

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE
Procuradoria Geral do Município

PGM - PARECER SINGULAR Nº 1214

EMENTA: LC 799/16, que instituiu áreas de AEIS III na Macrozona 10 para atender ao Programa Minha Casa Minha Vida. Aparente incompatibilidade com a LC 630/09, que criou a Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro. Leis válidas de mesma hierarquia. Antinomia parcial: Orientação com base no dever de coerência e interpretação por mais de um critério de solução de antinomias.

À PGA/DPUMA:

O presente processo foi encaminhado a esta Procuradoria Especializada pelo despacho 11454114, diante da aparente antinomia entre as Leis Complementares nº 630/2009 e nº 799/2016.

A primeira (12091892) é a Lei que instituiu a Operação Consorciada da Lomba do Pinheiro e a segunda (12091897) a que alterou limites de Subunidades e de Unidades de Estruturação Urbana (UEUs) das Macrozonas (MZs) 02, 03, 04, 05, 07, 08 e 10, criou Subunidades em UEUs dessas MZs, correspondentes a áreas de empreendimentos aprovados no Programa Minha Casa, Minha Vida, da Caixa Econômica Federal (CEF), e de novos empreendimentos destinados à produção habitacional, que atendam à Demanda Habitacional Prioritária (DHP).

Ao fazer isso, A LC 799/2016, criou, entre outras, as Subunidades SUBUEU 42 e SUBUEU 49, na Macrozona 10 (área abrangida pela Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro), instituindo Área Especial de Interesse Social- AEIS III, como se verifica no art. 28:

Art. 28. Na UEU 03 da MZ 10, ficam alterados os limites das Subunidades 25 e 30, e ficam criadas as subunidades 41, instituída como AEIS III, a Subunidade 42, com o mesmo regime urbanístico da Subunidade 30, e a Subunidade 49, instituída como AEIS III, conforme o Anexo XXVIII desta Lei Complementar."

No caso concreto da consulta deste SEI (10981476) tem-se em aberto uma etapa de EVU de Loteamento do Programa Minha Casa Minha Vida para o imóvel localizado na Estrada João Antônio da Silveira, 4500, que se insere no contexto de a AEIS III instituída pelo art. 28 da LC 799/2016 (vide Anexo XXVIII - 12091903) .

O problema se estabelece por que, como explica a Unidade de Empreendimentos e Operações Urbanas do Escritório de Licenciamento–UEMPROUR/CDU/DGEL (12091914), considerando o que dispunha a LC 630/2009 (Lei da Lomba - 12091892), incidiam sobre a gleba, na condição de Regime Urbanístico Básico – R.U.B., as Subunidades SUBUEU 25 (Zoneamento de Uso “Apta a Ocupação 2”) e SUBUEU 30 (Zoneamento de Uso “Área de Proteção do Ambiente Natural – APAN”), bem como na condição de Regime Urbanístico Máximo – R.U.M., as Subunidades SUBUEU 93 (Zoneamento de Uso “Centralidade 2”), SUBUEU 91 (Zoneamento de Uso “Área Especial de Interesse Social - AEIS III”) e SUBUEU 68 (Zoneamento de Uso “Parque Natural – PANAT”)."

Em palavras leigas, a LC 630/2009 dava um tratamento para a área conforme os critérios ali estabelecidos e que podem ser visualizados nos mapas de Regime Urbanístico Básico - R.U.B. (12091919) e de Regime Urbanístico Máximo - R.U.M. (12091920), que são, respectivamente, os Anexos I e III da LC 630/2009, enquanto a LC 799/16 dá outro tratamento à mesma área.

No entendimento da UEMPROUR,

"a intenção do gravame de uma “Área Especial de Interesse Social - AEIS III” sobre o Zoneamento de Uso “Apta a Ocupação 2” é incompatível com as premissas e princípios fundamentais e trazidos pela LC 630/2009, uma vez que remete direta e concretamente ao conceito de incremento de capacidades urbanísticas e construtivas - para além do estabelecido pelo R.U.B."

O empreendedor, por sua vez, entende que a gleba em questão não estaria sujeita a nenhum dos regimes básicos ou máximo da LC 630/2009 (Lei da Lomba),

"porquanto a LC 799/2016 expressamente (i) reduziu os limites geográficos da SUBUEU 25 e 30 (excluindo a gleba de tais subunidades) (ii) criou a SUBUEU 49, inserindo a gleba integralmente em tal subunidade e, sobretudo (iii) criou regime urbanístico específico para a SUBUEU 49 em seu art. 34"

Por esse motivo, insurge-se contra a forma de cálculo das contrapartidas (pela Lei 630/2009), dizendo a seu favor que a LC 799/2016 é taxativa ao prever que o empreendimento deverá destinar no mínimo 20% de unidades habitacionais a família de renda de 0 a 3 salários mínimo e que essa "contrapartida" está prevista no empreendimento em aprovação.

Já o Parecer Técnico (12091914) chama a atenção para a LC 630/2009, que estabelece os critérios para as contrapartidas no art. 12, lembrando que partir dos parâmetros apresentados seria possível considerar ainda a possibilidade de redução dos valores de contrapartida, a depender do posicionamento do Comitê de Desenvolvimento da Operação Urbana Consorciada quanto a modalidade de contrapartida a ser recebida (art. 11 c/c 13). Entende que a adoção dos critérios da LC 799/2016, em sobreposição àqueles da LC 630/2009, consistiria em 'renúncia fiscal'.

Instada a se manifestar, a PMS 06 proferiu a Informação 2 (11166879), fundada na Lei de Introdução às normas no Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, alterado pela Lei Federal nº 12.376/2010), concluindo que:

"havendo incompatibilidade entre o regime urbanístico instituído pela LC nº 799/2016 e aquele disposto pela LC nº 630/2009, deve ser aplicada a lei posterior às áreas destacadas, ainda que estivessem inicialmente abrigadas pela "Lei da Lomba".

Dita informação é submetida ao nosso crivo.

É o relatório.

O tema é complexo e pede uma análise mais aprofundada.

Em primeiro lugar, porque a solução para o problema trazido por este empreendedor não se resume ao caso concreto.

Como se verá, a LC 799/2016 não instituiu apenas uma área de AEIS III, que é aquela do art. 28, que afeta o empreendimento em questão, mas sim promove cinco (05) intervenções (criação / alteração de limites de subunidades) no território da Macrozona 10 (onde existe a Operação Urbana Consorciada da LC 630/09), para fins do estabelecimento de Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS III, para produção habitacional, em atendimento à Demanda Habitacional Prioritária;

Tais intervenções estão expressas nos seguintes artigos / anexos:

Art.27 / Anexo XXVII e Art. 47;

Art.28 / Anexo XXVIII e Art. 34 (gleba em questão);

Art.29 / Anexo XXIX e Art. 52;

Art.30 / Anexo XXX e Art. 47;

Art.31 / Anexo XXXI e Art. 47;

Em segundo lugar, porque se torna necessário averiguar a ocorrência ou não de antinomia (incompatibilidade entre as duas leis) e, em caso afirmativo, resolvê-la.

Por antinomia jurídica, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr,* entende-se *"a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado."*

Dizia Norberto Bobbio* que, por um dever de **coerência**, *"num ordenamento jurídico não devem existir antinomias"*.

"A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento."(...) *"Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem a uma mesma categoria"*.

1) Esclarecimentos Preliminares

1.1) Instituição de AEIS III conforme o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - PDDUA (LC 434/99 com alterações posteriores)

Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS) estão disciplinadas nos artigos 75 a 78 do PDDUA e, conforme art. 76 do PDDUA, as AEIS são aquelas destinadas à produção e à manutenção de Habitação de Interesse Social, com destinação específica, normas próprias de uso e ocupação do solo.

As AEIS I são instituídas por Decreto Municipal para assentamentos autoproduzidos por população de baixa renda em áreas públicas ou privadas.

As AEIS II também são instituídas por Decreto Municipal para as hipóteses de loteamentos públicos ou privados irregulares ou clandestinos que atendam a condições de habitabilidade.

Finalmente, as AEIS III, que são objeto de nosso exame, não podem ser instituídas por decreto, dependem de lei ordinária.

A instituição de AEIS III presume:

- 1) tratem-se de imóveis não edificados ou subutilizados;
- 2) em área de ocupação intensiva;
- 3) para implantação de Habitação de Interesse Social
- 4) com interveniência do Poder Público.

Há ainda as AEIS IV, para as áreas ocupadas mais precárias.

1.2) Alteração de Regime Urbanístico pelo PDDUA

O artigo 162, do PDDUA, LC 434/99, dispõe o seguinte:

Art. 162. Serão objeto de lei as matérias que tratem de:

...

VI – alteração dos Anexos 1, 2, 3, 4, 5.1, 5.7, 6, 7, 8 e 11 desta Lei Complementar.

Observa-se que o Regime Urbanístico vem tratado no Anexo 1 do PDDUA. Então, de modo geral, a alteração do regime urbanístico deve ser feita por lei, com a ressalva de que no caso das AEIS, a definição de regime urbanístico será por decreto quando a sua alteração restringir-se ao uso e outros indicadores – não modificando índices de aproveitamento e densificação em relação ao entorno – e por lei ordinária quando as alterações modificarem índices de aproveitamento e densificação (art. 78 do PDDUA).

1.3) Existência de um Sistema como pressuposto para a correta interpretação das normas em exame

No caso em análise, a instituição de AEIS III e alteração de Regime Urbanístico se deram por Lei Complementar, como são a LC 434/99 (Plano Diretor) e LC 630/09 (Lei da Operação Urbana).

É importante frisar que a Lei Orgânica do Município, no seu art. 76, diz que "as leis dos Planos Diretores" serão objeto de Lei Complementar e que os projetos de Lei Complementar somente serão aprovados se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros da Câmara Municipal, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

Assim, temos três Leis Complementares que integram um sistema (estruturado por uma delas - Plano Diretor), o que deve ser levado em consideração na hora da aplicação e da interpretação dessas leis.

Os princípios estruturantes do Plano Diretor de Porto Alegre se encontram no art. 212 da Lei Orgânica, que é lei maior, e que devem ser observados por todas as leis que integram esse sistema, a saber:

"Art. 212 O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano é peça fundamental da gestão do Município e tem por objetivo definir diretrizes para a execução de programas que visem à redução da segregação das funções urbanas e ao acesso da população ao solo, à habitação e aos serviços públicos, observados os seguintes princípios:

I - determinação dos limites físicos, em todo o território municipal, das áreas urbanas, de expansão urbana e rurais e das reservas ambientais, com as seguintes medidas:

- a) delimitação das áreas impróprias à ocupação urbana, por suas características geológicas;*
- b) delimitação das áreas de preservação ambiental;*
- c) delimitação de áreas destinadas à implantação de atividades com potencial poluidor, hídrico, atmosférico e do solo;*

II - determinação das normas técnicas mínimas obrigatórias no processo de urbanização de áreas de expansão urbana;

III - delimitação de áreas destinadas à habitação popular, atendendo aos seguintes critérios mínimos:

- a) dotação de infra-estrutura básica;*
- b) situação acima de quota máxima das cheias;*

IV - ordenação do processo de desmembramento e de remembramento;

V - estabelecimento das permissões e impedimentos do uso do solo em cada zona funcional, assim como dos índices máximos e mínimos de aproveitamento do solo;

VI - identificação dos vazios urbanos e das áreas subutilizadas, para o atendimento do disposto no art. 182, § 4º, da Constituição Federal;

VII - estabelecimento de parâmetros mínimos e máximos para parcelamento do solo urbano, que assegurem o seu adequado aproveitamento, respeitadas as necessidades mínimas de conforto urbano.

2) Operação Urbana Consorciada

Se o Plano Diretor é o instrumento básico da Política de Desenvolvimento e Expansão Urbana (art. 182, par. 1º da Constituição Federal) há outros instrumentos que

podem e devem ser utilizados, desde que com ele estejam compatibilizados, a partir da noção de sistema antes referida.

A Operação Urbana Consorciada é um dos instrumentos da política urbana estabelecidos no Estatuto da Cidade, Lei Federal N. 10.257/2001 e consiste em um instituto jurídico e político que deve ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil (art. 4º, IV, "p", e par. 3º e arts. 32 e 34).

Sobre o tema, assim ensina Vanesca Buzelato Prestes*:

"As operações urbanas consorciadas estão definidas como um conjunto de intervenções coordenadas pelo Poder Público, envolvendo diversos interessados, visando melhorias urbanas e valorização ambiental. Para realizar uma operação urbana consorciada faz-se necessário aprovação de lei específica, articulada com o plano diretor. São requisitos da lei: a forma de controle da operação partilhado com a sociedade civil e a realização de estudo de impacto de vizinhança, apontando os aspectos positivos e os negativos desta. Pode estar previsto na lei a transferência de potencial construtivo no âmbito da operação, bem como certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria Operação. Importante destacar que, em se tratando de lei específica, afasta leis gerais, a exemplo das leis de uso do solo que vigoram nas cidades.

A operação urbana consorciada do Estatuto da Cidade exige participação popular no planejamento, gestão, acompanhamento e avaliação desta, sendo expressão do princípio da democracia participativa na gestão urbano-ambiental. E, necessariamente como corolário de uma operação urbana, que exige planejamento urbanístico, ambiental, econômico e social com todos aqueles envolvidos na operação – proprietários, possuidores, moradores, comerciantes etc. da área atingida - temos a expressão do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental. Operação urbana, realizada na forma do Estatuto da Cidade, que não observe os princípios do Estado Socioambiental, descumpra a finalidade para a qual foi criada."

Diz o Estatuto da Cidade que, a partir da aprovação da lei específica que instituir uma Operação Urbana Consorciada, serão *nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada*, de modo que não resta opção ao Poder Público, a não ser observar a lei municipal.

No que diz respeito às contrapartidas, esclarece a autora que *"contrapartida é a denominação atribuída pelo Estatuto da Cidade para estabelecer a valoração de algo antes intangível e que passa a ter valor, na medida em que terá benefício direto ou indireto com a realização da Operação Urbana Consorciada. Não é tributo nem preço público e também não se confunde com as medidas compensatórias decorrentes do licenciamento ambiental."*

"Em geral, as contrapartidas se perfectibilizam em obras públicas vinculadas às finalidades da Operação (vias, urbanização de praças, implantação de esgotamento sanitário, estação de tratamento de esgoto, etc.), destinação bens imóveis no âmbito da Operação Urbana para cumprir com as finalidades desta (ex: criação de unidade de conservação), destinação de habitação Interesse social e oferta de lotes a preço compatível com a renda da demanda habitacional prioritária, ou contrapartida financeira, destinada à conta vinculada à Operação Urbana Consorciada. O importante é que ocorra uma equação econômico-financeira que demonstre a adequação e a compatibilidade entre o valor auferido

com a Operação e a contrapartida ofertada."

"A contrapartida não pode nem ser vil nem extorsiva. Precisa ser proporcional e razoável."

A propósito do tema, importa corrigir desde já uma primeira informação trazida pelo empreendedor (vide requerimento 10981476), no sentido de que o atendimento do art. 57 da LC 799/16 estabeleceria contrapartidas, o que não parece ser o caso.

2.1) A Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro

A Lomba do Pinheiro é um bairro da zona leste de Porto Alegre, criado pela Lei 2002/1959, com limites estabelecidos pela Lei 7954/1997, alterada pela Lei 12.112/16, localizado em uma região que durante muito tempo manteve características rurais. A urbanização, ao longo dos anos, vem se dando com ampla participação da comunidade organizada.

Foi para essa região que se desenhou a primeira Operação Urbana Consorciada do Município de Porto Alegre, como instrumento de Política Urbana previsto no Estatuto da Cidade e que culminou na edição da LC 630/2009.

A Operação compreende um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Executivo Municipal, com a participação de proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, que tem o objetivo principal de alavancar o desenvolvimento urbano, econômico e social da região da Lomba do Pinheiro.

A área de estudo do projeto aprovado abrange o território ao longo das Estradas João de Oliveira Remião e João Antônio da Silveira, desde a Avenida Bento Gonçalves até a Restinga. É composta por parte dos bairros Agronomia e Lomba do Pinheiro, abrigando uma população em torno de 54.000 habitantes, de acordo com dados do Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mas que, segundo projeções da PMPA, esse número teria chegado a cerca 64 mil habitantes em 2006, aplicando-se a taxa de crescimento do bairro para a última década, sendo hoje ainda maior.

"O Projeto Integrado da Lomba do Pinheiro que, desde 1998, se desenvolve na Prefeitura, promoveu diversos estudos e encontrou na Operação Urbana Consorciada a forma de implementação das diretrizes de desenvolvimento, quanto a propostas diferenciadas de uso e ocupação do solo e incentivo aos programas de atendimento físico, ambiental, econômico e social", justificou o então Prefeito no projeto, quando da aprovação da Lei.

Eis a síntese da lei aprovada, publicada no site da Câmara de Vereadores*, à época:

"Com base no Estatuto da Cidade, o PLC aprovado define regras de uso e ocupação do solo na Lomba do Pinheiro, através de regimes urbanísticos diferenciados, propondo atividades e capacidade construtiva em áreas consideradas aptas à ocupação urbana, além de incentivar atividades que venham a incrementar a economia da região, permitidas através da análise do impacto e incômodo. Fica definido que a Operação Consorciada atenderá às estratégias do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA) de Porto Alegre e a legislação ambiental vigente, tendo como instrumentos de avaliação dos impactos o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/Rima) ou o Relatório de Impacto Ambiental (RIA/DS) ou o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), a serem adotados conforme as peculiaridades da proposta apresentada pelos empreendedores.

Regimes urbanísticos

Os regimes urbanísticos distintos criados definirão os dispositivos que regulam a paisagem local, com edificação ou não, para a área denominada Lomba do Futuro. A

Operação Consorciada adotará os regimes urbanísticos Básico e Máximo e Sistema Viário. O projeto aprovado também altera a Divisão Territorial e o Regime Urbanístico da Lei Complementar nº 434, de 1º de dezembro de 1999, na área denominada Lomba do Futuro, com a criação de quatro Macrounidades (10.001, 10.002, 10.003 e 10.004) e suas respectivas subunidades.

A Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro permite a utilização do Regime Urbanístico Máximo, nas áreas e parâmetros indicados pelo projeto, como alternativa ao Regime Urbanístico Básico, mediante contrapartidas definidas no Plano de Melhorias e assinatura de Termo de Compromisso. A proposta aprovada também altera os limites, zoneamento de uso e o Regime Urbanístico de algumas Unidades de Estruturação Urbana (UEU) do Plano Diretor. Para as Subunidades 70, 75, 77 e 78, fica delimitado e indicado o território para a elaboração do Projeto Especial – Rincão, devendo ser mantidas as características rurais do local e definidas regras específicas.

O Plano de Melhorias Urbanas compreende um conjunto de intervenções físicas e ambientais, sociais e econômicas, cuja implementação ocorrerá através de Programas de Atendimento, aprovados pelo Comitê de Desenvolvimento, para a consecução dos objetivos e finalidades desta Operação Urbana Consorciada. São criados os setores Beco do Davi, Mariante e Arroio Agronomia para a implantação preferencial do Plano de Melhorias, bem como os Programas de Atendimento físico-ambiental e sócio-econômico, com suas respectivas ações.

Contrapartidas

As contrapartidas decorrentes da utilização do Regime Urbanístico Máximo poderão ser em: obras públicas vinculadas às Finalidades e Programas da Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro; bens imóveis situados dentro da Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro; Habitação de Interesse Social (HIS) e oferta de lotes de preço compatível com a renda da Demanda Habitacional Prioritária; glebas e lotes urbanizados para reassentar famílias em áreas de risco ou áreas inadequadas à ocupação; e financeira, integrada à conta vinculada à Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro. As contrapartidas não isentam o empreendedor das medidas mitigadoras e compensatórias apontadas nos instrumentos de gestão ambiental e urbanística.

No caso de edificação pelo Regime Urbanístico Máximo, a contrapartida será correspondente a 50% do índice de aproveitamento do que o empreendedor crescer em relação ao Regime Urbanístico Básico. Se houver parcelamento do solo, a contrapartida será de 30% a 50% do número de unidades que o empreendimento crescer em relação ao Regime Urbanístico Básico, considerando os custos necessários para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, além do comprometimento ambiental da propriedade. Para os casos de utilização apenas das atividades constantes no Regime Urbanístico Máximo, o cálculo das contrapartidas será de 50% do índice de aproveitamento a ser utilizado. E para os demais casos de alteração de Regime Urbanístico, as contrapartidas serão analisadas conforme o impacto do empreendimento. Ficam dispensados de contrapartidas terrenos de até 1.000 metros quadrados que utilizarem apenas o Grupamento de Atividades do Regime Urbanístico Máximo.

No caso de loteamento de caráter social, implementado por intermédio de Área Especial de Interesse Social III (AEIS III), as contrapartidas serão reduzidas em até 50% do valor resultante, recebidas preferencialmente em forma de lotes urbanizados, para atender a Demanda Habitacional Prioritária, definida no Plano Diretor. Os recursos oriundos das contrapartidas financeiras dos imóveis beneficiados pela utilização do Regime Urbanístico Máximo serão destinados à aplicação exclusiva na área da Operação.

Procedimento

O empreendedor interessado na Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro deverá protocolar solicitação de diretrizes, através de Estudos de Viabilidade Urbanística em Expediente Único. Para análise da proposta de empreendimento ou atividade vinculada à Operação, será exigido, conforme o caso, Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), o Relatório de Impacto Ambiental (RIA) ou Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Após a aprovação, a proposta será encaminhada à Procuradoria Geral do Município para elaboração do Termo de Compromisso garantindo a execução das contrapartidas.

A nova lei também institui o Comitê de Desenvolvimento da Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro que, entre outras atribuições, fará o controle de toda a Operação e poderá propor a revisão da Lei no prazo de cinco anos a partir da data de sua vigência. O Comitê será composto por um terço de representantes do Município; um

terço de representantes da comunidade local; e um terço de representantes da sociedade civil organizada.

As áreas indicadas como AEIS III somente poderão ser desgravadas a partir da indicação de outra área com a mesma capacidade de adensamento. Ficam revogados a divisão territorial e o zoneamento de uso previstos na Lei Complementar nº 434/99 referentes a áreas da Macrozona 6 (6002, 6004, 6006, 6008, 6010, 6012, 6014, 6016, 6018, 6020, 6022, 6024, 8034 e parcialmente as UEU 4012, 7006, 8014, 8022, 8032)."

Fonte: (http://www2.camarapoa.rs.gov.br/default.php?reg=9369&p_secao=56&di=2009-06-17)

2.2) A LC 630/09 como integrante do sistema do PDDUA, LC 434/99

O Território do Município de Porto Alegre foi dividido inicialmente, pelo Plano Diretor, LC 434/99, em 9 Macrozonas, descritas no art. 29, sendo que a Macrozona 6 consistia-se no Eixo Lomba–Restinga, que se estruturava ao longo das Estradas João de Oliveira Remião e João Antônio da Silveira, com potencial para ocupação residencial miscigenada, em especial para projetos de habitação de caráter social, apresentando áreas com potencial de ocupação intensiva, situadas na Área de Ocupação Rarefeita.

A LC 630/09, que instituiu a Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro, delimitou a área da Operação no perímetro descrito no seu art. 2º. Para melhor compreensão, a área atingida pode ser visualizada nos anexos I e III (12091919 e 12091920), juntados a este SEI.

A Lei da Lomba alterou dispositivos do Plano Diretor, modificando os limites, o zoneamento de uso e o regime urbanístico estabelecido para diversas Unidades de Estruturação Urbana (UEUs) das Macrozonas 4,6, 7 e 8. criando as Macrounidades 10.001, 10.002, 10.003 e 10.004 e suas respectivas Subunidades, com numeração alfanumérica sequencial, e definindo o seu regime urbanístico.

Por estar em harmonia com os princípios do Plano Diretor e por se integrar às suas normas, atendendo aos mandamentos constitucionais e aos comandos do Estatuto da Cidade, pode-se dizer que a LC 630/2009 passou a integrar o Plano Diretor Urbano Ambiental do Município de Porto Alegre (noção de sistema).

Assim sendo, como se verá adiante, não basta que uma lei com mesma hierarquia se sobreponha cronologicamente para que a aplicação dos seus dispositivos (e consequentemente dos dispositivos do PDDUA) seja afastada.

É necessário que a lei superveniente também se entranhe e se harmonize com as normas e com os princípios insculpidos no PDDUA, que é o instrumento básico da Política de Desenvolvimento e Expansão Urbana, assim definido pela art. 182, par. 1º da Constituição Federal, e também com a legislação infraconstitucional, notadamente o Estatuto da Cidade.

De modo que, desde já, alerto que o argumento de que a "lei posterior revoga a anterior" não resolve o problema posto, ainda que a lei superveniente seja de mesma hierarquia (no caso, uma Lei Complementar).

Esse entendimento foi apresentado pela PGM em várias manifestações nas reuniões da CAADHAP, quando por força do art. 20 da LC 636/10 (lei municipal do programa

Minha Casa Minha Vida), por exemplo, pretendia-se instituir AEIS III sobre área que o PDDUA define como de ocupação rarefeita e até mesmo quando se falava em instituir AEIS em áreas que incidiam sobre o perímetro delimitado pela LC 630/09 (Lei da Operação Urbana da Lomba do Pinheiro).

A orientação sempre foi no sentido de que a instituição de AEIS em gleba incidente dentro do perímetro da Operação Urbana (instituída pela LC 630/09) deveria se submeter aos comandos e princípios daquela norma. Em outras palavras, a identificação da Gleba como AEIS, por força do que dispõe o art. 20 da LC 636/10, independentemente da forma pela qual foi instituída (por lei ou por decreto, ou até mesmo por LC - vide item 1) não tem o condão de afastar a aplicação da Lei Complementar 630/09 (Lei da Operação Urbana da Lomba do Pinheiro), que dá tratamento específico àquela área, firmada no PDDUA, no Estatuto da Cidade e na Constituição Federal. Deveria ser instituída à luz das diretrizes daquela lei.

A LC 630/09, que é uma norma calcada no planejamento municipal, integra o sistema do Plano Diretor, como se viu, e não pode ser modificada casuisticamente.

Cumprir verificar se a Lei Complementar 799/16, norma de mesma hierarquia e superveniente (Lei Complementar) tem conteúdo compatível com a da Lei Complementar 630/09 da Lomba (e, por conseguinte, com o PDDUA) e se as duas normas podem coexistir.

3) O Programa Minha Casa Minha Vida

Paralelamente, no mesmo ano da "Lei da Lomba", o Governo Federal criava o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) pela Lei Federal 11.977/2009, com alterações posteriores.

O PMCMV tem por finalidade adotar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), e a Lei Federal atribuiu aos entes federados algumas responsabilidades.

Em Porto Alegre, o PMCMV foi instituído pela LC 636/2010 (12091896) "com o objetivo de viabilizar a construção de um amplo número de habitações populares inseridas no programa do Governo Federal", consistindo "em uma comunhão de esforços públicos e privados, representados pela atuação do Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB) e de empreendedores, para a viabilização de habitações populares no Município de Porto Alegre", por meio do qual se pretendia atender à Demanda Habitacional Prioritária (DHP) municipal. (vide art. 1º)

Nesse contexto foi criada a CAADHAP - Comissão de Análise e Aprovação de Empreendimentos destinados à Demanda Habitacional Prioritária.

Consta no art. 20 da LC 636/10 que "os empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre com incentivo urbanístico, nos termos desta Lei Complementar, serão identificados como Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS)."

Portanto, para se instalarem, os empreendimentos deverão estar em área gravada como de Interesse Social, por força legal, tendo como premissa lógica que o sistema de planejamento municipal identificaria as áreas adequadas e dotadas de uma infraestrutura apta para receber esses empreendimentos.

O Programa Minha Casa Minha Vida também atende aos mandamentos constitucionais (art. 6º, 23, IX, 182 e 183) e ao Estatuto da Cidade.

3.1) A Lei Complementar 799/16

A Lei Complementar 799/16 surge na esteira da LC 636/10 que, por sua vez, tem lastro na Lei Federal que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida.

Sem entrar no exame das qualidades ou eficácias desse programa, tem-se que ele veio em atenção a pelo menos uma das diretrizes do Estatuto da Cidade, qual seja, a necessidade de simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais, sem contar que o objetivo principal é atender ao direito fundamental à moradia e demais dispositivos constitucionais.

Consta na LC 636/10 que o programa consiste "em uma comunhão de esforços públicos e privados" para a viabilização de habitações populares no Município de Porto Alegre e que o programa é a forma pela qual o Município atenderá à Demanda Habitacional Prioritária, devendo o Município participar mediante a destinação de áreas públicas e incentivos urbanísticos e fiscais e os empreendedores mediante a construção de habitações populares. Há uma série de "facilitadores" na lei, de modo que o objetivo precípua da LC 636/10 é incentivar a produção de habitação.

Evidentemente que isso não se pode dar a qualquer custo, de modo que o difícil trabalho das Comissões (no caso, a CAADHAP) é de fazer cumprir a lei, sem agredir os princípios e as diretrizes do Plano Diretor, do Estatuto da Cidade e da Constituição. Nessa senda é que sempre foi exarada a orientação de que a instituição de AEIS durante um processo de licenciamento (determinada pelo art. 20 da LC 636/10) deveria observar os comandos da LC 630/09, quando a gleba onde se pretende construir incidisse sobre o seu território, ainda mais por que essa lei integra Plano Diretor.

No entanto, a LC 799/16 não apenas institui AEIS.

Ela altera limites de Subunidades e de Unidades de Estruturação Urbana de diversas Macrozonas do Plano Diretor, invadindo o desenho que se obtinha pelo art. 2º. da LC 630/09, inclusive em áreas que eram zoneadas para proteção ambiental. Além disso, a LC 799/16 institui regimes urbanísticos para as novas unidades e subunidades. E mais, a sua alteração não se restringe ao uso e outros indicadores, ela modifica índices de aproveitamento e densificação.

Ou seja, a LC 799/16, por prever AEIS na Macrozona 10, traz um tratamento diferenciado em parte da área atingida pela LC 630/09, dando ares de que ela teria trazido modificação ao próprio Plano Diretor e, conseqüentemente, incompatibilizando-se com a LC 630/09.

3.2) Notas sobre a validade e constitucionalidade da LC 799/16

Já vimos que a LC 630/09 está perfeitamente inserida no contexto constitucional e harmonizada com a legislação federal, fazendo parte do sistema do PDDUA de Porto Alegre.

Resta verificar, em linhas muito gerais, se há algum vício formal ou material que macule a LC 799/16, examinando-a também do ponto de vista da constitucionalidade.

3.2.1) Inexistência de vícios formais

A Constituição de 1988 reconhece municípios como entes federativos (arts. 1º e 18) que possuem poderes-deveres para dar consecução prática ao que ela estabelece. As competências municipais expressas são aquelas previstas no art. 30, conforme art. 182 da CF, a saber:

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

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

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

O Plano Diretor é lei em sentido formal, pois deve ser aprovado pela Câmara de Vereadores e, como tal, está sujeita ao controle de constitucionalidade. Em se tratando de lei municipal, está submetida às peculiaridades decorrentes da forma de controle de constitucionalidade de lei municipal, especialmente o controle concentrado que é feito pelo Tribunal de Justiça do Estado. A inconstitucionalidade deve ser alegada confrontando com as Constituições Estaduais respectivas. No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, aplica-se a sistemática das demais leis, podendo o julgador declarar a respectiva inconstitucionalidade no caso concreto.

Existe um conteúdo mínimo para os planos diretores observarem, conforme art. 42 do Estatuto da Cidade.

Por outro lado, o STF já aprovou tese de repercussão geral no sentido de que "Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano **por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor**". Portanto, as mesmas exigências constitucionais e infraconstitucionais que existe para elaboração de Planos Diretores devem ser observadas nas leis que devem ser a ele compatibilizadas.

Vanessa Prestes* pinça normas da Constituição Federal e Estadual, destacando que uma das exigências que deve ser observada é a participação popular, como se verifica no art. 29. XII da CF e 177, par. 5o. da CE, que determina que os Municípios assegurem a participação das entidades comunitárias na definição do Plano Diretor, bem como na elaboração e implementação dos planos, projetos e programas que lhes sejam concernentes:

*"Assim, considerando o preceito estabelecido no artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal, que assegura a participação popular, mediante a cooperação das associações representativas, no planejamento municipal para a instituição de diretrizes urbanas, tal participação se transforma em requisito para verificar a constitucionalidade da lei que fixa diretrizes gerais no Município. Nessa linha, a aprovação de diretrizes urbanas sem o prévio envolvimento da comunidade em sua discussão **implica vício formal de inconstitucionalidade**, pois viola direito assegurado às entidades comunitárias de participação na sua discussão."*

Qualquer Lei Municipal que venha a alterar o PDDUA, deve observar os

mesmos requisitos.

Neste sentido são inúmeras as decisões jurisprudenciais.

A Lei 799/16 foi editada após o insucesso de lei anterior (LC 663/10), que tinha objetivo semelhante.

Conforme explicou o Sr. Prefeito na Exposição de Motivos (12131886) do projeto que culminou na LC 799/16, a Lei Complementar Municipal 663/10 – que instituía 48 anexos delimitando AEIS I e III no município de Porto Alegre, fora declarada inconstitucional pela ausência de participação da comunidade durante o processo legislativo (PROCESSO Nº70059330061, Tribunal Pleno do TJRS).

O Chefe do Executivo também informou que o projeto definira a permanência de 37 das 53 áreas do Projeto de Lei original, a partir do trabalho de um grupo multidisciplinar com representantes da EGRLF/SMGES, SMURB, PGM, SMAM, SMGL e DEMHAB, de acordo com os seguintes critérios:

I – áreas que não estivessem em conflito (tipo de ocupação/infraestrutura/impacto ambiental) com a Zona Rural (LC nº 775, de 23 de outubro de 2015);

II – áreas não comprometidas pela incidência de Restrições Ambientais;

III – áreas que deram continuidade nos trâmites e que possuem projetos aprovados.

Ressalte-se que o projeto de lei foi de iniciativa do Poder Executivo, "como instrumento legal de ordem urbanística" e "com o objetivo de identificar e instituir Áreas Especiais de Interesse Social – AEIS – sobre áreas já vinculadas ao Programa Minha Casa Minha Vida, bem como apresentar áreas com potencial para receber projetos habitacionais voltados à Demanda Habitacional Prioritária, preservadas da análise da Lei Complementar 663, de 2010", que havia sido declarada inconstitucional.

Disse o Prefeito que a intenção era "propiciar um incremento na produção de unidades habitacionais populares em locais adequados no território municipal e, desta forma, reduzir o déficit habitacional deste segmento no município de Porto Alegre."

Além disso, o Prefeito disse, na oportunidade, que a proposição em tela foi devidamente debatida com a comunidade de Porto Alegre, por meio de Audiência Pública realizada na Câmara Municipal de Vereadores, no dia 23 de março de 2016, tendo sido dado conhecimento também ao Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental – CMDUA.

Dessa maneira, não há indicativos de que tenha havido vício formal na LC 799/16, atualmente em vigor.

3.2.2) Incidência de AEIS sobre áreas ambientalmente protegidas

Por outro lado, se observarmos o que diz a Lei Orgânica no seu art. 212, I, e a noção de sistema do Plano Diretor, recomenda-se que a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade fique atenta a um aspecto da LC 799/16, tanto no âmbito do

licenciamento quando no âmbito do setor de planejamento, a saber:

A Lei 630/09 (Lei da Operação Urbana), que é uma lei de planejamento urbano, tinha identificado áreas com atributos ambientais e previsto Áreas Especiais de Interesse Ambiental, como se verifica no Anexo V (12134734).

Tomando-se o caso concreto como ilustração do que se pretende alertar, constata-se que AEIS III, instituída pelo art. 28, conforme Anexo XXVIII da LC 799/16 (12091903) incide em parte sobre área que pela LC 630/09 (Lei da Lomba), fora prevista, no Zoneamento, como Áreas de Proteção ao Ambiente Natural (APAN) e Parque Natural (PANAT). Tanto um quanto outro são zonas de uso previstas no art. 32, VI e VIII do PDDUA e consistem em *zonas previstas para atividades que, conciliando a proteção da flora, da fauna e dos demais elementos naturais, objetivem a perpetuação e a sustentabilidade do patrimônio natural (APAN) e área em que se pretendem resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais, com a utilização para objetivos educacionais, de lazer e recreação (PANAT).*

A LC 799/16 modificou o PDDUA e instituiu AEIS III sobre parte de área com atributos ambientais, podendo conter, sob esse aspecto em específico, violação de princípios constitucionais, se ficar caracterizado retrocesso ambiental, o que deve ser avaliado tecnicamente. Nesse sentido, a jurisprudência é firme:

TJRS - ADIN 70069265213 **Relator:** Ivan Leomar Bruxel **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno **Comarca de Origem:** PORTO ALEGRE

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE MARAU. LEI MUNICIPAL N. 4.749/2011 QUE EXTIRPOU ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DEFINIDAS NO PLANO DIRETOR. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO. AUSÊNCIA DE CONSULTA POPULAR. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. Lei Municipal 4.749/2011, que *modificou o Plano Diretor* (Lei 2.967/2000), excluindo as áreas de proteção ambiental do Município de Marau. A proteção ao macrobem ambiental alçou magnitude constitucional em 1988, sendo norma de repetição obrigatória pelos Estados-membros no exercício do Poder Constituinte Decorrente. O acesso ao meio ambiente sadio e ao crescimento sustentável, para essa e para as futuras gerações, é direito fundamental, de maneira que sobre ele incide o princípio da proibição do retrocesso ambiental. No caso, em que pese a justificativa lançada para extirpar os dispositivos legais, não foram juntados à proposição legislativa quaisquer estudos técnicos para efeito de demonstrar que as zonas não se enquadravam dentro dos parâmetros definidos pela Lei n. 9.985/2000. Ademais, o art. 177, § 5º, da Constituição do Rio Grande do Sul assegura a *participação* da comunidade na elaboração do *Plano Diretor* do Município. Logo, além do vício material, resta demonstrado também vício formal durante a tramitação da iniciativa, pois ausentes quaisquer indicativos de que houve prévia consulta popular para alteração do *Plano Diretor*, embora latente a gravidade da involução ambiental de que se tratava. E a involução é manifesta, pois a lei que suprimiu as áreas de proteção ambiental culminou na imediata pulverização das zonas descritas no *Plano Diretor*. Da mesma forma, sequer foi discutida a substituição dos perímetros de proteção por outros. Caso mantida a vigência da Lei impugnada, dificilmente os danos ao meio ambiente da região poderão ser revertidos em um futuro próximo, sendo imprescindível, assim, o restabelecimento da proteção inicialmente concedida. Portanto, não há outro caminho senão a procedência da presente ação, para declarar inconstitucional a presente Lei Municipal, por ofensa aos arts. 177, § 5º, 221, V, "e", 250, caput, e 251, caput e § 1º, II e VII, da Constituição Estadual. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70069265213, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 08-10-2018)

É importante não confundir o conceito de APAN e PANAT (que são categorias de Zona de Uso, previstas no PDDUA) com outros, como o de APP, que são Áreas de Preservação Permanentes instituídas pelo Código Florestal e outros dispositivos legais ou como Unidades de Conservação, disciplinadas pela Lei do SNUC (Lei Federal nº 9.985/2000).

As Zonas de Uso classificadas como Áreas Especiais, por suas características, não se enquadram nas regras determinadas para um zoneamento geral, e por

destinação específica exigem normas próprias de uso e ocupação do solo, mas não há proibição de sua ocupação, como ocorre, por exemplo, nas APPs do Código Florestal.

No caso concreto, a partir de uma avaliação do órgão ambiental, caso fique caracterizado que os comandos da LC 799/16 possam vir a representar ameaça aos bens ambientais ali existentes, podem ser tomadas medidas como a ab-rogação ou derrogação legislativa (com remessa de projeto de lei para a Câmara) ou, em último caso, o ajuizamento de ação.

No entanto, no momento estamos diante de uma lei válida, que atende a diversos comandos constitucionais, em harmonia com lei federal (PMCMV), que passou pelo processo legislativo, com participação popular e que, por esses motivos, não pode deixar de ser aplicada.

4) Antinomia

4.1) Identificação de antinomia parcial

É pressuposto da atividade interpretativa do operador do direito que o ordenamento jurídico constitua um sistema. Por uma interpretação sistemática o operador do direito tira seus argumentos do pressuposto de que as normas do ordenamento ou de uma parte do ordenamento constituam uma totalidade ordenada e, portanto, *"seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado 'espírito do sistema', mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal"*. (Norberto Bobbio)

Examinando um dos significados do que consista um sistema jurídico, o jurista italiano diz que *"um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Nessa concepção, a expressão "sistema" equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas"... "Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas"*.

"A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas de todos os tempos e teve uma denominação própria características: antinomia"... "A tese de que o direito constitua um sistema, no sentido de não podem existir normas incompatíveis, pode-se exprimir dizendo-se que o direito não tolera antinomias".

Ainda utilizando a doutrina de Bobbio, o 1º passo a ser dado é saber se existe uma antinomia e, o 2º. passo, é achar a solução.

Para que ocorra antinomia são necessárias duas condições que, embora óbvias, devem ser explicitadas: as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e as duas devem ter o mesmo âmbito de validade.

Deve-se verificar se elas coincidem também com respeito à validade temporal, espacial, pessoal e material, pois não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito a esses critérios.

No problema que se apresentou, tem-se que as LC 799/16 e LC 630/09, que pertencem ao mesmo ordenamento, apresentam uma aparente incompatibilidade nos critérios **espacial e material** em alguns artigos da LC 799/16, como é o caso do art. 28,

Validade espacial: A LC 799/16 instituiu AEIS III sobre área onde pela LC 630/09 havia outro tratamento. Então aqui se detecta uma incompatibilidade entre as duas Leis Complementares.

Validade material: As duas normas instituem regimes urbanísticos para um mesmo território, detectando-se uma incompatibilidade, pois são regimes diversos.

Essas incompatibilidades no âmbito da validade espacial e material podem ser cotejadas pela área de urbanismo por meio da planilha que a nosso pedido foi elaborada pelo Escritório de Licenciamento, e que compara os comandos da LC 799/16 com aqueles da LC 630/09, permitindo que se visualizem as diferenças (12140177).

A antinomia, no caso, é parcial, pois cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, mas há campos de aplicação no qual o conflito não existe.

A Operação Urbana Consorciada prevista na LC 630/09, subsiste mesmo com a incompatibilidade constatada do art. 28 c/c 34 da LC 799/16, assim como o restante do zoneamento e comandos para as demais áreas da Macrozona 10, por isso a antinomia é apenas parcial.

4.2) Solução para a antinomia

Há algumas regras para a solução das antinomias, mas que não servem para resolver todos os casos, pois nem todas as antinomias têm solução, já que há casos em que não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução e, por outro lado, há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas regras de conflito entre si.

No nosso entendimento, nos deparamos no caso concreto em uma antinomia parcial, com a possibilidade de aplicação de mais de um critério de solução.

O critério apontado pela PMS 06 é um deles. Trata-se do critério cronológico, que é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior.

Mas há outros dois critérios, que Bobbio entende como critérios "fortes", em contraposição ao "fraco" (cronológico).

- O critério hierárquico, ou *lex superior e*

- O critério da especialidade, *lex specialis*, "é aquele pelo qual duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda". Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo genus) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma species ou genus), corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como um tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes e, portanto, numa injustiça.

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da especialidade não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente.

Quando se aplica o critério cronológico ou hierárquico, tem-se geralmente a

eliminação total de uma das duas normas.

Porém, nem sempre esses critérios são suficientes. Existiriam alguns outros critérios, mas Bobbio defende um "*poder discricionário*" do intérprete, "*ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra*".

De uma maneira geral, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valham os critérios anteriores, há três possibilidades:

- 1) eliminar uma (interpretação ab-rogante, embora o jurista que não seja legislador não tenha o poder de expeli-la do sistema);
- 2) eliminar as duas (na hipótese de contrariedade, não de contradição);
- 3) conservar as duas (mais corriqueira).

Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir?

É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, completa, errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, induz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*, pela qual se pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema.

Messineo, citado por Bobbio, diz que "*é estrito dever do intérprete, antes de chegar a qualquer interpretação ab-rogante (pela qual num primeiro momento optaríamos) tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido. Há um direito à existência que não pode ser negado à norma, desde que ela veio à luz.*"

"*Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias*" - regra de coerência, segundo Bobbio. Há um dever de coerência.

Dois normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação de outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar do seu conflito, ambas continuam a existir, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação ou derrogação legislativa).

Nas palavras de Bobbio antes já citadas, "*a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento.*"... "*Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem a uma mesma categoria.*"

Para que se mantenha a coerência do sistema, diante do que se viu de ambas as Leis, de mesma hierarquia, opta-se pelo caminho da coerência, e com base nele e nos critérios acima elencados, surge a orientação para o caso.

5) Orientação para solucionar o problema

5.1) Aplicação das LC 799/16 e LC 630/09 com base na coerência do sistema

Como dito, a LC 799/2016 não instituiu apenas uma área de AEIS III, que é aquela que afeta o empreendimento em questão, mas sim, promove cinco (05) intervenções (criação / alteração de limites de subunidades) no território da Macrozona 10 (onde existe a Operação Urbana Consorciada da LC 630/09), para fins do estabelecimento de Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS III, para produção habitacional, em atendimento à Demanda Habitacional Prioritária;

As intervenções estão expressas nos seguintes artigos / anexos:

Art.27 / Anexo XXVII e Art. 47 (Regime Urbanístico);

Art.28 / Anexo XXVIII e Art. 34 (Regime Urbanístico) (Gleba do caso concreto);

Art.29 / Anexo XXIX e Art. 52 (Regime Urbanístico);

Art.30 / Anexo XXX e Art. 47 (Regime Urbanístico);

Art.31 / Anexo XXXI e Art. 47 (Regime Urbanístico);

Quatro (04) desses gravames têm sua definição para Regime Urbanístico remetida à elaboração de Decreto futuro, em observância à LC 630/2009 no que diz respeito às Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS III (Anexos III, IV e V);

Eis o que diz o art. 47 da LC 799/2016:

Art. 47 Nos arts. 27, 30 e 31 desta Lei Complementar, o regime urbanístico deverá ser definido por decreto, com a observância da Lei Complementar nº 630, de 1º de outubro de 2009, alterada pela Lei complementar nº 794, de 2 de maio de 2016.

Portanto, no caso das AEIS instituídas nos arts. 27, 30 e 31, aparentemente não há antinomia por que, na verdade, houve uma modificação do PDDUA, no que tange aos limites/criação de Subunidades, com compatibilização com a Lei da Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro.

O mesmo ocorre com relação à AEIS instituída no art. 29, pois houve compatibilização com a LC 630/09, pelo art. 52:

"Art. 52. No art. 29 desta Lei Complementar, devem ser observados os seguintes regimes urbanísticos:

I - para a Subunidade 43, deverá ser definido por decreto, com a observância da Lei Complementar nº 630, de 2009, alterada pela Lei Complementar nº 794, de 2016.

II - para a Subunidade 13:a) para densidade, 140 hab/ha (cento e quarenta habitantes por hectare);b) para índice de aproveitamento, 1,3 (um vírgula três);c) para volumetria:1. taxa de ocupação de 75% (setenta e cinco por cento); e2. altura de 15m (quinze metros);d) para recuo de jardim, 4m (quatro metros)..."

Não é o que acontece com a AEIS III instituída no art. 28, onde se insere o empreendimento do interessado.

5.2) Art. 28 da LC 799/16 - antinomia

O outro gravame (estabelecido pelo Art.28- que incide sobre a gleba no caso concreto) estabelece regime urbanístico específico (parcial), de características intensivas, distinto dos parâmetros rarefeitos propostos pelo Regime Urbanístico Básico - R.U.B. estabelecido pela LC 630/2009 (Anexos I, II e V);

Neste caso, há incompatibilidade de uma regra com a outra. No entanto, por coerência, considerando que a LC 799/16, nos demais casos de instituição de AEIS, primou por compatibilizar com a Lei 630/09, a interpretação que parece ser a mais adequada é que no caso houve intenção de modificar os limites da área de AEIS III que existia na LC 630/09 e também de modificar o Regime Urbanístico ali estabelecido.

Eis o que diz o art. 34 da LC 799/16:

"Art. 34. Nos arts. 23 e 28 desta Lei Complementar, deve ser observado o seguinte regime urbanístico:

I - para densidade, 280 hab/ha (duzentos e oitenta habitantes por hectare);

II - para índice de aproveitamento, 1,0 (um vírgula zero);

III - para volumetria:

a) taxa de ocupação de 75% (setenta e cinco por cento); e

b) altura máxima de 15m (quinze metros), com afastamento mínimo lateral e de fundos de 18% (dezoito por cento) da altura;

IV - para recuo de jardim, 4m (quatro metros)."

Portanto, a LC 799/16, que é válida, modifica a LC 630/09 parcialmente e determina que na área delimitada como de AEIS III pelo art. 28 e anexo XXVIII o Regime Urbanístico Básico estabelecido é aquele do art. 34.

Nada impede que o interessado queira aderir à Operação Urbana, hipótese em que poderia requerer o Regime Urbanístico Máximo e, neste caso, oferecer as contrapartidas previstas na LC 630/09.

Ao optar por permanecer no Regime Urbanístico estabelecido no art. 34 da LC 799/16, estará utilizando o novo Regime Urbanístico Básico previsto para a gleba, não havendo que se falar nas contrapartidas dos arts. 11 da LC 630/09.

Se, por um lado, a LC 630/09 é considerada uma lei especial com relação ao PDDUA, a LC 799/16, no caso da AEIS III instituída pelo art. 28, deve ser considerada uma norma especial com relação à LC 630/09, pois ela subtraiu da LC 630/09 uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente.

Neste caso do art. 28, aplica-se o princípio da especialidade da LC 799/16

com relação à LC 630/09, naquilo em que elas forem incompatíveis, ou seja, com relação à área (Anexo XXVIII) e ao Regime Urbanístico Básico (art. 34). Para os demais aspectos relativos a essa AEIS III, em que não houver norma específica ou incompatibilidade, deve ser aplicada a LC 630/09.

5.3) A Gleba do requerente

Utilizando-se as regras de interpretação referidas, entende-se que a área de AEIS III sobre a qual incide a gleba do requerente é aquela que foi delimitada pelo art. 28 da LC 799 e Anexo XVIII, e não mais aquela delimitada pela LC 630/09.

Portanto, como já dito, aplica-se o Regime Urbanístico estabelecido pelo art. 34 da LC 799/16, que deve ser considerado como Regime Urbanístico Básico para a AEIS III do art. 28 e Anexo XVIII. Deve o empreendedor atender aos demais comandos da referida Lei, a exemplo da destinação prevista no art. 57, que não se confunde com as contrapartidas da Operação. Além disso, deve se submeter a limitações ou restrições ambientais que porventura sejam impostas no processo de licenciamento, com base no que foi exposto no item 4.2 deste parecer

Considerando que inexistente incompatibilidade com os demais dispositivos da LC 630/09, nada impede que o empreendedor queira aderir à Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro. Se isso ocorrer, poderá optar pelo Regime Urbanístico Máximo e se submeter às regras, neste caso com as contrapartidas previstas na Lei 630/09.

5.4) Orientação para evitar futuras antinomias

Considerando a existência de um Comitê de Desenvolvimento da Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro, sugere-se que a criação de novas AEIS na região integre uma de suas competências, não devendo ser instituída AEIS sem a compatibilização com a LC 630/09.

Da mesma forma, recomenda-se que o Sistema de Planejamento revise as AEIS III instituídas no Art.27 / Anexo XXVII e Art. 47 (Regime Urbanístico), Art.29 / Anexo XXIX e Art. 52 (Regime Urbanístico); Art.30 / Anexo XXX e Art. 47 (Regime Urbanístico) e Art.31 / Anexo XXXI e Art. 47 (Regime Urbanístico), para verificar eventuais outras incompatibilidades (vide Planilha Comparativa 12140177), fazendo eventuais retificações legislativas, se for o caso.

5.5) Cautela com relação aos atributos ambientais

A planilha comparativa (12140177) mostra as áreas de AEIS criadas/modificadas pela LC 799/16 em zonas que pela 630/09 eram Áreas Especiais de Proteção Ambiental. Sugere-se uma atuação da SMAMS tanto no licenciamento quanto no planejamento para tratar desta questão. Caso se apure retrocesso ambiental, é possível encaminhar a alteração legislativa (ab-rogação ou derrogação da LC 799/16).

Toda alteração legislativa aqui referida deve seguir as mesmas regras incidentes no sistema do Plano Diretor (vide itens 1 e 3.2), para evitar vícios formais ou

materiais.

É o Parecer.

Eleonora Braz Serralta

Procuradora-Chefe da Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

OAB/RS 29.694

FONTES DE CONSULTA:

AFONSO DA SILVA, José. Direito Urbanístico Brasileiro. 6a. ed., São Paulo: Atlas, 2010

_____.Curso de Direito Constitucional Positivo. 14a. ed., São Paulo: Malheiros, 1997

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10a. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999 (reimpressão 2006).

DELLA GIUSTINA, Vasco. Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

PRESTES, Vanesca Buzelato e VIZZOTTO, Andrea Teichmann. Direito Urbanístico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

PRESTES, Vanesca Buzelato. Operação Urbana Consorciada no Estatuto : possibilidade de ser Instrumento de Projetos

de Revitalização de Centro Urbanos. Artigo disponibilizado pela autora.

_____.Planos Diretores e Controle de Constitucionalidade: os vícios de procedimento. Artigo disponibilizado pela autora.

<https://coerenciaordenamento.wordpress.com/2009/11/01/a-coerencia-do-ordenamento-juridico-por-norberto-bobbio/>

Artigos jurídicos no site JUS BRASIL, entre os quais:
<https://rodrigobezerraadv.jusbrasil.com.br/artigos/297827324/>

antinomia-o-conflito-aparente-de-normas-e-seus-criterios-de-resolucao e

<https://jus.com.br/artigos/22752/as-antinomias-aparentes-no-direito#:~:text=As%20antinomias%20aparentes%20s%20%C3%A3o%20os,espa%C3%A7o%20de%20tempo%20e%20lugar.>

Site artigo da PMPA: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/> e

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p_secao=148

http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/compacto_do_plano_de_investimentos_e_servicos_2018.pdf

<http://www2.camarapoa.rs.gov.br>

<https://leismunicipais.com.br>

<https://www.planalto.gov.br>



Documento assinado eletronicamente por **Eleonora Braz Serralta, Procurador(a)-Geral Adjunto(a)**, em 31/01/2021, às 21:52, conforme o art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006, e o Decreto Municipal 18.916/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Silva da Rocha, Procurador(a)-Geral**, em 05/04/2021, às 19:02, conforme o art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006, e o Decreto Municipal 18.916/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.procempa.com.br/autenticidade/seipmpa> informando o código verificador **12964909** e o código CRC **61E6CC14**.

20.0.000064304-2

12964909v8