



XIV Encontro Nacional da ANPUR

23 a 27 · maio · 2011 · Rio de Janeiro

XIV ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR
Maio de 2011
Rio de Janeiro - RJ - Brasil

POSSIBILIDADES DE UM PLANEJAMENTO METROPOLITANO NO ESTADO FEDERAL
BRASILEIRO

Miguel Etinger de Araujo Junior (UEL - Universidade Estadual de Londrina) - miguel.etinge@gmail.com
Professor de Direito Urbanístico, Ambiental e Administrativo na UEL - Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito da Cidade da UERJ, Mestre em Direito pela UNESA, bolsista da FAPERJ e CAPES. Advogado

1 – Introdução

Direito e política caminham lado a lado nas sociedades modernas, socorrendo-se uma à outra para se afirmarem como atividades legítimas de uma comunidade que se pretende justa e democrática.

Esta busca por afirmação somente pode ser justificadas a partir do momento que se auto-reconhecem como instrumentos aptos a proporcionar a felicidade do indivíduo e da coletividade, pautada no respeito pela diversidade e no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental das atividades públicas e privadas.

O presente trabalho parte do pressuposto de que o princípio da dignidade da pessoa humana passa pela efetivação de inúmeros direitos, sendo que dentre eles sobressai o reconhecimento do direito à moradia e do direito ao meio ambiente equilibrado, ao lado de tantos outros como saúde, educação, liberdade de expressão, etc. A adequada regulação do uso do solo, sobretudo do solo urbano, é condição primordial nesta tarefa.

O direito, reconhecido no mundo contemporâneo como um dos mecanismos aptos a servir como meio de alcance da paz social, quando da formulação de normas coercitivas produzidas em um ambiente democrático, e com a possibilidade de alteração destas mesmas normas no caso delas se mostrarem incompatíveis com valores reconhecidos mundialmente, tem seu campo de atuação limitado, devendo socorrer-se a outros campos do conhecimento na busca da melhor interpretação possível para o alcance daqueles objetivos mencionados acima.

Da mesma forma, a política é a atividade que consiste na prática de um debate entre os diversos segmentos da sociedade na busca de um equilíbrio entre os interesses existentes em determinado tempo e espaço. O nível de amadurecimento do processo dialético, aliado ao grau de conscientização do que significa ser cidadão (aqui entendido como capacidade de se identificar como parte de um todo, mas dotado de características individuais), fundamentado numa base cultural e educacional adequada, vai determinar o grau de possibilidade de alcançar um consenso justo, pautado nos respeito às minorias.

O fato de uma sociedade como a brasileira vislumbrar um longo caminho a percorrer nesta seara, não diminui a importância do diálogo possível que se pode estabelecer nos mais variados assuntos.

Quando a política não consegue atender satisfatoriamente às demandas da sociedade, o direito é capaz de apresentar propostas coerentes e aplicáveis na medida em que delimita o campo de atuação legítima do processo decisório político.

É o que o ocorre na hipótese apresentada neste estudo, em relação às regiões metropolitanas e a necessidade de atuação do poder público em assuntos afetos a mais de um Município quando não há consenso entre as diferentes esferas de poder no Estado

Federal Brasileiro, em relação ao modo de atuar para o atendimento das demandas da sociedade, característica que vem marcando a realidade brasileira (SOUZA, 2007, p. 16). Sociedade plural, desigual, destinatária de toda a atuação estatal.

2 - Federalismo e Governança das Regiões Metropolitanas

Esta falta de consenso possui diversas variáveis em suas causas e nas possibilidades de conformação. Uma destas possibilidades se baseia na busca de uma fundamentação jurídica capaz de oferecer um suporte para a atuação dos entes federativos no planejamento e execução de assuntos de caráter metropolitano, com especial atenção à questão da autonomia destes entes e à regulação do solo urbano.

Estes assuntos são compreendidos como aqueles cujo interesse e aplicabilidade não estarão adstritos a uma unidade geopolítica determinada, mas sim a um conjunto de Municípios integrantes de uma referida Região Metropolitana.

Em termos gerais, as formas de organização territorial do poder político comportam a Confederação, os Estados Unitários e, com a Constituição dos Estados Unidos de 1787, o modelo federativo, que possuem características distintas, como observa Márcia Miranda Soares (SOARES, 1988, p. 141):

Estas três formas se distinguem, em linhas gerais, pelo *locus* do poder político: o sistema unitário é caracterizado pela centralização do poder político (o governo central é que controla toda a vida política do Estado), enquanto o sistema federal se caracteriza por uma divisão igualitária do poder político entre o governo central e as sub-unidades territoriais, e o sistema confederal, ao contrário do sistema unitário, tem o *locus* do poder nas unidades territoriais que compõem a comunidade política.

O caminho rumo ao modelo federalista do Brasil fora marcado por diversas lutas em variadas partes do território, e que, ao contrário do que noticiavam à época, e ainda repetido atualmente, não se pretendia criar novos Estados, não se pretendia uma separação. Na verdade, muitos destes movimentos tinham cunho federalistaⁱⁱⁱ, e, se não chegavam a pregar esta bandeira explicitamente, tinham como motivação principal o inconformismo com o modelo centralizar e autoritário do poder central que retirava a possibilidade dos poderes locais decidirem sobre os mais variados assuntos que lhes diziam respeito, preponderantemente.

A adoção do modelo federalista^{iv} do Estado Brasileiro deu-se formalmente com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, por meio do Decreto nº 01, da mesma data, quando se “proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da

Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais”.

Como toda conformação da forma de governo dos Estados, este processo vem sendo desenvolvido de acordo com as conjunturas de ordem econômica, social e cultural do país.

Dois pontos chamam atenção neste particular: (i) a alternância de períodos de maior ou menor descentralização do poder e (ii) o sistemático desrespeito pelas normas postas, por parte do próprio Estado, a despeito de todas terem previsto uma necessidade de cooperação entre as instâncias de poder.

Neste movimento de sístole e diástole, o federalismo no Brasil tem um “efeito sanfona”, cuja maleabilidade e capacidade natural de adaptar-se às ondas de centralização e descentralização tem-lhe garantido assento formal em diversas Constituições (CAMARGO, 2001, p. 70).

Conferir maior ou menor descentralização do processo decisório implica em reconhecer um maior ou menor alcance da idéia de autonomia dos entes federativos. Esta autonomia só veio a adquirir *status* constitucional com a Reforma Constitucional de 1926 (ZIMMERMANN, 2005, p. 309)^v. Até então eram os Estados que tinham competência para definir em suas Constituições qual a abrangência da expressão “peculiar interesse”, que diziam respeito aos Municípios, uma vez que a Constituição Federal quedara-se silente neste assunto (ZIMMERMANN, 2005, p. 310)^{vi}.

A instabilidade política que marcou a história brasileira desde sua primeira Constituição Republicana em 1891 dificultou o processo de conformação da governança metropolitana, pois se em épocas de comando mais centralizador as políticas públicas para estes espaços eram tomadas pelo poder central, muitas vezes distantes das realidades locais/regionais, a falta de prosseguimento de períodos democráticos evitou a criação de uma cultura de cooperação nestes locais.

Esta questão da organização do Estado e do poder começa a tomar uma maior importância na medida em que o Brasil acompanha a tendência mundial de urbanização da população^{vii}, alcançando hoje uma taxa de 81,25% da população brasileira residindo em centros urbanos, em uma área de 1,1% do território nacional (IBGE, 2008), em contraposição a uma situação completamente diferente há 60 anos, quando a população era predominantemente rural. Este cenário acentua os conflitos existentes entre segmentos sociais diferentes que apontam soluções não raro divergentes para problemas afetos a determinado espaço geográfico, no caso objeto deste estudo, o espaço metropolitano.

3 - Planejamento Urbano

Tal urbanização, que no Brasil vem ocorrendo de forma desordenada, evidencia a necessidade de um planejamento com vistas a permitir uma atuação racional do poder público no atendimento das demandas da sociedade, por meio de um adequado planejamento urbano.

Tomando-se como ponto de partida o início do século XX, tinha-se no Brasil, àquela época, uma concepção predominantemente paisagística e higiênica de planejamento urbano. Detectado um problema ou ante a necessidade de acompanhar o desenvolvimento das cidades, as intervenções do poder público invariavelmente constituíam-se de alargamento de ruas, derrubada de moradias dos setores mais pobres da sociedade e construção de grandes monumentos. Maria Cristina da Silva Leme (LEME, 1999, p. 20-38) identifica três gerações de urbanistas: 1- pioneiros; 2- engenheiros civis e arquitetos; 3- planejadores urbanos. Observe-se que, no Brasil, a atuação do profissional de urbanismo e de planejamento urbano se deu tanto nas instituições públicas de ensino como nos órgãos públicos relacionados à questão urbana.

O planejamento, portanto, é fundamental e condicionante para o sucesso das medidas que se pretende implementar.

Assim, Célson Ferrari afirma que:

Em um sentido amplo, planejamento é um método de aplicação, contínuo e permanente, destinado a resolver, racionalmente, os problemas que afetam uma sociedade situada em determinado espaço, em determinada época, através de uma previsão ordenada capaz de antecipar suas ulteriores conseqüências. (FERRARI, 1991, p. 40)

Para José Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 94-96) o planejamento (urbanístico) é um processo de elaboração de normas jurídicas, e não simplesmente um conceito técnico, cuja realização fica ao sabor do governante do momento. Em que pese a afirmação do autor de que o “processo de planejamento urbanístico adquire sentido jurídico quando se traduz em planos urbanísticos”, o próprio jurista afirma que a aprovação de uma lei não se trata apenas de um ato que aprova estudos técnicos preliminares, e sim de uma conseqüência articulada resultante de uma série de procedimentos, motivo pelo qual “o plano passa a integrar o conteúdo da lei, formando, assim, com esta, uma unidade legislativa”.

Diversos artigos na Constituição afirmam esta judicialização do planejamento, como é o caso do Orçamento, previsto nos artigos 165 e seguintes da Constituição Federal de 1988, o artigo 21, IX, que estabelece a competência da União para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, o artigo 174, § 1º, que estabelece a lei como elemento definidor das diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, no que toca à atividade

estatal de atuação no domínio econômico, o artigo 30, VIII, que delega aos Municípios a competência para elaboração de um planejamento para promoção do adequado ordenamento territorial, isto é, do uso do solo.

Em relação à política urbana, a idéia de planejamento está inserida no caput do artigo 182 da Constituição da República que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano.

Para Marcos Mauricio Toba (TOBA, 2004, p. 244) “planejar significa estabelecer objetivos, indicar diretrizes, estudar programas, escolher os meios mais adequados a uma realização e traçar a atuação do governo, consideradas as alternativas possíveis”.

A legislação que se seguiu à Constituição Federal de 1988 incorporou a idéia de planejamento, procurando afastar o imprevisto nas políticas públicas. Como exemplo, temos a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Responsabilidade Fiscal, e em matéria urbanística o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.

O Estatuto da Cidade, lei que busca dar efetividade aos comandos dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, segue a orientação constitucional ao prever em seu artigo 2º, inciso IV, o “planejamento do desenvolvimento das cidades” como uma das diretrizes gerais da política urbana

Deve-se observar que em matéria de planejamento urbano, tem-se afirmado que o ente da Federação mais capacitado para operá-lo é o Município, tendo em vista a proximidade com os problemas locais. No entanto, esta afirmação deve ser recebida com cautela, em especial se levar-se em consideração a questão do federalismo competitivo existente no Brasil, onde a possibilidade de cooperação entre os entes federativos municipais tem encontrado alguma dificuldade em ser efetivada, face aos interesses pessoais e de classe, mascarados sob a roupagem da autonomia municipalista no Brasil.

Some-se a este fato a questão da generalizada falta de recurso, que, na ausência de um planejamento eficaz, leva os Municípios a uma “predatória competição por investimentos privados (“guerra fiscal”), bem como a tentativa de repasse de custos horizontais”, conforme observa José Alexandre Cavalcanti Vasco (VASCO, 2006, p. 173). Ademais, vale também para o Brasil uma observação feita em relação aos Municípios da Espanha, onde a autonomia local somente terá sentido lógico se os governos locais tiverem uma capacidade mínima efetiva para gerir os assuntos de suas comunidades (LLOVET, 2008, p. 14)

Além da idéia de planejamento, há de se ressaltar a imperiosa necessidade de efetiva participação da população, conforme determina o artigo 1º, parágrafo único^{viii} e artigo 29, XII^{ix}, ambos da Constituição Federal de 1988^x e artigo 40 e parágrafos^{xi} do Estatuto da Cidade.

Este planejamento, enquanto atividade que visa dar concretude à atuação material do poder público, deve ser entendida também como uma norma jurídica complementar e paralela às construções legais clássicas, como a Constituição, as Leis, os Decretos, etc. O planejamento (urbanístico) é um processo de elaboração de normas jurídicas, e não simplesmente um conceito técnico, cuja realização fica ao sabor do governante do momento. O papel do jurista na equipe de planejamento urbano torna-se fundamental a partir do momento em que o acesso à cidade passa a fazer parte dos direitos dos cidadãos.

4 - As escalas de interesses locais e regionais

Ressaltado o papel do planejamento urbano no processo de construção de um ambiente sadio e digno para todos os habitantes de determinada região, cabe agora identificar o âmbito de atuação territorial legítimo dentro do Estado federado brasileiro.

Esta atividade parte do pressuposto da identificação de que temas se pretende regulamentar: se são temas afetos principalmente a um Município (interesse local) ou se dizem respeito a mais de um Município (interesse regional). Esta preocupação se faz presente na medida em que, no Brasil, a Constituição Federal atual (e também as anteriores) prevê um sistema de repartição de competências entre os entes federados, tanto sob o aspecto legislativo (competências normativas) quanto no aspecto executivo (atribuições administrativas).

A importância da caracterização destes interesses comuns (regionais) e interesses locais é ressaltada por Alaôr Caffé Alves (ALVES, 2001, p. 74), alertando *ab initio* que os interesses comuns não são o mero somatório dos interesses municipais adjacentes.

Os interesses locais ou peculiares, segundo entendimento da doutrina, observado por Sérgio Ferraz já em 1976 (FERRAZ, 1976, p. 21), não são aqueles de interesse exclusivo de um Município. Equivalem a interesse preponderantemente municipal. Em épocas atuais, quando se comenta a respeito da globalização ou mundialização dos interesses, fica mais claro observar que toda e qualquer atividade realizada em alguma parte do mundo vai ter menor ou maior consequência em outros locais

Vale o registro de Victor Nunes Leal (LEAL, 1975, p. 83-84) sobre discurso de Roberto Campos por ocasião da Reforma Constitucional de 1920, para quem

a verdade é que não existem interesses que sejam exclusivamente peculiares ao município, pela simples razão de que os interesses, principalmente os de caráter econômico, são formações naturais, sujeitas à influência da situação geral do Estado, e como formações naturais obedecem a leis naturais de atração e de combinação, não estando subordinadas às leis artificiais de localização, pelas quais se constituem os

municípios como circunscrições territoriais. Os interesses que a princípio têm, pelo seu pouco desenvolvimento, um caráter estritamente municipal, acabam, pela intensificação econômica ou pela sua extensão no espaço, por envolver a responsabilidade do Estado, solicitando a sua tutela e os seus cuidados.

Quando estes interesses não são preponderantemente municipais, verifica-se que a execução de determinados serviços ou funções devem ser executados metropolitanamente, pois, se deixados à iniciativa de cada Município, não terão tratamento globalmente satisfatório (FERRAZ, 1976, p. 21-22).

5 - As Regiões Metropolitanas no Brasil

O termo “metrópole” consiste na existência de um Município com forte concentração urbana, forte posição econômica, social e política, não só em relação ao seu entorno como em relação a todo o país. É exatamente o espaço geográfico, econômico, social e ambiental no entorno desta metrópole que se convencionou denominar de região metropolitana

Esta expressão, “regiões metropolitanas”, tanto pode ser entendida no seu aspecto jurídico como em seu aspecto social. A definição de Eros Roberto Grau expressa estas duas concepções:

Podem ser conceituadas, em sentido amplo, como o conjunto territorial intensamente urbanizado, com marcante densidade demográfica, que constitui um pólo de atividade econômica, apresentando uma estrutura própria definida por razões privadas e fluxos peculiares, formando, em razão disso, uma mesma comunidade sócio-econômica em que as necessidades específicas somente podem ser, de modo satisfatório, atendidas através de funções governamentais coordenadas e planejadamente exercitadas. Face à realidade político-institucional brasileira, serão elas o conjunto que, com tais características, esteja implantado sobre uma porção territorial dentro da qual se distinguem várias jurisdições político-territoriais, contíguas e superpostas entre si, Estados e Municípios. (GRAU, 1983, p.10)

No Brasil, as regiões metropolitanas foram concebidas inicialmente, na década de 60, mais precisamente na Constituição Federal de 1969, portanto, em pleno regime militar. Nesta época, além do controle exercido pelo poder central sobre os Estados e Municípios,

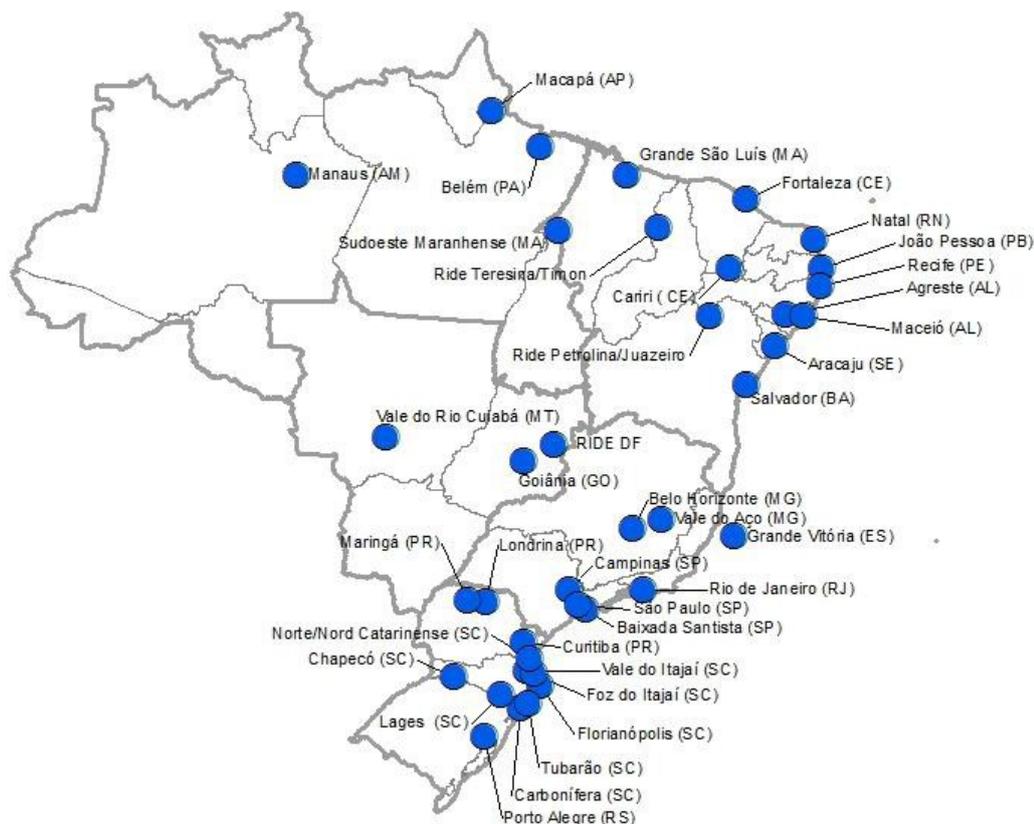
baseado na força, pretendia-se montar um esquema administrativo que pudesse implementar as políticas públicas decididas pelos militares, então no poder.

A organização regional de interesses comuns passa a ser concebida como uma questão estrutural do País com a Constituição de 1988, que inseriu o tema no Capítulo da “Organização do Estado” em vez de situá-la no Capítulo da “Ordem Econômica” como fizera a Constituição anterior.

As Regiões Metropolitanas são órgãos administrativos criados pelos Estados, sem personalidade política própria, com previsão constitucional para “integrar a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum” (art. 25, § 3º, CF/88).

Foi ainda a Constituição de 1988 que transferiu aos Estados a prerrogativa de criar novas regiões metropolitanas, o que efetivamente foi feito. Hoje, são contabilizadas 35 Regiões Metropolitanas em todo o Brasil (GARSON; RIBEIRO; RODRIGUES, 2010, p. 2).

Mapa 1
Localização das Regiões Metropolitanas Oficiais



Dentro da produção de normas jurídicas buscando tornar efetivas estas Regiões Metropolitanas, algumas delas vêm sendo questionadas em sede judicial ^{xii} quanto à constitucionalidade de alguns dispositivos, em especial quando confrontado com o princípio constitucional da autonomia dos Municípios. A usurpação de competências municipais por

parte das normas referentes às Regiões Metropolitanas tem sido a tônica das impugnações judiciais.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Poder Judiciário vem julgando questões pontuais de conflitos, como o caso do saneamento básico, sem, no entanto, consolidar uma posição sobre o tema. As decisões vêm se limitando a repetir algumas outras anteriores que, de forma genérica, se referem à necessidade de preservação do “pacto federativo” e da autonomia dos Municípios.

Quanto à forma de instituição das Regiões Metropolitanas, vários foram os modelos adotados pelos Estados quanto à sua gestão e deliberação, o que indica que não há um modelo único a ser seguido, devendo observar as peculiaridades de cada caso concreto.

6 - O planejamento metropolitano da Espanha

A despeito de não ser formalmente um Estado Federal, a Espanha apresenta algumas características semelhantes ao modelo brasileiro de repartição de poderes. Neste país a idéia de planejamento urbano, bem como do direito urbanístico já conta com forte tradição nos meios acadêmicos e com a atuação concreta do poder público.

A construção do suporte jurídico que legitima a atuação das diferentes instâncias de poder vem sendo construída não só pelo legislador e pela doutrina, mas, sobretudo, pela jurisprudência. Na questão do planejamento urbano e de política territorial, encontra-se solidificada a idéia de que nos dias atuais, a lei não tem papel primordial na elaboração de normas jurídicas sobre este tema. Não serão mais as leis, e sim os planos, os conformadores dos direitos de propriedade em solo urbano, que deverão se adaptar ao disposto nestas normas elaborados no âmbito do Poder Executivo. O papel do Legislativo na conformação das normas jurídicas delimitadores do planejamento urbano não está descartado, e nem poderia, mas tem como função a de delimitar o campo de atuação legítima dos órgãos que elaboram os planos.

Com efeito, desde o ano de 1956 com a inovação jurídica da *Ley Del Suelo*, adota-se uma nova concepção do conceito estatutário da propriedade, onde “*el contenido urbanístico del derecho de propiedad define la ley y los planes, a los que ésta se re remite*”, conforme assinalado por José Maria Baño León (LEÓN, 2009, p. 49), para em seguida fazer a seguinte ressalva: que “*la idea-fuerza del contenido estatutario de la propiedad queda en pura retórica cuando se analizan las valoraciones del suelo, con el reconocimiento al suelo rustico de un valor expectante*”^{xiii}.

A depuração técnica do direito urbanístico espanhol se dá com a aprovação da *Ley del Suelo de 1975 y su texto refundido de 1976 – TR/76*, principalmente com a idéia de função social da propriedade e com a classificação do solo em urbano, urbanizável

(programado e não programado), e não urbanizado. Para Ricardo Estévez Goytre, a premissa básica do TR/76 é que

la aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho a edificar se condiciona, con todas sus consecuencias, al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se imponen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio Plan ^{xiv}, de modo que la expectativa de destino urbano de un terreno se produce escalonadamente, en varios momentos. (GOYTRE, 2008, p. 5).

Na Espanha, o planejamento urbano toma papel de destaque na função de coordenar as atividades dos entes locais, na medida em que se apresentam como desenvolvimento das leis formais de atribuição de autonomia, procurando delimitar o espaço legítimo de atuação de cada ente político. Os planos a serem elaborados e posteriormente executados (como consequência do planejamento adotado), serão o processo final, no plano teórico, da idéia de planejamento, chegando inclusive, em alguns casos, a delimitar os próprios direitos de propriedade, uma vez que atribuirão, efetivamente, uma função a cada parcela de terra existente.

Estes planos estarão sujeitos a alguns princípios e bases de articulação dentro de um sistema, devendo sujeitar-se á idéia de hierarquia e especificidade funcional.

Como base nestes princípios, o planejamento poderá ser territorial ou urbanístico. O territorial tem, em regra, caráter supramunicipal e procura ordenar grandes espaços territoriais. Por este motivo, é comum não apresentarem grande precisão gráfica, necessitando ainda a elaboração de outros planos ou projetos posteriores para se tornarem efetivos. Ademais o planejamento territorial é um marco de coordenação entre o urbanismo e planejamento setoriais, como a estrutura viária regional.

O planejamento urbanístico decorrente das demais normas de planejamento, será a *“norma jurídica que desarrolla y aplica la legislación urbanística, estableciendo en cada punto del territorio, el conjunto de derechos y deberes que configuran el contenido del derecho de propiedad del suelo”* (ARENAS, 2009). Geralmente tem âmbito municipal e são de alta precisão gráfica, concretam o direito de propriedade do solo e normalmente qualificam o tipo de uso do solo, condições básicas de edificação, etc.

7 - Planejamento e força jurídica

Neste momento de relativa estabilidade jurídico-institucional no Brasil, é com base na análise e interpretação do ordenamento jurídico nacional, e em especial do sistema constitucional, que se pretende construir um arcabouço jurídico que garanta um modo de

atuação adequado dos poderes públicos. Neste contexto, a atividade administrativa vem sendo analisada nos últimos anos de uma forma menos rígida ^{xv} que em tempos passados, em especial quanto ao princípio da legalidade, que cede espaço à necessidade de adequação da atuação do Estado aos princípios constitucionais, pois, estando esta atividade administrativa inserida em uma das “etapas de produção jurídica, sua atuação não se pode justificar senão como uma concretização paulatina e gradual de normas jurídicas precedentes” (BINENBOJM, 2008, p. 280).

A idéia de atividade administrativa como uma das funções do Estado, encontra grande relação com a repartição de poderes preconizada por Montesquieu, em especial na obra “*De l’Esprit de lois*”, que procurava no século XVIII proporcionar uma forma de controle recíproco entre os diversos agentes que personificavam o poder, na tentativa de controlar e limitar a forma de governo anterior, com a concentração dos poderes do Estado nas mãos de uma única pessoa ou de um reduzido grupo, que caracterizava “*la tradición absolutista del continente, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca*” (GARCIA DE ENTERRIA; FERNANDEZ, 2008, p. 35).

A expressão “repartição de poderes” tão difundida no Brasil e no exterior vem sendo substituída pela idéia de “divisão de funções”, pois o poder estatal é uno e, em tese, não poderia haver divisão de um mesmo poder em um mesmo território.

Com efeito, o que existe é uma preponderância de funções exercida por cada poder, cujas “linhas definidoras”, como argumenta José dos Santos Carvalho Filho, “têm caráter político e figuram na Constituição”. E acrescenta o autor que “é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados na Constituição” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 2).

Desta maneira, a Constituição será necessariamente o parâmetro condutor das diversas funções do Estado, executada por qualquer dos poderes. Em relação à atividade administrativa executada pelo Poder Executivo, configurando-se esta como uma “concretização paulatina e gradual de normas jurídicas precedentes” (BINENBOJM, 2008, p. 280), deve-se ter em conta que não será somente a lei, em sentido formal, que autorizará esta atividade, o que pressupõe admitir a relativização ou adequação do princípio da legalidade administrativa, adequando-a (a atividade administrativa) à idéia de constitucionalização do Direito Administrativo.

Esta tendência vem ganhando força no Brasil, que experimenta, além da constitucionalização do direito administrativo, uma “dessacralização” da lei, que não consegue sustentar nos dias atuais a idéia de “vontade geral” que a caracterizou no Século XIX (CLÈVE, 2000, p. 50). Ao normativismo positivista, onde não caberia ao jurista discutir justiça e crítica jurídica, se impõe o neoconstitucionalismo.

Trata-se de uma das conseqüências diretas de uma transformação maior no mundo jurídico das últimas décadas, que é a própria constitucionalização do direito, cuja análise faz-se pertinente, de modo sucinto, com base nos apontamentos de Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2005, p. 3-42).

A mudança de paradigma no estudo do direito constitucional tem seu marco histórico no constitucionalismo pós-guerra em relação aos países europeus e na Constituição de 1988, no caso do Brasil. No plano filosófico, o pós-positivismo procura empreender uma leitura moral do direito, indo além da legalidade estrita, onde a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico seriam inspirados por uma teoria da justiça, dando-se especial relevância aos direitos fundamentais edificados sobre a dignidade humana.

No plano teórico, aponta o autor três grandes transformações que levam ao neoconstitucionalismo: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição, (ii) a expansão da jurisdição constitucional, e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, esta última caracterizada pela inserção de novos princípios aplicáveis à interpretação constitucional (somando-se aos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico). Estes novos elementos são: 1 – o da supremacia da Constituição, 2 – o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, 3 – o da interpretação conforme a Constituição, 4 – o da unidade, 5 – o da razoabilidade, 6 – o da efetividade.

Este movimento do direito constitucional em geral, e especificamente do direito constitucional brasileiro, reside na necessidade de expansão das normas constitucionais para todo o sistema jurídico, inclusive com a aplicação direta destas normas por parte da Administração Pública.

Deste pensamento deriva a relativização da necessidade de lei previamente autorizativa da atuação da Administração Pública. A afirmação de que, à Administração Pública só é permitido fazer o que determina a lei, encontra-se superada, tendência que vem sendo chamada de deslegalização, ou delegificação, ou crise da lei.

Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, 2000, p. 51) apresenta dois fatores principais que fomentaram a queda do prestígio da lei atualmente: (i) a emergência do Estado social e (ii) a emergência da sociedade técnica.

No primeiro caso, afirma que ao assumir novas funções que são atribuídas ao Estado, o Poder Executivo passa a atuar cada vez mais em diferentes campos de ação, acentuando a atividade administrativa, que é exercida por outros instrumentos que não a lei. Ao mesmo tempo, mais leis são elaboradas pelo Poder Legislativo, na tentativa de atender as novas demandas da sociedade. Este fator leva ao que se convencionou chamar de “banalização da lei”.

Em relação à emergência da sociedade técnica, tem ela ampla relação com a emergência do Estado Social. Com o surgimento de novas demandas por parte da sociedade, muitas delas impensáveis há praticamente 50 anos atrás, o Estado vê-se na necessidade de, ao menos tentar atender a estas demandas da forma mais rápida possível. Para tanto, vale-se do auxílio de técnicos especialistas que tem uma visão objetiva e pragmática de tratar os mais variados assuntos.

Uma das causas da chamada “crise da lei” que se mencionou acima é a necessidade de elaboração de normas técnicas que por vezes não se encaixam com o processo lento e altamente politizado (sob o enfoque partidário) de elaboração de leis.

Ademais, esta crise da lei se dá sob o aspecto (i) estrutural, quando o sistema representativo demonstra um crescente afastamento dos anseios dos representados, e (ii) funcional, afastando a legalidade como parâmetro de conduta da sociedade.

Dentro deste contexto, infere-se que o Estado, ao executar suas competências constitucionais, pode elaborar um planejamento metropolitano que determine o modo de ocupação do solo urbano sem que este planejamento tenha que ser obrigatoriamente aprovado por lei para que vincule os Municípios e os particulares. Por certo que a composição do órgão elaborador deste planejamento, inserido no âmbito de uma Região Metropolitana é um tema que merece especial atenção para que não ocorram vícios de constitucionalidade. Acrescente-se o fato da necessidade de procedimento democrático no processo de elaboração e execução do planejamento e dos planos subseqüentes, bem como de um procedimento pré-estabelecido, não se olvidando, quiçá, da necessidade de uma lei formal autorizadora deste planejamento.

O sistema jurídico de cada país irá determinar as possibilidades de atuação do poder público, e dentro do modelo brasileiro, é possível se identificar mais de um modo de atuar no que diz respeito ao planejamento urbano, em especial quanto ao sistema de utilização do solo.

Tradicionalmente vem se entendendo tratar-se de uma matéria de competência municipal, e os Municípios vem regulando esta matéria preferencialmente por lei. A adoção desta forma de atuar apresenta-se de acordo com os preceitos constitucionais, o que não significa dizer que será a única forma de atuação legítima do poder público neste tema, uma vez que não há uma reserva de lei, prevista constitucionalmente, para este tema. Ao não se exigir a elaboração de uma lei em sentido formal, abre-se o campo de atuação do Poder Executivo, que poderá atuar com base no princípio de preferência da lei, não contrariando seus preceitos estabelecidos, devendo compatibilizar-se com ela.

8 – Possibilidades de planejamento metropolitano e vinculação dos Municípios

Da análise dos temas mencionados acima, “interesse local” e “interesse regional”, percebe-se que são assuntos interligados que pugnam por uma atuação conjunta dos diversos entes federativos para que ambos interesses possam ser adequadamente atendidas pelo poder público.

Esta atuação conjunta, se por um lado é a ideal, por outro se tornou uma retórica dificilmente implementada no Brasil, como também se verificou quando da análise da questão federativa.

São diversos os temas que necessitam de uma atuação urgente e efetiva do poder público e que não podem ficar a mercê de eventual acordo dos chefes do Poder Executivo de momento. A Constituição estabelece direitos fundamentais das pessoas, e que necessitam de uma aplicabilidade imediata. A doutrina aponta a dignidade da pessoa humana como um verdadeiro princípio norteador da conduta da sociedade, e seu conteúdo jurídico busca a realização dos direitos fundamentais em suas três dimensões: individuais, políticas e sociais. A ausência de uma lei implementadora deste princípio ou a falta de um acordo político que possibilite a implementação de políticas públicas não pode se converter em um fator retardador (ou impeditivo) das conquistas prescritas na Constituição.

A regulação do solo urbano, dentro de uma perspectiva regional (ou metropolitana) é um destes assuntos que necessitam de uma urgente e eficaz intervenção do poder público, sob pena de impossibilitar diversos outros direitos como o da moradia digna, do meio ambiente equilibrado, etc. Serão as questões pontuais, em determinado momento e espaço territorial, que determinarão a política a ser adotada, e em se tratando de assunto de interesse de mais de um Município, são os Estados-Membros quem detém, *a priori*, a competência constitucional para a regulação da ocupação deste solo.

Um estudo técnico, com procedimentos previstos em lei formal, e mecanismos de controle social que garantam a legitimidade democrática deste processo, apresenta-se como uma possibilidade de atuação do poder público sem a necessidade de lei. Este estudo pode tomar diferentes nomenclaturas, como Planejamento Metropolitano, e terá base constitucional suficiente para direcionar e vincular a atividade não só dos particulares como dos Municípios, sem que com isso atente contra o princípio da autonomia dos entes federativos. Aos Municípios, caberá a atuação em conformidade com este estudo técnico, dentro de sua esfera de atuação legítima, ou seja, nos assuntos de interesse predominantemente local.

Ademais a interpretação sistemática e teleológica do termo “integrar” no artigo 25, § 3º da Constituição Federal, que prevê a “criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” se encaixa no modelo proposto acima de planejamento metropolitano.

Ressalte-se que o mecanismo apontado de planejamento metropolitano apresenta-se como uma fundamentação jurídica apta a dar suporte à atuação do poder público, no caso dos Estados-membros, sem que isto constitua uma justificação para a atuação autoritária dos órgãos estaduais.

E nem poderia, pois o sistema jurídico brasileiro encontra-se bem estruturado, sobretudo após a Constituição Federal de 1998, para impedir a prática de atos ditatoriais, uma vez que prevê diversos mecanismos de controle social e jurisdicional das políticas públicas, cujo desenvolvimento vem sendo construído pelos operadores do direito e pela sociedade civil em geral.

Em termos concretos, abre-se a possibilidade de duas formas de atuação do poder público na questão da regulação do solo por meio do planejamento regional.

A primeira, diz respeito a um planejamento nos moldes como vêm sendo construídos os Planos Diretores Municipais, com a necessidade de participação da sociedade no seu processo de elaboração e deliberação (não se olvidando da realidade brasileira de uma participação fictícia, *pro forma*), e com posterior aprovação por parte das Câmaras Municipais.

Uma segunda, núcleo central deste estudo, toma por base o modelo apresentado na Espanha, quando os planos assumem papel de destaque na conformação do direito de propriedade, em especial na regulação do solo metropolitano, vinculando a atividade do particular e do poder público, sem que estes planos tenham que ser cancelados pelo poder legislativo estadual, desde que o âmbito de abrangência destes planos, bem como o estabelecimento dos mecanismos de procedimento estivessem estabelecidos por lei formal.

Historicamente, as tentativas de vinculação da atuação dos Municípios aos preceitos estabelecidos pelo Estado vêm sendo questionada com base na autonomia constitucional dos Municípios, que impediria a usurpação das funções constitucionalmente repartidas. De fato, muitas leis e Constituições Estaduais vêm extrapolando suas competências, ferindo assim o pacto constitucional federativo, ocasiões em que o Poder Judiciário se manifestou pontualmente.

Verificou-se que o planejamento urbano é um eficiente mecanismo de promoção do direito à cidade, bem como o de acesso a direitos fundamentais e sociais, como é o caso da moradia e do meio ambiente equilibrado. Uma adequada ordenação do solo urbano, por meio de leis ou atos infralegais, pode auxiliar no alcance destes direitos constitucionais. Se um planejamento metropolitano, que não tenha sido aprovado por lei, determina uma forma de atuação dos Municípios de sua área de abrangência, o fato de não haver uma lei formal não pode configurar, por si só, motivo justo dos Municípios em não adotar os procedimentos estabelecidos.

9 – Bibliografia

ALVES, Alaôr Caffé. “Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões”. *In* Revista de Direito Ambiental 21, jan-mar/2001.

ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de. “Da desnecessidade de lei formal no planejamento metropolitano e a preservação da autonomia municipal”. *In* Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico. Porto Alegre: Lex Magister, 2010.

ARENAS, Rolando Mauricio Biere. “*La jerarquía del planeamiento y tipos de planes de ordenación*”. Apresentação em *power point* na disciplina Elementos de Gestión Urbana do curso de Doutorado “Gestión y valoración urbana y arquitectónica” da UPC – Universidad Politécnica de Cataluña. Novembro de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. *In* Revista de Direito Administrativo, v. I, n. 240, abril/junho – 2005, Rio de Janeiro: Renovar, Fundação Getúlio Vargas.

BINENBOJM, Gustavo. “Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____ Decreto nº 01, de 15 de dezembro de 1889.

_____ Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. “Diário Oficial da República Federativa do Brasil”. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

_____ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842/98. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa

CAMARGO, Aspásia, . “Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha”. *In* “Federalismo na Alemanha e no Brasil” Orgs. CARNEIRO, José Mário Brasiliense; HOFMEISTER, Wilhelm. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates, nº 22, Vol. I, abril 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Manual de direito administrativo”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Atividade legislativa do poder executivo”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ESPAÑA. *Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1975, V.*

FERRARI, Célson. “Curso de planejamento municipal integrado”. São Paulo: Pioneira, 1991.

FERRAZ, Sérgio. *As regiões metropolitanas no direito brasileiro*, *in* Revista de Direito Público, JAN/JUN, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. “ *Curso de derecho administrativo*”. Vol. I. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

GARSON, Sol; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; RODRIGUES, Juciano Martins. “Regiões Metropolitanas no Brasil”. Rio de Janeiro: Observatório das Metrôpoles, 2010.

GOYTRE, Ricardo Estévez, “*Manual básico de derecho urbanístico*”. Granada: Comares, 2008.

GRAU, Eros Roberto. “Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental”. São Paulo: RT, 1983,.

IBGE. In: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/mapas_doc1.shtm>. Acesso em 28 mai 2008.

LEAL, Victor Nunes. “Coronelismo, enxada e voto”. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LEME, Maria Cristina da Silva. “Urbanismo no Brasil – 1895-1965”. São Paulo: FUPAM, 1999.

LEÓN, José María Baño “*Derecho urbanístico común*”. Madrid: Iustel, 2009.

LLOVET, Tomás Font. *Gobierno local y Estado autonómico*. Serie claves del gobierno local, 7. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2008.

ROCA CLADERA, Josep. “¿Ser o devenir? La valoración del suelo en la Ley 8/2007”. Ciudad y Territorio, n. 152-153, 2007.

SOARES, Márcia Miranda. “Federação, democracia e instituições políticas”. In “Lua Nova: revista de cultura e política”. Nº 44, 1988.

SILVA, José Afonso da. “Direito urbanístico brasileiro”. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Celina. “*Brasil: los retos de la implementación de la Constitución*”. In “*Diálogos sobre orígenes, estructura y cambios constitucionales en países federales*”. Compiladores: Raoul Blindenbacher y Abigail Ostien, Canadá, IACFS, 2007, p. 16.

TOBA, Marcos Maurício. “Do plano diretor”. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. (Coord.). “Estatuto da Cidade: comentários”. São Paulo: RT, 2004, p. 244.

VASCO, José Alexandre Cavalcanti. “Consórcios intermunicipais”. In Revista de Direito da Cidade / Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. n. 1 (maio 2006). Rio de Janeiro: HARBRA, 2006, p. 173.

ⁱ Este trabalho tem como base um artigo apresentado no VI Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, realizado em dezembro de 2010 em Brasília, e publicado em seus Anais.

ⁱⁱ Professor de Direito Ambiental, Urbanístico e Administrativo na UEL – Universidade Estadual de Londrina; Advogado; Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ; Mestre em Direito pela UNESA/RJ; bolsista da FAPERJ e da CAPES no programa PDEE - Programa de Doutorado no País com Estágio no Exterior.

ⁱⁱⁱ São exemplos: Proclamação da Confederação do Equador – Pernambuco, 1824; Cabanada – Pará, 1832-1835; Revolução Farroupilha – Rio Grande do Sul, 1835/1845, Sabinada Baiana, 1837/1838, Revolta dos Luzias – Minas Gerais, 1842; Revolução Praieira – Pernambuco, 1848; Sedição do Juazeiro – Ceará, 1914, sob liderança do padre Cícero Romão Batista, o Padre Cícero.

^{iv} A construção de uma República Federativa é apontada pelos historiadores como um fato que não havia sido discutido, fomentado e decidido de forma clara. Pretendia-se eliminar a concentração de poder na mão do Império (em que pese D. Pedro II, destituído pela proclamação da República, não ter se caracterizado propriamente como um ditador ou centralizador), mas foi a insistência deste Império em se manter no poder, somada à insatisfação de comandantes militares após a Guerra do Paraguai que levaram à construção da República Federativa. Este cenário de forças oligárquicas tradicionais e de uma sociedade cívica ainda incipiente levaram o ideal federalista a ser desrespeitado pelos primeiros Presidentes da República que assumiram: o Marechal Deodoro da Fonseca e o Marechal Floriano Peixoto e outros que os seguiram

^v A fragilidade do sistema federalista é ressaltada por Augusto Zimmermann (**Teoria Geral do Federalismo Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005**, p. 309) ao observar que a alteração da Constituição da República de 1891, realizada em 1926 não contou com a participação dos próprios Estados Federados

^{vi} Apesar desta alteração de *status*, na prática, a Reforma de 1926 ampliou os poderes centrais da União, que governava em parceria com os Estados mais desenvolvidos economicamente, o que Augusto Zimmermann (op. cit. p. 310) chamou de “imperialismo fraterno”.

^{vii} Esta informação foi divulgada ao largo do ano de 2008 pelos meios de comunicação do Brasil. Já em 19/04/2007, a ONU, por meio da Rádio das Nações Unidas divulgava que a população mundial urbana havia superado os 50%. Dados disponíveis em <http://www.un.org/radio/por/story.asp?NewsID=2785>, acesso em 28 de maio de 2008.

O Fundo de População das Nações Unidas, órgão da ONU, divulgou resultados de relatório sobre dados da população mundial (dados disponíveis em http://www.unfpa.org.br/relatorio2007/swp2007_por.pdf, acesso em 28 de maio de 2008), onde consta uma previsão para 2008 de uma população urbana superior à rural, cerca de 3,3 bilhões de pessoas, sendo que este número deverá chegar a 5 bilhões em 2030.

^{viii} Art. 1º, parágrafo único. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

^{ix} Art. 29. “O Município reger-se-á por lei orgânica [...] atendidos [...] os seguintes preceitos:

XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal”

^x Sobre a cooperação das associações representativas no planejamento municipal vide tese de doutoramento de CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. “**Cooperação das associações representativas no**

planejamento municipal: preceito constitucional vinculante". 2001. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001

^{xi} 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.

§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."

^{xii} BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842/98. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1714588>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

^{xiii} Sobre valorações e expropriações urbanísticas, veja-se o estudo de ROCA CLADERA, Josep. *¿Ser o devenir? La valoración del suelo en la Ley 8/2007*. Ciudad y Territorio, n. 152-153, 2007.

^{xiv} *Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1975, V.*

^{xv} A idéia de rigidez está relacionada, neste caso, à supervalorização do princípio da legalidade em relação ao Direito Administrativo