

Agravo de Instrumento - Restrição altimétrica decorrente de tombamento de conjunto urbano por ato administrativo - Inexistência de direito adquirido - Inaplicabilidade da reserva de plano diretor

Fernando Couto Garcia

Excelentíssimo Desembargador Carreira Machado

1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo de origem: 1452480-12.2010.8.13.0024 (6ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte)

O **MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE**, pessoa jurídica de direito público, vem, por seu procurador abaixo assinado, que recebe intimações no endereço indicado no rodapé, com base no art. 7º, §1º, da Lei 12.016/09, interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO (com pedido de atribuição de efeito suspensivo pelo relator)** contra decisão concessiva de liminar proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte no mandado de segurança em epígrafe, impetrado por **JOSÉ ARTHUR DE CARVALHO PEREIRA FILHO MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO PEREIRA JOMAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

O advogado do Município é o procurador abaixo assinado.

Os impetrantes são representados por Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, OAB/MG 58.679, e Leonardo Varella Giannetti, OAB/MG 74.482, ambos com endereço profissional na Avenida do Contorno, nº 9.155, 2º e 3º andares, Prado, nesta capital, CEP 30.110-063.

I A decisão recorrida

1. A decisão recorrida foi proferida em mandado de segurança contra ato do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte que negou aprovação a projeto arquitetônico para edificação em lote situado na Av. Barbacena, nº 853, em área do perímetro de proteção do Conjunto Urbano Avenida Barbacena/Grandes Equipamentos, tombado pela Deliberação nº 105/09 do referido Conselho.¹

Os agravados relatam ter requerido licença para construir um edifício de **dez pavimentos**, instruindo o pedido com informações básicas e carta de grau de proteção cultural do imóvel, com validade até 11 de setembro de 2010, que indicaria a inexistência de restrição altimétrica definida pelo conselho para o imóvel em questão. Todavia, sua licença teria sido indeferida justamente em razão de o projeto não observar a restrição altimétrica nem o afastamento frontal exigidos na mencionada Deliberação nº 105/09 do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte.

2. O juízo da instância inicial concedeu a liminar pleiteada, em decisão com os seguintes fundamentos:

- a) a decisão administrativa, além de não conter motivação ou fundamentação, teria levado em consideração mera deliberação publicada em data posterior ao protocolo do projeto;
- b) haveria nos autos documento datado de 11 de setembro de 2009, válido por um ano, atestando que não haveria restrição altimétrica estabelecida pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte para o imóvel em questão;
- c) impossibilidade de o administrador "*negar a aprovação de projeto invocando mera deliberação*".

3. O art. 7º, III, da Lei 12.016/09 permite que o juiz conceda liminar em mandado de segurança quando estiverem presentes dois requisitos cumulativos:

- a) fundamento relevante;
- b) se do deferimento da segurança apenas ao final do processo "*puder resultar a ineficácia da medida*".

O dispositivo permite ainda que o juiz exija do impetrante "*caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica*".

No caso concreto, nenhum dos dois requisitos legais está presente. Ademais, seria a hipótese de exigir caução, fiança ou depósito, o que o juiz *a quo* não fez.

II Ausência do requisito da relevância do fundamento da demanda

II.1 Extrapolação da causa de pedir da demanda

4. São elementos de qualquer demanda as partes (elemento subjetivo), o pedido e a causa de pedir (elementos objetivos). Ao decidir, o magistrado não pode extrapolar os limites postos pela petição inicial em relação a estes três elementos, sob pena de violar o princípio dispositivo ou princípio da congruência (arts. 2º, 128 e 460 do CPC).

Estes limites são frequentemente objeto de grande atenção quanto à adstrição ao pedido, mas negligenciados em relação à causa de pedir, que é o fato alegado e que produz os efeitos jurídicos pretendidos (causa é o que produz os efeitos).

Embora o juiz possa utilizar *argumentos* distintos dos aduzidos pelas partes (*da mihi factum dabo tibi ius*), só o pode fazer em relação a argumentos que se encaixem *nos fatos descritos pelas partes*, ou seja, na causa de pedir da demanda. Caso contrário, estará inovando na causa de pedir e violando o princípio da congruência, inerente ao contraditório (art. 5º, LV, da Constituição), em razão do qual o réu só precisa se defender dos fatos alegados pelo autor, e não de quaisquer outros. Neste sentido tem se pronunciado o **Superior Tribunal de Justiça**:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 128 E 460, DO CPC. PRINCÍP PROCESSUAIS DA ADSTRIÇÃO E DA CONGRUÊNCIA (OU DA CORRELAÇÃO INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA EM DESACORDO COM O PEDIDO. TRANSMUTAÇÃO CAUSA DE PEDIR PELOS ÓRGÃOS JUDICANTES. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO E) PETITA.

- Há violação aos arts. 128 e 460, do CPC se a causa é julgada (tanto na sentença como no acórdão recorrido) **com fundamento em fatos não suscitados pelo autor** ou, ainda, se o conteúdo do provimento dado na sentença é de natureza diversa do pedido formulado na inicial.

Recurso especial conhecido e provido."

(REsp 746.622/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado e 26.09.2006, DJ 23.10.2006 p. 309)

Exemplificando: se o autor ajuíza ação de divórcio utilizando como causa de pedir a infidelidade conjugal da ré, sua esposa, não pode o juiz decretar o divórcio pela separação de fato em razão do abandono do lar, que é fato distinto, e não apenas fundamento jurídico distinto. Entretanto, se o autor narra que sua esposa se envolveu afetivamente com outro homem, embora sem manter relações sexuais com ele, e qualifica esta conduta como adultério (art. 1.573, I, do Código Civil), pode o juiz considerar que, embora não tendo ocorrido adultério pela ausência da consumação da relação sexual, houve "*conduta desonrosa*" (art. 1.573, VI, do Código Civil) e assim decretar o divórcio, com base na causa de pedir da inicial, mas com outro enquadramento jurídico (ou argumento).

No caso concreto, os agravados deduziram as seguintes causas de pedir em sua petição inicial:

- a) impossibilidade de restrição altimétrica e de exigência de afastamento frontal com base em mero ato administrativo;
- b) necessidade de participação popular na formulação do Plano Diretor;
- c) desrespeito à carta de grau de proteção (documento expedido pela própria Administração Pública) ainda em vigor.

Se o magistrado entendesse que a desconsideração da carta de grau de proteção é ilícita, poderia fundamentar nela sua decisão, ainda mesmo que embasasse sua conclusão no princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição), por exemplo, e não no princípio da proteção à confiança, único evocado pelos agravados neste tema. Isto sim seria julgar com base em **fundamento jurídico diverso**, mas respeitando as causas de pedir deduzidas na petição inicial.

A liminar, todavia, não se limitou a adotar argumento jurídico inovador, mas se baseou em dois supostos fatos que não foram postos na petição inicial e que, portanto, não

integram a causa de pedir da demanda:

a) ausência de fundamentação da decisão administrativa;

b) anterioridade do protocolo em relação à publicação da Deliberação nº 105/09 do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte.

Em momento algum a petição inicial contém alegação de que a decisão administrativa não seria fundamentada e nem de que o protocolo do projeto seria anterior à mencionada deliberação de tombamento do Conjunto Urbana Avenida Barbacena/Grandes Equipamentos. Estes fatos foram simplesmente presumidos na liminar, o que a torna ilegal.

O voto da **Ministra Nancy Andrighi** no precedente do STJ acima citado é especialmente elucidativo neste particular:

"Todavia, cumpre destacar que a decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo esta elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação.

Neste diapasão, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não aquela suscitada pela parte, estará incorrendo em decisão *extra petita*, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência.

Nesse sentido, Celso Agrícola Barbi, em seus comentários ao art. 128 do CPC, observa que quando a lei se refere à 'lide', não abrange apenas o pedido, mas também a causa de pedir. Assim, *'a vedação ao juiz, no que se refere ao autor, não se restringe, porém, ao pedido, mas também à causa de pedir. O julgador deve decidir a pretensão do autor com base nos fatos jurídicos por ele alegados, não podendo admitir outros como fundamento da procedência da ação. Essa regra encontra base no princípio do dispositivo, de acordo com o qual, iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet.'* (Comentários ao Código de Processo Civil, volume I, 10.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 391). - grifado e destacado.

Por fim, faz-se mister registrar que não se está diante de hipótese em que o juiz usa de sua liberdade de convicção na aplicação do direito, proferindo decisão onde adota fundamento jurídico diverso do apresentado pelas partes, porquanto tanto o acórdão recorrido, como a sentença, apoiaram-se em fatos não alegados pela autora em sua petição inicial; ou seja, houve transmutação da causa de pedir pelos órgãos judicantes, o que não é admitido. Sobre este ponto, percuciente a observação de Egas Dirceu Moniz de Aragão: *Vinculada à causa de pedir, a sentença deve necessariamente ater-se aos fatos jurídicos que a originaram (fatos constitutivos do pedido), mas não está vinculada à qualificação jurídica dos fatos alegados: ao seu enquadramento na norma jurídica. Sob esse ângulo o juiz tem toda a liberdade. Se a parte qualifica erroneamente os fatos jurídicos, ou assenta a pretensão em texto legal inaplicável, o juiz corrige-lhe o erro, vigem o princípio narra mihi factum, dabo tibi ius; iura novit cúria (narra-me os fatos, dou-te o direito; o tribunal conhece o direito). O*

que não se consente ao julgador é passar de uma causa de pedir a outra, substituir por outros os fatos constitutivos alegados pela parte, pois então estará infringindo o princípio da congruência, a que deve respeito.' (Sentença e Coisa Julgada - Exegese do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992, pág. 117).

Nessa demanda, como visto, houve quebra da necessária correlação entre os fundamentos do pedido inicial e os fundamentos adotados pela sentença e pelo acórdão recorrido para justificar a responsabilidade/legitimidade da recorrente, ocorrendo, portanto, julgamento *extra petita*. Além disso, a condenação imposta na sentença está dissociada do pedido deduzido na petição inicial.

Em conclusão, o princípio da congruência, ou da correspondência, entre a causa de pedir e a sentença (ou acórdão) representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Na medida em que descreve um ato ilícito, atribuindo-o a alguém, a petição inicial fixa os limites da atuação do juiz, que não poderá decidir além ou fora da descrição fática do ato ilícito. A decisão judicial espelha, portanto, a imputação, refletindo-a nos seus exatos contornos. Qualquer distorção de imagem significa uma ofensa ao princípio da congruência e acarreta a nulidade do processo (nesse sentido, RT 526/396).

Diante disso, é flagrante a violação aos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil; primeiro, porque a causa foi julgada (tanto na sentença como no acórdão recorrido) com fundamento em fatos não suscitados pela recorrida e, também, porque se proferiu sentença de natureza diversa da pedida."

De todo modo, ainda que a petição inicial deduzisse estas duas causas de pedir, a liminar não poderia ter sido embasada nelas, já que os fatos não se encontram provados de plano, como é exigência no procedimento especial do mandado de segurança, em que não se admite dilação probatória. Vejamos.

II.1.1 Fundamentação da decisão administrativa

5. O documento citado na decisão recorrida para apontar a falta de fundamentação da decisão administrativa é o Ofício CDPCM-BH/EXTER/OF. nº 099/2010, que **informa** que o conselho reprovou o projeto dos agravados.

Trata-se, portanto, de uma comunicação, de uma **intimação** administrativa e é evidente que as intimações não precisam ser fundamentadas, como não são as próprias intimações em processos judiciais publicadas no *Diário de Justiça Eletrônico*, em que consta apenas a summa da decisão ou sentença, cabendo ao interessado consultar os autos para ter acesso à fundamentação.

No caso, a fundamentação se encontra na ata da sessão pública do Conselho (em anexo), que descreve os votos dos conselheiros e certifica a presença dos agravados, que dela tomaram ciência *in locu* e, talvez por isso, nunca arguíram a suposta falta de fundamentação mencionada na

liminar.

Na referida ata, lê-se o seguinte:

"A presidente, dando prosseguimento à pauta, passou para apreciação e deliberação de projeto de nova edificação em imóvel situado na **Avenida Barbacena, 853** (lote 008, quarteirão 002, quadra CTM 2314), pertencente ao Conjunto Urbano Avenida Barbacena - Grandes Equipamentos. O conselheiro-relator Maurício José Laguardia Campomori fez a leitura de seu parecer, que concluiu: '**Considerando que o projeto proposto descumpria diretrizes específicas propostas pelo CDPCM-BH para a área onde se propunha somos**, s.m.j. deste Conselho, pela não aprovação do projeto de nova edificação para o lote 008, quarteirão 002, VIII Seção Urbana - Avenida Barbacena, 853, pertencente ao perímetro do conjunto urbano Avenida Barbacena/Grandes Equipamentos.'

(...)

Terminadas as discussões e os esclarecimentos, a presidente colocou o parecer em votação, que foi aprovado por unanimidade, deliberando pela não aprovação do projeto de nova edificação em imóvel situado na Avenida Barbacena, 853"

Nem mesmo é necessário alongar a transcrição - já que a ata avança descrevendo as discussões entre os conselheiros e os interessados sobre o projeto - para perceber que o fundamento da decisão administrativa é claro: descumprimento de diretrizes específicas propostas pelo Conselho para a área da Avenida Barbacena/Grandes Equipamentos, conjunto urbano tombado.

Tanto é assim que os agravados não tiveram qualquer dificuldade de atacar em juízo a decisão administrativa.

II.1.2 A data de protocolo do requerimento de licença e sua irrelevância - Inexistência de direito adquirido

6. A decisão que deferiu a liminar mencionou que a Deliberação CDPCM-BH nº 105/09 teria sido publicada apenas após o protocolo do requerimento de licença para construir.

Trata-se de mera conjectura, que não foi sequer afirmada na petição inicial - que, como visto não discute este tema e não o inclui como causa de pedir da demanda - e muito menos provada.

Ao contrário, o único documento anexado à petição inicial que faz referência à data do protocolo (fl. 50) é datado de janeiro de 2010, quando a deliberação já estava em pleno vigor.

Tratando-se de mandado de segurança, em que é vedada a dilação probatória, os agravados têm o ônus de comprovar a data deste protocolo juntamente com a própria petição inicial, ônus do qual não se desincumbiram.

7. De todo modo, o detalhe é irrelevante, já que a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** é pacífica no sentido de que o **direito de construir só se adquire com o início das obras, e não com mero protocolo de projeto ou requerimento de licença**. Confira-se:

CONSTRUÇÃO. ALVARÁ (REVOGAÇÃO) **DIREITO ADQUIRIDO LEI NOVA INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO APLICAÇÃO DA LEI NOVA AOS PROCESSOS PENDENTES** INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(RE 90159, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/1980, DJ 12-08-1980 PP-05788 EMENT VOL-01178-02 PP-00641 RTJ VOL-00095-01 PP-00308)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO **LICENÇA PARA CONSTRUIR INDEFERIMENTO COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE À APRESENTAÇÃO DO PEDIDO** Documento de afronta ao artigo 5º-II, XXII e XXXVI que não se caracteriza. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 146336, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 17/09/1996, DJ 21-03-1997 PP-08517 EMENT VOL-01862-03 PP-00472)

ADMINISTRATIVO. **MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE** PEDIDO DE **LICENÇA** DE INSTALAÇÃO DE POSTO DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. SUPERVENIÊNCIA DE LEI Nº 6.978/95, ART. 4º, §1º) EXIGINDO DISTÂNCIA MÍNIMA DE DUZENTOS METROS ESTABELECIMENTOS COMO ESCOLAS, IGREJAS E SUPERMERCADOS. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, IV; 5º, XIII E XXXVI; 170, IV E V; 173, §4º, E 182 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Incisos XXII e XXIII do artigo 5º não prequestionados. **Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível - segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF -, de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente**, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da Municipalidade. Recurso não conhecido.

(RE 235736, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2000, DJ 26-05-2000 PP-00034 EMENT VOL-01992-03 PP-00549 RTJ VOL-00180-03 PP-01144)

LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO.

Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se

manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que **o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune.** Da circunstância de plantas do loteamento terem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido.

(RE 212780/RJ. Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 27/04/1999, DJ 25/06/1999 p. 00030)

É especialmente relevante para a análise deste caso concreto um outro precedente do Supremo, o RE nº 105.634/PR, relator o **Ministro Francisco Rezek**, em que o tribunal considerou possível a revogação de licença para construir já concedida pelo fato de a área ter sido colocada sob proteção especial do Poder Público em razão de seu **valor paisagístico**, tal como ocorre com o Conjunto Urbano da Avenida Barbacena/Grandes Equipamentos. O tribunal, na ocasião, rejeitou a tese do direito adquirido. Confira-se a ementa:

- **LICENÇA PARA CONSTRUIR REVOGAÇÃO OBRA NÃO INICIADA** LEGISLAÇÃO ESTADUAL POSTERIOR. I. COMPETÊNCIA DO ESTADO FEDERADO PARA LEGISLAR SOBRE ÁREAS E LOCAIS DE INTERESSE TURÍSTICO, VISANDO **PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PAISAGÍSTICO** (C.F., ART. 180). INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 15 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; **ANTES DE INICIADA A OBRA A LICENÇA PARA CONSTRUIR PODE SER REVOGADA POR CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEM QUE VALHA O ARGUMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO** PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(RE 105634, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 20/09/1985, DJ 08-11-1985 PP-20107 EMENT VOL-01399-02 PP-00399)

A jurisprudência da Suprema Corte vem sendo observada tanto pelo **Superior Tribunal de Justiça** quanto pelo **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**:

ADMINISTRATIVO. LICENÇA PARA CONSTRUIR DEFERIDA PELA AUTORIDADE MUNICIPAL. RESTRIÇÃO SUPERVENIENTE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. OBRA AINDA NÃO INICIADA. **a obra ainda não foi iniciada, a restrição é válida.** Precedentes do Supremo Tribunal

Federal. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 103.298/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/1998, DJ 17/02/1999 p. 138)

Apelação Cível. Direito de construir. Alvará. Posto de gasolina. Limitações administrativas. Projeto de prevenção contra incêndio. Exigência legal. Lei superveniente. Estabelecimento de distância mínima de determinadas construções. **Restrição aplicável. Direito adquirido inexistente.**

- O pedido de concessão de alvará para construir não confere direito adquirido ao pleiteante de ter o projeto examinado à luz das exigências legais previstas naquela época. A norma legal superveniente ao pedido deve ser aplicada pelo administrador no exame da legalidade do projeto para a concessão do alvará. Apenas com o início das obras surge direito adquirido à execução do projeto aprovado, independente de novas exigências legais.

- Dispondo a lei municipal sobre a exigência de instalações de prevenção contra incêndio nos postos de comercialização de combustíveis, a previsão dessas obras deve constar no projeto de construção, não podendo se imputar à Administração a demora na concessão do alvará, se justificada pelo desatendimento a esse requisito. (TJMG, Apelação Cível 1.0629.06.029395-4/001, rel. Desembargadora HELOÍSA COMBAT, DJMG 03-10-2007)

II.2 Inexistência de lesão aos princípios da legalidade e da reserva de plano - Restrições que não têm natureza de regulação urbanística, mas sim de proteção ao patrimônio cultural e paisagístico, por meio de tombamento de conjunto urbano, típico ato administrativo

8. A decisão recorrida afirma que "*as limitações administrativas, que compreendem imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou atividades particulares às exigências do bem-estar geral, só serão legítimas e lícitas se atenderem a **lei ou regulamento***" (fl. 69).

A decisão cita ainda ensinamento doutrinário de **Hely Lopes Meirelles** no sentido de que "*[constituem matéria privativa de lei as limitações que versarem as denominadas 'reservas da lei', isto é, assuntos que só por lei possam ser regidos; poderão ser impostas por regulamento (decreto) quando consistirem em especificação de matéria já constante, genericamente, de lei ou que, por sua natureza, for de alçada de regulamento autônomo*" (fl. 70).

Também a ementa do precedente do TJMG, de relatoria do Desembargador Dorival Guimarães Pereira, admite a limitação por regulamento, e não apenas por lei.

Por fim, a decisão aponta violação aos princípios da legalidade e da discricionariedade (?).

O fundamento e as lições doutrinárias utilizados pelo juiz *a quo* conduzem a solução inversa à

acolhida pelo juízo *a quo*, como veremos a seguir.

9. Primeiramente, é inevitável apontar que a própria decisão recorrida, nas passagens transcritas acima, admite que determinadas limitações à propriedade tenham origem em regulamento, para depois, de modo contraditório, exigir a observância da reserva de lei em sentido formal (ato aprovado pelo Poder Legislativo).

Em segundo lugar, a liminar e a petição inicial partem de um raciocínio desenvolvido a partir de uma **premissa falsa**: a de que a Deliberação CDPCM-BH nº 105/09 teria por fundamento a regulação urbanística do uso do solo urbano, submetendo-se, por consequência, aos princípios e regras traçados no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor, bem como à reserva de lei decorrente do art. 182, *caput* e §§1º e 2º, da Constituição.

No entanto, este não é o único fundamento que gera restrições à propriedade urbana, que também podem ocorrer por uma infinidade de outros fatores externos ao Plano Diretor, tais como a proteção da vizinhança, ao meio ambiente, à segurança dos voos comerciais e militares e, finalmente, ao patrimônio cultural e paisagístico.

No Direito Aeronáutico, por exemplo, a construção de aeródromos, mesmo privados, se sujeita a regulamentos infralegais expedidos pela autoridade aeronáutica (art. 36, §1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/86), ou seja, pelo Ministério da Defesa. E as propriedades próximas se sujeitam a condicionamentos diversos estabelecidos por planos aprovados pela mesma autoridade aeronáutica por ato administrativo, e não por lei (arts. 43, 44 e 45 do Código), que englobam, como é de conhecimento geral, **restrições de altimetria, embasadas em ato administrativo**.

No Direito Ambiental, o Plano de Manejo de unidades de conservação como parques e estações ecológicas, **aprovado por ato administrativo**, estabelece restrições que englobam as propriedades vizinhas situadas na chamada zona de amortecimento (arts. 2º, XVIII, 25 e 27, §1º, da Lei 9.985/00). A própria delimitação da zona de amortecimento é feita por ato administrativo.

Estas são restrições que interferem na propriedade urbana, mas, diferentemente dos parâmetros urbanísticos típicos, **não são fixadas no Plano Diretor e não estão sujeitas a reserva legal, mas a mera reserva de norma, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:**

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIME SEXUAL. COMPETÊNCIA. ESPECIALIZAÇÃO DE VARA POR RESOLUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À RESERVA DE LEI [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTIGOS 5º, INCISOS XXXVII E LIII; 22, I; 24, XI, 68, §1º, I e 96, II, ALÍNEA e d]. INOCORRÊNCIA. **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIOS DA RESERVA DE LEI E DA RESERVA DA NORMA. FUNÇÃO LEGISLATIVA E FUNÇÃO NORMATIVA. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO LEGISLATIVA. SEPARAÇÃO DOS PODERES [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTIGO 2º].**

(...)

5. Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada

pela reserva da lei em sentido estrito, apenas pelo princípio da legalidade afirmado no artigo 5º, II da Constituição do Brasil, vale dizer pela reserva da norma. No enunciado do preceito - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei - há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições decorrentes - isto é, fixadas em virtude dela - de lei. **No primeiro caso estamos diante da reserva da lei: no segundo, em face da reserva da norma norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa - mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei - o princípio estará sendo acatado.**

6. No caso concreto, o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos [= reserva da norma]; não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares e os vincule.

7. Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei - v.g.: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça - das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispendo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. **Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional: quanto a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos.** Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda - verba *cum effectu sunt accipienda*. Legalidade da Resolução do TJ/RN. 8. Não há delegação de competência legislativa na hipótese e, pois, inconstitucionalidade. Quando o Executivo e o Judiciário expedem atos normativos de caráter não legislativo - regulamentos e regimentos, respectivamente - não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desenvolvimento de função normativa. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorrem de delegação de função legislativa; não envolvem, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes. Denego a ordem. (HC 91509, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12 02-2010 EMENT VOL-02389-01 PP-00165)

10. O mesmo acontece com a **proteção ao patrimônio cultural e paisagístico, aí incluída a proteção aos conjuntos urbanos, que são considerados como parte deste patrimônio por norma constitucional expressa:**

Art. 216. **Constituem patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

V - os **conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico**, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Não satisfeito em definir o objeto da proteção, o constituinte definiu também os meios, no §1º do citado art. 216:

§1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, **promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro**, por meio de inventários, registros, vigilância, **tombamento** e desapropriação, e de **outras formas de acatamento e preservação**.

Da simples conjugação do inciso V do *caput* com o §1º do art. 216 da Constituição, chega-se à conclusão de que o constituinte possibilitou o **tombamento de conjuntos urbanos**, que já era admitido, de forma um pouco mais tímida, pelo Decreto-Lei 25/37, ao se referir à inscrição de bens "agrupadamente" no Livro do Tombo.

E não se olvide que o **tombamento é típico ato administrativo**, a ponto de a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** considerar **inconstitucional o tombamento por ato legislativo**:

(...) 5. **O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil.** (...)

7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.

(ADIn 1.706/DF, relator Ministro EROS GRAU, Dje 12-09-2008)

Note-se que a própria ementa do julgado da Suprema Corte aponta que o tombamento não pode ser feito legislativamente por ser ato tipicamente do **Poder Executivo**, evocando de modo expresso o art. 2º da Constituição, que estabelece o **princípio da separação dos poderes**.

No mesmo sentido já se posicionou o **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** no Agravo de Instrumento nº 1.0000.00.313809-6/000 (7ª Câmara Cível, DJMG 02-09-2003), relator **Desembargador Edivaldo George dos Santos**, que cita outras decisões no mesmo sentido.

11. No caso concreto, as restrições que conduziram à rejeição do projeto arquitetônico apresentado pelos agravados **não decorreram de competência municipal referente ao planejamento urbano, ou seja, à organização do uso do solo urbano para aproveitamento da infraestrutura urbana e organização da ocupação da cidade**. Esta competência é exercida

legislativamente por meio do Plano Diretor.

No caso, **o ato administrativo atacado e as restrições por ele estabelecidas decorrem de TOMBAMENTO DE CONJUNTO URBANO, portanto, de típico ato administrativo fundamentado na competência de proteção ao patrimônio cultural.**

Basta a leitura da Deliberação CDPCM-BH nº 105/09 para percebê-lo: sua própria ementa menciona a inscrição do conjunto urbano em questão nos Livros do Tombo Histórico e Arqueológico/

Etnográfico/Paisagístico. O fundamento da proteção é diverso da mera regulação urbanística da ocupação do solo para fins de planejamento urbano. **Não se lhe aplicam, portanto, os raciocínios construídos na petição inicial da ação e na decisão recorrida, todos dirigidos à organização da ocupação urbana.**

Neste sentido já decidiu o **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** na Apelação Cível 1.0024.05.830953-5/001 (3ª Câmara Cível, DJMG 27-09-2007), conforme o voto do **Desembargador Silas Vieira**:

Sabe-se que há muito o direito de propriedade não é tomado como algo absoluto, intangível e incondicional.

Corroborando essa afirmativa a previsão da Constituição da República de 1988, segundo a qual se protege o direito à propriedade, desde que esta atenda a uma função social e ambiental (artigo 5º, XXII e XXIII; artigo 170, II, III e VI; artigo 182; artigo 186; e artigo 225).

Aliás, o exercício do direito de propriedade pode, inclusive, sofrer limitações legais - de direito civil; ou de direito administrativo, como as intervenções estatais na propriedade privada (desapropriação, servidão administrativa, etc.).

De se ressaltar, ainda, que diversos comandos legais, no âmbito federal - como a Lei n. 4.771, de 1965; Lei n. 6.938, de 1981; Lei n. 8.171, de 1991; e Lei n. 10.257, de 2001 -, mostram-se importantes para a efetividade daqueles ditames constitucionais.

No que toca, especificamente, ao caso, pode constatar que o ato impugnado encontra respaldo legal, qual seja, o artigo 17 da Lei municipal n. 3.802, de 1984 - estabelece que as edificações próximas à área de tombamento demandam autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte (CDPCM-BH).

Vale dizer, o exercício do direito de propriedade da impetrante encontra legítima limitação por parte do Poder Público municipal, haja vista que é incontroverso que o imóvel em questão está localizado entre dois outros imóveis tombados, atraindo, em consequência, a aplicação da regra contida no artigo 17 da Lei municipal n. 3.802, de 1984; ou exigindo, pelo menos, a regularização da altimetria para o lote, na forma estabelecida pela Deliberação municipal n. 007, de 2004.

12. Caso se pretenda, de todo modo, insistir na reserva de plano, não se pode olvidar que é o próprio Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal 7.165/96) que previu a possibilidade do CDPCM-BH decidir deste modo, em seu art. 15:

"Art. 15 - São diretrizes de **proteção da memória e do patrimônio cultural**:

I - priorizar a preservação de conjuntos e ambiências em relação a edificações isoladas;

II - **proteger os elementos paisagísticos, permitindo a visualização do panorama e a manutenção da paisagem em que estão inseridos**;

III - promover a desobstrução visual da paisagem e dos conjuntos de elementos de interesse histórico e arquitetônico;

IV - adotar medidas visando à manutenção dos terrenos vagos lindeiros a mirantes, mediante incentivos fiscais, desapropriação ou transferência do direito de construir;

V - estimular ações - com a menor intervenção possível - que visem à recuperação de edifícios e conjuntos, conservando as características que os particularizam;

VI - proteger o patrimônio cultural, por meio de pesquisas, inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acatamento e preservação definidas em lei;

VII - compensar os proprietários de bens protegidos;

VIII - coibir a destruição de bens protegidos;

IX - disciplinar o uso da comunicação visual para melhoria da qualidade da paisagem urbana;

X - criar o arquivo de imagens dos bens culturais tombados no Município, sejam eles imóveis, móveis ou integrados;

XI - **definir o mapeamento cultural para áreas históricas e de interesse de preservação da paisagem urbana, adotando critérios específicos de parcelamento, ocupação e uso do solo**, considerando a harmonização das novas edificações com as do conjunto da área em torno.

XII - promover campanhas educativas que visem à promoção e proteção do patrimônio cultural e que cheguem efetivamente a toda a população;

XIII - promover a integração entre os órgãos municipais, estaduais e federais e com outras entidades visando ao incremento de ações conjuntas eficazes de preservação, recuperação e conservação do patrimônio cultural;

XIV - incentivar estudos e pesquisas direcionados à busca de alternativas tecnológicas e metodológicas para a área de restauração, conservação e proteção do patrimônio cultural;

XV - elaborar a caracterização e o mapeamento das áreas e bens tombados de Proteção da Memória e do Patrimônio Cultural e de suas respectivas diretrizes.

XVI - promover estudos com vistas à proteção das manifestações culturais populares.

§1º - **As diretrizes referidas neste artigo devem ser aplicadas obrigatoriamente** no perímetro de tombamento da Serra do Curral e **nos conjuntos urbanos tombados pelo Município.**

§2º - **As intervenções dentro do perímetro de tombamento** da Serra do Curral e **nos conjuntos urbanos tombados pelo Município devem ser objeto de prévia análise pela Secretaria Municipal de Cultura de Belo Horizonte.**

§3º - As intervenções em áreas em estudo, com perímetros previamente definidas por ato do Executivo, devem ser encaminhadas ao **Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte - CDPCM."**

A Deliberação nº 105/09 não é, portanto, um ato normativo primário, fruto do mero desejo do administrador público. É um ato administrativo concreto e típico, que é o tombamento de conjunto urbano. Ou, caso assim não se entenda, é pelo menos um ato normativo secundário, decorrente de previsão legal explícita.

Vale lembrar ainda que a Secretaria Municipal de Cultura não existe mais no Município de Belo Horizonte, tendo sido extinta pelo art. 110 da Lei Municipal 9.011/05, que criou a Fundação Municipal de Cultura (art. 130), outorgando-lhe, entre outras competências, a de "*prestar suporte técnico e administrativo ao Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural*" (art. 132, XI, acrescentado pela Lei Municipal 9.549/08). Foram esta entidade e este órgão que atuaram no caso.

13. Por fim, não se diga que este tombamento de conjunto seria nulo por falta de notificação dos impetrantes, **pois o Superior Tribunal de Justiça já definiu que esta notificação é desnecessária em caso de tombamentos gerais, ou seja, de conjuntos urbanos inteiros.** Confira-se o relevante precedente:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - TOMBAMENTO GERAL - CIDADE DE TIRADENTES - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO BEM - PROTEÇÃO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL - DESRESPEITO À NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IPHAN - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada. Precedente.

2. É incongruente a alegação da recorrente de que o bem não foi individualizado no

tombamento, se sabia claramente das restrições impostas pelo Decreto-Lei n. 25/37, uma vez que, inclusive, solicitou autorização ao IPHAN para a realização da obra e desrespeitou os limites estabelecidos pelo órgão.

(...)

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 1098640/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado e 09/06/2009, DJe 25/06/2009)

O relator é explícito em seu voto: "*Portanto, havendo o tombamento geral da cidade de Tiradentes, **despicienda a intimação do proprietário do bem tombado**, já que toda a cidade faz parte do patrimônio protegido, não sendo possível que o interesse individual se torne prevalente diante do conjunto arquitetônico reconhecidamente de importância histórica (art. 1º do Decreto-lei n. 25/37).*"

II.3 Irrelevância da Carta de Informação de Grau de Proteção válida até 11 de setembro de 2010

14. A decisão recorrida evoca o documento de fl. 48 dos autos originais, a Carta de Informação de Grau de Proteção, datada de 11 de setembro de 2009 e válida por um ano, que atestou que a quadra em que localizada o imóvel não possuía, **até aquela data**, "*diretriz especial de projeto*".

Todavia, deixou-se observar que o documento contém uma **explícita ressalva**: sujeita-se a "*alterações decorrentes de novas deliberações ou modificações legais decorrentes que revoguem as disposições em contrário*".

Pouco importa que estivesse dentro de seu prazo de validade, se esta validade estava **condicionada à inexistência de novas deliberações do conselho, que ocorreram no caso**.

Quem alerta e ressalva age de boa-fé; a má-fé vai por conta de quem finge não ter observado o detalhe e prefere ler no documento apenas a parte que lhe interessa.

IV Necessidade de caução, fiança ou depósito para garantir possível indenização

15. O art. 7º, III, da Lei 12.016/09 permite que o juiz exija do impetrante "*caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica*".

No caso, impõe a aplicação deste dispositivo, considerando-se os altos valores necessários para demolir um edifício de dez pavimentos caso a liminar seja cassada ao final do processo, bem como o valor necessário para indenizar a coletividade pelo dano ao direito difuso à paisagem urbana.

Sendo os agravados proprietários de uma empresa do ramo imobiliário, além de advogados renomados, não há razão para dispensar a caução, fiança ou depósito.

V Inexistência de risco de ineficácia do provimento final

16. O art. 7º, III, da Lei 12.016/09 estabelece como requisito para a concessão de liminar em mandado de segurança que do deferimento da segurança apenas ao final do processo possa "*resultar a ineficácia da medida*".

A este respeito, a decisão recorrida aponta apenas que "*a Lei de Regência poderá sofrer alteração*" (fl. 71).

O argumento não se sustenta. Realmente, a Lei de Uso e Ocupação do Solo da capital sofreu várias alterações recentes com o advento da Lei Municipal 9.959/10.

No entanto, é evidente que eventual sentença favorável aos agravados no mandado de segurança determinará que a análise de seu requerimento de licença para construir se faça à luz da legislação vigente quando do indeferimento anulado judicialmente.

Trata-se de consequência banal do instituto jurídico da nulidade que, como se sabe, conduz as partes ao *statu quo ante*.

Aliás, o próprio pedido dos agravados é neste sentido. Confira-se: "*ao final, requerem os impetrantes a concessão da segurança (...) para reconhecer a nulidade do ato administrativo (...) e determinar a imediata análise do pedido de licença para construir (...) sem as limitações urbanísticas ilegais criadas pela Deliberação 105/2009 do Conselho do Patrimônio Histórico do Município, **que deverá analisar a questão sob o regime jurídico existente no momento da impetração***" (fl. 22).

O que há é o **perigo da demora reverso**, como demonstrado no item seguinte desta peça.

VI Requisitos para concessão do efeito suspensivo ao agravo

17. A relevância da fundamentação do agravo já foi demonstrada no decorrer das razões recursais.

18. O perigo da demora para o Município também é evidente e dispensa maiores considerações.

Basta imaginar a comoção social de eventuais adquirentes de apartamentos ao descobrirem que a licença para construção do edifício de **dez pavimentos** estava *sub judice* e foi anulada após possível cassação da liminar na sentença ou acórdão de segunda instância, conduzindo à necessidade de demolir todo o edifício, após o pagamento de prestações de alto valor.

Como não bastasse, é evidente que a construção de um edifício tão alto prejudicará sobremaneira a paisagem local, impedindo a visibilidade da área protegida.

Por outro lado, a espera não traz prejuízo algum para os agravados, já que a construção pode ser iniciada normalmente após a sentença ou acórdão, com maior segurança jurídica que certamente vai facilitar o financiamento bancário do empreendimento e sua aceitação pelos consumidores.

VII Pedido recursal

19. Em face do exposto, o agravante requer que:

- a) **seja atribuído efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, suspendendo a liminar concedida até o julgamento definitivo do recurso pela turma julgadora;**
- b) os agravados sejam intimados para, se desejarem, oferecer contraminuta, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 527, V, do CPC;
- c) o presente agravo de instrumento seja conhecido e provido para:
 - c.1) indeferir a liminar pleiteada;
 - c.2) caso assim não se entenda, para condicionar a eficácia da liminar à prestação de caução, fiança ou depósito no valor fixado pelo tribunal;
- d) os agravados sejam condenados ao pagamento das despesas e/ou custas recursais.

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2010.

Fernando Couto Garcia

Procurador Municipal

OAB/MG 94.049/BM 79.120-6

¹ E não da Secretaria Municipal de Governo, como equivocadamente registrado na decisão recorrida, provavelmente em razão de erro material.