doutrinário e na jurisprudência nacional, sendo sempre importante que a legislação estabeleça normas objetivas de como deve-se proceder com os conflitos de direito intertemporal nos períodos de transição.

Nos precedentes citados anteriormente, o início do processo de licenciamento da edificação a ser erigida já foi suficiente para que houvesse a garantia ao munícipe que sua intenção construtiva estivesse protegida. Com o intuito de enriquecer o estudo, apresenta-se caso no qual reconheceu-se o direito adquirido após a construção da edificação com base em alvará de construção expedido sob a égide da legislação revogada.

O caso que se observa neste momento ocorreu no município de São José, com seu deslinde nos autos do processo n° 2003.020062-2. Este trata de situação na qual uma empresa passou por todo o processo de licenciamento para a construção de um empreendimento

(residencial multifamiliar), conquistou o alvará para construção do empreendimento e passou a construí-lo.

Durante o processo de construção, foi necessário que houvesse a renovação do alvará de construção por diferentes oportunidades, considerando que se tratava de 9 (nove) blocos com 12 (onze) pavimentos em cada um deles, requerendo que a construção se estendesse por período superior ao que normalmente se é permitido por um único alvará de construção.

Após a conclusão do empreendimento, a municipalidade recusou-se a expedir o habite-se, baseando tal decisão no fato de que haveria legislação municipal superveniente que teria criado novas obrigações acerca das exigências construtivas, fazendo com que o empreendimento erigido pela empresa não mais estivesse de acordo com a legislação vigente.

Assim, a empresa impetrou mandado de segurança para que fosse viabilizada a expedição da regular documentação com base na obra legalmente licenciada e construída. Para explicar, transcreve-se o fundamento da decisão apresentada pelo magistrado relator:

[...] Consigne-se que a Municipalidade, depois de se omitir durante toda a edificação do prédio, e sem fundamento concreto que justificasse a medida, tenta, tardiamente, impor os rigores da lei (ou, mais propriamente, a sua equivocada interpretação) para inviabilizar a regularização do empreendimento, já concluído [...]⁵⁸

Da mesma forma, a decisão prolatada segue o mesmo raciocínio, entendendo que após a expedição do alvará de construção e a conclusão das obras por parte da empresa, não seria mais possível que o município deixasse de expedir o habite-se com base em legislação superveniente à usada na análise do licenciamento.

Para elucidação, a ementa da decisão⁵⁹ descreve, respaldando o conteúdo da decisão, que o município não poderia, no caso, “impor os rigores da lei para inviabilizar a regularização da obra já concluída, sobretudo quando seu projeto e a autorização para o início da obra foram

⁵⁸ Trecho da fundamentação da decisão prolatada na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2003.020062-2, de São José, rel. Rui Fortes, Terceira Câmara de Direito Público, j. 17-04-2007 – TJSC.

⁵⁹ APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO - PEDIDO DE RENOVAÇÃO DE ALVARÁ DE LICENÇA E EXPEDIÇÃO DE HABITE-SE - RECUSA DA MUNICIPALIDADE - ALTERAÇÕES NO PROJETO ORIGINAL DO EMPREENDIMENTO - INADEQUAÇÃO À NOVA LEI MUNICIPAL DISCIPLINADORA DA MATÉRIA - OBRA CONCLUÍDA - EMISSÃO DE NOVO ALVARÁ - DESNECESSIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Não pode a Municipalidade, depois de se omitir durante toda a execução do empreendimento, e sem fundamento concreto que justifique tal medida, tentar, tardiamente, impor os rigores da lei para inviabilizar a regularização de obra já concluída, sobretudo quando seu projeto e a autorização para o início da obra foram aprovados com base em ditames de lei municipal anterior menos rígida. - grifos acrescentados.

aprovados com base em ditames de lei municipal anterior menos rígida” (BRASIL (TJSC), 2007).

Visualiza-se, então, a ocorrência do direito adquirido a partir do pleno exercício da atividade construtiva a partir da concessão do direito de construir implícito na expedição de alvará de construção após pleno licenciamento.

Corroborando este argumento, é importante salientar que, uma vez iniciada a obra, não haveria também razão ao município em impossibilitar a renovação do alvará de construção com base na superveniência de legislação urbanística, uma vez que faria com que a empresa possuísse distintas obras dentro de um mesmo empreendimento. Já, em casos nos quais a obra ainda não foi iniciada, entende-se que a renovação do alvará pode ser condicionada a adaptação do projeto à legislação vigente.

Assim, considerando exposto esse contexto no qual há a manutenção do direito de construir sob a égide de uma legislação pretérita, seja com base na data do pedido do licenciamento da obra, na expedição do alvará de construção, ou até no exercício do direito de construir conferido pelo alvará, parte-se para outra etapa do trabalho, que pretende apreciar o princípio da proteção de maneira um pouco mais incisiva.

Neste momento, passa-se a expor um caso em que se percebe de forma mais clara a aplicação do princípio da proteção do existente, no qual houve um acréscimo construtivo (sem licenciamento) em imóvel localizado em bairro tradicional de Florianópolis (Ribeirão da Ilha). O município, após promover a autuação, ensejava a demolição da parte acrescida tendo em vista a desconformidade com a legislação urbanística do local. Pois bem.

O local em foco se encontra em área determinada no Plano Diretor como área de preservação cultural (APC)⁶⁰. Este zoneamento urbano tem especificidades próprias, das quais depende-se o dever de manutenção de relevo e paisagem, bem como a conservação dos patrimônios históricos e etnológicos, abrangendo monumentos, edificações, espaços e povoações.

Isto posto, é imprescindível que uma análise completa da situação fática vislumbre se o imóvel (ou parcela dele) fere frontalmente as normativas urbanísticas presentes no local ou se a medida de demolição se mostraria demasiadamente excessiva.

⁶⁰ “Art. 126. As Áreas de Preservação Cultural (APC) são aquelas destinadas à preservação de sítios de interesse cultural, objetivando a preservação, valorização e promoção delas.”

Antes de expor a decisão tomada pelo tribunal, traz-se excerto da fundamentação do voto exposta pelo desembargador relator do caso:

[...] o desenvolvimento urbano tido na região ao longo dos anos fora realizado de modo harmônico, razão pela qual as alterações advindas no imóvel objeto da lide não se encontram desassociadas do conjunto arquitetônico do local [...]

Assim, o **decreto demolitório não teria utilidade de proteger o patrimônio cultural inserido na área** nos idos dos anos 2000, uma vez que, com o passar dos anos, houve considerável alteração da situação urbanística do local, não se deixando esquecer do valor histórico da região. Atualmente, consolidou-se situação diferente da que havia antigamente, mas de igual forma preservando a cultura local de forma sintônica entre os imóveis da região.

Com isso, a manutenção da determinação de demolição não se mostra justa, quando se considera o imóvel de forma individual, sem levar em conta os demais imóveis da região, os quais, da mesma forma apresentam irregularidades semelhantes.

Ademais, o acréscimo realizado, apesar de em desacordo com as normas vigentes, não traz qualquer prejuízo aos bens públicos ou aos imóveis lindeiros.

Destarte, dadas as peculiaridades do caso concreto aliadas aos **princípios da proporcionalidade e razoabilidade**, o **decreto demolitório mostra-se desarrazoado** frente a realidade atual. [...] ⁶¹

Ante a fundamentação exposta, a ementa da decisão⁶² prolatada pelo relator retrata a improcedência da demanda demolitória proposta pelo município em desfavor do imóvel que se encontra em área de preservação cultural, fundamentando que há “construção em harmonia com os imóveis da região bem como com os imóveis lindeiros” e que há “conjunto arquitetônico

⁶¹ Trecho extraído da decisão prolatada na Apelação Cível n. 0062828-57.1999.8.24.0023, da Capital, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 09-05-2019 no TJSC – grifos acrescidos.

⁶² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA CUMULADA COM DEMOLITÓRIA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. DECISÃO MODIFICADA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO EM EXAME. **IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO CULTURAL. ACRÉSCIMO DE ÁREA EDIFICADA FINALIZADA NO ANO DE 2000. CONSTRUÇÃO EM HARMONIA COM OS IMÓVEIS DA REGIÃO BEM COMO AOS IMÓVEIS LINDEIROS. CONJUNTO ARQUITETÔNICO PRESERVADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO RELEVANTE AO INTERESSE PÚBLICO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA AO LONGO DOS ANOS. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA QUE SE IMPÕE. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. [...] **Afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade o sacrifício de um bem individual a pretexto de atender à supremacia do interesse público, quando as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece permitem a presunção lógica, derivada da realidade fática, da inexistência de impacto benéfico à coletividade**" (Apelação Cível n. 2012.022654-6, de Trombudo Central, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 16/04/2013). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – grifos acrescidos.**

preservado” (BRASIL (TJSC), 2019). Ainda, a decisão relata que não havia prejuízo relevante ao interesse público, o que afastaria a necessidade de demolição no caso.

O relator percebeu que, apesar da irregularidade com as normativas urbanísticas determinadas nos padrões de uso e ocupação do solo e das métricas construtivas, o imóvel mantinha-se harmonioso com o contexto urbanístico no qual estava inserido quando levado em consideração o padrão cultural e arquitetônico do local.

Assim, a medida de demolição seria desproporcional quando feito o exercício de proporcionalidade, tendo em vista que em muito oneraria o munícipe enquanto em muito pouco (ou, quem sabe, nada) melhoraria o contexto urbanístico ao exercer sua finalidade punitiva.

Neste caso, percebe-se a presença dos valores do princípio da proteção do existente na medida em que a edificação, mesmo realizando um acréscimo em sua área construída, não promoveu nenhum prejuízo à ordem urbanística do local nem aos vizinhos, tendo assim, a possibilidade deste existente urbanístico ser protegido, mantido e continuado em sua integração com o espaço urbano em que faz parte, afastando a medida demolitória.

Ainda nesta seara, apresenta-se o processo que tramitou nos autos n° 2013.013398-0, ocorrido na comarca de Barra Velha. O delineado fático do caso trata de pedido para promoção de obras emergenciais na edificação com o intuito de conter e recuperar a construção que estava em iminência de ruir, em razão de contínuos eventos climáticos experienciados na costa catarinense.

Em sede de primeiro grau, tal direito foi denegado em razão de tratar-se de área ambientalmente protegida, mais especificamente, área de preservação permanente, fundamentando-se na impossibilidade de que houvesse maiores danos ao meio ambiente.

Porém, a análise feita pelo desembargador relator promoveu um outro olhar para o imbróglio, entendendo que não se tratava do agravamento de qualquer dano ambiental, uma vez que a medida visava unicamente a manutenção de uma estrutura física que já estava erigida e consolidada no local.

Inclusive, o voto do desembargador é bastante claro ao expor as razões de sua fundamentação, explicitando a compreensão em relação a necessidade de manutenção de edificações que estão na margem de ruir. Com o intuito de melhor explicar a decisão, transcreve-se excerto do voto:

[...] não se trata de construção nova, mas de pretensão em preservar a edificação, existente desde 1993, e que estaria ameaçada de ruir.

"Em análise singela das imagens de fls. [...] demonstram, *quantum satis*, que não há como negar, **a potencial e iminente possibilidade de acontecer uma tragédia acaso não promovida obra emergencial de contenção, uma vez que parte do imóvel, efetivamente, ameaça ruir sobre a faixa de areia da praia.**

"Daí sabendo que fenômenos dessa natureza ocorrem anualmente, por vezes com maior intensidade, causando toda sorte de estragos aos bens públicos e privados, não é demais dizer que tragédia maiores aconteçam se a situação do imóvel em debate não for modificada.

"Assim, acaso venha prevalecer o parecer ambiental que serviu de suporte ao Poder Público para negar o pedido administrativo, os proprietários de imóveis às margens da praia, teriam de assistir, inertes, a ruína deles, até que as águas/ondas cumpram o papel inevitável de limpar os destroços decorrentes da demolição forçada e natural.

"Este julgador não está a defender que o meio ambiente não seja respeitado, contudo o especial caso dos autos leva-me a deferir a pretensão dos Agravantes que não estão a postular por autorização para fomentar o aumento da área útil, **apenas pretendem restabelecer a estrutura de sua residência**, fortemente danificada pelo avanço das ondas. Ou seja, buscam idêntica estrutura possuída antes do sinistro, fato que não irá degradar a condição original do ecossistema, tampouco irá suprimir vegetação em região completamente urbanizada e com situação ambiental consolidada há muitos anos.

"Não bastasse, observa-se que o imóvel dos Agravantes foi **erigido atendendo as prescrições legais e administrativas existentes à época de sua edificação** que o permitiu ter cadastro junto ao Município para fins de pagamento do imposto predial [...], **sendo de todo modo indevido, agora, tolher o exercício do seu direito de propriedade**"⁶³

Como se observa no voto acima, fica evidente que o pedido buscado na ação não se tratava da tentativa de expansão da área construída da edificação. O caso trata-se, unicamente, de facultar aos proprietários da edificação que possam promover obras de manutenção e consertos na mesma para que não venham a ruir.

Ainda, salienta-se que, no presente caso, a edificação foi erigida com a anuência da Administração Pública quanto a sua conformidade com a legislação urbanística vigente, fato que se demonstrou relevante também para o deferimento do pedido elaborado.

Sendo assim, a fundamentação adotada no voto é didática ao expor a vertente ativa do princípio da proteção do existente na medida em que vislumbrou a possibilidade de manutenção e obras de melhoria na edificação com o intuito de promover melhores padrões de segurança e habitabilidade aos seus moradores.

⁶³ Trecho do voto do Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli no Agravo de Instrumento n. 2012.013398-0, de Barra Velha, rel. José Volpato de Souza, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11-10-2012 no TJSC – grifos acrescidos.

Diante do exposto a ementa da decisão⁶⁴ também expõe as razões do relator em considerar que o “imóvel residencial de 1993 respeitou a legislação da época”, sendo necessária obras reparatórias para manutenção da estrutura em razão da “edificação ameaçada de ruir em decorrência de eventos climáticos”, sem qualquer intenção de acréscimo da área construída. (BRASIL (TJSC), 2012).

Assim, como explicitado acima, percebe-se que este precedente aprecia, mesmo que de forma indireta, os valores propostos pelo princípio da proteção do existente na proporção em que compreende a presença de um existente urbanístico dentro do espaço urbano, detentor de direitos, que merece não só sua permanência nas condições já existentes, mas também a possibilidade de promover manutenções com o intuito de melhorar as condições de habitação e segurança da edificação.

Por fim, para encerrar a análise de casos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o tema, aborda-se o precedente ocorrido nos autos do processo nº 2006.021197-9.

Nos autos em foco, o imbróglgio que envolvia o processo tratava-se de uma legislação municipal que alterava as métricas construtivas referentes a instalação de estações rádio-base de antena para transmissão de sinais telefônicos no município de Criciúma.

A legislação editada pelo município previa a alteração de valores construtivos como o recuo frontal que estas antenas de transmissão deveriam ter para as outras edificações inseridas no município, bem como as frequências máximas de emissão de sinais nestas antenas. Mantendo o foco no escopo do trabalho, observa-se especificamente a questão construtiva.

Naquela ocasião, as antenas de transmissão já implementadas pelas operadoras de telefonia respeitavam as métricas construtivas da legislação anterior, não sendo adequado que uma legislação superveniente com métricas mais restritivas pudesse promover a mudança ou remoção das antenas já legalmente licenciadas e construídas. Este também foi o entendimento do relator do caso, que, em seu voto, explanou:

⁶⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **IMÓVEL RESIDENCIAL DE 1993, QUE RESPEITOU A LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA.** EDIFICAÇÃO AMEAÇADA DE RUIR, EM DECORRÊNCIA DE EVENTOS CLIMÁTICOS. **NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO BEM.** PRETENSÃO DE IDÊNTICA ESTRUTURA POSSUÍDA ANTES DO SINISTRO. LICENÇA MUNICIPAL REQUERIDA. NEGATIVA COM BASE EM RELATÓRIO DA FUNDEMA REALIZADO EM 2011, QUE CONCLUIU SER ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP). CONDIÇÃO ORIGINAL DO ECOSISTEMA QUE NÃO SERÁ MODIFICADA. PERIGO DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL INEXISTENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. AGRAVO PROVIDO - grifos acrescidos.

Note-se que a determinação pura e simples de que as operadoras de telefonia móvel adequem as torres às novas determinações de distanciamento e de metragem, fere o princípio do direito adquirido, sendo o mesmo que determinar que todas as construções antigas tenham que se adaptar às novas determinações de espaçamento, de distanciamento, de altura, de adequação por região, que vierem ao mundo jurídico muito posteriormente à sua existência, quando, no momento de sua edificação, fora-lhes concedido alvará de acordo com o Plano Diretor ou com as normas próprias, vigentes à época da consulta e da construção.⁶⁵

Como observado acima, a fundamentação do voto do relator é clara ao determinar a importância que o direito adquirido possui nessa situação, na qual a atividade construtiva foi legal e plenamente concretizada, não sendo possível que a legislação superveniente tenha capacidade de imprimir qualquer revés ao proprietário da mesma.

Logo, a decisão prolatada⁶⁶ no caso não poderia ser diferente, na medida em que o relator decide que “a legislação superveniente que disciplina sobre normas de zoneamento

⁶⁵ Trecho extraído do voto na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2006.021197-9, de Criciúma, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Tribunal Pleno, j. 16-12-2009 – TJSC.

⁶⁶ ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINADA DE AÇÃO INIBITÓRIA C/C DECLARATÓRIA INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL - NORMATIZAÇÃO DA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE DE ANTENAS DE TELEFONIA CELULAR NO TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA - LEI 4.248/2001 - INCONSTITUCIONALIDADE DE ALGUNS DISPOSITIVOS RECONHECIDA - ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM PARTE. ART. 1º - PREVISÃO DE DISTANCIAMENTO MÍNIMO DAS ANTENAS DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR E FIXAÇÃO DE FREQUÊNCIA MÁXIMA A SER POR ELAS EMITIDA - POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO USO, PARCELAMENTO E OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIAS ATINENTES A INTERESSE LOCAL - APLICAÇÃO DO ART. 30, I, DA CF/88 - CONSTITUCIONALIDADE DA PARTE INICIAL DE REFERIDO DIPLOMA - PARTE FINAL RELATIVA A FREQUÊNCIA MÁXIMA A SER OPERADA PELAS ANTENAS QUE SE MANIFESTA COMO MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO - REGULAMENTAÇÃO PURA DO SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÕES - MATÉRIA JÁ TRATADA, INCLUSIVE, EM LEGISLAÇÃO FEDERAL - OFENSA AO ART. 22, IV DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE NESTA PARTE RECONHECIDA. - "Aos Municípios é atribuída a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e promover a adequação do seu ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, I e VIII, da Constituição Federal). Portanto, estão autorizados a legislar a respeito da instalação de antenas de telefonia no seu território, desde que dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal." (Apelação cível n. 2008.059032-1, de Rio do Sul, relator Des. Cid Goulart, j. em 14.07.2009). - [...] ART. 8º - EXPRESSA PREVISÃO DE ADEQUAÇÃO DAS TORRES INSTALADAS ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DO DIPLOMA LEGAL AOS NOVOS PARÂMETROS ADOTADOS - DIPLOMA LEGAL QUE, ANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º IN FINE, TRATA, APENAS, DE NORMA DE ZONEAMENTO URBANO RELATIVO AO RECUO DE 300M DE DISTÂNCIA DAS TORRES ÀS CASAS E CONSTRUÇÕES - **OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO DAS OPERADORAS - NOVAS REGRAS EDILÍCIAS AS QUAIS NÃO PODEM AFETAR CONSTRUÇÕES PRECEDENTES JÁ CONFORME A LEGISLAÇÃO QUE LHE PRECEDIA** - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - **A legislação superveniente que disciplina sobre normas de zoneamento urbano, notadamente aquelas que estabelecem novas regras de recuo, não possuem eficácia imediata frente às edificações que lhe precederam. Isto porque, os proprietários das construções anteriores, se construídas nos termos da legislação precedente, possuem inegável direito adquirido a que a obra continue regida pelas regras edilícias precedentes.** - "O direito adquirido dos particulares em prosseguirem a construção de certos empreendimentos iniciados em dada conjunção normativa, ainda que sofra profundas

urbano, notadamente aquelas que estabelecem novas regras de recuo, não possuem eficácia imediata frente às edificações que lhe precederam”. O relator ainda complementa esta posição quando explica que “os proprietários das construções anteriores, se construídas nos termos da legislação precedente, possuem inegável direito adquirido a que a obra continue regida pelas regras edilícias precedentes” (BRASIL (TJSC), 2009).

É imperioso, entretanto, deixar um alerta importante: a mitigação do uso da medida de demolição de obra, apesar de importante para proteger o munícipe de medidas desproporcionais, não pode servir como escudo para infratores, como preceitua FELIPE NEVES LINHARES (2013, p. 191):

[...] a jurisprudência brasileira utiliza com normalidade os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso para, em casos específicos e excepcionais, afastar a penalidade de demolição de obra e substituí-la por outras sanções e medidas compensatórias mais benéficas ao ambiente, principalmente nas situações em que a demolição não traz qualquer proveito significativo ao meio ambiente e à sociedade. Contudo, importa ressaltar que o uso ilegítimo e fraudador desses princípios merecem atenção da Administração Pública, do Ministério Público, do Poder Judiciário e da própria sociedade, pois a caracterização forçada e a legitimação indiscriminada de situações consolidadas e de fatos consumados são práticas deletérias que contribuem para o surgimento de novos passivos[...]

Antes de passar para o próximo subcapítulo, frisa-se que em matéria urbanística, pelo caráter de sua legislação ser majoritariamente municipal, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem maior volume e impacto nos atos decisórios, por isso o maior número de processos acima examinados. Entretanto, com o intuito de elucidar outros cenários que vislumbrem a aplicação indireta do princípio da proteção do existente, passa-se para a análise no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

4.3.2 Análise de julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Como já citado anteriormente, os processos judiciais que tramitam no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e que tratam do existente urbanístico neste contexto urbanístico-ambiental são mais voltados ao viés ambiental.

alterações edilícias, deve ser reconhecido." (SANTOS, Rodrigo Valgas dos, in Direito de construir em face de normas urbanísticas supervenientes - Revista Interesse Público, n. 55 - maio de 2009 - pg. 45). POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DOS RECURSOS - DESNECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA CORRESPONDENTE - APELAÇÃO DO MUNICÍPIO E REEXAME IMPROVIDOS E RECURSO ADESIVO PROVIDO EM PARTE – grifos acrescidos.

Far-se-á, então, a análise de casos nos quais o mandamento proposto pelos valores do princípio da proteção do existente é indiretamente apreciado na fundamentação decisória por meio dos seus princípios gerais do direito correlatos.

Observa-se então o caso presente nos autos do processo nº 5000442-60.2010.4.04.7216, o qual trata de ação civil pública que visava a demolição de dezesseis edificações (residências de madeira e alvenaria) erguidas em área de preservação permanente (margem não edificável de curso d'água), a menos de trinta metros das margens da Lagoa Santo Antônio dos Anjos, em Laguna, Santa Catarina.

Na instrução do processo, reconheceu-se a ocorrência de dano ambiental e o dever de restauração da área degradada. Entretanto, as provas documentais comprovaram que se tratava de uma ocupação irregular historicamente localizada na região, já sendo considerada uma área urbana consolidada.

Desta forma, com base no princípio de proporcionalidade e no exercício de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), entendeu-se que a medida de demolição das obras seria demasiadamente opressiva frente ao pequeno (ou inexistente) benefício ao meio ambiente que a medida traria.

O acórdão expõe este ponto, como demonstra a ementa⁶⁷ da decisão ao expor que uma área urbana de ocupação histórica, “hipótese em que se trata de região urbanizada de ocupação antiga, [...] com edificação que remontam à década de oitenta” (BRASIL (TRF4), 2016). Neste mesmo aspecto, mesmo com as restrições ambientais observadas no local, “revela-se desproporcional medida tendente à demolição dos imóveis [...], por força da intensa intervenção humana e da grande descaracterização do ambiente já há anos[...]”.

⁶⁷ DIREITO AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CÓDIGO FLORESTAL (LEI Nº 4.771/65). DEVER DE RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. ÁREA URBANA DE OCUPAÇÃO HISTÓRICA. ZONA URBANA CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. [...]

- Hipótese em que se trata de região urbanizada de ocupação antiga, composta por ranchos de pesca e moradias de famílias de baixa e média-baixa renda, na orla da Lagoa de Santo Antônio, Município de Laguna/SC, com edificações que remontam à década de oitenta.

- Devem ser mitigadas as restrições de construção em Áreas de Preservação Permanente, mormente nas hipóteses de zonas urbanas consolidadas e antropizadas, nas quais a recuperação integral do meio ambiente ao seu estado natural mostra-se inviável.

- Revela-se desproporcional medida tendente à demolição dos imóveis no caso concreto, por força da intensa intervenção humana e da grande descaracterização do ambiente já existente há anos, com diversos outros imóveis em situação semelhante na vizinhança. A recuperação parcial mediante Projeto de Recuperação de Área Degradada - PRAD para redução ao impacto ambiental constituirá providência adequada - grifos acrescidos.

Mais uma vez, revela-se um resultado semelhante ao da aplicação indireta do princípio da proteção do existente na sua faceta de remédio à medida de demolição de obras, por meio do princípio da proporcionalidade.

A ocupação histórica no local com a conseqüente consolidação desta área urbana resulta na existência, fática, de um espaço urbano historicamente habitado e integrante do processo de desenvolvimento urbano da cidade, impondo a compreensão de que este espaço urbano integra o existente urbanístico do município. Desta forma, a demolição e remoção do local passa a ser medida desproporcional, sendo mais recomendável a regularização e inserção no universo formal da Administração Pública.

Nesta mesma seara, ainda, existem outros acórdãos que tem seu suporte teórico na mesma fundamentação adotada acima, o que demonstra seu caráter paradigmático dentro do arcabouço jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O caso que se apresenta a seguir trata da ação civil pública nº 5023839-84.2012.4.04.7200, na qual o objeto da lide é um rancho de pesca, da propriedade de pescador artesanal, localizado nos entornos da Lagoa da Conceição, no município de Florianópolis.

O relator passou a trabalhar quais as restrições ambientais e até urbanísticas que vigiam no local, buscando observar se haveria cabimento ao pedido de demolição elaborado pelo Ministério Público na ação civil pública, e, caso afastado este, a denegação do direito de reforma e construção no rancho preexistente.

Para isto, precisou entender qual o regime jurídico vigente sob o local do rancho de pesca já existente, visando compreender se aquela ocupação possuía um caráter histórico preexistente passível de proteção ou se haveria um regime de proteção ambiental que obrigasse a medida extrema de desocupação e demolição.

Em seu voto, o relator define que a zona costeira em que se localiza o rancho de pesca não necessariamente seria definido como unidade de conservação ou até área de preservação permanente, aprofundando sua exposição. Assevera, então, que o local está a uma distância de menos de 30 metros da laguna (a Lagoa da Conceição, na verdade, é tecnicamente uma laguna em razão de seu acesso ao mar), o que caracterizaria o local como uma área de preservação permanente.

Mesmo asseverando essa característica ambiental no local que sujeitaria uma defesa do meio ambiente mais efusiva e, possivelmente, a adoção de medida extrema contra o proprietário do rancho de pesca, o relator entendeu que no local não se percebia mais predicados ambientais que a fizessem se caracterizar uma área de preservação permanente pelas facetas

naturais. Este fator, muito se deve em razão de estar inserida em uma área urbana consolidada, razão pela qual o relator decidiu pelo afastamento da medida de demolição com base no princípio da razoabilidade.

Lê-se da ementa da decisão⁶⁸ que “o imóvel que se situa em área de urbanização consolidada, em que não havia restinga ou mangue no local, mesmo antes da edificação”, fator

⁶⁸ DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. LAGOA DA CONCEIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCEITOS DE DIREITO AMBIENTAL E ORDENAMENTO JURÍDICO CORRESPONDENTE. BASES DE DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. UNIDADES DE CONSERVAÇÃO (UCS). ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APPS). BIOMA MATA ATLÂNTICA. ZONA COSTEIRA. COSTÕES ROCHOSOS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA NON AEDIFICANDI. MEIO AMBIENTE SOCIALMENTE EQUILIBRADO. LAGOA E LAGUNA. DISTINÇÃO. IRRELEVÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE APP NA ÁREA DE 30M NO ENTORNO DA LAGOA DA CONCEIÇÃO, POR FORÇA DO ART. 4º DA LEI Nº 12.651/12. **ÁREA URBANA CONSOLIDADA. AUSÊNCIA DE DANO AMBIENTAL. RAZOABILIDADE. DEMOLIÇÃO. AFASTAMENTO.**

1. Hipótese de reforma e construção em rancho de pesca de pescador artesanal em Florianópolis/SC localizado parcialmente sobre costão rochoso. [...]

12. As APPs não pertencem necessariamente, digamos, a um parque nacional ou a uma estação ecológica, mas, em cada lugar em que se manifestarem de fato, serão protegidas por desempenharem alguma função ambientalmente relevante.

13. As APPs decorrem de uma situação fática. Onde quer que se constate uma das hipóteses legais vigentes aplicáveis à região para constatação de APP, haverá uma APP.

14. Para haver uma APP, uma lei deve indicar expressamente que tal situação ambiental será considerada "área de preservação permanente". Não se pode deduzir que uma área ou um bioma seriam uma APP apenas porque uma norma prevê que um bioma "será protegido".

15. O simples fato de a Lei 7.661/88 prever que o PNGC deverá "dar prioridade" à proteção de certos biomas não significa que a Lei nº 7.661/88 tornou-os APPs. Inferir tal conclusão encontra-se em afronta ao texto da mencionada lei. [...]

18. Não há proteção, de forma automática, enquanto área de proteção integral do ponto de vista ambiental, da Zona Costeira, em decorrência do simples fato de ser Zona Costeira.

19. A Zona Costeira integra o patrimônio nacional (art. 225, § 4º, da CF). Entretanto, ausente uma APP ou uma UC, um terreno costeiro pode não estar sujeito a uma proteção ambiental de caráter integral.

20. Para intervenções na Zona Costeira terrestre é necessário o licenciamento ambiental.

21. Os terrenos de marinha são regulamentados pelo Decreto-lei nº 9.760/46, o qual dispõe sobre os bens imóveis da União. Trata-se de uma questão de direito real e não de direito ambiental.

22. Se uma área está situada em terreno de marinha, isso não implica necessariamente eventual configuração de APP na região, pois sua qualificação de terreno de marinha decorre do direito real, e as APPs decorrem de previsões legais em direito ambiental.

23. Área non aedificandi são faixas de terra em que é proibido construir, como por exemplo em margens de rodovias e constituem conceito pertencente ao Direito Urbanístico.

24. Não se pode deduzir que uma área ou um bioma seriam uma APP apenas porque uma norma prevê que um bioma "será protegido", ou que "será priorizada a proteção" de uma determinada floresta. A área de preservação permanente não é presumida, e pode decorrer de lei de qualquer das esferas federativas. Havendo conflito aparente de normas, aplica-se a que melhor proteger o meio ambiente - in dubio pro natura.

25. Atualmente não há previsão do costão rochoso como APP em esfera federal, mas isso pode ser caracterizado na esfera estadual ou municipal, a ser avaliado caso a caso.

26. É certo que o Código Florestal não contém a palavra "laguna" em seu artigo 4º, que dispõe sobre as áreas de preservação permanente. Porém, as lagunas estão contidas na mens legis tencionada pelo legislador, por interpretação teleológica (finalidade da norma), assim como por interpretação sistemática (coesão e lógica interna do texto da lei).

27. A laguna é, ao mesmo tempo, um corpo d'água, semelhante a uma lagoa, combinado com um curso d'água: ela possui um grande acúmulo de água com características muito semelhantes aos de uma lagoa, com o adicional de possuir um canal que a conecta ao mar, isto é, um curso d'água.

que afastaria a medida de demolição. O relator ainda assevera que “o terreno - e seus entornos - há muito é desprovido de suas características originais”, não havendo qualquer benefício prático, seja ambiental ou urbanístico, que justificasse a demolição da edificação (BRASIL (TRF4), 2020).

Como observado, o relator afastou a medida de demolição da edificação no local com base no princípio da razoabilidade, complementando que a edificação está inserida em área urbana consolidada e não haveria mais qualquer característica ambiental no local que justificasse a aplicação da medida extrema.

À título de complementação, cita-se ainda o processo n° 5007066-71.2013.404.7200. Esse caso, ocorrido no município de Palhoça, tem um plano fático bastante semelhante ao processo anteriormente destrinchado, no qual apontava-se que o munícipe teria edificado em área de preservação permanente e sugeria-se a medida de demolição de obra em nome da recuperação ambiental no local.

Ao fundamentar seu voto, o relator discorre que a comprovação de que a edificação teria sido regularizada já afastaria a possibilidade de aplicar a medida de demolição da obra, como observa-se no seguinte excerto:

[...] depreende-se que **foi oportunizada a regularização da situação das edificações perante o órgão ambiental municipal, mediante TAC. Assim, tem-se que à época da construção dos imóveis a área era edificável.**

Portanto, parece-me ser esta a conclusão mais adequada ao caso - de que a área era edificável à época.⁶⁹

Com esta argumentação acima, depreende-se novamente o mandamento proposto pelo princípio da proteção do existente sendo utilizado através do princípio do *tempus regit actum* (o tempo rege o ato). Isso se verifica pois o entendimento do relator demonstra que a situação

28. A mens legis foi de proteger cursos e corpos de água, sendo descabido considerar que uma laguna não seria nem um curso d'água, nem um corpo d'água, quando é, em realidade, ambos.

29. A área de 30m no entorno da Lagoa da Conceição é área de preservação permanente, oriunda do artigo 4º da Lei nº 12.651/12.

30. **Imóvel que se situa em área de urbanização consolidada, em que não havia restinga ou mangue no local, mesmo antes da edificação.**

31. **É desarrazoada a demolição**, especialmente em face da existência de toda uma infraestrutura, com energia elétrica e água potável. **O terreno - e seus entornos - há muito é desprovido de suas características originais.**

32. **Acolhimento parcial do recurso para afastar a demolição do imóvel**, mantendo-se, entretanto, a condenação da parte ré à apresentação de PRAD à FLORAM. Isso porque a edificação deve atender da melhor maneira possível à preservação da APP em que se encontra, às margens da Lagoa da Conceição, devendo, nessa oportunidade, serem sanadas eventuais irregularidades como possíveis falhas na destinação de esgoto e dejetos no local, a serem devidamente apuradas. [...] – grifos acrescidos.

⁶⁹ Trecho extraído da fundamentação da decisão na APELREEX 5007066-71.2013.4.04.7200, TERCEIRA TURMA, Relator NICOLAU KONKEL JÚNIOR, juntado aos autos em 28/08/2015, no TRF4 – grifos acrescidos.

consolidada em outro espaço-tempo, com uma diferente legislação vigente, considera-se válida e consolidada, afastando a medida demolitória e, por consequência, permitindo a permanência da edificação já regularizada sob legislação anterior.

A ementa da decisão⁷⁰ elucida bem a posição do relator em seu voto quando afirma que a aplicação da medida de demolição iria impor “ao réu o perecimento de seu direito à propriedade sem qualquer garantia da possibilidade de recuperação efetiva da área, visto tratar-se de área urbana consolidada” (BRASIL (TRF4), 2015).

Em sua fundamentação, o relator aponta, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que a medida de demolição da obra seria de extrema onerosidade para o munícipe com quase nenhuma melhora ao meio ambiente e, conseqüentemente, à sociedade.

Desta forma, como já explicitado anteriormente, percebe-se a aplicação indireta do princípio da proteção do existente justamente através da aplicação do princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, bem como pelo entendimento do princípio do *tempus regit actum*, principalmente no que se refere a vertente passiva do princípio da proteção do existente, ou seja, permitindo a manutenção da edificação em sua atual função (em especial em razão de sua regularização junto à Administração Pública).

Observado estas decisões, parte-se para a etapa final deste trabalho, que é do universo de decisões deste mesmo contexto urbanístico-ambiental, porém na instância do Superior Tribunal de Justiça.

4.3.3 Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça

Uma vez vistos os processos expostos anteriormente, ocorridos nas instâncias do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o presente momento exige a análise destes mesmos institutos urbanísticos no âmbito de tribunais superiores. Neste trabalho, será feita tal análise no Superior Tribunal de Justiça.

⁷⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. ÁREA URBANA CONSOLIDADA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Hipótese em que se reforma a sentença, porquanto **determinar a demolição pretendida pelo Ministério Público Federal se afigura desproporcional, infligindo ao réu o perecimento de seu direito à propriedade sem qualquer garantia da possibilidade de recuperação efetiva da área, visto tratar-se de área urbana consolidada.**

2. Aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade - grifos acrescidos.

É relevante pontuar que, nessa instância, assim como no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que além da abordagem estritamente urbanística, também tangenciará, de certa forma, a esfera ambiental não só no direito adquirido como na garantia da aplicação das leis vigentes na época dos fatos.

Importa salientar que pelo motivo da Súmula 7 do STJ⁷¹, não é possível revisitar a situação fática nos processos do Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, fica dificultada a delimitação fática dos processos estudados, estando, neste ponto, mais adstrita às questões de direito material. Da mesma forma, as questões processuais suscitadas nos processos subsequentes não serão abordadas no presente momento, mantendo em observância que a abordagem do trabalho é a do direito material, em especial a matéria urbanística e, de forma sucessiva e secundária, ambiental.

Isto posto, inicia-se então o estudo de casos pela decisão lavrada nos autos do processo nº 77154/RJ. O processo em foco trata de um caso ocorrido no Rio de Janeiro, no qual um empreendimento buscou a aprovação para promoção de um loteamento em determinado local do espaço urbano daquele município.

No caso, houve o ingresso do projeto para aprovação do loteamento sob a regência de uma determinada legislação. Porém, após todas as etapas licenciatórias concluídas, o município recusou-se a promover a aprovação do loteamento em razão de superveniência de nova legislação urbanística.

Desta forma, a lide acerca da aprovação do loteamento junto ao município necessitou apreciação do Superior Tribunal de Justiça para dirimir tal imbróglio. Ao fundamentar sua decisão, o relator do caso usou da seguinte argumentação:

[...] no âmbito infraconstitucional, não ocorreu a violação dos dispositivos apontados pelo Município recorrente, por consolidado se apresentar o direito adquirido às regras do projeto já aprovado e conseqüentemente, a caracterização do direito líquido e certo a ser protegido via mandado de segurança.

[...] defendo que, como é o caso em exame, se foi aprovado projeto de loteamento, com definição dos critérios administrativos para ocupação do solo, tudo levado a registro imobiliário, tem-se uma situação juridicamente constituída e com força capaz de gerar direito subjetivo para o particular, sem condições de rescisão pela autoridade administrativa, por ter se inserido na área do direito adquirido.⁷²

⁷¹ Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁷² Trecho extraído do voto do relator em REsp n. 77.154/RJ, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 25/6/1996 - STJ.

Nesta mesma linha, o relator ainda se apoia no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (revogada e substituída em seu conteúdo pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB) para fundamentar o ato decisório, que defende a plena apreciação do direito adquirido dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Desta maneira, a ementa da decisão⁷³ prolatada deixa claro a linha que seguiu o relator do caso, expondo que “o direito de protocolo ha de ser homenageado, em tais hipóteses, haja vista cometer ilegalidade a autoridade administrativa que, apos ter o município aprovado projeto dessa natureza [...], pretende torna-lo sem efeito, sob o fundamento de que o referido projeto apresenta-se em desacordo com a legislação posterior” (BRASIL (STJ), 1998).

Neste mesmo cenário, esta mesma ementa exprime de forma cabal um dos pilares do pensamento do princípio da proteção do existente em matéria urbanística quando disserta que “a legislação posterior restritiva ao direito de construir não pode atingir ao particular que se encontra protegido por relação jurídica consolidada e legalmente constituída” (BRASIL (STJ), 1998).

A ementa da decisão é bastante ilustrativa no que se compreende ser um entendimento alinhado ao que preconiza o princípio da proteção do existente urbanístico, na medida em que impede que uma legislação superveniente de caráter mais restritivo tenha condição de impactar

⁷³ DIREITO ADMINISTRATIVO. PROJETO DE LOTEAMENTO. APROVAÇÃO. LIMITES JURIDICOS.

1. CONFIGURA-SE DIREITO SUBJETIVO A SER PROTEGIDO VIA MANDADO DE SEGURANÇA O ATO DE APROVAÇÃO DE PROJETO DE URBANIZAÇÃO E LOTEAMENTO, DEVIDAMENTE AVERBADO NO REGISTRO IMOBILIARIO, DEFININDO DETERMINADOS PARAMETROS COMO GABARITO, AREA DE EDIFICAÇÃO, OU OCUPAÇÃO, ETC.

2. **O DIREITO DE PROTOCOLO HA DE SER HOMENAGEADO, EM TAIS HIPOTHESES. HAJA VISTA COMETER ILEGALIDADE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA QUE, APOS TER O MUNICIPIO APROVADO PROJETO DESSA NATUREZA E O AVERBADO NO REGISTRO IMOBILIARIO, PRETENDE TORNA-LO SEM EFEITO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE O REFERIDO PROJETO APRESENTA-SE EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO POSTERIOR.**

3. E PREVALENTE O ENTENDIMENTO DE QUE A REGRA JURIDICA, SALVO SE FOR PARA BENEFICIAR, APLICA-SE PARA O PRESENTE E PARA O FUTURO.

4. **A LEGISLAÇÃO POSTERIOR RESTRITIVA AO DIREITO DE CONSTRUIR NÃO PODE ATINGIR AO PARTICULAR QUE SE ENCONTRA PROTEGIDO POR RELAÇÃO JURIDICA CONSOLIDADA E LEGALMENTE CONSTITUIDA.**

5. NÃO HA CERCEAMENTO DE DEFESA QUANDO AS PARTES DISCUTEM, AMPLAMENTE, SOBRE DOCUMENTAÇÃO DEPOSITADA NOS AUTOS.

6. A SIMPLICIDADE RITUAL DO MANDADO DE SEGURANÇA NÃO TORNA OBRIGATORIA A PRESENÇA DE PESSOA JURIDICA DE DIREITO PUBLICO NA LIDE, QUANDO EM SUA PRIMEIRA FASE PROCESSUAL.

7. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO - grifos acrescidos.

negativamente o ato administrativo já consolidado e legalmente constituído sob a égide da legislação anterior, vigente à época em que o ato ocorreu.

De outra frente, firmou-se um importante precedente neste sentido na decisão do ministro Herman Benjamin no processo 1.404.904/MG. No processo em foco, o ministro aplicou o princípio do *tempus regit actum* para impedir a superveniência de uma lei que não vigia na época do ocorrido, assim como para proteger outros princípios corolários do ordenamento jurídico pátrio. Para elucidação, segue transcrição de trecho do voto que fundamenta a decisão (BRASIL (STJ), 2016):

No que diz respeito à alegação de revogação da norma legal que estabelecia a obrigação objeto da irresignação recursal, registre-se que, em matéria ambiental, **a adoção do princípio *tempus regit actum* impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato.**

Ademais, a Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais. (grifos acrescidos)

Ainda, ao fundamentar sua abordagem junto à aplicação do princípio do *tempus regit actum*, o ministro buscou em seu voto sintonizar-se com a orientação já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de que a lei aplicável no momento do fato é aquela que deve ser considerada no momento do julgamento.

Sendo assim, percebe-se a importância deste entendimento sendo adotado no Superior Tribunal de Justiça para, indiretamente, apreciar o conteúdo instrutório do princípio da proteção do existente, principalmente em matéria urbanística, mas também sendo aplicado em matéria ambiental.

Por fim, faz-se interessante a análise da decisão prolatada nos autos do processo nº 1.688.885/SP. No caso em lume, entende-se que houve um dano ambiental em área de preservação permanente e de reserva legal. Houve termo de ajustamento de conduta - TAC (com base no Código Florestal de 1965), gerando um título executivo extrajudicial, que supostamente seria a forma de garantir que o infrator iria harmonizar sua conduta com as premissas do Código Florestal.

Com o não cumprimento do termo de ajustamento de conduta, o Ministério Público de São Paulo ajuizou ação para que o termo de ajustamento de conduta deixasse de valer e, então,

passasse a ocorrer outro termo de ajustamento de conduta, este, de acordo com as normas impostas no Novo Código Florestal.

O ministro relator não apreciou tal pedido, na medida em que os fatos que originaram a autuação estavam sob a égide do Código Florestal de 1965, assim, não reconhecendo a aplicação de legislação superveniente.

A ementa da decisão⁷⁴ é clara ao defender a impossibilidade de aplicação de legislação posterior mais restritiva em cima de um ato jurídico perfeito consolidado, fundando-se na irretroatividade da lei e no *tempus regit actum*, apontando sua inserção no universo normativo brasileiro por meio da LINDB.

Mais uma vez, o princípio *tempus regit actum* e a irretroatividade das leis impediram que houvesse uma análise anacrônica dos fatos, na qual seria aplicada lei superveniente mais restritiva para analisar uma situação fática ocorrida sob a vigência de legislação anterior, mais permissiva.

Desta forma, entende-se que estes princípios atuaram sob a mesma linha dos preceitos do princípio da proteção do existente urbanístico na medida em que impuseram a análise da edificação com base na legislação vigente em sua construção, sujeitando, assim, o afastamento da medida de demolição também neste caso (visto que, em sua grande parte, a recuperação de área degradada exige a demolição da edificação).

Diante de todas as decisões judiciais expostas neste trabalho, foi possível perceber que a jurisprudência catarinense e nacional já caminha na direção de defender os valores preconizados pelo princípio da proteção do existente, aplicando-o de forma indireta, por meio dos princípios gerais do direito brasileiro.

Reforça-se que, no momento atual, as decisões judiciais vão, majoritariamente, ao encontro do princípio da proteção do existente em sua vertente passiva, no uso dos princípios gerais do direito brasileiro (princípio do *tempus regit actum*, princípio da proteção à confiança,

⁷⁴ AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. DANO. OBRIGACÃO DE RECUPERAR ÁREA DEGRADADA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/1985. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ART. 784, XII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. LIBERDADE CONTRATUAL. FUNÇÃO SOCIAL E ECOLÓGICA DO CONTRATO. ARTS. 421 E 1.228, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. **ATO JURÍDICO PERFEITO. PRINCÍPIO DA MELHORIA DA QUALIDADE AMBIENTAL E PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. INAPLICABILIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). IRRETROATIVIDADE DA LEI. TEMPUS REGIT ACTUM. ART. 6º, CAPUT, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ART. 12 DO DECRETO FEDERAL 8.235/2014. ABRANGÊNCIA DO TAC. PROIBIDADE E BOA-FÉ OBJETIVA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.** [...] – grifos acrescentados.

direito adquirido, princípios da proporcionalidade e da razoabilidade) como remédio para as medidas de demolição intentadas. Entretanto, não se limitam somente a esta frente, podendo ser observada já jurisprudência que defende uma aplicação da vertente ativa do princípio da proteção do existente, como apresentado neste trabalho.

Assim, com o estudo dos casos expostos durante este trabalho e todo o arcabouço teórico carreado neste trabalho, é possível perceber que o judiciário nacional já tem aplicado, mesmo que de forma indireta, o princípio da proteção do existente.

4.4 RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EXISTENTE

Neste momento final do trabalho, ante toda a exposição técnica e prática elaborada até este ponto, fica possível observar mais do que a presença indireta do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico pátrio e nas decisões prolatadas pelos tribunais, mas principalmente a importância deste princípio para a proteção do espaço urbano plenamente e legalmente consolidado.

Com base nos artigos expostos nas primeiras subseções deste capítulo, ficou nítido que já há um certo direcionamento nas legislações mais recentes, caminhando em direção à defesa de um existente urbanístico legalmente edificado.

Por outro lado, percebe-se que estas normativas, mesmo que com um direcionamento interessante, ainda são muito incipientes quando observado diante do potencial protetivo e de segurança jurídica que o princípio da proteção do existente pode atingir quando se tratando de matéria urbanística.

De forma mais direta e exemplificativa, seria possível realçar o artigo 42, § 4º do Plano Diretor de Urbanismo de Florianópolis (Lei Complementar n° 482/2014, bem como a Lei Complementar n° 739/2023 que alterou e revisou o Plano Diretor)⁷⁵, que, apesar de não citar nominalmente o princípio da proteção do existente, tem em seu mandamento normativo

⁷⁵ “Art. 42. Para efeitos de aplicação do Plano Diretor, o território está dividido em áreas delimitadas nos mapas em anexo que são partes integrantes desta Lei Complementar, segundo as categorias a seguir: [...]

§ 4º Quando em decorrência do zoneamento instituído pela presente Lei Complementar, ocorrer alteração de limites ou reclassificação da área de situação do terreno que acarrete redução do potencial construtivo ou inadequação dos usos das edificações, o proprietário do terreno conservará o direito de conservar e reformar as edificações existentes na data desta Lei Complementar, licenciadas ou suscetíveis de regularização.”

exatamente o que é defendido pela faceta ativa do princípio da proteção do existente, na medida em que defere ao proprietário o direito de conservar e reformar as edificações existentes.

Nesta mesma seara, faz-se necessário ressaltar também os artigos 2º e 3º da Lei Municipal nº 5031/2021 do município de Palhoça ⁷⁶, que, da mesma maneira, mesmo sem citar nominalmente o princípio da proteção do existente, demonstra em sua norma a intenção de propor uma defesa, mesmo que indireta, do mesmo conteúdo defendido pelo princípio da proteção do existente, inclusive em uma interpretação mais extensiva.

Entende-se a relevância que artigos como estes possuem em propor uma defesa indireta do princípio da proteção do existente, e o ponto neste momento não seria criticá-los, pois são a defesa do norte finalístico do princípio. Entretanto, olhando de forma mais objetiva, acabam sendo a tentativa de mudança em um sistema que faz a manutenção de um ordenamento jurídico que não trata de forma específica a matéria urbanística, deixando de apreciar a importância de um mandamento principiológico robusto apenas ao apoiar-se, de forma paliativa, em princípios gerais do direito.

A mesma situação também é percebida nas jurisprudências, tanto as que foram apreciadas neste trabalho quanto as outras que tratam do tema. Em nenhum momento observa-se o uso do princípio da proteção do existente como um princípio mandamental próprio do direito urbanístico, que promove a deferência do Poder Público às situações consolidadas no tempo com base em seu próprio aval prévio. Pelo contrário, as decisões judiciais, em sua maioria, acabam transcorrendo um percurso na construção teleológica a partir de princípios gerais do direito brasileiro para, depois de um trabalho retórico e argumentativo, finalmente consolidar o entendimento que se exprime do princípio da proteção do existente.

Assim, observando de maneira mais prática, percebe-se que a própria atividade julgadora do Poder Público (seja em órgãos administrativos ou judiciais) seria facilitada no

⁷⁶ “Art. 2º Respeitado o objeto de aplicação desta lei, nos termos do artigo 1º, fica o Município de Palhoça, por meio de sua Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo, autorizado a aprovar projetos, licenciar e emitir habite-se para construções, reformas e ampliações de obras e edificações irregulares já construídas, e que não atendam às determinações e critérios técnicos da legislação urbanística municipal ou do projeto previamente aprovado pelo Município, de acordo com parecer emitido pelo setor técnico da Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo do Município.

Art. 3º A regularização da obra ou edificação irregular, mediante a aprovação de projetos, licenciamento e emissão de habite-se, será formalizada por meio da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC entre o responsável ou proprietário da obra ou edificação, denominado “compromissário”, e a Diretoria de Infraestrutura e Urbanismo do Município, onde ficarão expressamente indicadas as obrigações das partes e as penalidades aplicadas.”

momento em que se permitisse recorrer ao princípio da proteção do existente como sustentador de um fundamento jurídico sólido.

Então, neste momento, faz-se necessário apontar vantagens que seriam perceptíveis com a aplicação do princípio da proteção do existente no direito urbanístico brasileiro.

Inicialmente, aponta-se que este princípio poderia ser, de certa forma, recepcionado no ordenamento jurídico pátrio em razão de ter respaldo em princípios gerais do direito brasileiro, como os princípios discorridos neste trabalho, entendendo que sua incidência já ocorre, mesmo que de forma indireta.

Para além disso, o princípio da proteção do existente visa apoiar-se nestes princípios gerais para, especificamente em matéria urbanística, propor que o Poder Público tenha uma postura deferente quanto a edificações que licitamente se inseriram no espaço urbano e se consolidaram com o passar do tempo.

De outra frente, a inserção do princípio da proteção do existente no ordenamento jurídico pátrio teria um efeito positivo também quando considerando a relevância dogmática do assunto, demonstrando a envergadura do tema e, mais ainda, a frequente incidência de casos que tratam do assunto e se recorreriam ao princípio.

Ainda nesta linha, é possível imaginar que a edição de normativa que insira o princípio da proteção do existente no direito urbanístico nacional possa se tornar também um marco regulatório sobre o tema, ainda mais considerando o constante processo de urbanização no país.

Neste sentido, também pode-se perceber que haveria um impacto substancial na atividade judiciária, criando também um marco jurisprudencial sobre o tema e, conseqüentemente, resultando em uma uniformização dos entendimentos e consistência na definição de parâmetros para a atividade do Poder Público.

Por fim, mas não menos importante, é relevante ressaltar que a inserção deste princípio jurídico no ordenamento pátrio também é um propulsor para a discussão e compreensão do tema dentro da comunidade científica em geral, de forma que apresenta maior aprofundamento sobre a temática e permite o enriquecimento do debate. A manutenção de um uso de princípios gerais do direito dificulta a compreensão jurídica do tema e acaba, inevitavelmente, fazendo com que a discussão da matéria urbanística se torne mais rasa.

E, nesta mesma esteira, haveria grande benefício para a população em geral, na medida em que o princípio da proteção do existente demonstra de forma clara a proteção jurídica que é despendida para aquele que constrói de forma lícita dentro do espaço urbano, oferecendo um panorama mais fácil de compreensão de seus direitos perante o Poder Público.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho foi capaz de expor de forma ampla o direito urbanístico dentro do cenário nacional, dando maior enfoque aos procedimentos necessários para a concessão do direito de construir junto à Administração Pública e as formas de pugnar pelo direito de conservar as edificações erigidas neste contexto. Importa, neste momento, pormenorizar as conclusões atingidas pelo trabalho.

Inicialmente, percebeu-se que o processo de urbanização do Brasil foi bastante abrupto, concebendo que o país deixou de ser majoritariamente rural para ser majoritariamente urbano num espaço de tempo muito curto e sem qualquer planejamento urbano para promover uma organização da formação, ocupação e expansão da área urbana. Este movimento abrupto resultou em espaços urbanos com menor qualidade de habitabilidade, o que suscitou com que movimentos promovessem o estudo e propostas legislativas para regular e melhorar a qualidade de vida nos espaços urbanos, sugestões que culminaram nos artigos que inauguraram uma política urbana estabelecida na Constituição Federal de 1988.

Na mesma esteira, percebeu-se que para regular esta política urbana inaugurada na Constituição, promulgou-se o Estatuto da Cidade, com um papel primordial na definição de diretrizes para implementar políticas urbanas que pudessem ser adaptáveis para quaisquer municípios do país, tendo em mente a ampla diversidade presente no Brasil.

Compreendendo isto, ficou evidente o papel primordial que exercem os municípios, por meio de sua organização administrativa, na atividade discricionária de promover o planejamento urbano em sua circunscrição. Fazem isso ao definir Plano Diretor e o colocam em prática através dos instrumentos legislativos que definem o uso e ocupação do solo e as métricas construtivas a serem impostas, sem deixar de considerar a realidade fática já existente antes mesmo da definição de planos de desenvolvimento urbano.

Neste contexto que se passou a compreender a importância do licenciamento urbanístico de obras e construções, na medida em que se mostrou um poder de polícia preventivo e uma forma de anuência do administrado em promover uma edificação que está em conformidade com o planejamento urbanístico delineado pelo município. Este processo licenciatório despontou como ponto chave do estudo do princípio da proteção do existente, pois torna-se como um trunfo ao administrado em razão de ter se submetido a um processo di ante

da Administração Pública e ela atestar a legalidade desta intervenção urbanística, não podendo alegar posteriormente ser uma ocupação irregular ou ilegal.

Assim, diante da sujeição do administrado à legalidade imposta pelos instrumentos de planejamento urbano da Administração Pública e sua conseqüente concessão do direito de construir, verificou-se que, de fato, a edificação construída neste aspecto passa a receber um tratamento jurídico diverso, possuindo uma proteção mais sólida. Neste aspecto, entendeu-se que uma edificação que transcorre esse processo licenciatório e é legalmente erigida está plenamente integrada ao existente urbanístico, gozando de justa proteção em razão disto.

Com a perfeita compreensão deste processo licenciatório e o caráter jurídico diferenciado que possui uma edificação que o respeitou, foi possível adentrar de forma mais aprofundada no tema central do trabalho, que é o princípio da proteção do existente no direito urbanístico, sua aplicação prática e a discussão doutrinária e efetiva de sua extensão.

Sobre o princípio da proteção do existente como um princípio do direito urbanístico, revelou-se que ele surgiu na Alemanha por meio de decisão prolatada pelo Tribunal Federal Administrativo Alemão na década de 60. Hoje em dia, entende-se a aplicação do princípio da proteção do existente como uma defesa contra a alteração legislativa mais restritiva que supostamente não permitiria a edificação da construção já erigida sob a ótica de uma legislação urbanística anterior que era mais permissiva. Assim, o princípio funcionaria como a defesa da conservação, preservação, e até manutenção desta edificação.

Observando por este lado, foi possível traçar diversos paralelos com princípios gerais do direito brasileiro que fundamentavam a aplicação do princípio da proteção do existente mesmo sem sua citação nominal na legislação pátria. Neste aspecto, asseverou-se que o fato de estarmos sob um Estado de Direito propiciava a promoção da segurança jurídica, que é exatamente o que o princípio da proteção do existente propõe para o ordenamento jurídico no qual está inserido.

Dentro deste cenário de promoção da segurança jurídica, há outros princípios gerais do direito brasileiro que são igualmente importantes não só para a segurança jurídica, mas percebeu-se que são sustentadores da aplicação do princípio da proteção do existente.

Cita-se, inicialmente, o princípio do *tempus regit actum* (ou irretroatividade das leis), que sustenta que a legislação posterior mais restritiva não poderia afetar a edificação que foi legalmente erigida sob a ótica de uma legislação anterior que a permitiu.

Da mesma forma, captou-se que o princípio da proteção à confiança legítima defende que se a edificação transcorreu um processo administrativo licenciatório que promoveu um

título administrativo que definiu como legal aquela construção, a confiança que o administrado tem em relação aos atos da Administração Pública permite que ele confie que esta decisão não deixaria de ser válida em razões de uma mudança de planejamento ou legislativa da Administração, o que sustenta o mesmo entendimento do princípio da proteção do existente.

Ainda nesta seara, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade demonstraram-se também sustentadores do princípio da proteção do existente na proporção em que agem como mitigadores de medidas mais duras da Administração Pública contra os administrados, neste caso, em especial, contra a medida de demolição proposta por verificações (administrativas ou judiciais) anacrônicas que atestam a desconformidade entre a edificação erigida e a legislação vigente, desconsiderando que a implementação deste existente urbanístico pode ter acontecido sob a égide de uma legislação anterior, mais permissiva.

Por fim, vislumbrou-se que o direito adquirido age de forma mais ampla, transcorrendo por todas essas premissas acima citadas, a edificação (e também o proprietário) possuem um direito adquirido em relação a preservação da edificação legalmente assentada, consolidando a tutela do princípio da proteção do existente urbanístico.

Com essa sólida base estabelecida, tornou-se possível apresentar com maior profundidade o princípio da proteção do existente como um elemento intrínseco ao direito urbanístico, aprofundando-se em suas diferentes facetas. Neste primeiro momento, abordou-se sua vertente passiva, que se demonstrou capaz de proteger o direito de preservar uma edificação legalmente construída em sua função atual, entendendo-a precipuamente como um remédio à medida de demolição. Avançando um pouco mais nesta temática, apresentou-se a vertente ativa do princípio da proteção do existente, que se comprovou eficaz na defesa da realização de obras e reformas para melhoria nas condições de saúde, segurança, salubridade e habitabilidade da edificação existente. Ainda nesta linha, apresentou-se uma vertente mais de interpretação mais extensiva do princípio da proteção do existente, a vertente funcional, que se mostrou defensora de uma linha que autoriza que sejam promovidas intervenções na edificação para que seja preservada sua função originária, mesmo que estas intervenções resultem em agravamento das desconformidades já existentes com base na legislação vigente. Por fim, verificou-se que o direito português estabelece um mecanismo que confere à Administração Pública a discricionariedade de propor um plane de reabilitação urbana, atuando em áreas urbanas consolidadas com o objetivo de melhorar a qualidade de vida, promover a inclusão social e valorizar os existentes urbanísticos de valor arquitetônico, histórico e cultural.

Por outro lado, houve a constatação de que a reconstrução total de obras e construções existentes após a sua completa demolição não estaria abarcada na defesa promovida pelo princípio da proteção do existente. Isto se compreendeu a partir do entendimento de que após a demolição total da edificação, não haveria mais qualquer existente urbanístico detentor de direitos e passível de proteção, de forma que a nova edificação a ser construída deveria obedecer às métricas construtivas imposta pela legislação urbanística vigente.

Ficou evidente também que há linhas doutrinárias que apontam críticas ao princípio da proteção do existente, dando-se enfoque especial ao fato de que há quem entenda que a alteração na legislação urbanística aponta melhorias na utilização do espaço urbano em prol do interesse público, e a não submissão do particular com base no princípio da proteção do existente iria, invariavelmente, resultar em uma perda de benefícios da coletividade em geral. Além disso, pormenorizou-se críticas focalizadas em cada uma das vertentes de aplicação do princípio da proteção do existente.

Com a compreensão do princípio da proteção do existente como um princípio próprio do direito urbanístico, sua complexidade e extensão de aplicação, passou-se então a verificar a sua presença no ordenamento jurídico e na jurisprudência nacional.

Iniciando pela análise de legislações federais, algumas conclusões puderam ser destacadas. Em primeiro lugar, constata-se que ainda não há menção direta ao princípio da proteção do existente como um princípio do direito urbanístico na legislação nacional. No entanto, é possível identificar defesas indiretas desse princípio em legislações que valorizam a conservação de edificações de valor histórico, arquitetônico e cultural, por meio de medidas como o tombamento. Essas edificações são preservadas, mantidas e passíveis de reformas de acordo com a métrica construtiva vigente à época de sua construção, mesmo que contrariem a legislação urbanística superveniente. Para além disso, viu-se que a aplicação indireta do princípio ocorre na regularização fundiária de núcleos urbanos informais consolidados e nas operações urbanas consorciadas, que visam à preservação, revitalização e reurbanização de áreas degradadas, promovendo a conservação da identidade arquitetônica-cultural e demonstrando uma postura de proteção do existente urbanístico.

Isto observado, passou-se a fazer o mesmo exercício de verificação nas legislações urbanísticas municipais, principalmente ao saber-se que o planejamento urbanístico, os instrumentos de uso e ocupação do solo, e as legislações que impõe as métricas construtivas são todas da esfera municipal. Neste trabalho, focou-se nas normativas do município de Florianópolis e, complementarmente, no município de Palhoça. Salienta-se que esta verificação

foi feita também sob a divisão das vertentes passiva, ativa e funcional do princípio da proteção do existente.

No aspecto da proteção passiva do existente, as frentes mais perceptíveis referem-se ao reconhecimento da realidade imposta pelos núcleos urbanos informais e na conservação e preservação dos patrimônios arquitetônicos histórico-culturais, incentivando a permanência das edificações em sua função atual. No entanto, notou-se que a proteção passiva muitas vezes se entrelaça à proteção ativa do existente, pois a conservação de um patrimônio histórico-cultural geralmente demanda medidas ativas para sua preservação e manutenção, o que é contemplado nas legislações. Assim, é comum que as leis de conservação e preservação promovam também a proteção ativa do existente na medida em que promovem também a manutenção dos bens imóveis. Adentrando propriamente na proteção ativa do existente, esta se mostrou manifesta na legislação municipal ao perceber o estabelecimento de diretrizes para a manutenção das edificações, mais precisamente na melhoria de condições de segurança, salubridade e habitabilidade. Por fim, a proteção funcional do existente se mostrou mais direcionada a edificações sob regimes jurídicos específicos, como edificações tombadas, regularização fundiária e operações urbanas consorciadas, aplicando-se de forma direcionada a essas situações e não de maneira geral para a população em geral.

Uma vez verificada a situação na frente normativa, passou-se então a adentrar na verificação referente aos julgados e a jurisprudência exposta pelos tribunais pátrios, mais precisamente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e no Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere a jurisprudência pátria e sua defesa ao princípio da proteção do existente urbanístico, foi possível observar ainda uma defesa muito tímida por parte do judiciário. Explica-se.

Primeiramente, é necessário reafirmar que em todas as jurisprudências que se verificou uma promoção da tutela do bem amparado pelo princípio da proteção do existente, esta foi fundamentada pelos princípios gerais do direito brasileiro já expostos anteriormente, que são o princípio *tempus regit actum*, o princípio da proteção à confiança, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o direito adquirido. Mesmo assim, na jurisprudência nacional, na esmagadora maioria das situações percebeu-se a aplicação da vertente passiva da proteção do existente, ou seja, os princípios gerais do direito como mitigadores de uma medida

extrema de demolição, apenas defendendo a permanência da edificação no local em sua atual função.

Diante de todo o exposto no trabalho, é possível concluir que o arcabouço jurídico nacional já possui uma compreensão, seja pela base principiológica geral do Estado de Direito e da segurança jurídica, seja pela construção teleológica dos conceitos urbanísticos já existentes no ordenamento jurídico, que o princípio da proteção do existente como um princípio urbanístico tem estofa para figurar e ter papel preponderante nas demandas urbanísticas e até ambientais. Apesar da jurisprudência nacional ainda não propor uma aplicação mais extensiva das vertentes do princípio da proteção do existente, a legislação federal e municipal já aponta uma recepção do princípio e permite que este seja abarcado e implementado no universo jurídico pátrio.

Assim, verificou-se que o princípio da proteção do existente já é, mesmo que de forma indireta, defendido no universo jurídico brasileiro, tendo em vista que seu mandamento principiológico possui forte defesa normativa e jurisprudencial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Grundgesetz für die bundesrepublik deutschland**. Bonn, NW: Convenção Constitucional, 1949.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, p. 131-142, 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

APPARECIDO JUNIOR, José Antônio. **Propriedade urbanística e edificabilidade: o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca das cidades sustentáveis**. Curitiba: Juruá, 2012.

ARANHA, Márcio Nunes. **Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos: convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal**. In: Revista de Informação Legislativa. n. 134 (abr./jun. 1997). Brasília: Senado Federal, 1997.

ARAÚJO, Giselli Marques. **A dimensão ambiental da propriedade privada**. In: Revista de Direito Ambiental e Sociedade. vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2011). Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

ARAÚJO, Marinella Machado. **Política de desenvolvimento urbano no Estatuto da Cidade: em que realmente avançamos com o modelo de planejamento regulado pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001?** In: COSTA, Geraldo Magela; MENDONÇA, Jupira Gomes de (Orgs.). Planejamento urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas. Belo Horizonte: C/Arte, 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção à confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Editora Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In: Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, nº 4, julho de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em 19.06.2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Grandes temas do direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979.

BAPTISTA, Luiz Olavo; e PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção civil e direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A prescrição administrativa do direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9873/99**. Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2001.

_____. **Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil**. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2005.

_____. **Mudança da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Revista de Direito do Estado, nº 2, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 4, p. 160-175, jul./dez. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1996.

BASSUL, José Roberto. **A constitucionalização da questão urbana**. Brasília: Senado Federal, 2008.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEZNOS, Clóvis; e CAMMAROSANO, Márcio (coord.). **Direito ambiental e urbanístico: estudos do Fórum Brasileiro de direito ambiental e urbanístico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

BONDUKI, Nabil. **A luta pela reforma urbana no Brasil: do Seminário de Habitação e Reforma Urbana ao Plano Diretor de São Paulo**. São Paulo: Instituto Casa da Cidade, 2018.

BRANCACCIO, Antonio. **O juiz e os problemas do planejamento urbano**. Artigo publicado na revista Scientia Iuridica, XXXIII, nº 187-188, Janeiro-Abril, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República, 1937.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2001.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Código Florestal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2012.

_____. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; [...] e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.044.947/MG**. Relator Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 25.10.2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 77.154/RJ**. Relator Ministro José Delgado. Julgado em 25.06.1998. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.404.904/MG**. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 02.02.2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.688.885/SP**. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 01.09.2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento nº 2013.013398-0**. Relator Desembargador José Volpato de Souza. Julgado em 11.10.2012. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Câmara de Direito Público. **Apelação Cível nº 0062828-57.1999.8.24.0023**. Relator Desembargador Artur Jenichen Filho. Julgado em 09.05.2019. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Câmara de Direito Público. **Apelação Cível nº 0020481-27.2013.8.24.0020**. Relator Desembargado Hélio do Valle Pereira. Julgado em 31.01.2019. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Público. **Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2014.066299-9**. Relator Desembargador Cid Goulart. Julgado em 03.03.2015. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Terceira Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento nº 2013.082913-2**. Relator Desembargador Vanderlei Romer. Julgado em 09.12.2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Terceira Câmara de Direito Público. **Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2003.020062-2**. Relator Desembargador Rui Fortes. Julgado em 14.04.2007. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 5000442-60.2010.4.04.7216**. Relator Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Julgado em 06.12.2016. Disponível em: <www.trf4.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 5023829-84.2012.4.04.7200**. Relator Desembargador Rogerio Favreto. Julgado em 17.11.2020. Disponível em: <www.trf4.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. **Apelação/Reexame Necessário nº 5007066-71.2013.4.04.7200**. Relator Desembargador Nicolau Konkel Júnior. Julgado em 26.08.2015. Disponível em: <www.trf4.jus.br>.

BRASIL, Luciano de Faria. **Direito urbanístico e políticas públicas**: do planejamento urbano à gestão urbanística. In: Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul), v. 74, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei n. 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (org). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Estado de direito**. Cadernos Democráticos nº 7. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Organização da cidade**: planejamento municipal, plano diretor e urbanificação. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire de. **Aspectos jurídicos do zoneamento**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo (orgs). Temas de direito urbanístico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Sônia Nahas. **Condicionantes e possibilidades políticas do planejamento urbano**. In: VITTE, Claudete de Castro Silva; KEINERT, Tânia Margarete Messomo (Orgs.). Qualidade de vida, planejamento e gestão urbana. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**: Lei nº 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Sandra Costa Siaines. de. **Loteamentos irregulares e clandestinos**: a cidade e a lei. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CHOAY, Françoise. **O urbanismo: utopias e realidades - uma antologia**. Tradução: Dafne Nascimento Rodrigues. São Paulo: Perspectiva, 1979.

CINTRA, Antônio Octávio; HADDAD, Paulo Roberto (org.). **Dilemas do planejamento urbano e regional no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

CINTRA, Antônio Octávio. **Zoneamento: análise de um instrumento urbanístico**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 3, n. 6, 1988.

COELHO, Diogo. **A garantia do existente no direito do urbanismo: uma tentativa de salvação**. e-Pública, Lisboa, v.2, n. 1, p. 99-122, jan. 2015. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2015000100006&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 04 set. 2020.

CONDESSO, Ricardo Alexandre Azevedo. **Características e princípios gerais da política e direito do planejamento em Portugal**. In: Revista jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes. Portimão: JURISMAT, n° 5, 2014.

CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. São Paulo: Ática, 2005.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. 4. ed. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Antônio Pereira da. **O tempo nas relações urbanísticas**. Faculdade de Direito da Universidade de Porto. Porto: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Regime jurídico de licenciamento de obras particulares anotado**. Porto: Coimbra Editora, 1993.

COSTA, Geraldo Magela. **Prática e ensino em planejamento (urbano) no Brasil: da “velha” compreensividade multidisciplinar à abordagem transdisciplinar**. In: COSTA, Geraldo Magela; MENDONÇA, Jupira Gomes de (Orgs.). Planejamento urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas. Belo Horizonte: C/Arte, 2008.

COSTA, José Marcelo Ferreira. **Licenças urbanísticas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

COSTA, Luiz Augusto Maia Costa. **O todo da parte: urbanismo, planejamento e o processo social de construção da cidade no início do século 20**. In: Revista do Programa de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAUUSP. São Paulo, v. 19, dez., 2012.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **Controlo de operações urbanísticas em áreas de reabilitação urbana**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios**

atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processos administrativo da União (Lei n. 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 2, abril/maio/junho, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. vol. V. São Paulo: Editora Forense, 1968.

DALLARI, Adilson Abreu; e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). **Direito urbanístico e ambiental**. 2.ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais**. In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade: comentários à Lei n° 10.257/01. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instrumentos da política urbana**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade: comentários à Lei n° 10.257/01. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3.d. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro 4**. Direito das Coisas, 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de direito urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.

DORNELES, Ana Clara Bertoglio. **A função sócio ambiental da propriedade e a propriedade privada**. In: Revista de Direito Ambiental e Sociedade. vol. 1 (jan./jun. 2011). Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Política Urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implementando a agenda da Reforma Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

FERRARI, Celson. **Curso de planejamento municipal integrado**. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1988.

_____. **Dicionário de urbanismo**. São Paulo: Disal, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FLORIANÓPOLIS. **Lei Complementar nº 482, de 17 de janeiro de 2014**. Institui o Plano Diretor de Urbanismo do Município de Florianópolis que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano, o plano de uso e ocupação, os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão. Florianópolis: Câmara Municipal de Florianópolis, 2014.

_____. **Lei Complementar nº 60, de 11 de maio de 2000**. Institui o Código de Obras e Edificações de Florianópolis e dá outras providências. Florianópolis: Câmara Municipal de Florianópolis, 2000.

FLORIDA, Richard. **The rise of the creative class**. New York: Basic Books, 2012.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HARVEY, David. **A justiça social e a cidade**. São Paulo: Hucitec, 1989.

_____. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

JACOBS, Francis. **Legitimate expectations in administrative law**. In: SCHØNBERG, Søren. Legitimate expectations in administrative law. Oxford: Oxford Press, 2000.

JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

JAMPAULO JUNIOR, João. **Plano Diretor – O Processo Legislativo**. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Direito urbanístico e ambiental. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KOHLSDORF, Maria Elaine. **Breve histórico do espaço urbano como campo disciplinar**. In: O espaço da cidade: contribuição à análise urbana. São Paulo: Projeto Editores Associados, 1985.

KONZEN, Lucas P. **A mudança de paradigma em sociologia urbana: do paradigma ecológico ao socioespacial**. In: Revista de Ciências Humanas. vol. 45. Florianópolis: Editora da UFSC, 2011.

LADD, Brian. **Urban planning and civic order in Germany 1860-1914**. Massachussets: Harvard University Press, 1990.

LEFEBVRE, Henry. **A revolução urbana**. Tradução Sérgio Martins. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

LEME, Maria Cristina da Silva. **A formação do pensamento urbanístico no Brasil: 1895-1965**. In: LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; GOMES, Marco Aurelio Filgueiras (org.). Urbanismo no Brasil 1895-1965. São Paulo: Studio Nobel/FAU USP/FUPAM, 1999.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LINHARES. Felipe Neves. **Demolição de obras e construções irregulares: abordagem Administrativa à luz do direito ambiental**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

_____. **Repercussões do zoneamento urbano na formação do espaço urbano do Município de Palhoça**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Florianópolis, 2020.

LOPES, Pedro Moniz. **O existente tem direitos?** Uma análise normativa do destino da edificação consumada. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Seminário de Mestrado de Direito Administrativo. Professora Regente Doutora Maria da Gloria Garcia. Ano 2006.

MAFFINI, Rafael de Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

MARCHI, Márcio. **A produção contemporânea do espaço urbano e o direito à cidade: um estudo sobre a inserção do Programa Minha Casa Minha Vida na área conurbada de Florianópolis**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Florianópolis, 2015.

MATOS, Ralfo Edmundo da Silva. **Plano Diretor, gestão urbana e participação**: algumas reflexões. In: COSTA, Geraldo Magela; MENDONÇA, Jupira Gomes de (Orgs.). Planejamento urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas. Belo Horizonte: C/Arte, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Direito de construir**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Ana Gláucia. **A experiência de planejamento econômico no Brasil**. In: CINTRA, Antônio Octávio; HADDAD, Paulo Roberto (org.) Dilemas do planejamento urbano e regional no Brasil. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

MENDONÇA, Jupira Gomes de. **Plano diretor, gestão urbana e descentralização**: novos caminhos, novos debates. In: FERNANDES, Edésio (org.). Direito urbanístico e política urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MESSA, Ana Flávia. **Dimensão objetiva da segurança jurídica**. Cadernos de Direito Actual n° 03, p.411-434. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2015.

MEZZARROBA, Orides; e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, prática, jurisprudência e glossário. 12. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MIRANDA, João. **A dinâmica jurídica do planejamento territorial**: a alteração, a revisão e a suspensão dos planos. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTE-MÓR, Roberto Luís de Melo. **Do urbanismo à política urbana**: notas sobre a experiência brasileira. In: COSTA, Geraldo Magela; MENDONÇA, Jupira Gomes de (Orgs.). Planejamento urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas. Belo Horizonte: C/Arte, 2008.

MONTEIRO, Claudio. **A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o sacrifício de faculdades urbanísticas**. Artigo publicado em Cadernos de Justiça Administrativa, n° 91, Janeiro/Fevereiro, 2012.

_____. **Embargo de obra no regime jurídico da urbanização e da edificação**. In: Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias (Orgs.). Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **O domínio da cidade:** a propriedade à prova no direito do urbanismo. Lisboa: Alameda da Universidade, 2013.

_____. **O embargo e a demolição de obras no direito do urbanismo.** Faculdade de Direito de Lisboa. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 1995, p. 173.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** doutrina e jurisprudência (coleção temas jurídicos). São Paulo: Atlas, 1997.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano e ambiental.** 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Manual das áreas de preservação permanente:** regime jurídico geral, espécies, exceções com doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Processo administrativo ambiental.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

_____. **O processo de tombamento na perspectiva da defesa dos direitos do proprietário.** In: ZAVASCKI, Liane Tambarelli; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). Diálogos constitucionais de direito público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NORONHA, Francisco. **A discricionariedade de planificação municipal na elaboração e aprovação dos planos e seus limites urbanísticos.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto: Editora da FDUP, ano IX, 2012.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PALHOÇA. **Lei n° 5.031, de 23 de setembro de 2021.** Regularização urbanística, em caráter excepcional, de obras e edificações. Estabelece regras e critérios, em caráter excepcional, para a aprovação e regularização urbanística de obras e edificações do Município de Palhoça. Palhoça: Câmara de Vereadores de Palhoça, 2021.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico:** plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIRES, Gonçalo Reino. **A classificação e a qualificação do solo por Planos Municipais de Ordenamento do Território:** Contributo para a compreensão do seu regime substantivo e para a determinação do regime e da sua impugnação contenciosa. Faculdade de Direito de Lisboa. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2015.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Problemas de direito intertemporal no código civil:** doutrina & jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

REZENDE, Vera. **Planejamento urbano e ideologia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

RODRIGUES, Ruben Tedeschi. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Campinas: Millennium, 2002.

SANT'ANNA, Mariana Senna. **Planejamento urbano e qualidade de vida** – da Constituição Federal ao Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Licença urbanística**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. **Estatuto da Cidade**: novos horizontes para a reforma urbana. São Paulo: Pólis, 2001

SILVA, Edson Jacinto da. **Parcelamento e desmembramento do solo urbano**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: LED Editora de Direito, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Suzana Tavares. **O novo regime de reabilitação urbana**. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798, 2002.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir** – perfil constitucional e restrições. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUTINHO, Cláudia. **O princípio da garantia do existente**: interpretação extensiva? In: Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos. Volume II. Lisboa: Almedina, 2012.

SOUSA, Antônio Francisco de. **A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987.

SOUZA, Carolina Helena Miranda e. **Os ideais da Reforma Urbana na legislação e prática governamental em Belo Horizonte**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Arquitetura. Belo Horizonte, 2016.

SOUZA, Luciana Correia Gaspar. **Município e poder normativo na criação de novos instrumentos urbanísticos** – o estatuto da cidade como normativa do direito público por uma política urbana. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Função social da propriedade**. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). Temas de direito urbanístico 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TELLES, Antônio Augusto Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Ed., 2003.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VICHI, Bruno de Souza. **O Direito Urbanístico e as regras de competência na Constituição Brasileira e no Estatuto da Cidade**. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Direito urbanístico e ambiental. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VILLAÇA, Flávio. **As ilusões do plano diretor**. São Paulo: Edição do autor, 2005.

_____. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel, 2001.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada e meio ambiente**. In: LECEY, Eládio; CAPELLI, Sílvia (Coord.). Revista de Direito Ambiental. Ano 17, vol. 66, abr.-jun. 2012.

ZAHN, Carlos Eduardo. **O controle do desenvolvimento urbano**: sua caracterização a nível local. São Paulo: FAUUSP, 1981.