

NATUREZA JURÍDICA DO PLANO URBANÍSTICO

SÉRGIO FERRAZ

Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor de Direito Processual Civil na PUC
— Rio de Janeiro.

Conquanto estejamos a lidar, no dia-a-dia, com o plano urbanístico, cada vez mais, na medida, em que a própria realidade conturbada da urbe brasileira coloque, de imediato, a necessidade de planejamento, como tendo de ser conectada com esse tipo de preocupação, a verdade, também, é que há uma absoluta inexistência de construção doutrinária sobre o que seja o plano urbanístico no direito brasileiro.

Claro que isso coloca, de pronto, dificuldades. Esse tema é repleto de dificuldades e essas dificuldades se postulam, inclusive, a partir da própria ausência de tradição no trato dessa matéria, no direito brasileiro.

Inexiste, entre nós, quer a tradição do estudo jurídico, do que é o plano, quer a própria concreção objetiva do plano encartada num ordenamento jurídico. Sabemos nós, que vários juristas, que cuidam do tema, se têm dedicado, inclusive, à elaboração de planos diretores, de planos urbanísticos. Todavia, sempre que se há de falar, no Brasil, sobre conteúdo jurídico do plano urbanístico, ressurge, de imediato, essa dificuldade, qual seja, a de saber, efetivamente, o que há de elaboração jurídica sobre o plano urbanístico no Brasil. E, chega-se à conclusão de que, praticamente, nada existe.

A tentação imediata, de quem tem de falar sobre a natureza jurídica do plano urbanístico, em face da ausência de trato da matéria, é a de recorrer ao exemplo estrangeiro. Então todos esses grandes autores que conhecemos, Malatesta, Jesús Gonzalez Perez, e todos os outros que possam ser imaginados, são trazidos, imediatamente, do fundo da nossa cogitação e nos invocam luminosos exemplos, colocações extraordinárias do problema, que, conquanto fascinantes sob o ponto de vista intelectual, carecem de um grave defeito inicial: nada tem que ver com o direito brasileiro.

Então, a maior parte do que, por exemplo, o trecho fundamental que vocês têm em mãos, que é de Spantigatti, a maior parte do que Spantigatti diz, dele sai realmente, por uma ciência, saber, filosofia. Indaga-se, entretanto, e o que isso tem a ver com o direito brasileiro? Onde se encarta, no direito brasileiro incipiente, no incipiente direito do planejamento brasileiro, toda essa elaboração doutrinária, notavelmente realizada, nos últimos anos, sobretudo na Espanha e na Itália?

Palestra proferida no Curso de Extensão em Direito Urbanístico, promovido pela Procuradoria-Geral do Estado, em Porto Alegre, em 13 de setembro de 1980.

Há, pois, essa primeira grande dificuldade para tratar de um tema como esse, a ausência de trato jurídico da matéria e a quase inexistência de balizas normativas que pudessem significar os faróis pelos quais o autor pudesse, no final, se conduzir e se orientar.

Em segundo lugar, essa tentação perigosa, que em vários outros ramos do direito costuma ser objeto de admoestações há, na consulta ao autor estrangeiro, de, necessariamente, acautelar-se para não se trazer, como se fosse um dado de unívoca aceitação, aquele que só tem sentido em face do direito positivo considerado. Isso avulta, extraordinariamente, no direito brasileiro, exatamente pela inexistência de trato dessa ordem.

E, se buscarem por exemplo, a indicação de alguma formulação bibliográfica brasileira sobre o tema, por mais que tentemos rebuscar, afora um ou outro artigo aqui espalhado, temos é o livro famoso de Eros Grau "O Planejamento Econômico e a Regra Jurídica" que, acidentalmente, cuidará, também, do planejamento urbanístico, mas que está, todo ele, dedicado a uma temática mais ampla que a do próprio, e simplesmente considerado, plano urbanístico.

Há, pois, uma grande dificuldade que resulta daquilo que foi objeto da palestra do Prof. Manoel André, qual seja, a da demarcação do campo possível da atividade de planejamento no Brasil. Essa demarcação estaria conectada, imediatamente, a dois tipos de preocupação, uma de índole formal e outra, de índole material.

A de índole formal, resumida no grande tema da competência. Então, quem é competente para editar planos urbanísticos? E a preocupação contéudística, a material, tendo que ver, exatamente, com a definição do alcance, da abrangência e do sentido da idéia de propriedade e das balizas que permitam a atividade interventiva do Estado, quer na propriedade, quer nas atividades econômicas.

Vimos, ainda ontem, aqui, o Prof. Bruno Sérgio colocando, inclusive, em dúvida a própria sobrevivência do direito urbanístico, afirmando se ele não estaria em face de um impasse, tendo em vista, exatamente, a impossibilidade em que estariam, necessariamente, condenados Municípios e Estados para dispor sobre o planejamento prospectivo, cabendo-lhes tão apenas o planejamento limitativo; realmente, a ser inteiramente veraz a suspeita de Bruno Sérgio, isso significará um amesquinamento, e dos mais expressivos, na possibilidade de se desenvolver a atividade do planejamento no direito brasileiro.

Eis, pois, uma outra dificuldade que decorre, necessariamente, do pouco trato e da pouca elaboração, até mesmo, a nível de direito positivo, para a atividade do planejamento no Brasil.

A terceira dificuldade decorre do dado de que só existe, efetivamente, uma baliza concreta de tope constitucional quanto à atividade de planejamento, que é aquela lançada no art. 43, inciso IV, dizendo caber ao Congresso Nacional, entre outras coisas, "legislar e editar planos e programas nacionais de desenvolvimento."

Admitindo-se que plano de desenvolvimento constitua uma alocação mais significativa do que plano urbanístico, sendo pois, muito mais ampla do que a idéia que o simples plano urbanístico propõe, teremos que tentar, também, extrair dessa regra constitucional uma série de conseqüências, que tentaremos hoje, na busca do que seja a natureza jurídica do plano urbanístico, elaborar, sujeito à crítica e sujeito, portanto, ao contraste e ao confronto do opinamento em sentido diverso que qualquer dos senhores queira ter, e que apresentará uma imensa contribuição para mim, porque tão pouco há sobre o assunto e o que quer que tenha sido meditado, por qualquer de nós, sobre o tema, é válido como investigação e como convite ao debate.

Sabemos que o planejamento é uma atividade de ordenamento social. O planejamento urbanístico será esta atividade de ordenamento social configurada num extremamente limitado campo de abrangência, o campo do urbanismo e, mais tipicamente ainda, já que estamos a falar de conteúdo jurídico do plano urbanístico, no campo do direito urbanístico.

Haveria que, brevemente, sumariamente, apenas para que tenhamos estipulado um dicionário comum de acepções, recordar o que é direito urbanístico e, ainda uma vez, como acontece sempre que se há de elaborar uma mínima definição de direito em geral e de qualquer ramo do direito em particular, há que se abandonar, de imediato, a tentativa ou a pretensão de ser extremamente abrangente e abarcar todos os possíveis juízos que alguém já formulou sobre o assunto. Nesse assunto, cada cabeça uma sentença e dificilmente se chegaria a uma linha comum.

Há então, pois, um cuidado semântico. Vamos dizer aqui e agora, o que que é direito urbanístico para o nosso encontro e, a partir desse aqui e agora, construir o que que é plano urbanístico. E, aqui e agora, ficando mais ou menos na linha do que Spantigatti diz que é direito urbanístico, e que um gaúcho, Diogo de Figueiredo, também, diz, no seu livro pioneiro sobre o assunto, o direito urbanístico será exatamente o conjunto de normas dedicadas à ordenação do fenômeno dos aglomerados populacionais.

As formulações de concentração de adensamento populacional, pouco importa ocorra na cidade ou no campo, revelando-se a existência de um teor de densidade ao nível de concentração populacional de uma certa ordem, já configura o fenômeno urbanístico porque, ou indicará a existência da cidade, ou indicará a tendência ou vocação para a cidade e, a tendência ou vocação para a cidade, necessariamente, tem que construir preocupação ao direito urbanístico, sob pena de ele ser, tão somente, um conjunto de preceitos corretivos e não, também, preletivos como, necessariamente, todo ramo de direito deve estar vocacionado a ser.

Assim, o planejamento urbanístico será uma atividade de ordenação social que terá em vista racionalizar os conglomerados humanos, quer se trate de conglomerados humanos colocados na cidade, quer se trate de conglomerados humanos colocados no campo,

desde que, mesmo estes existentes no campo, revelem germes que são indicativos do futuro, remoto ou não, aparecimento daquilo que se denomina o fenômeno urbano. Disso cuidará o direito urbanístico.

A elaboração existente em direito estrangeiro sobre o que seja a configuração desse plano urbanístico põe, de plano, a constatação de dois tipos de preocupação ou de dois tipos de questão que ele, necessariamente, comporta e que, por isso, o jurista, também necessariamente, tem de enfrentar.

De um lado, questões formais, de outro lado, questões materiais. O texto que vocês tiveram, de Spantigatti — e houve um lapso meu, na indicação tão apenas desse capítulo II, porque deveria também, talvez, ter trazido a cotejo o capítulo I —, basicamente debruçado sobre as leis urbanísticas italianas de 42 e 67, afirma que há dois tipos de questão fundamentalmente consideráveis no exame jurídico de um plano urbanístico.

Em primeiro lugar, as questões de natureza formal e elas são basicamente conectadas ao procedimento de formação do plano e à competência para formação e edição do plano; em segundo lugar, as questões de natureza material que são aquelas que dirão respeito ao conteúdo do plano, à finalidade do plano, à eficácia do plano e, finalmente, à natureza jurídica. E aí o nosso tema: a natureza do plano.

Fica isso tudo, portanto, como grande pano de fundo para o debate que, nos minutos seguintes, tentarei construir, para a seqüência dessa sessão de hoje de manhã.

Disso tudo, que é o elenco de dados componentes de um plano urbanístico, constituiria, pelo menos sob o ponto de vista topológico, de imediato, o único teor de nossa preocupação, aquele último, qual seja, a natureza jurídica do plano.

Acontece que a eficácia do plano está extremamente ligada à natureza jurídica desse plano e será necessariamente imprescindível que cuidemos dos dois temas, no momento em que vamos pretender dizer alguma coisa sobre a natureza jurídica do plano.

Defluência fatal e necessária dessa natureza jurídica, quando conseguirmos fixá-la, será a própria eficácia do plano urbanístico e, por isso, nesses dois temas, iremos realmente, confinar o nosso exame e o nosso estudo, na manhã de hoje.

Não apenas esse é o tema que nos preocupa, mas, para todos os autores que escrevem sobre direito urbanístico, esse é o tema que mais papel e tinta consome porque, na verdade, a perplexidade é de tal monta em fixar, por motivos que serão mais adiante indicados, qual é a veraz natureza jurídica desse plano. Na verdade, essa especulação é de tal ordem que já se chegou, inclusive, a dizer que, na verdade, o plano não é sequer uma regra jurídica, tão grandes são as dificuldades postuladas, exatamente pela tentativa difícil de dissecá-lo e de surreender, sob o ponto de vista de um exame jus-filosófico, como poderá ser compreendida essa realidade do mundo normativo.

O próprio Spantigatti, por exemplo, depois de debater, longamente, se se trata de um ato normativo, de um ato administrativo, melhor dizendo, ou se se trata de um ato normativo de índole legislativa, chega à conclusão de que é um ato unitário, que contém, em si, algumas indicações que são tipicamente de direito administrativo e, por outro lado, por exigências decorrentes da própria estrutura constitucional italiana, necessariamente também, revelam a existência de ato legislativo, de ato normativo na espécie. E, como ato misto que seria, engendrando, portanto, um regime unitário específico, haveria também de postular uma série de conseqüências às quais ele se dedica longamente, nesse seu monumental "Manual de Direito Urbanístico".

Um outro notável autor, já agora não mais de direito italiano, mas de direito espanhol, "Los Planes de Urbanismo", Jesús Gonzalez Perez, catedrático da Universidade de Madrid, um alentadíssimo livro realmente, somente sobre os planos de urbanismo, também se dedica, por vários capítulos, sobre a natureza jurídica do plano. E, na verdade, sobretudo em países tal como a Espanha, em que acontece registrada a existência do Contencioso Administrativo, fixar a natureza jurídica do plano urbanístico coloca, de pronto, conseqüências até quanto ao ponto de vista da impugnabilidade do plano. Qual é a sede própria para impugná-lo? É o Contencioso Administrativo ou são os Tribunais Judiciais?

Independentemente da existência ou na inexistência do Contencioso Administrativo, fixar, também, essa natureza jurídica colocará, de pronto, duas outras conseqüências imediatamente importantes a qualquer constatação.

A primeira, de saber qual é a eficácia realmente desse plano, que será extremamente diversa caso ele seja um mero ato administrativo ou caso ele seja efetivamente um ato normativo.

E, também, ao lado do plano da eficácia, o plano do procedimento de formação, já aí, como requisito de validade da própria existência do plano urbanístico.

Fixemos isso à luz do direito brasileiro. No direito brasileiro, lei é um ato de vocação genérica, aprioristicamente posto para disciplina de determinadas relações sociais, produzido, em razão de definição constitucional, segundo um específico processo. O processo legislativo integra o plano de validade da lei. Não é válida a lei que, não obstante tratar de matérias que sejam confiadas a esse tipo de produção normativa no texto constitucional; não obstante se verificar forrada de generalidade, de abstração; não obstante estar sendo produzida antes dos fatos para os quais se dirigirá, tenha sido realizada, tenha sido elaborada com desprezo ao processo legislativo de que cuida o texto constitucional.

O ato administrativo obedece a toda uma outra composição de etapas que não aquela que, necessariamente, há que ser observada para o ato legislativo em sentido estrito. E, se fixarmos, agora novamente voltando para a preocupação espanhola de Jesús Gonzalez Perez e, também, de certa maneira, para a preocupação italiana de Spantigatti a idéia de

que no direito administrativo europeu torna-se, dia a dia mais comum, uma experiência mais e mais vivida, a coparticipação do administrado na feitura do ato administrativo, verificaremos que a existência da consulta prévia ou concomitante ao administrado, para a feitura do plano urbanístico, será imprescindível se ele for um ato de índole administrativa e, será dispensável, se ele for um ato de índole normativa, porque, nesse momento, ela se fará sob o comando da via política, através dos representantes da comunidade nas casas parlamentares.

Então, a fixação dessa natureza jurídica, não é uma simples questão, digamos, de estética ou de literatura jurídica. É uma questão que se coloca no mundo palpável das consequências que o direito, necessariamente, oferece, exatamente em razão, basicamente, desses três tipos de decorrências: a sede da impugnação do plano urbanístico; o cotejo quanto ao seu procedimento formativo, para fins de validade do plano urbanístico; e terceiro, mas de maneira alguma, embora último, o menos importante, a eficácia do plano urbanístico, saber se ele é um comando precipuamente endereçado à Administração e, reflexamente, gerando direitos para a coletividade ou se, pelo contrário, ele é exatamente uma norma destinada à coletividade e obrigando à Administração, na medida em que cria faculdades e direitos para qualquer integrante da coletividade.

Vejam, pois, que em países onde o tema do plano urbanístico se encontra extremamente desenvolvido, tais questões se encontram longamente debatidas até hoje, não obstante, como acontece, por exemplo, no direito italiano e, volto a dizer, no direito espanhol, a sede, a matriz constitucional dê, realmente, asas de grande voo para a elaboração do planejamento urbanístico. Imaginem agora, essas dificuldades no direito brasileiro, onde os juristas se defrontam, exatamente, com a inanição absoluta, em termos de elaboração doutrinária; onde a inexistência das matrizes fundamentais, sobretudo de índole constitucional, constitui um fato patente, palpável. Tanto é assim que só encontramos esse art. 43, inciso IV, com uma formulação extremamente ampla, aplicável ao tema do urbanismo. Onde encontramos, sim, o desafio do dia-a-dia, sobretudo, ao nível municipal, que deve dar a resposta imediata àquelas necessidades peculiares e, realmente, urgentes do administrado, como se torna, realmente imprescindível para aquele que cuida do planejamento e do urbanismo, no campo do direito, dar respostas sem que tenha, entretanto, as matrizes claramente postas, ou as balizas nitidamente indicadas para que ele possa, de maneira mais tranqüila, cumprir com sua finalidade de estudioso do direito e de elaborador de diplomas normativos que vão contribuir para a vida em sociedade.

Não se exauem, entretanto, aí, as dificuldades que esse tema do planejamento urbanístico, do plano urbanístico e, mais ainda adequadamente, que o conteúdo jurídico do plano urbanístico, propõe. Na verdade, há uma questão fundamental e essa questão fundamental está, possivelmente, na raiz de todas essas perplexidades.

O que acontece é que nós, como colonizados, estamos, agora, a conhecer perplexidades que já aconteceram há 30, 40, 50 anos na Europa. Estamos, agora, a nos afundar naquele mar de dúvidas e de indagações e tentamos, de certa maneira, filtrar essas dúvidas e indagações para a nossa realidade. Em 1933 já Rivero escrevia um livro notável, "O Pro-

blema Jurídico do Plano Urbanístico". Nesse livro, escrito há quase 50 anos, dizia ele: "o problema fundamental, a perplexidade matricial que existe no tema do planejamento urbanístico é que, de um lado, é bom, sob o ponto de vista da segurança, que o plano urbanístico seja veiculado pela indicação legislativa; por outro lado, é extremamente necessário que ele seja dotado de flexibilidade".

E, é exatamente no cotejo desses dois valores, a necessária flexibilidade do plano e a necessária segurança dos administrados, dentro dessa contraposição, de um lado a indicar que melhor seria a matriz do decreto ou do ato executivo e, de outro lado, a indicar que a melhor matriz seria aquela editada pela casa legislativa, que se debate, desde então, o plano urbanístico e, de maneira geral, todo o direito do planejamento.

Esse esquema de dúvidas que, em 1933, já Rivero levantou, até hoje não foi, a rigor, solvido e é, exatamente, no embate dessas dúvidas, até hoje não pacificadas, que não faltaram autores que disseram, mesmo; que, na verdade, o plano em geral e o plano urbanístico em particular, tal como aconteceu na norma orçamentária, — nós todos sabemos disso, como durante largo tempo se discutiu se a lei orçamentária era realmente, sob o ponto de vista de técnica, uma lei ou se se tratava de um diploma que assentava diretrizes e comandos políticos — da mesma maneira, se colocou, em face do planejamento em geral e do planejamento urbanístico em particular, se haveria, tão apenas, no plano urbanístico um ato de índole política. Este ato de índole política significava uma manifestação de intenções, uma carta mediante a qual a Administração declararia quais eram os seus projetos e as suas pretensões, tendo em vista grandes comandos para a realização de um ótimo urbanístico.

Como ato meramente político, o plano urbanístico se encontraria despido de sanções que validem o seu comando. Ele se reveia através de comandos secundários.

Também sabemos, hoje, que sequer essa objeção é respeitável, sobretudo, depois da obra notável de Bobbio — estou pensando, em particular, na Teoria da norma jurídica e, também, na Teoria do ordenamento jurídico —, quando afirmou que o caráter sancionatório do ordenamento jurídico é válido na sua globalidade e não em cada uma das normas que compõem esse ordenamento. É possível que o ordenamento apresente várias normas despidas de sanção mas, desde que ela seja, em suas grandes linhas, de índole, de peso sancionatório, teremos ali o específico do ordenamento jurídico, quando confrontado com vários ordenamentos onde, também, a sanção existe, mas é transcendente, não-imanente, como acontece no ordenamento jurídico.

Pois bem, levantou-se, portanto, dúvida, inclusive quanto ao caráter jurídico do planejamento. O planejamento seria, tão apenas, um ato político e não mais do que isso. Se esse tipo de preocupação, que está radicada no plano exclusivamente da técnica, tem contribuído, realmente, para lançar grandes dúvidas sobre a natureza jurídica do planejamento, por outro lado, um outro tipo de preocupação, e essa preocupação de índole ideológica, filosófica e política, tem feito com que o tema do planejamento se encontre, também, profundamente conturbado até os dias presentes.

Chamo atenção, agora, para um autor que estará aqui, encerrando este curso, o mais notável administrativista do continente, Agustin Gordillo. Em seu extraordinário livro, "Planificação, Participação e Liberdade no Processo de Transformações", livro que, como devem saber os senhores, custou-lhe caro, pois custou-lhe toda a carreira universitária, Gordillo coloca, com muita nitidez, algumas tônicas do que, ontem, Bruno Sérgio lembrava aqui, conquanto numa outra dimensão.

Bruno Sérgio ontem, afirmava que a atividade do planejamento, a rigor, se encontra marcada por uma índole concentracionária expressiva. E, ele tentava fixar esse fenômeno à luz, exatamente, do Estado Federativo, que era a proposta da palestra dele. Então, afirmava ele, numa estrutura federativa, sobretudo na estrutura federativa brasileira, a atividade de planejamento tende a concentrar-se na União Federal que, por isso mesmo, passa a ser um fator de reforço para o próprio desequilíbrio federativo. A pretexto de cumprir as finalidades da Federação, a atividade de planejamento contém, em si, exatamente, a semente da progressiva destruição da própria Federação, pelo menos, tal como concebida até os dias presentes.

Tomando esse mesmo tipo de preocupação, ou seja, a preocupação concentracionária, mas extrapolando-a para um outro nível, Agustin Gordillo, nesse livro notável, afirma que a atividade de planejamento é, sobretudo, uma arma extraordinária, autocrática na mão do Estado contra o indivíduo e, pouco importa, inclusive, qual seja o nível em que se produz essa atividade de planejamento, seja ele federal, municipal ou estadual, ele será sempre uma ordenação exógena, uma ordenação ditada por interesse precipuamente estatal, realizada, exatamente, para conformar um ótimo de aparente pacificação — e não de paz social — a fim de que, através da pacificação social se obtenha a reafirmação do caráter autocrático do Estado, em nossos dias e em nosso Continente.

A atividade de planejamento tem, exatamente, extraordinária índole naqueles países onde a autocracia é a regra e, pouco importa que seja a autocracia de direita ou de esquerda, porque, no final de contas, sabemos nós, nada é tão parecido a uma extrema esquerda, como uma extrema direita, e vice-versa.

Então, em razão disso, nesses Estados de regime exacerbado, a atividade de planejamento constitui um dos dados essenciais da própria atividade estatal. Às vezes, é mais importante planejar do que realizar, porque através do planejamento, o que eu consigo, exatamente, é congelar, manter estruturas e, sobretudo se eu dou ao plano o caráter de norma jurídica e, se o aperfeiçoar, sob o pretexto de que estou a aperfeiçoar este caráter da norma jurídica, com a agregação, aos comandos preceptivos do plano, de toda uma índole de preceitos sancionatórios, tenho mais uma arma extraordinária de sufocação da coletividade, em vista dos interesses pretensamente gerais, porque, como nós sabemos, ainda não chegou aqui no Continente, definitivamente, aquela distinção fundamental de Renato Alessi, entre interesse primário e interesse secundário do Estado. E, aqui, continua a ser o interesse do Estado o interesse primário; e o interesse da coletividade, que é o secundário.

Daí lembrar muito bem Gordillo, que o planejamento tem sido, no nosso Continente, não apenas uma fórmula de ordenação social, mas, também, uma fórmula de reafirmação da autoridade e, por isso, é necessário criar quase que uma teoria do planejamento dedicada à nossa experiência e à nossa vivência. Enquanto conhecemos, na história do desenvolvimento da técnica e do direito do planejamento, sobretudo no seu nascimento, a idéia do plano diretivo, do plano determinante, devemos, mais e mais, caminhar para o planejamento participativo; deveremos tentar, exatamente, cuidar de que o planejamento em nosso Continente, ao menos enquanto não estejamos em outro nível e em outra estatura de desenvolvimento psíquico-político, deverá esse planejamento ser, quase sempre, configurado e caracterizado como um documento de índole jurídica que requeira, necessariamente, a participação do indivíduo a quem se dirigem os seus comandos, e que tenha, basicamente, um caráter indutivo, e não, diretivo. Então, nessas grandes linhas se poderá, realmente, admitir que o planejamento será uma atividade estatal de grande valia e de grande interesse para a coletividade.

Vejam que estou, tão apenas aqui, até esse exato momento, tentando colocar quais são as dificuldades que o tema do planejamento, sob uma perspectiva ideológica, tem criado e gerado no curso do tempo.

Tentemos, entretanto, caminhar um pouco mais. Postas as dificuldades em realce, trazidas elas, portanto, à primeira linha verificaremos o que fazer, não obstante as dificuldades eis que, como jurista, não se pode alguém recusar à resposta que o direito propõe, tão apenas porque ela seja difícil.

Afirmei a início: há apenas uma baliza constitucional. Pois bem, essa baliza é o inciso IV do art. 43 da Constituição Federal. Dessa baliza vamos extrair, já e já, algumas formulações importantes para tentar surpreender qual é a natureza jurídica do plano.

Deixemos porém, entre parênteses, por curto espaço de tempo, esta baliza e caminhemos para a vivência objetiva do planejamento no Brasil.

Nas suas grandes linhas, a atividade de planejamento, no Brasil, se tem, marcadamente, derramado nos chamados planos nacionais de desenvolvimento, os PNDs, de que já temos três, editados desde o advento da revolução de 1964.

É singular como o planejamento surge, historicamente, no Brasil, nessa sua dimensão macroscópica. Ele surge, exatamente no momento em que o Estado quer se afirmar como um Moloch, presente em todas as nossas manifestações. É singular que, até então, o planejamento fosse olhado com desconfiança, como sendo uma arma que já trazia em si a característica de um estado de coisas marxistas, um sistema filosófico comunista. E, como, na verdade, em razão daquela afinidade necessária que há entre direita e esquerda, quando se afirma um regime autocrático de outra índole, se busca imediatamente, no arsenal jurídico que o direito comparado fornece, a idéia do planejamento.

E, vai-se buscar a idéia do planejamento na sua pior formulação. Vai-se buscar, exatamente, um planejamento que é abrangente, sufocantemente abrangente, de todas as manifestações da vida coletiva. Se o PND fosse para valer, realmente, a nossa vida seria um inferno maior do que é, porque ele tem uma pretensão, uma vocação, de comandar todos os fenômenos da vida social, de tal índole magnificada essa pretensão, que pouco haveria que fazer para Estados e Municípios, se tivessem sempre e sempre que pensar remissivamente aos planos nacionais de desenvolvimento.

Mas, não apenas aí se utilizou mal a experiência de planejamento. Fez-se mais. Sabemos nós que, nos três PNDs, há dois tipos de regra, que me parecem, absolutamente inacreditáveis, inaceitáveis na estrutura, no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro tipo de regras é aquele que afirma que o PND constitui tão apenas uma indicação de diretrizes e de prioridades. O que está pretendendo, o administrador público brasileiro, dizer, quando afirma que o PND é um simples elenco de diretrizes e prioridades? Na verdade, o que ele está pretendendo dizer é o seguinte: isto que aqui está, não me obriga de maneira alguma; se eu, amanhã, quiser mudar, se as prioridades forem outras, eu poderei readaptar as diretrizes e, portanto, os diplomas de concreção dessas diretrizes, e dessas prioridades, seguirão ao sabor dos ventos, das novas conveniências que a realidade estatal, em certo momento, indique como preferenciais ou indique, afinal de contas, os que devam ser trilhados.

E a segunda regra de ouro para os formuladores do PND e, não direi qual é o mineral com o qual eu a qualificaria, é aquela que afirma a possibilidade da sua modificabilidade intrínseca, através de atos do executivo, ou seja, através de decretos. Baixadas as grandes diretrizes e prioridades do PND, o resto é o campo do Decreto, é o campo da delegação, numa Constituição que veda delegações.

Vejam como, realmente, se apresenta inteiramente despido de organicidade, à luz de um contraste, de um confronto constitucional, o PND, quando com seriedade se pretenda dar um trato científico ao do que aqui se cuida. A experiência brasileira, portanto, do planejamento, nas suas grandes linhas, é, basicamente, desastrosa e incide em todos aqueles defeitos que Rivero e Gordillo, e que tantos outros, têm indicado pelo tempo afora. Estamos, ainda uma vez, com 40 ou 50 anos de atraso a que fomos fatalmente conduzidos pelo nosso papel de colonizados e subdesenvolvidos, pela nossa fatalidade histórica de colonizados e subdesenvolvidos.

Tentemos pois, agora, por fim, extrair qual seria, numa perspectiva de estética jurídica, afinada com nosso diploma fundamental, nosso texto constitucional, qual seria a natureza jurídica desse plano urbanístico, qual seria o seu conteúdo e, afinal, quais seriam as conseqüências da sua existência.

O art. 43, IV, afirma que compete ao Congresso Nacional baixar planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Este artigo, estipulando competência para um dos Poderes

do Estado, de imediato, por força dos artigos 10 e 13 da própria Constituição, na medida em que ele se refere a um dos temas fundamentais da estrutura constitucional, ou seja, o relacionamento de Poderes, é de obrigatoria recepção para Estados e Municípios.

A primeira regra que se tira, portanto, é de que os planos são comandos que, necessariamente, precisam do agasalho legislativo, sem o que, não podem existir no mundo do direito.

No plano estadual e no plano municipal, o plano de qualquer ordem, portanto, também o urbanístico, há de ser, necessariamente, editado mediante lei e, lei em sentido estrito, lei produzida segundo um processo legislativo específico, realizado por uma Casa que pretensamente, quando não está de recesso, é composta por representantes da coletividade.

Nem poderia ser de outra forma: se, na verdade, o planejamento se dirige à ordenação da vida social, há de ser produzido, exatamente, por aqueles que são os partícipes desse drama da vida social e não por quaisquer outros que, sentados em gabinetes, produzam, na penumbra, aquilo que é um comando, com a pretensão de ser a norma última da sabedoria jurídica.

Então, primeira conseqüência que se tira do inciso IV do art. 43, é que, no Brasil, o plano urbanístico tem natureza normativo-legislativa. Não cabem, portanto, aqui, as extraordinárias contribuições, por exemplo, de Spantigatti e de Gonzalez Perez, porque são realizadas à luz do seu direito específico, à luz do direito positivo espanhol, do direito positivo italiano, do direito positivo francês, alemão, colombiano ou de quem quer que seja. Na verdade, no Brasil, por decorrência dessa matriz constitucional, o plano urbanístico, necessariamente, há que ser veiculado através de lei.

E, aí, surge a sua grande, a sua conseqüência luminosa, não apenas através do art. 43, inc. IV, mas em razão do art. 153 § 2º. Se, de acordo com o parágrafo 2º do art. 153, essa sim a regra fundamental de toda a nossa incipiente obra jurídica, ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, e lei aí só pode ter aquele sentido de diploma produzido mediante processo legislativo específico, realizado por Casa com competência adstrita para tal, na qual exista representação da Coletividade, mesmo na ausência hipotética do inciso IV do art. 43 já se teria a formulação indiscutível de que, no direito brasileiro, o plano urbanístico, necessariamente, só terá validade se for editado através de lei. Fora daí, sim, será uma simples carta de intenções, mas que não obriga o administrado.

Pois bem, daí decorre, exatamente, a conseqüência fundamental, a conseqüência, digamos, áurea dessa natureza jurídica que, a essa altura, já se pode surpreender: o plano urbanístico é um comando normativo de índole legislativa. Essa é a sua natureza jurídica, essa é, realmente, a pedra-de-toque que serve para tipificar qual é a natureza dessa regra de conduta.

E a sua consequência fundamental é que ela cria um dever jurídico geral: o plano urbanístico obriga, cria direitos e obrigações. Direitos e obrigações que geram uma trama que se endereça a todos aqueles que são destinatários do preceito contido no plano urbanístico, ou seja, quando a Administração, através de um plano urbanístico, indica determinada finalidade, ela cria um direito público subjetivo à coletividade, de pedir e exigir aquela determinada finalidade que é colocada no texto planejatório fundamental.

O planejamento, porque se veicula através de lei, obriga, tal qual qualquer lei; obriga para criar limites à Administração que não poderá ir além daquilo que o plano contém; obriga para criar, também, faculdade para o administrado, no sentido de exigir a realização daquelas metas contidas no planejamento; obriga, também, no sentido de que, na medida em que criou a faculdade para o Estado, uma "facultas agendi", imediatamente legitimou o particular que se sinta atingido e prejudicado em razão dessa atividade não só de realização do que se continha no planejamento, mas da própria eleição, tal como formulada no planejamento, abre, de plano, para o administrado, a possibilidade de pedir reparações dentro da linha de uma pergunta, ontem muito adequadamente colocada, na seção de debates, em seguida à conferência do Prof. Bruno Sérgio.

Isso porque, superou-se, já de longa data, no Brasil, uma perplexidade que, por exemplo, o direito administrativo italiano conheceu, que o direito administrativo português conheceu, qual seja, de saber se a atividade lícita do Estado também gera a obrigação de indenizar quando acarreta prejuízo. Hoje em dia, sobretudo em razão do art. 107, pensando em termos de nossa Constituição atual uma regra que, na verdade, vem, pelo menos com muita nitidez desde a Constituição de 1946, mas que, com nitidez implícita já havia pelo menos desde 1891, na verdade, qualquer atividade estatal que provoque prejuízo e, pouco importa seja atividade lícita ou ilícita, obriga à reparação.

Então, a edição de plano, contida que é dentre as faculdades e possibilidades de atuação estatal, não obstante isso, não significa, pela sua simples licitude, que iniba o administrado, que se veja prejudicado com qualquer perspectiva ou prospectiva do plano, a pleitear reparação, da Administração Pública.

Ontem se trouxe um exemplo: um novo zoneamento no bojo de um plano urbanístico, criando restrições à utilização da propriedade, fazendo com que a propriedade não permita aquele mesmo nível de aproveitamento que conhecia antes da incidência daquela regra de planejamento urbanístico. Isso significa prejuízo. É um prejuízo que pode ser exigido? Sim, a coletividade pode exigir, de cada um de nós, um determinado prejuízo. Mas, por ser exigência da coletividade, é um prejuízo que deva ser suportado sem qualquer reparação? Não na nossa ordem constitucional, porque, em razão do princípio fundamental da igualdade na distribuição das cargas públicas, se, na verdade, no momento em que o plano consigna uma cominação que se dirige em desprivilégio a alguns, abre, para esses alguns, a faculdade de pleitear reparações, desde que específico e excepcional o prejuízo.

Claro está que estou a fazer esse tipo de análise, nesse exato momento, inteiramente despidido de informação ideológica, na medida em que é possível guardar alguma neutralidade em qualquer conceito cultural. Melhor seria que, sempre que houvesse um interesse coletivo, facilmente aferível, contivesse o nosso texto constitucional, inclusive, cláusulas que eximissem o Poder Público de reparar, total ou parcialmente, porque, no final das contas, essa reparação pelo Poder Público vai ser paga com o nosso bolso mesmo.

Então, bom seria, talvez, que o texto constitucional brasileiro contivesse uma saída dessa ordem. Entretanto, ele não a contém. E, às letras expressas, até, ele contém, bem ao contrário, defluentes, sobretudo, conforme acabei de referir há pouco, do préfalado art. 107 da Constituição Federal.

Oue conclusão se pode, à guisa de arremate, e, para manter-me estritamente adstrito ao tempo prometido, que conclusão se pode, portanto, tentar formular de tão ingente assunto e tarefa?

A primeira é de que esse planejamento é uma regra jurídica de índole normativa e de cunho legislativo. Essa absolutamente essencial. Não cedemos, ainda, inteiramente, a bandeira. Pode ser que a autocracia reganhe forças e acabe também por nos sufocar neste campo. Mas, tal como posto, na nossa grande construção jurídica brasileira, o plano urbanístico só é válido se veiculado através de lei em sentido estrito. E, essa é a sua natureza jurídica, ele é uma regra legal, entendida a palavra legal na sua concepção mais estrita.

E a segunda grande conclusão, defluente, necessariamente dessa primeira, é que, como regra legal ele cria realmente um dever jurídico geral.

A idéia de dever jurídico geral, tal como é consagrada em Kelsen, significa, na verdade, uma formulação bivalente porque atribuição de direito e faculdade: atribuição de faculdade a alguns, imposição de obrigações a outros. Essas faculdades e obrigações, na medida do possível revestidas de um mecanismo sancionatório. Ainda que não haja sanção expressa, haverá, sempre, a sanção implícita que decorre, exatamente, da natureza legislativa do plano. Se ele tem natureza legislativa, este comando é exigível juridicamente e, se ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa ou a fazer, senão em virtude de lei, essa regra se aperfeiçoa com o parágrafo 4º do mesmo art. 153.

Se o plano me cria uma faculdade, a infringência, não-atendimento, a não-observância dessa faculdade me habilita a pleitear dos Tribunais a reparação que significará, exatamente, a realização do Estado ou a meta visada no planejamento urbanístico. Daí poder eu ir aos Tribunais, de acordo com o § 4º do art. 153, ou para pedir reparação, ou para impugnar a validade de um plano na medida em que, eventualmente, ele discrepe das balizas materiais, ou porque a Administração está a comportar-se em diversidade, relativamente àquilo a que se obrigou porque ela se obrigou, no plano.

Essa índole, essa natureza jurídica, portanto, de regra legal, lança luminosa perspectiva para toda a temática do plano urbanístico e, somente entendida dentro desse contex-

to, é que poderá caminhar para a elaboração científica de um direito do planejamento e, também, para uma elaboração programático-científica de planos urbanísticos com seriedade em nosso país.

O drama fundamental de Rivero, ou seja, a contraposição, flexibilidade, dinamização, necessidade de atuar da Administração de um lado e, fixidez, porque segurança, da norma legal que há de circular, do outro, há que ser, sempre, respondida de acordo com as conjunturas e as circunstâncias que cada Estado acuse. Não há regra apriorística que sirva para uma universalidade, neste caso concreto. Para nós, o mais importante, ainda, é o valor da certeza; é melhor que tenhamos a certeza do amparo e do agasalho de que o plano seja editado mediante regra legal, e que tenha a relativa imutabilidade do comando legal em sentido estrito, do que colocar mais essa perigosa arma na mão do administrador porque, de armas perigosas e mal usadas estamos cansados, na história e, particularmente, na história recente, de 64 para cá.