Direito Urbanístico e Direito Administrativo: imbricação e inter-relações

Sônia Rabello

Direito administrativo e direito urbanístico: competência legislativa e constituição de ramos autônomos no direito brasileiro? Importância metodológica da distinção. Uso de categorias jurídicas do direito administrativo na prática urbanística. Objeto e competência da legislação urbanística e do planejamento urbano. Notas.

Resumo:

O artigo busca analisar as proximidades conceituais e princípios lógicas entre o Direito Administrativo e o Direito Urbanístico, afirmando a existência de uma área concêntrica, mas também apresentando elementos que permitem diferenciá-los. Investiga as causas de imbricação destes ramos jurídicos, desenvolvendo questionamentos a partir da análise das competências legislativas atribuídas pela Constituição Federal de 1988 e apresenta os pressupostos metodológicos capazes de fundamentar critérios de distinção. Discorre sobre a incidência de superposição e inter-relacionamento entre os diversos ramos do Direito e minuciosamente as consequências do uso de categorias jurídicas do Direito Administrativo e do Direito Civil no campo urbanístico. Por fim, aprofunda a análise do Direito Urbanístico, conceituando-o e apresentando sua esfera de abrangência legislativa e seu campo de atuação executiva, com o que expõe a dimensão sistêmica da legislação urbanística e do planejamento urbano.

Abstract:

Urban Law and Administrative Law: similarities and relationship

The article analyzes similarities in concepts and principles between Administrative Law and Urban Law, affirming the existence of a concentric area, though presenting elements that allow differentiating them. It investigates the causes of legal systems relationship, by developing questions from the analysis of the legislative function's limits established by the 1988 Federal Constitution. Further it presents the methodological principles that distinguish them. It mentions the overlapping incidence and relationship between the legal systems and it details the consequences of the use of Administrative Law categories and Civil Law categories in Urban Law. Finally, it details the analysis of the Urban Law, presenting its concept, the legislative's object, and executive performance of the Urban Law in order to display the dimension of the urban

laws and the urban planning.

Keywords: urban law- administrative law- autonomy of legal systems- urban planning- urban laws.

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, seguindo o padrão de constituição do tipo analítica, ao delimitar as relativas às competências constitucionais dos entes políticos, nada se restringiu; referiu-se a uma profusão de termos, e a uma enorme gama de locuções às quais se pode atribuir vasta gama de significados. No capítulo referente à distribuição de competências, menciona tanto as áreas tradicionais do direito - tributário, civil, penal, processual, agrário, comercial - como também campos novos de competência - informática, meio ambiente, responsabilidade por dano (...) ao consumidor, populações indígenas, urbanístico, espacial, penitenciário, econômico, procedimentos judiciais. Com tantas referências, indaga-se se cada uma delas tornou-se um campo específico do direito pelo fato de ter sido mencionada como objeto legislativo. Ou ainda, se muitas delas não estariam, total ou parcialmente, contidas dentro de outras. A resposta a esta pergunta é importante para a funcionalidade do sistema jurídico brasileiro como um todo harmônico, integrado e consistente. Por isto é atual procurarmos examinar qual o nível de imbricação e inter-relações entre o direito urbanístico e o direito administrativo.

Tanto o direito administrativo quanto o direito urbanístico são disciplinas jurídicas de criação recente ¹. No Brasil, foco deste trabalho, é que o campo do direito administrativo é o que se encontra mais reconhecido sua autonomia, e está, por razões históricas e práticas, muito mais estudado; contudo, o direito administrativo não é mencionado na distribuição das competências legislativas da Constituição Federal!

Com o direito urbanístico ocorreu o contrário: embora muitos considerem que ele foi, formalmente, reconhecido como uma área do direito, sobretudo em função da menção expressa contida no art. 24, I CF, ele, a rigor, ainda engatinha em uma formulação teórica e conceitual própria dentro do nosso sistema jurídico.

A questão central que importa, no momento, verificar é se o direito urbanístico é, ou pode ser, um subsistema jurídico autônomo, não só do ponto de vista conceitual, mas também sistemático, com relação ao direito administrativo; em outras palavras, ainda que se possa definir um espaço didático próprio para o direito urbanístico, indagamos se ele já se desenvolveu a ponto de prescindir dos princípios, conceitos e categorias do direito administrativo. A resposta a esta pergunta é importante na medida em que aumenta, cada vez mais, a necessidade de se compreender com clareza, os conceitos e as categorias jurídicas, para que eles se prestem, com eficácia, a uma operacionalidade consistente e transparente no sistema jurídico em questão. Isto porque, no caso, muitas categorias e conceitos do direito administrativo e do direito urbanístico estão imbricadas, como por exemplo: ato administrativo e licença de construir,

limitação administrativa e zoneamento ou restrições de uso e edificação na propriedade urbana, o poder de polícia e multas urbanísticas ... Da mesma forma, muitos princípios são comumente impositivos, como o da tutela e da indisponibilidade do interesse público, o da legalidade e da publicidade e dos atos de administração e gestão administrativa e urbanística.

Destarte, é essencial decodificar estas inter-relações, a começar pela análise da previsão constitucional da competência legislativa, que distingue, explicitamente, a legislação urbanística; isto porque a lei primária é, em nosso sistema jurídico, o ponto de partida para a construção do direito. Este exame deve ser feito sem menosprezar a atenção que se deva ter para com a competência executiva, já que esta, sendo a razão de existência do direito administrativo, não é menos importante para a gestão dos interesses urbanísticos, através da administração pública.

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

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

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

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

Vejamos o caso em tela. Os termos que definem ambas as competências - direito administrativo e direito urbanístico - partem de premissas de conteúdo conceitual diferenciado, e têm também, por consequência, concretude diversa: o primeiro, o administrativo, como o âmbito onde ocorrem as relações jurídicas entre o Estado - através do poder executivo - e os cidadãos; o segundo, o direito urbanístico relacionado à idéia de espaço, espaço urbano, locus físico da cidade. Portanto, enquanto o direito administrativo se define pela natureza da relação jurídica, o outro dispensa o critério da natureza da relação jurídica, e usa outro critério - o físico-espacial.

Isto implica, ao nosso ver, uma necessária e inafastável relação de interdependência entre os dois objetos legislativos, embora esta inter-relação não seja nem exata - de contingente e conteúdo -, nem exaustiva. Por exemplo: no espaço urbano ocorrem inúmeras relações entre Estado (poder executivo) e cidadão, no interesse precipuamente urbanístico; estas relações seriam, portanto, de direito administrativo urbanístico. Assim, estamos introduzindo a premissa de que ambas as áreas se apresentam, em princípio, com uma interdependência sistêmica, em função da qual o direito urbanístico irá se desenvolver, ou ser operacionalizado, ao menos parcialmente, através do direito administrativo, valendo-se de seus princípios, conceitos e categorias. Ou seja, as relações de direito administrativo e de direito urbanístico podem acontecer em um mesmo objeto, já que eles não são entre si excludentes, como seriam, por exemplo, direito urbano e direito agrários, direito civil e direito administrativo⁶.

Assim, entendendo como verdadeira a afirmação de que parte do direito urbanístico desenvolve-se dentro do direito administrativo, para aplicá-lo será necessário fazê-lo usando algumas de suas categorias, as quais se vem e se modernizam na prática operativa do urbanismo. Ou seja, o urbanístico, ou mais precisamente, as normas de planejamento urbano, serem uma área substancialmente de direito aplicado, presta-se a concretização de outro subsistema jurídico que lhe é cordato sendo, dele parcialmente dependente.

Várias são as categorias de direito administrativo que se direito urbanístico, como, por exemplo, a já mencionada categoria ato jurídico administrativo. Tanto a doutrina, como a jurisprudência em afirma ser a licença de construir (ou licença urbanística) uma forma de jurídico administrativo. E da é uma manifestação de vontade do Estado, invés do poder executivo, para a materialização de um "ato urbanístico" por excelência. Ou seja, a licença urbanística, também conhecida como alvará, é jurídico administrativo, e tem todos os elementos formadores que a gozam como tal, para que tenha uma existência válida e produza os mesmos efeitos na órbita do direito urbanístico e do planejamento urbano.

O mesmo acontece com a categoria denominada de "poder de polícia" ou administrativa', conceito típico do direito administrativo que tem especial relevância no âmbito do planejamento urbano⁷.

Impossível falar em poder de polícia da administração pública falar em limitações administrativas à propriedade urbana, ainda que haja tações, que até podem ser de interesse urbano, mas que não se caracterizam como limitações administrativas⁸. As limitações administrativas, e a sua face - o poder de polícia - são, por assim dizer, um dos grandes sobre o qual se constrói o urbanismo⁹. É de se acentuar que a nova lei brasileira de direito urbanístico, o chamado Estatuto da Cidade (Lei 1º 2001), menciona no seu art. 4.0, V, letra c, a limitação administrativa um dos instrumentos jurídicos de planejamento urbano, porém nada fala sobre o poder de polícia.

Isto, é preciso que se entenda, não significa uma importância desta forma de atuação da administração pública na gestão deste interesse público; ao contrário, o poder de polícia é um instrumento jurídico de importância para a administração dos interesses urbanísticos, uma vez que é por meio dele que será possível lidar com a dinâmica do objeto urbano; com a flexibilidade que convém ao alcance dos interesses públicos tutelados. É sobretudo através do poder de polícia normativo¹⁰ que se moldam, com maior precisão técnica, as possibilidades de uma atividade; discricionária da tração urbanística¹¹, melhorando a qualidade de suas decisões, e ampliando, por outro lado, as formas de controle social sobre elas. A falta de clareza nos limites de atuação do poder de polícia compromete fatalmente a gestão dos espaços urbanos¹².

Destarte, começa-se a visualizar a complexa rede de relações entre esses dois subsistemas legislativos¹³ - o administrativo e o urbanístico - do mesmo sistema jurídico. E, para bem compreendê-los e operacionalizá-los, é necessário que não só os seus conceitos normativos e jurídicos sejam conhecidos e consistentes, mas também que seu funcionamento seja harmônico¹⁴.

Os sistemas são, por definição, um espaço de inter-relações com diferentes graus de proximidade. Mas, por isto mesmo, é necessário que se tenha muita clareza quanto a estas relações, sendo imprescindível para isto iniciar pela clareza dos significados dos conceitos e categorias. Um sistema sempre adota um determinado padrão de classificação que, por sua vez, tem determinados pressupostos. Contudo, na definição de objetos legislativos, adotou-se tanto o sistema tradicional de classificação: civil, penal, processual, etc., como o padrão de classificação por objeto: urbano, agrário, espacial, econômico, etc. Daí a dificuldade, ou quase impossibilidade, de traçar os limites das partes, e a consistência do sistema como um todo.

Não há dúvida de que o direito administrativo no Brasil já tem um reconhecimento como disciplina jurídica, que atingiu um grau de autonomia suficiente para defini-lo como tal. E, de modo geral, há uma unanimidade entre os administrativistas brasileiros em entender que o direito administrativo tem o campo de aplicação no âmbito das relações entre o Estado e o cidadão, mormente através da ação estatal desenvolvida pelo poder executivo, já que cabe a este poder, precipuamente, as ações próprias dos chamados atos administrativos¹⁵.

Assim é que o direito administrativo geral engloba, além outros aspectos organizacionais e funcionais, o estudo das categorias jurídicas que caracterizam as ações do poder executivo, no desenvolvimento das suas missões específicas, especialmente as de prestação de serviços públicos e a do exercício do poder de polícia. Estas são, indiscutivelmente, as duas funções tradicionais, e mais características, que a administração pública tem a missão de cumprir; e, a partir dos elementos relativos à natureza dessas categorias é que as legislações especiais circunscrevem os vários interesses públicos, e delegam ao poder executivo a tarefa de geri-los e administrá-los.

Voltemos aos exemplos: alguns serviços públicos são essenciais para a

organização do chamado urbanismo indicativo, ou propositivo, tais como os serviços de infra-estrutura de saneamento; ora, o fato de estes serviços serem fundamentais para a estruturação urbana, e por isto de interesse do direito urbanístico; isto não lhes tira a natureza de ser serviço público e, conseqüentemente, de estarem submetidos aos princípios e regras que regulam esta categoria jurídica do direito administrativo. Aplica-se, pois, o direito administrativo na gestão deste importante serviço público, umbilicalmente ligado à gestão urbana. Portanto, não basta, para se fazer gestão urbana, saber "direito urbanístico", como se fosse possível descolar este conhecimento das matrizes e categorias próprias do direito administrativo.

Neste sentido, entendemos estar o interesse urbanístico parcialmente-englobado no direito administrativo¹⁶. Ressaltamos que uma eventual dificuldade de organizar estas relações, como já mencionamos, deve-se ao fato de a Constituição Federal usar, linearmente, diversos termos, para as competências legislativas, com conteúdos conceituais de significados possivelmente superpostos. Estas competências assim referidas, por usarem premissas lógicas diversas, geram dificuldades para um entendimento mais preciso dos conteúdos e dos limites dos objetos mencionados; por isso é que os objetos jurídicos do direito urbanístico e do direito administrativo podem coincidir.

Já que a Constituição menciona objetos legislativos cujo conteúdo pode tangenciar-se, é forçoso concluir que a simples menção de objetos por termos relativos às competências legislativas não implica, por não ser suficiente, a criação de nova área jurídica, como um subsistema autônomo. Deste modo, os termos mencionados nas competências legislativas constitucionais devem ser tão-somente entendidos como competências para expedir normas sobre determinado objeto.

Voltemos ao exemplo do direito administrativo. Este ramo do direito público, de importância crescente nos sistemas jurídicos modernos, nem sequer é mencionado no texto constitucional brasileiro enquanto tal. Ora, o fato de não ter sido, o direito administrativo, objeto de menção constitucional faz com que ele não exista como ramo relativamente autônomo no direito brasileiro? Claro que não. Interessante ressaltar que a Constituição Federal menciona matérias que pertencem, por assim dizer, ao âmbito das relações jurídicas disciplinadas pelos princípios e normas gerais do direito administrativo. Exemplo disto é a menção feita à competência da União para legislar sobre desapropriações (art. 22, 11), ou para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII); o fato de referir-se a estes assuntos não os transformam em áreas autônomas do direito. Assim, a referência, no art. 24, I, à competência da União e dos Estados de, concorrentemente, legislarem sobre direito urbanístico, ao lado de outras locuções como tributário, penitenciário, financeiro e econômico, não implica dizer que cada um destes "espaços" legislativos tenha se tornado per se em um ramo autônomo do direito.

Qual a importância de se afirmar que um conjunto de normas forma, ou não, um ramo, ou um novo subsistema jurídico. A importância desta afirmação, do ponto de vista metodológico é grande, já que um novo subsistema, a rigor, tem premissas

metodológicas próprias que organizam a interpretação e a operacionalidade prática das normas. Como exemplo é de se mencionar a classificação ainda usada no direito brasileiro (embora contestada por alguns, mas ainda referida pelos Tribunais), das áreas de direito público e de direito privado; se uma norma é reconhecida como disciplinadora de uma relação de direito público, a ela aplicam-se os princípios da desigualdade da relação, em função da predominância do interesse público sobre os interesses privados. Por outro lado, a ela não se aplica o princípio da livre manifestação de vontade, como fonte criadora de direitos entre as partes! E, a partir daí, desdobram-se outros princípios e sub-princípios metodológicos que tornam consistentes a operação e a funcionalidade das normas respectivas¹⁷.

Portanto, a classificação de autonomias jurídicas, ou ramos do direito, em subsistemas jurídicos positivados e hierarquizados como o nosso, são os princípios norteadores da interpretação e da compreensão dos seus conceitos e categorias jurídicas; eles possibilitam que o sistema seja conhecido e operacionalizado com consistência. A clareza metodológica é o que garante, ao fim e ao cabo, a coerência do sistema, facilitadora, afinal, de sua compreensão e acesso e, deste modo, de sua transparência social.

Saber se um grupo de normas forma ou não um novo subsistema jurídico não é, evidentemente, uma discussão nem simples, nem definitiva, já que as relações dentro de um determinado sistema jurídico são extremamente complexas, abertas e mutáveis; daí surgirem todos os contínuos questionamentos acerca do tema, e que colocam dúvidas não apenas sobre a existência dos chamados ramos autônomos de direito, como também acerca dos seus limites, dos níveis de relatividade desta classificação, e das dificuldades de identificá-los e organizá-los em função de uma lógica uniforme, de molde a se prestarem a uma operacionalização que atinja o melhor da funcionalidade social da norma. Neste sentido é que, apesar de entendermos que o direito urbanístico desenvolve-se parcialmente dentro do âmbito do direito administrativo, temos que lidar com prudência com esta afirmação, admitindo a possibilidade de ressalvas à assertiva.

Não se pode dizer que a doutrina tenha clareza, hoje, no direito brasileiro, do que seja o direito urbanístico¹⁸. O ponto de partida lógico que se tem é que ele é a antítese do que se chama de direito agrário, porquanto os dois objetos de competência legislativa excluem-se¹⁹. Se esta antítese acontece com o direito agrário, ela não acontece com o direito civil; logo, as competências legislativas urbanística e civil não se excluem, necessariamente. Da mesma forma, a competência administrativa e agrária, ou a agrária e a trabalhista também não se excluem. Isto tudo porque, como já dissemos, os termos são definidos a partir de pressupostos metodológicos diversos.

Vejamos o exemplo no direito agrário. Esta referência de competência legislativa é mencionada no art. 22, I da Constituição Federal. E é em função desta competência que foi editado o chamado Estatuto da Terra - a Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964. Esta lei, no entanto, traz normas sobre os contratos de arrendamento agrário e parceria agrária (art. 95 e segs.), que são normas de relações civis, contratos de trabalho agrário, que são também normas trabalhistas, normas de zoneamento e

parcelamento do solo rural (art. 43 e segs.), que são normas administrativas, e assim por diante. No caso em referência, não há dificuldades de compatibilizar eventuais conflitos porque todas estas competências se acham agrupadas na competência privativa da União Federal.

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

Ora, a lei federal, ao tratar do assunto habitação, poderia dispor sobre normas gerais da locação urbana, explicitando, desta forma, o tema locação como de interesse urbanístico. Em assim fazendo, poder-se-ia entender que locações seria matéria de direito urbanístico? Se a resposta a esta pergunta for afirmativa, então a norma geral federal estaria abrindo um espaço para a legislação estadual concorrente sobre locações e para a legislação suplementar municipal também sobre o mesmo assunto. E, tornando-se assim uma normativa urbanística, estas regras, ainda que mantendo suas características de natureza privada, de ordem pública²⁰, deixariam de ser consideradas "puramente" civis - para efeitos da competência privativa da União - e passariam a ser consideradas de direito urbanístico, de competência legislativa concorrente, portanto.

Vários outros temas das relações civis são fundamentais para o interesse urbanístico, tais como a posse (e sua regularização), os direitos reais (aí incluído o de superfície), os financiamentos habitacionais, etc. Cabe à norma geral federal definir quais os temas das relações privadas ela considera de interesse urbanístico, para fins de excepcionar a norma civil pela legislação especial. Porém, ressalte-se que, em assim fazendo, nem a relevância destes temas, e nem o seu interesse e função social, transmutam estas normas da ordem privada em normas de direito público²¹

Neste sentido e que, da mesma forma que o direito ou melhor dizendo, a legislação urbanística pode tratar de relações civis/urbanísticas, ela também trata das relações administrativas/urbanísticas.

O direito urbanístico público realiza-se, em grande parte, por intermédio das duas grandes categorias de direito administrativo: por meio dos serviços públicos urbanos e pela polícia administrativa urbanística. Todavia, não podemos deixar de mencionar a atividade de fomento, função da administração pública, que pode representar também um importante aspecto de interesse do urbanismo, como no caso dos programas habitacionais populares; estes têm importância fundamental na política de desenvolvimento urbano²². Porém, como em geral o fomento não implica restrições a direitos de terceiros, os aspectos jurídicos controvertidos que esta atividade pode

suscitar são de pequena monta, se comparados com as outras duas atividades da administração pública.

Vejam os casos da conhecida categoria jurídica do direito administrativo, o poder de polícia. O poder de polícia, ou a polícia administrativa, como é chamada por alguns administrativistas, ainda é uma das categorias de direito administrativo mais usadas na atividade de administração dos interesses públicos urbanísticos. Limitações administrativas e poder de polícia, dois lados da mesma moeda²³, continuam sendo a base sobre a qual se desenvolve a maior parte do que chamamos de urbanismo ordenador, e em cuja natureza jurídica enquadram-se boa parte dos instrumentos previstos no inciso III do art. 4.º da Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, não obstante o poder de polícia não ter sido aí mencionado, e a limitação aparecer apenas como uma alínea dentre tantas outras, conforme já mencionamos. É que também esta classificação padece de um padrão lógico-jurídico que a justifique²⁴; e isto implica entendê-la apenas como uma nominação de um elenco exemplificativo de possibilidades instrumentais para os Estados e Municípios.

Assim, no estágio atual do direito urbanístico no Brasil, não vejo como se possa supor que ele prescindia do direito administrativo. Pelo contrário, o direito administrativo é o sistema usado pelas normas urbanísticas que pautam as relações jurídicas entre o poder executivo e o cidadão, no trato das questões urbanas. Neste sentido é que a "autonomia" do direito urbanístico ainda não é uma autonomia de subsistema jurídico, mas uma unidade de conceitos técnicos, de diretrizes meta jurídicas, de valores urbanísticos definidos na lei como tal. A lei federal define quais os valores urbanísticos devem ser adotados nas políticas urbanas (art. 2.º da Lei 10.257/2001) e, a partir daí, as relações jurídicas pertinentes àquele objeto devem passar a ser tratadas e lidadas, pelos Estados e Municípios, segundo as finalidades explicitadas na lei.

O direito urbanístico terá autonomia somente quando vier a definir para si categorias jurídicas diferenciadas daquelas já existentes nos outros subsistemas existentes; quando, por exemplo, definir um poder de polícia urbanístico com características especiais, diferentes do poder de polícia comum da administração pública e, decorrentemente, com campo de aplicação e efeitos próprios e diferenciados. E isto ainda não é o que ocorre.

A introdução, pela Constituição Federal, do capítulo de política urbana retrata a importância social do fenômeno urbano no Brasil, e conseqüentemente, a importância de se organizar e sistematizar o complexo aparato normativo e administrativo a ser operacionalizado para este fim. Sabendo-se que o direito urbanístico desenvolve-se e trabalha - no que concerne às suas relações entre cidadão e poder executivo - por meio do direito administrativo, resta-nos perguntar então: o que é então direito urbanístico? Qual o seu objeto?

A resposta a esta pergunta pode ser complexa, já que o seu objeto - o urbano -

também o é. Mas também podemos optar por uma resposta bastante simples, dizendo que direito urbanístico é tudo aquilo que a Constituição Federal e as normas gerais federais (e, a partir delas, as Estaduais que as complementam) definem como sendo objeto deste interesse público. É o critério formal o que adotamos.

Parece óbvio que as relações deste interesse público devem estar, fisicamente, dentro do locus urbano. Ressalte-se que o que é urbano é definido por uma lei municipal, quando esta fixa o perímetro urbano de um Município. Porém, nem tudo que está dentro deste espaço pode ser considerado de interesse público urbanístico no sentido estrito, de modo a merecer a intervenção do Estado. Poderemos ilustrar isto com o exemplo já dado sobre locação e a habitação. Parece óbvio que habitação seja matéria de interesse urbano.

Porém não basta que se entenda, tecnicamente, que assim o é. Para que este tema se torne de interesse jurídico urbanístico é preciso que a norma legal assim o preveja. E mesmo que a lei diga que habitação é um interesse urbanístico, e se saiba que parte da política habitacional se possa resolver através de uma adequada disciplina estatal das relações civis de locação, se a lei urbanística não se referir à locação urbana como um contrato de interesse urbanístico, as considerações jurídicas sobre esta relação irão manter-se, exclusivamente, no âmbito finalístico do direito civil.

Deste modo, com relação ao objeto de competência urbanística, que pode abarcar todo o fenômeno da cidade e, conseqüentemente, quaisquer relações jurídicas das mais diversas naturezas, civis, administrativas, penais, trabalhistas, comerciais, econômicas, tributárias, e etc. - cabe à lei eleger quais delas serão do interesse urbanístico e, portanto, submetidas a suas diretrizes e valores técnicos. Estes temas serão, a partir de então, de interesse desta legislação especial (em relação às competências tradicionais anteriores), deslocando, portanto, a matéria para o âmbito da competência concorrente do art. 24, I da Constituição Federal.

Finalmente, cabe assinalar que, ao tratar de direito urbanístico a norma terá dois espaços de abrangência normativa. O primeiro é aquele de definição de diretrizes técnicas que irão pautar as políticas urbanas de ordenação territorial, e as matérias e assuntos de interesse da legislação urbanística, ou seja, de como fazer as ordenações territoriais, visando a sua função social e à qualidade de vida. O outro âmbito normativo é aquele das normas de ordenamento do solo urbano, propriamente ditas, ou seja, das normas que fazem a ordenação territorial, e que serão aplicadas em determinado local, em determinada época; seu nível de generalidade é pequeno e seu nível de abstração também. Trata-se das normas de planejamento urbano, e, por serem específicas para cada Município, inserem-se dentro dos assuntos de interesse local, de sua competência exclusiva, nos termos do art. 30, I da Constituição Federal.

Essa distinção é relevantíssima, porém dela não trataremos neste trabalho. Porém, cabe acentuar que esta distinção acarreta não só limites nas competências legislativas dos entes federativos, como também esta distinção implica a possibilidade

de distinguir as formas jurídicas necessárias e adequadas para a formatação do sistema normativo do urbanismo brasileiro. As normas gerais e abstratas, e que imponham as obrigações ou restrinjam direitos, são matéria, necessariamente, de lei primária; é o que se chama de direito urbanístico em sentido estrito. Já o planejamento urbano, que é o campo do direito urbanístico aplicado e operacional, deverá obrigatoriamente observar as diretrizes federais e estaduais para a política urbana, materializando-se através da legislação municipal, de sua regulamentação executiva, e dos atos administrativos, normativos ou não ¹⁶.

Toda esta construção sistêmica da normatividade urbanística, desde suas normas gerais de direito urbanístico, até a normatividade detalhada e operacional do planejamento urbano de um bairro em uma determinada cidade, valer-se-á, intensamente, das possibilidades oferecidas pelo instrumental jurídico disponível em nosso sistema. E, para bem usá-lo, é imprescindível que se tenha clareza dos conceitos e de seus campos de aplicação. Por isto é que afirmamos que, hoje, nosso direito urbanístico e o planejamento urbano ainda não prescindem do direito administrativo, ao menos na parte pertinente às relações das pessoas privadas com o Estado, por meio do poder executivo.

Notas

Sônia Rabello é Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

¹ Sobre autonomia metodológica do direito administrativo ver Sonia Rabello, *Autonomia do Direito Administrativo como disciplina jurídica: reflexões sobre sua metodologia. Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito, Menezes Direito, Carlos Alberto (Org.)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

² José Afonso da Silva. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34.

³ Na sua obra pioneira Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense. 1975.

⁴ Em sentido contrário, por considerar discussão anacrônica, posiciona-se Edésio Fernandes, *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: uma introdução*. Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

⁵ A lógica do *locus* do espaço urbano exclui, necessariamente, o *locus* do espaço rural ou agrário. Portanto, o direito urbano só tem como contra-face, excludente, o direito agrário, e vice-versa. E o espacial, é claro...

⁶ O direito civil trata das relações entre indivíduos equilibrados ou equivalentes. Este não é o pressuposto subjetivo do direito administrativo, que tem, em um dos lados da relação jurídica

o Estado, cujos interesses são públicos e, por isso, tem posição desigual na relação jurídica. Logo, se a relação é de direito público, ela, consequentemente, exclui a

principiologia igualará-na e da autonomia da liberdade da vontade, própria das relações civis. Por isto uma relação civil é excludente de uma relação de direito administrativo (pública).

⁷ Em sentido contrário, por entender que não há "qualquer ligação" necessariamente entre "poder de polícia" e a disciplina urbanística da propriedade", está Lúcia Valle Figueiredo. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980. p. 7.

⁸ Sobre as limitações civis à propriedade imobiliária ver o trabalho de Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997 e 2005.

⁹ Em sentido contrário, pronunciou-se Lúcia Valle Figueiredo: "Não verificamos, de conseguinte, qualquer ligação necessária entre "poder de polícia" e a disciplina urbanística da propriedade." *Op. cit.* 1980. p. 7.

¹⁰ Ver tese de titularidade de Sonia Rabello. *Poder de Polícia Normativo, o Direito Urbanístico, e as Normas de Planejamento Urbano*. Rio de Janeiro: Mirneo. UERJ. 2001.

¹¹ A discricionariedade do poder de polícia, como lembra Jessé Torres Pereira Júnior, ocorre no tocante à "escolha dos meios, dos modos e do momento adequado" para a atuação da administração. In: *Os Limites ao uso do Poder de Polícia Administrativa*. Direito Imobiliário Público Coutinho, J. Roberto de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: LumenJúris. 1997. p. 83.

¹² Como exemplos dessa falta de clareza que, ainda hoje, compromete os interesses urbanísticos, pode-se referir aos casos em que o município pede ao Judiciário autorização para remoção de invasores de área indiscutivelmente pública, ou seja, como se essa possibilidade de ação não decorresse naturalmente do poder de polícia! Como lembra Jessé Torres Pereira Júnior, (*Op. cit.* 1997.

p. 78.), trata-se de caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse que legitime o exercício do direito de ação. No direito francês, há muito é pacífico, como lembra Jean-Paul Benoit, que "l'usage de la force matérielle par la police ne souleve aucun probleme spécifique" (1968. p. 751); também o afirma René Chapus. *Droit Administratif de Paris*; Montchrestien. 1986. tome I; p. 393-394.

¹³ Usamos a adjetivação *legislativa*, para diferenciar da idéia de subsistemas de *direito*.

¹⁴ Estamos nos referindo aqui em consistência de sistema e subsistemas. Isto é, considerando que o conjunto de normas, conceitos e categorias jurídicas formam um determinado sistema jurídico, e que este sistema é formado por subsistemas que podem ter campos específicos de atuação, mas por penecerem ao grande sistema, há regras básicas comuns que viabilizam o seu funcionamento enquanto sistema, sem as quais este perde a consistência, e não mais funciona como tal. Assim, se o direito brasileiro é um todo, isto é, um sistema que se pretende uno, é necessário estabelecer as relações de consistência (tangência e subordinação) entre os vários subsistemas, que podem estar classificados como tal em função de pressupostos diferenciados, como entendemos ser o caso do direito administrativo e do direito urbanístico. Ilustramos com duas idéias mencionadas por Ludwig Bertalanffy, (*Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes. 1975. p. 25 e 28) que preceitua que todo sistema deve ser tratado como uma unidade. "Esta

teoria é 'moldada em urna filosofia que adota a premissa de que a única maneira inteligível de estudar uma organização é estudá-la como sistema, uma vez que a análise dos sistemas trata a 'organização como um sistema de variáveis mutuamente dependentes'. (...)Entretanto, só recentemente se tornou visível a necessidade e a exequibilidade da abordagem dos sistemas. A necessidade resultou do fato do esquema mecanicista das séries causais isoláveis e só tratamento por partes ter se mostrado insuficiente para atender aos problemas teóricos, especialmente nas ciências biossociais, e aos problemas práticos propostos pela moderna tecnologia."

¹⁵ Não obstante os outros poderes também praticam, excepcionalmente, atos administrativos e, nestas circunstâncias a eles se aplicam as regras do direito administrativo.

¹⁶ Compartilha desta orientação, entre outros, Regina Helena Costa (Princípios de Direito Urbanístico na Constituição de 1988. Temas de Direito Urbanístico. Dallari, Adilson, Figueiredo, Lucia (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 109): "Concordamos, todavia, que, dentre as múltiplas disciplinas que emprestam elementos ao Direito Urbanístico, *predomina o Direito Administrativo*, por ser este o ramo da Ciência Jurídica que regula as relações entre a Administração e os administrados; porém, concluir-se que o Direito Urbanístico é puro Direito Administrativo parece-nos equivocado." (1991. p. 113). Adotando entendimento diverso, Roberto Barcellos de Magalhães postula que o direito urbanístico ainda é "um ramo do Direito Administrativo dirigido à disciplina de tudo quanto se refira ou pertença à ordem nas cidades ou esteja compreendido dentro de seu perímetro" (Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997. vol. I, p. 184).

¹⁷ A respeito do papel integrador dos princípios jurídicos, ver Jean-Louis Bergel. *Théorie Générale du Droit*. Paris: Dalloz. 1989. p. 85- 104; em relação ao direito administrativo, deve-se mencionar o estudo já clássico de Benoît Jeanneau. *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administratif*. Paris: Sirey. 1954.

¹⁸ Entre as possibilidades de definição desse direito, podem-se destacar as de Hely Lopes Meirelles, "ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo" (Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 382) e de José Monso da Silva: "conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinada a ordenar os espaços habitáveis" (*Op. cit.* 1995. p. 31). Há inúmeras tentativas de definição pelos autores, cada qual diferente, e portanto, imprestável a um conhecimento uniforme e compartilhado.

¹⁹ Não obstante o direito urbanístico também se refira à ordenação do espaço rural, no que interfira nas áreas urbanas, como recorda Hely Lopes Meirelles (*Op. cit.* 1994. p. 383). De acordo com José Monso da SILVA, a "atividade urbanística" dirige-se "à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o Homem: o urbano e o rural." (*Op. cit.* 1995. p. 28). Para uma definição, não de direito urbanístico, e sim de propriedade urbanística, ver Ricardo Pereira Lira (Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 158-165).

²⁰ Sobre este tema poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que o interesse urbanístico que tratasse de relações civis só poderia ser objeto da competência federal, de modo a combinar o art. 22, I com o art. 24, I. Sem dúvida, esta é uma outra forma de se ver a questão. No entanto, entendo que dois outros aspectos merecem serem aí considerados: o

primeiro refere-se à menção feita no art. 182, § 2.º da CF, no qual é explicitamente deferido ao Município, através da lei do plano diretor, explicitar as exigências ao cumprimento da função social da propriedade urbana. Entendemos que esta seja uma extensão da competência municipal sobre a propriedade, sobre todos os aspectos que julgar pertinentes aos interesses urbanos. O segundo aspecto é no sentido de admitirmos que se a União, titular de ambas as competências civil e urbanística, indicou um tema, na sua lei geral, como de interesse urbanístico, ela o fez no sentido de eleger e permitir que este interesse, assim especificado, pudesse ser também tratado, como interesse público, por outras esferas do Estado, de acordo com suas especificidades territoriais. Estar-se-ia aí prestigiando o princípio federativo no tratamento dos interesses públicos, o que sabemos, não é uma forma usual de, no Brasil, se ler a Constituição, porém uma fórmula possível.

²¹ AiiJ, da que muitas dessas normas sejam de ordem (pública, conceito que tem um sentido diverso. Daí ser fundamental entender que o interesse urbanístico, na sua função social, não se constrói somente pelas relações Estado-cidadão, mas também, e hoje principalmente, pela socialização das relações cidadão-cidadão, guiadas pelo direito privado.

²² Ver texto de Sonia Rabello, *Habituação, reito e Governança: duas sugestões para governamental. Direito e Governança: tendências da gestão urbano-ambiental*. Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte: Escola de; Governo, n. 2. 2000.

²³ Ver tese de Sonia Rabello (2001), nota 10.

²⁴ Os instrumentos elencados não se excluem mutuamente, o que seria de se esperar de qualquer sistema de classificação, a não ser que fossem hierarquizados. Por exemplo: são mencionados, em itens diferentes, o zoneamento e a limitação administrativa. Ora, zoneamento é uma forma de limitação administrativa, portanto está nela contido; por isto, não pode estar mencionado em outra alínea equivalente àquela que mencionou a limitação administrativa, pois acarreta uma inconsistência sistêmica!

²⁵ Denominamos aqui *direito* urbanístico o conjunto de leis e normas relacionadas ao tema, já que no Brasil temos usado o termo *direito* como sinônimo de *legislação*.

²⁶ É lição de Hely Lopes Meireles que: "... conquanto mais comuns sejam as limitações urbanísticas editadas em lei, nada obsta a que venham expressas em decreto ou qualquer outro ato administrativo adequado à situação a prover." (*Op. cit.* 1994. p. 386).