



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR  
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO SUL:**

**O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, no fim assinado, no uso de  
suas atribuições constitucionais, com fundamento no artigo 129,  
inciso IV, da Constituição Federal, combinado com o artigo 95,  
parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Estadual, promove a presente

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico pátrio da **Lei Complementar n.º 804**, de 27 de setembro de 2016, do **Município de Porto Alegre**, *que renomeia o parágrafo único do art. 4º para § 1º, inclui § 2º no art. 4º e arts. 7º-A e 16-A, altera o caput e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 16 e revoga o § 4º do art. 16 na Lei Complementar nº 601, de 23 de outubro de 2008 – que dispõe sobre o Inventário do*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município –, alterada pela Lei Complementar n° 743, de 2 de setembro de 2014, dispendo sobre transferência de Potencial Construtivo de edificações integrantes do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, pelas razões de direito a seguir expostas:*

### **1. Do contexto normativo.**

O inventário do patrimônio cultural dos bens imóveis do Município de Porto Alegre é regulado pela Lei Complementar Municipal n.º 601, de 23 de outubro de 2008.

Posteriormente, referida lei foi alterada pela Lei Complementar Municipal n.º 743, de 02 de setembro de 2014, que culminou por ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Pleno do Estado, por vício de iniciativa, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 70061936605.

Presentemente, em 27 de setembro de 2016, foi editada a Lei Complementar n.º 804, ora impugnada, que promove alterações significativas em relação ao inventário do patrimônio cultural de bens imóveis no Município de Porto Alegre, que se encontra redigida nos seguintes termos:

#### ***LEI COMPLEMENTAR Nº 804, DE 27 DE SETEMBRO DE 2016.***

*Renomeia o parágrafo único do art. 4º para § 1º, inclui § 2º no art. 4º e arts. 7º-A e 16-A, altera o caput e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 16 e revoga o § 4º do art. 16 na Lei Complementar n° 601, de 23 de outubro de 2008 – que dispõe sobre o Inventário do Patrimônio Cultural de*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*Bens Imóveis do Município –, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2 de setembro de 2014, dispondo sobre transferência de Potencial Construtivo de edificações integrantes do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município.*

**O PREFEITO MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE**

*Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, no uso das atribuições que me confere o inciso II do artigo 94 da Lei Orgânica do Município, sanciono a seguinte Lei:*

*Art. 1º No art. 4º da Lei Complementar nº 601, de 23 de outubro de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2 de setembro de 2014, fica renomeado o parágrafo único para § 1º, mantendo-se sua redação atual, e fica incluído § 2º, conforme segue:*

*“Art. 4º*

*§1º.....*

*§ 2º O levantamento de que trata este artigo será realizado no prazo improrrogável de 1 (um) ano, sob pena de, transcorrido esse prazo, restar prejudicada e insuscetível de repetição a inclusão do imóvel no Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município.” (NR)*

*Art. 2º Fica incluído art. 7º-A na Lei Complementar nº 601, de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2014, conforme segue:*

*“Art. 7º-A As disposições desta Lei Complementar aplica-se, no que couber, o disposto nos arts. 8º a 16 da Lei Complementar nº 275, de 6 de abril de 1992, observando-se, quanto ao prazo para a impugnação, o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei Complementar.”*

*Art. 3º Ficam alterados o caput e os §§ 1º, 2º e 3º do Art. 16 da Lei Complementar nº 601, de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2014, conforme segue:*

*“Art. 16. Na restauração ou na preservação das edificações integrantes do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, de Estruturação, será realizada a transferência do Potencial Construtivo do imóvel para outro imóvel situado em qualquer Macrozona, observada a proporcionalidade nos termos da legislação municipal vigente.*

*§ 1º Para fins da transferência referida neste artigo, o Potencial Construtivo será calculado aplicando-se o índice de Aproveitamento sobre a área total do terreno, não sendo considerada no cálculo a área relativa às edificações*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*arroladas para fins do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, aplicando-se, nestes casos, o disposto no inc. IV do § 8º do art. 107 da Lei Complementar 434, de 1999, e alterações.*

*§ 2º A transferência do Potencial Construtivo referida neste artigo será efetuada mediante requerimento do proprietário do imóvel objeto do arrolamento no inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da protocolização do requerimento, sob pena de, transcorrido esse prazo, restar prejudicada e insuscetível de repetição a inclusão do imóvel no referido Inventário.*

*§ 3º No caso dos imóveis inventariados de Compatibilização, a indenização será calculada na forma do § 1º deste artigo, subtraindo-se do Potencial Construtivo do terreno a área para edificação que venha a ser aprovada para ele. (NR)."*

*Art. 4º Fica incluído art. 16-A na Lei Complementar nº 601, de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2014, conforme segue:*

*"Art. 16-A. Em caso de novo projeto de edificação destinado a terreno no qual esteja localizada edificação integrante do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, de Estruturação, será utilizado:*

*I – para Índice de Aproveitamento, o constante da coluna "IA Máximo" do Anexo 6 da Lei Complementar nº 434, de 1999, e alterações posteriores; e*

*II – para regime volumétrico, o código 13 do Anexo 7.1 da Lei Complementar nº 434, de 1999, e alterações posteriores.*

*§ 1º No caso do novo projeto englobar lotes lindeiros a terreno no qual esteja localizada edificação objeto do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, será aplicado a esses lotes o regime volumétrico referido no inc. II do caput deste artigo, não lhes sendo aplicadas as restrições referidas no art. 11 desta Lei Complementar.*

*§ 2º Para o cumprimento das disposições desta Lei Complementar, será utilizado, se necessário, o estoque reserva de solo criado da Macrozona na qual estiver localizado o imóvel."*

*Art. 5º No prazo improrrogável de 1 (um) ano, contado da data de vigência desta Lei Complementar, deverá ser revisado o acervo constante do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, devendo ser declarados expressamente os imóveis considerados não qualificados para integrá-lo, sob pena de, transcorrido esse prazo, restar*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*prejudicada e insuscetível de repetição a inclusão dos imóveis no referido Inventário.*

*Parágrafo único. Enquanto não for concluída a revisão referida neste artigo, não poderão ser promovidos novos procedimentos, bem como ficam cancelados aqueles não concluídos até a entrada em vigor desta Lei Complementar, que visem a incluir bens no Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município.*

*Art. 6º O acervo do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município remanescente após o procedimento referido no § 2º do Art. 4º da Lei Complementar nº 601, de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2014, deverá ser indenizado por meio da transferência de Potencial Construtivo, nos termos do disposto no Art. 16 dessa Lei Complementar, no prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de, transcorrido esse prazo, restar prejudicado e insuscetível de repetição a inclusão do imóvel no referido Inventário.*

*Art. 7º Os imóveis que vierem a ser inventariados após a data de publicação desta Lei Complementar deverão ser indenizados nos termos e prazo constantes do art. 16 da Lei Complementar nº 601, de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2014, sob pena de, não ocorrendo a indenização, ou inobservado o prazo, serem excluídos permanentemente do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município.*

*Art. 8º No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data de publicação desta Lei Complementar, serão revisados o conceito, os critérios, os procedimentos e os efeitos do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, por meio de grupo de trabalho composto por representantes do Executivo e do Legislativo Municipais e da sociedade civil, com a finalidade de ser apresentada proposição legislativa alterando a Lei Complementar nº 601, de 2008, alterada pela Lei Complementar nº 743, de 2014.*

*Art. 9º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.*

*Art. 10. Fica revogado o § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 601, de 23 de outubro de 2008.*

*PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 27 de setembro de 2016.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

## **2. Do vício material de inconstitucionalidade.**

O artigo 216 da Constituição Federal inseriu no sistema jurídico brasileiro, dentre os direitos fundamentais, a proteção ao patrimônio histórico e cultural, *verbis*:

*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:*

*I - as formas de expressão;*

*II - os modos de criar, fazer e viver;*

*III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*

*IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*

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

Um bem cultural pode ter uma expressão material ou imaterial. Em qualquer de suas formas, ele representa, promove e simboliza manifestações da ação artística e cultural de indivíduos, de comunidades ou da humanidade em geral. Como aludido pela Lei Maior, os bens culturais são referências da identidade, da ação e da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade.

De acordo com a acertada síntese de Sandra Cureau, *o patrimônio cultural constitui testemunho da formação de um povo, de um país, de uma comunidade. Falar de patrimônio cultural é falar de valores.* Por isso, prossegue a ilustre Procuradora da República, *a conservação ou a degradação do patrimônio são*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*expressões do significado que uma sociedade concede à sua própria história e aos seus próprios valores culturais*<sup>1</sup>.

Leciona Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup> acerca da proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural:

*O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental. Tais bens tanto podem ser realizações humanas como obras da natureza; tanto podem ser preciosidades do passado como criações contemporâneas. A proteção de todos esses bens é realizada por meio do tombamento, ou seja, da inscrição da coisa em livros especiais – Livro do Tombo – na repartição competente, para que a sua utilização e conservação se façam de acordo com o prescrito na respectiva lei.*

*O valor histórico, artístico, cultural, científico ou ambiental é proclamado pelo órgão administrativo incumbido dessa apreciação, mas, quando contestado pelo proprietário da coisa, para subtraí-la do tombamento, pode ser apurado em juízo, pelos meios periciais adequados. Embora a valoração histórica e a artística dependam de juízos subjetivos e conceitos estéticos individuais, nem por isso fica o ato administrativo do tombamento imune à apreciação judicial, para verificar-se a sua legalidade, dentro dos objetivos colimados pela legislação pertinente.*

*A Constituição Federal de 1988, fiel à orientação histórico-cultural dos povos civilizados, estendeu o amparo do Poder Público a todos os bens que merecem ser preservados e atribui a todas as entidades estatais o dever de preservá-los, para recreação, estudo e conhecimento dos feitos de nossos antepassados (art. 23, III). A competência para legislar sobre a matéria é concorrente à União e aos Estados (art. 24, VII),*

---

<sup>1</sup> Sandra Cureau, *O Patrimônio Cultural Brasileiro e seus Instrumentos de Proteção*, in Cláudia Lima Marques e outros, *O Novo direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico*, Ed. RT, 2010, p. 167 e ss.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 560.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*cabendo aos Municípios a legislação de caráter local e suplementar (art. 30, I e II).*

No plano legislativo, o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, ao disciplinar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, fixando normas sobre o tombamento de bens, já especificava o que constitui esse patrimônio, preceituando:

*Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.*

*§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo de que trata o art. 4º desta lei.*

*§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.*

O precitado artigo 216 da Constituição Federal, em prol da concretização desses direitos fundamentais, estatuiu que cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural e histórico por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, *in verbis*:

*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*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

*(...)*

*§ 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 acautelamento e preservação.*

*(...)*

*§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.*

Na esteira desse regramento, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul iterou a necessidade de proteção do patrimônio cultural, dispondo, no que interessa ao tema em debate:

*Art. 13. É competência do Município, além da prevista na Constituição Federal e ressalvada a do Estado:*

*I - exercer o poder de polícia administrativa nas matérias de interesse local, tais como proteção à saúde, aí incluídas a vigilância e a fiscalização sanitárias, e proteção ao meio-ambiente, ao sossego, à higiene e à funcionalidade, bem como dispor sobre as penalidades por infração às leis e regulamentos locais;*

*Art. 176. Os Municípios definirão o planejamento e a ordenação de usos, atividades e funções de interesse local, visando a:*

*(...)*

*VIII - impedir as agressões ao meio ambiente, estimulando ações preventivas e corretivas;*

*Art. 222. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamentos, desapropriações e outras formas de acautelamento e preservação.*

*§ 1.º Os proprietários de bens de qualquer natureza tombados pelo Estado receberão incentivos para preservá-los e conservá-los, conforme definido em lei.*

*§ 2.º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*§ 3.º As instituições públicas estaduais ocuparão preferentemente prédios tombados, desde que não haja ofensa a sua preservação.*

*Art. 223. O Estado e os Municípios manterão, sob orientação técnica do primeiro, cadastro atualizado do patrimônio histórico e do acervo cultural, público e privado.*

*Parágrafo único. Os planos diretores e as diretrizes gerais de ocupação dos territórios municipais disporão, necessariamente, sobre a proteção do patrimônio histórico e cultural.*

*Art. 250. O meio ambiente é bem de uso comum do povo, e a manutenção de seu equilíbrio é essencial à sadia qualidade de vida.*

*§ 1º - A tutela do meio ambiente é exercida por todos os órgãos do Estado.*

*Art. 251. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, preservá-lo e restaurá-lo para as presentes e futuras gerações, cabendo a todos exigir do Poder Público a adoção de medidas nesse sentido.*

*§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, o Estado desenvolverá ações permanentes de proteção, restauração e fiscalização do meio ambiente, incumbindo-lhe, primordialmente:*

*I - prevenir, combater e controlar a poluição e a erosão em qualquer de suas formas;*

*II - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, obras e monumentos artísticos, históricos e naturais, e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, definindo em lei os espaços territoriais a serem protegidos;*

*(...)*

De outra banda, avançando no exame do tema, a competência para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico e cultural vem ditada, expressamente, pela Carta Federal, que atribuiu competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Municípios para promover essa proteção, conferindo-lhes competência concorrente para legislar sobre essa matéria, *in verbis*:

*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

*(...)*

*III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;*

*Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*

*(...)*

*VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;*

Muito embora o artigo 24 da Constituição Federal não faça referência expressa aos Municípios, a competência desse ente federado para editar normas legais sobre proteção ao patrimônio histórico, artístico e cultural deflui do regramento insculpido no artigo 30, incisos I, II e IX, da Carta da República, que determina:

*Art. 30. Compete aos Municípios:*

*[...].*

*I - legislar sobre assuntos de interesse local;*

*II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;*

*[...]*

*IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;*

*[...].*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Logo, inquestionável que os Municípios detêm competência para legislar sobre essa temática, como explicita Fernanda Dias de Menezes de Almeida<sup>3</sup>:

*Parece-nos que a competência conferida aos Estados para complementarem as normas gerais da União não exclui a competência do Município de fazê-lo também. Mas o Município não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particulares locais.*

*Da mesma forma, inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender a suas peculiaridades. Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas estaduais supletivas, é livre então o Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência material comum. Mas a superveniência de normas gerais, postas pela União diretamente, ou pelos Estados supletivamente, importará a suspensão da eficácia das normas municipais colidentes.*

Exatamente em atenção a sua competência constitucionalmente posta para tanto, o Município de Porto Alegre, ao instituir o Plano Diretor de Desenvolvimento Ambiental, por força da Lei Complementar Municipal n.º 434, de 1º de dezembro de 1999, **adotou o tombamento e o inventário como instrumentos para preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural**, relegando à lei específica a regulamentação do Inventário do Patrimônio Cultural. Disse a lei:

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes de. *Competências na Constituição* de 1988. São Paulo: Atlas, 1991. p.168-9.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*Art. 92. Áreas de Interesse Cultural são áreas que apresentam ocorrência de Patrimônio Cultural e que devem ser analisadas, visando a sua preservação no quadro da sustentabilidade urbana e ao resgate da memória cultural por meio da revitalização, restauração e potencialização das áreas significativas, por meio de flexibilização e fomento pelo Poder Público, identificadas no Anexo 3 desta Lei Complementar.*

*§ 1º Revogado.*

*§ 2º A preservação de Áreas, Lugares e Unidades far-se-á pela definição de regime urbanístico específico, por tombamento e inventário.*

*§ 3º Na ausência de regime urbanístico específico para as Áreas de Interesse Cultural, o uso e a ocupação serão autorizados desde que demonstradas as condições desejáveis de preservação, através de Estudo de Viabilidade Urbanística.*

*§ 4º A identificação das áreas e dos bens que constituem Patrimônio Cultural será objeto de estudos específicos baseados no Inventário do Patrimônio Cultural, observados o valor histórico, o valor arqueológico, a excepcionalidade, os valores de representatividade, de referência, arquitetônicos, simbólicos, práticas culturais, tradições e heranças, considerando, ainda, as relações físicas e culturais com o entorno e a necessidade de manutenção de ambientação peculiar.*

*§ 5º Lei específica regulamentará o Inventário do Patrimônio Cultural, incluindo sítios arqueológicos e áreas de interesse arqueológico, estabelecendo conceitos, conteúdos, critérios de seleção, características, vigência, formas de proteção e de incentivo.*

*§ 6º Com vistas à preservação das áreas e bens que constituem o Patrimônio Cultural, aplicam-se normas específicas para licenciamento de veículos de publicidade.*

*§ 7º A edificação em terreno situado em Área Especial de Interesse Cultural com regime urbanístico definido será analisada mediante Projeto Especial de Impacto Urbano, nos termos do Capítulo V do Título IV desta Parte, podendo ser utilizados:*

*I – dispositivos previstos nas als. 'a' e 'b' do inc. II do art. 60 e na al. 'c' do inc. II do art. 61; e*

*II – estoques construtivos públicos alienáveis de Solo Criado e Transferência de Potencial Construtivo. (NR)*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Como corolário, foi editada a Lei Complementar Municipal n.º 601, de 23 de outubro de 2008, regulando o procedimento de inventário do patrimônio cultural de bens imóveis do Município de Porto Alegre e estabelecendo as diretrizes para a utilização dessa ferramenta de proteção na seara municipal.

Nada obstante, referido conjunto normativo foi alvo de vários influxos legislativos, no desiderato de mitigar a proteção por ele conferida ao patrimônio cultural. Por isso mesmo, após ser modificado pela Lei Complementar Municipal n.º 743/2014 - que, consoante sublinhado alhures, já foi declarada inconstitucional - sofreu nova alteração, desta feita pela Lei Complementar Municipal n.º 804, de 27 de setembro de 2016, presentemente em apreciação.

Com tais aportes, considerada a teia normativa antes delineada, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro erigiu o patrimônio histórico e cultural a bem jurídico com status de direito fundamental que se insere dentro do rol de direitos fundamentais de terceira geração<sup>4</sup>, precisamente o **direito fundamental coletivo à proteção do patrimônio histórico e cultural**.

Pontifica Marcos Paulo de Souza Miranda<sup>5</sup>:

*A proteção ao patrimônio cultural insere-se, sem dúvida, no conceito de direito fundamental de terceira geração, sendo inconteste que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a*

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569.

<sup>5</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16/17.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras.*

*(...)*

*Ademais, a proteção ao patrimônio cultural, que objetiva a tutela de interesses pertencentes ao gênero humano, trata-se de direito trasindividual difuso, uma vez que pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa.*

Igualmente merece ser trazida à baila a lição de Paulo Bonavides<sup>6</sup>:

*Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.*

Dessa forma, a lei aqui vergastada, consoante adiante será minudenciado, padece de mácula material de inconstitucionalidade, restringindo as diretrizes de proteção do patrimônio histórico e cultural fornecidas pelo texto constitucional, que instituiu instrumentos de promoção e proteção desse bem

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

jurídico, tais como o tombamento e o inventário<sup>7</sup>, dentre outras formas de acautelamento e preservação.

Com efeito, o seu artigo 1º, parágrafo 2º, estabelece um condicionamento temporal preclusivo, referindo que o prazo para a realização dos levantamentos necessários à inclusão dos imóveis no inventário do patrimônio cultural de bens imóveis do município será de apenas um ano, de forma improrrogável, interregno a partir do qual se torna prejudicado e insuscetível de repetição o procedimento em questão, o que absolutamente refoge à razoabilidade, princípio inscrito no artigo 19, *caput*, da Carta Estadual<sup>8</sup>, limitando sobremaneira a efetivação da proteção adequada aos bens a serem resguardados, diante da impossibilidade de sua reinserção em inventário, pelo só decurso *in albis* do exíguo prazo concedido pelo dispositivo em relevo.

De tal sorte, o malsinado Diploma Legal desconsidera a *telos* do artigo 216 da Carta Magna, reproduzida no artigo 222 da Constituição Estadual e de observância obrigatória pelos Municípios, *ex vi* do artigo 8º da Carta Estadual, que evidencia que o processo de proteção legal de bens componentes do patrimônio cultural e histórico pode acontecer a qualquer tempo, não comportando

---

<sup>7</sup> 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: (...)*

§ 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 acautelamento e preservação.*

<sup>8</sup> Art. 19. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

restrições impostas pelo constituinte, tal qual levada a efeito na legislação combatida, que simplesmente redundou por engessar a preservação ambiental no âmbito do inventariamento do patrimônio arquitetônico cultural de Porto Alegre.

Na sequência, em seu artigo 5º, a lei reforça a restrição apontada, reeditando o prazo improrrogável de um ano, agora para que seja revisado o *acervo constante do Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município, devendo ser declarados expressamente os imóveis considerados não qualificados para integrá-lo, sob pena de, transcorrido esse prazo, restar prejudicada e insuscetível de repetição a inclusão dos imóveis no referido Inventário*<sup>9</sup>. E mais: ressalva que, enquanto não for concluída a revisão acenada nesse artigo, *não poderão ser promovidos novos procedimentos, bem como ficam cancelados aqueles não concluídos até a entrada em vigor desta Lei Complementar, que visem a incluir bens no Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município.*

Em outros termos: os imóveis não revisados no interregno temporal de um ano serão passíveis de demolição a qualquer tempo, tornando inócua a proteção outrora estabelecida. E qualquer bloqueio preventivo existente no município será derogado, em prol dos interesses especulativos da construção civil.

Por último, no artigo 7º - que faz indevida menção à Lei Complementar n.º 743/14, que já havia sido extirpada do mundo

---

*impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte:*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

jurídico quando da sua edição - é prevista uma indenização aos proprietários dos imóveis a serem inventariados, o que ofende frontalmente o artigo 222, parágrafo 1º, da Carta da Província, que não prevê o ressarcimento – mas o mero incentivo - aos proprietários dos bens tombados, sendo que o tombamento, como é cediço, configura medida mais gravosa do que o inventário.

Nesse particular, cumpre registrar que os institutos do tombamento e do inventário, justamente porque não afastam o direito de propriedade, não sujeitam o Poder Público ao dever de indenizar.

E, mais uma vez, a sanção para o não pagamento da indenização, inserta no mesmo artigo 7º, será a exclusão permanente do imóvel do inventário do patrimônio cultural de bens imóveis do município.

Portanto, os dispositivos guerreados se encontram em manifesto descompasso com os parâmetros constitucionais vigentes, ofendendo, assim, o princípio da simetria constitucional<sup>10</sup>.

Sobre o tema, oportuno mencionar o ensinamento de Maria Coeli Simões Pires<sup>11</sup>:

---

<sup>9</sup> Acervo, consigne-se, construído ao longo de 35 anos, consoante fl. 24 do Expediente MP.

<sup>10</sup> Neste particular, cumpre citar a ADIN n.º 593110141, paradigma da lavra do eminente Desembargador Cacildo de Andrade Xavier, onde consignado que *a teor do disposto nos arts. 8º e 10 da Carta Estadual, os princípios da separação dos poderes e o da competência são gerais, de estrita observância em todos os níveis, isto é, federal, estadual e municipal. A simetria é inafastável, pois se a unidade política, que é o Estado, não pode conflitar com o ordenamento jurídico fundamental, idêntico procedimento é exigível dos Municípios quanto à iniciativa do processo legislativo e demais princípios consagrados em ambas as Constituições.*

<sup>11</sup> *Da Proteção ao Patrimônio Cultural: O Tombamento como Principal Instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 105 e segs.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*O Constituinte atribuiu, pois, aos entes estatais referidos competência para atuação no campo da preservação do patrimônio, a qual envolve tanto a elaboração de leis quanto a execução destas. A matéria inserida no âmbito da competência comum no plano executório, e considerada objeto de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, e objeto de competência supletiva à legislação federal e estadual por parte do município, sujeita o bem aos poderes dessas entidades estatais. Dessa perplexidade, decorrência da organização federada, fala-nos o Prof. Paulo Neves de Carvalho (Projeto de lei estadual n.º 1.695/89. Inconstitucionalidade da lei em que se transforme o projeto, como proposto. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. 1989):*

*'percebe-se, sem dificuldade, que o território do Estado brasileiro é um só e é também uma única a população que o ocupa, a comunidade nacional; por força da organização federada do Estado, três ordens ou esferas de poder coexistem, incidindo sobre esse território e essa comunidade, cada qual identificadas por competências (privativas, concorrentes ou comuns) a serem exercidas sobre uma parcela local ou regional da comunidade ou sobre toda ela.*

*O que se quer assinalar é que, a despeito de ser um só o território, variam os âmbitos deste território sobre os quais se exercem os poderes das entidades estatais – a União, o Estado (Estado Federado ou Estado Membro) e o Município.'*

*[...].*

*O Constituinte parece ter assimilado aquela orientação. É o que se pode concluir da análise dos novos dispositivos constitucionais que compõem o novo arcabouço da competência nesse campo de atuação. Inocorreu o constituinte, entretanto, no vício de centralização da política de preservação da cultura.*

*Incontestável é a competência da União, dos Estados membros e do Distrito Federal para adotar, por ato próprio, leis sobre tombamento nos limites constitucionais e nas suas respectivas esferas de competência. Todavia, a competência é da União para normas gerais.*

*A União é competente para editar normas gerais, entre outras matérias, sobre urbanismo, meio ambiente, responsabilidade por danos ao patrimônio e proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico. Ao legislador federal cabe, então, dar os parâmetros e a construção dos institutos jurídicos a serem observados e adotados pela Federação.*

*(...)*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*A Constituição de 1988 dificultou, portanto, uma ação mais independente de Estados e Municípios.*

*É certo que a competência legislativa suplementar do município, assegurada pelo art. 30, inciso I e II, nesse campo, é reforçada pela própria competência executiva expressa para efetivar a proteção, além de convalidar-se pela regra do "interesse local". Entretanto, é mais estreita, uma vez condicionada às normas de proteção, de âmbito federal e estadual.*

Em apertada síntese: o Poder Público, em todas as esferas da federação, tem a obrigação de preservar e proteger o patrimônio cultural, não se admitindo condicionamentos que venham a reduzir ou criar óbices a esse dever constitucional. A inovação legal engendrada, afastando o resguardo dos bens apenas inventariados, retira a proteção até então incidente sobre centenas de imóveis de valor cultural no âmbito do Município de Porto Alegre.

No sentido aqui defendido, a jurisprudência da Corte de Justiça Estadual:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO ARTIGO 2º DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 2.150/2010, QUE ALTEROU O ARTIGO 83 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.216/2004. OFENSA A DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. ENFRAQUECIMENTO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DE INTERESSE HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO. Alteração do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município que introduziu a substituição da expressão "inventariados" por "tombados" para caracterização dos imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico. Tal supressão do mecanismo de inventário de bens, nos termos em que foi feita, configura evidente retrocesso, considerando-se a proteção que era assegurada pela lei primitiva ao patrimônio histórico e cultural do Município. Ofensa ao disposto nos artigos 8º,*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*caput, 222 e 223 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como ao artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70065681405, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/12/2015)*

### **3. Do vício formal de inconstitucionalidade.**

A norma questionada teve leito em Projeto de Lei de origem parlamentar, da lavra do Vereador Mauro Pinheiro<sup>12</sup>.

No entanto, os Edis da Câmara Municipal de Porto Alegre, ao criarem condicionamentos, prazos e pressupostos para a inclusão de bens no inventário do patrimônio cultural municipal, legislaram sobre matéria de cunho eminentemente administrativo, invadindo competência privativa do Chefe do Poder Executivo, na medida em que o tombamento e o inventário são institutos tipicamente administrativos.

Anota José dos Santos Carvalho Filho<sup>13</sup>:

*O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições.*

Assim, a inclusão de determinado bem no inventário do patrimônio cultural do município - ou o seu tombamento<sup>14</sup> - são

<sup>12</sup> Conforme documentação que acompanha o expediente.

<sup>13</sup> *Manual de direito administrativo*, p. 516, 4.ª Ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999.

<sup>14</sup> *TOMBAMENTO. BEM IMÓVEL. VALOR HISTÓRICO E ARQUITETÔNICO. IGREJA DO RELÓGIO. MUNICÍPIO DE IJUÍ. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. 1. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de prova que se mostra desnecessária ao desate da lide. 2. O tombamento é ato administrativo privativo da Administração Pública, que*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

atos puramente administrativos, de competência privativa do Poder Executivo, necessários à proteção do patrimônio histórico e cultural, não podendo, portanto, serem extintos, anulados ou restringidos por lei de iniciativa do Poder Legislativo.

Na hipótese em relevo, não havia espaço para a iniciativa do Poder Legislativo, visto que, na melhor exegese do artigo 60, inciso II, alínea "d", da Constituição Estadual, aplicável aos municípios por força do disposto no artigo 8º, *caput*<sup>15</sup>, da Carta referida, incumbe ao Chefe do Poder Executivo, privativamente, a iniciativa de leis que versem sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias e órgãos da Administração Pública, *in verbis*:

*Art. 60. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:*

*(...)*

*II - disponham sobre:*

*(...)*

*d) criação, estruturação e atribuições das Secretarias e órgãos da administração pública.*

---

*exige a observância do procedimento previsto no Decreto-lei n.º 25/1937. 3. O Poder Público não tem o dever de tomar todos os bens que ostentam algum valor histórico, artístico e paisagístico. É de natureza discricionária a decisão de promover o tombamento. Submete-se, contudo, tanto a decisão de tomar quanto a de não tomar ao controle judicial. Mas, apenas em casos excepcionais, é de ser admitida a intervenção judicial por se tratar de decisão que envolve juízo de conveniência e oportunidade da medida e de valor dos bens a serem preservados. 4. Sem a declaração administrativa de preservação do bem ou judicial da ilegalidade da omissão da Administração Pública em promover o tombamento, não se operam aos proprietários seus efeitos. Agravo retido desprovido. Recursos do Município de Ijuí e da Comunidade Evangélica Ijuí providos. Recurso do Autor e reexame necessário prejudicados. (Apelação Cível Nº 70042082883, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/06/2011)*

<sup>15</sup> *Art. 8º - O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, rege-se por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Cuida-se, assim, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, não podendo, a Câmara de Vereadores, deflagrar projetos que visem a dispor sobre a matéria, sob pena de, por usurpação, eivar de inconstitucionalidade o texto legal decorrente.

Esse o entendimento de Hely Lopes Meirelles<sup>16</sup>:

*A iniciativa reservada ou privativa assegura o privilégio do projeto ao seu titular, possibilita-lhe a retirada a qualquer momento antes da votação e limita qualitativa e quantitativamente o poder de emenda, para que não se desfigure nem se amplie o projeto original; só o autor pode oferecer modificações substanciais, através de mensagem aditiva. No mais, sujeita-se a tramitação regimental em situação idêntica a dos outros projetos, advertindo-se, porém, que a usurpação de iniciativa conduz à irremediável nulidade da lei, insanável mesmo pela sanção ou promulgação de quem poderia oferecer o projeto.*

A análise do texto legal em comento não deixa dúvida de que houve limitação indevida pelo Poder Legislativo ao espectro de atuação do Poder Executivo - condicionando a realização do ato administrativo de inclusão/revisão do acervo no inventário do patrimônio cultural do município a prazo preclusivo e peremptório, bem como determinando o pagamento de indenização a tal título - violando, modo direto, o disposto no artigo 82, incisos II e III, da Constituição Estadual, aplicável aos municípios, em simetria, por força do artigo 8º, *caput*, da Carta do Estado:

*Art. 82. Compete ao Governador, privativamente:  
(...)*

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 676.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

- II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*
- III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;*
- (...)*
- VII - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual.*

Nessa direção, a jurisprudência da Corte de Justiça Estadual, inclusive em relação a já citada Lei Complementar Municipal n.º 743/2014, consoante se recolhe dos seguintes julgados:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 743, DE 02 DE SETEMBRO DE 2014. ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DE BENS IMÓVEIS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. É inconstitucional a lei de iniciativa legislativa que altera as normas de organização e procedimento dos serviços da Administração do Executivo, que realizam o Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município de Porto Alegre. Ofensa aos artigos 60, II, d e 82, VII, ambos da CERGS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70061936605, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 16/03/2015)*

*CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. ATRIBUIÇÃO DE SECRETARIAS E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIO DE INICIATIVA. É inconstitucional a Lei no. 2.800/2004, do Município de Santo Ângelo, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico-cultural paisagístico e natural, disciplina a integração de bens móveis e imóveis, cria pró-incentivo ao tombamento e dá outras providências, porquanto, ao criar atribuições às Secretarias e Órgãos da Administração Municipal, invadiu matéria reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (CE/89, art. 60, II, "d"). AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010817526, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 12/09/2005)*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Portanto, ao legislador municipal inexiste liberdade absoluta ou plenitude legislativa, face às limitações impostas pelo ordenamento constitucional. A iniciativa para o processo legislativo – transposta, no caso em exame, ao Prefeito Municipal – é condição de validade do próprio processo legislativo, do que resulta, uma vez não observada, a ocorrência de inconstitucionalidade formal, consoante anteriormente realçado.

De outro giro, lei municipal, de iniciativa do Poder Legislativo, que cria atribuições a órgãos do Poder Executivo, de molde a interferir na organização e funcionamento da Administração, fere os princípios da simetria, da independência e da harmonia dos Poderes, consagrados no artigo 10 da Constituição do Estado<sup>17</sup>.

Destaque-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já firmou o posicionamento de que as leis que estabelecem restrições ao direito de propriedade não podem partir do Poder Legislativo, sob pena de aniquilação do postulado da separação dos poderes, como se verifica pelo precedente que ora se transcreve:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS*

---

<sup>17</sup> Art. 10 - São Poderes do Município, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, exercido pela Câmara Municipal, e o Executivo, exercido pelo Prefeito.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEM AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.*

*1. A Lei n. 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil --- artigo 32 --- que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. 2. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite que os serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação [artigo 37, inciso XXI, da CB/88]. 3. Ninguém é obrigado a associar-se em "condomínios" não regularmente instituídos. 4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. 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. 6. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às "Prefeituras" das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas "Prefeituras" não detêm capacidade tributária. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal. (ADI 1706, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. em 09/04/2008)*

Necessária, assim, é a conclusão de que a lei objurgada positiva flagrante desrespeito ao princípio da harmonia e independência entre os poderes, consignado no artigo 10 da Constituição Estadual, visto que estabelece critérios para a prática de ato tipicamente administrativo, condicionando-o a requisitos e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

pressupostos ditados pelo Poder Legislativo, intervindo, demasiada e indevidamente, na esfera de deliberação do Poder Executivo.

Consigne-se, em derradeiro, que a eventual sanção da norma pelo Chefe do Poder Executivo do Município de Porto Alegre é irrelevante na espécie<sup>18</sup>, não tendo o condão de sanar a mácula de inconstitucionalidade aqui apontada.

Como assevera Marcelo Novelino<sup>19</sup>:

*O vício de origem, por ser insanável, não é suprido pela sanção do Chefe do Poder Executivo, ainda que o projeto seja de sua iniciativa exclusiva. O entendimento sumulado pelo STF no sentido de que “a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo” (Súmula 5) foi abandonado após a promulgação da Constituição de 1988.*

A respeito, é iterativa a jurisprudência, conforme se verifica pelo cotejo dos seguintes precedentes:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SANTA ROSA. Artigo 15, parte final, da Lei n.º 4.857, de 11 de novembro de 2011, que condiciona a contratação, parcerias ou convênio, para fins de instalação e operação de sistema de videomonitoramento em vias públicas, à prévia autorização legislativa. Ingerência indevida que malfez os princípios da independência e harmonia entre os Poderes. A deliberação sobre tal matéria é de iniciativa exclusiva do Executivo. Sanção que não convalida o vício de iniciativa. Presença de vício de inconstitucionalidade formal insanável, por afronta aos artigos 10, 60, inciso II, alínea d, e 82, incisos III, VII e XXI, todos da Constituição Estadual combinados com o artigo 2º da Carta Federal. JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO. UNÂNIME. (Ação Direta de*

<sup>18</sup> Consoante se recolhe da análise do processo legislativo respectivo, a lei foi parcialmente vetada pelo Prefeito Municipal de Porto Alegre – seus artigos 3º e 6º, os quais foram promulgados pelo Presidente da Câmara de Vereadores de Porto Alegre, consoante publicação no Diário Oficial Municipal datada de 18.11.2016.

<sup>19</sup> MARCELO, Novelino. *Direito Constitucional*. 4ed. São Paulo: Método, 2010. p. 595.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Inconstitucionalidade Nº 70050620251, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/12/2012)

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. "FICHA LIMPA" MUNICIPAL. REGRAMENTO DE NOMEAÇÕES PARA CARGOS NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO MUNICIPAL. VÍCIO DE INICIATIVA QUANTO AO REGRAMENTO DO PODER EXECUTIVO. SEPARAÇÃO DE PODERES. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a lei de iniciativa da Câmara de Vereadores possui vício de iniciativa, na parte em que disciplina nomeações para cargos no âmbito dos órgãos do Poder Executivo, violando o princípio constitucional da separação dos Poderes Republicanos, que condiciona todos os entes políticos, inclusive o Município. O vício de iniciativa, também conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não se convalida nem mesmo com a sanção tácita do Prefeito. PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70050448612, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 26/11/2012)*

#### **4. Da vedação de retrocesso ambiental.**

Em arremate, o regramento originário - modificado pela lei acoimada de inconstitucionalidade - constitui-se em norma que cria proteção especial ao patrimônio cultural do município, instituindo um marco na preservação do patrimônio cultural, visto que amplia a proteção até então efetivada, para além do instrumento tradicional do tombamento, de forma que a sua proposta transcende o momento de sua edição, não ficando adstrita à Administração Municipal que elaborou o projeto de lei ou aos integrantes do Poder Legislativo que o aprovaram, pois se destina a preservar o meio ambiente, e, em especial, o patrimônio municipal para as futuras



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

gerações, configurando um mínimo ecológico compreendido como essencial para aquela coletividade.

Por isso mesmo, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido, devendo ser preservado por toda a comunidade, nos moldes delineados pelas Cartas Constitucionais.

Vale dizer: a tutela constitucional do meio ambiente é direito fundamental do cidadão que, além de integrar um núcleo intangível a modificações restritivas (cláusula pétrea), não pode sofrer retroação por parte de alterações na legislação infraconstitucional integrativas da proteção dispensada pelo texto constitucional, sob pena de retrocesso ambiental e consequente inconstitucionalidade.

Nessa ordem, a Lei Complementar n.º 804/2016 do Município de Porto Alegre, fazendo tábula rasa das diretrizes anteriormente adotadas pelo Município e das normas que regem a matéria, promoveu claro e flagrante retrocesso na proteção do patrimônio cultural.

Não se pode olvidar que a legislação municipal em exame irá redundar na retirada de diversos imóveis da tutela ensejada pelo inventário - e sem a possibilidade de regresso -, o que equivalerá a um alvará para o aniquilamento do patrimônio, sendo seguro afirmar que, com o levantamento do bloqueio decorrente do inventário, as edificações inventariadas, em bairros altamente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

valorizados, serão demolidas, com a verticalização da municipalidade.

Indiscutivelmente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, cuja garantia, uma vez implementada em sede infraconstitucional, estabelece posição jurídica que não pode ser infirmada por medidas retrocessivas, sem política substitutiva ou equivalente.

Ensina Anizio Pires Gavião Filho<sup>20</sup> sobre o tema da vedação ao retrocesso:

*O que isso significa é que o direito ao ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impõe ao Estado o dever de não reduzir aquelas posições jurídicas já previstas no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Essa proibição de retrocesso da proteção do ambiente obsta tanto a supressão como esvaziamento das normas constitucionais ou infraconstitucionais que consolidam posições jurídicas relativas ao direito fundamental ao ambiente. (...) Assim, pode ser formulado o enunciado no sentido de que será inconstitucional a sobrevinda de norma constitucional que suprimir ou esvaziar qualquer das normas hoje existentes na ordem constitucional para a proteção do ambiente. (...) A proibição de retrocesso faz-se sentir mais incisivamente diante do legislador infraconstitucional, vedando a dação legislativa ordinária implicativa de redução substancial de posições jurídicas já solidificadas no ordenamento jurídico.*

Na mesma direção, a lição do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>21</sup>:

<sup>20</sup> *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 49-50.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*Merece registro, ainda, neste capítulo dedicado à garantia dos direitos, uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a vedação do retrocesso. Por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.*

Importa trazer a lume, ainda, a doutrina de José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior<sup>22</sup>, que faz uma análise sobre a temática da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais:

*A aquisição dos direitos fundamentais não pode ser objeto de um retrocesso, ou seja, uma vez estabelecidos os direitos fundamentais não se admite o retrocesso visando a sua limitação ou diminuição, existindo parte da doutrina afirmando que tais direitos constituem uma limitação metajurídica ao poder constituinte originário, atuando como critério de aferição da legitimidade do conteúdo constitucional. Vale ressaltar que tal característica impede a revogação de normas garantidoras de direitos fundamentais e impede a implementação de políticas públicas de enfraquecimento de direitos fundamentais. Podemos citar como exemplo jurídico de concretização deste comando, o art.*

---

<sup>22</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11749&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749&revista_caderno=9).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mp.rs.gov.br

*4º, inciso 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que veda o restabelecimento da pena de morte.*

*Por meio de tal característica, fica assegurada a proteção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, tendo origem no próprio Estado Democrático de Direito que se define pela proteção extremada da dignidade do Homem e plena eficácia das normas implementadas, sendo que os direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação devem ser tidos como constitucionalmente garantido, tendo como consequência a invalidade das medidas que visam anular ou cancelar o núcleo dos direitos fundamentais, devendo as mesmas ser consideradas inconstitucionais.*

Por isso mesmo, o princípio da vedação ao retrocesso, como consectário do princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos<sup>23</sup>, conquanto não previsto expressamente nas Cartas Constitucionais, deflui da exegese atenta de suas normas, sendo reconhecido pelos Tribunais pátrios, inclusive por essa Corte de Justiça Estadual, como parâmetro para a análise da adequação constitucional dos atos normativos, nos moldes do entendimento esposado no seguinte julgado, recentemente exarado:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DE PAULA. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º DA LEI MUNICIPAL Nº 3.006/2013, QUE INSTITUIU ZONA DE EXPANSÃO URBANA, ALTEROU TABELAS, INSTITUIU ZONA DE RECUO FACULTATIVO PARA ATIVIDADES COMERCIAIS E REVOGOU O ART. 236 DA LEI MUNICIPAL Nº 2.392/2006. 1. Alterações legislativas que implicaram supressão de regra de proteção ambiental, afrontando garantias ambientais consagradas no texto constitucional e o princípio da vedação do retrocesso. 2. Ofensa ao disposto nos artigos 8º, caput, 221, V, "e", 250, caput, e 251, caput, e §1º, II e VI, da Constituição Estadual,*

<sup>23</sup> Direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*combinados com os artigos 216, V e §1º, III, da Constituição Federal AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70066321555, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/12/2015)*

Idêntica é a inteligência esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, em magistral acórdão envolvendo patrimônio cultural, da lavra do Ministro Herman Benjamin, ora colacionado:

*PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL.*

*VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*

*VOTO-MÉRITO.*

*1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais.*

*2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.*

*3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã.*

*4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza propter rem no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucedores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las.*

*Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras.*

*5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição).*

*6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.*

*7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa).*

*8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego.*

*9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.*

*10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.*

*11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.*

*12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

13. *O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários.*

14. *A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa.*

15. *Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe? nemo dat quod non habet.*

16. *Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidiioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns.*

17. *Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

*mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente.*

*18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juizes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.*

*19. Recurso Especial não provido.*

(REsp 302.906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010)

Como corolário, clara a inconstitucionalidade da lei fustigada, por afronta aos artigos 8º, *caput*, 10, 19, *caput*, 60, inciso II, alínea "d", 82, incisos II e III, 221, inciso V, alínea "e", 222, 250, *caput*, e 251, *caput* e parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Estadual, combinados com os artigos 216, inciso V e parágrafo 1º, e 225, *caput* e parágrafo 1º, inciso III<sup>24</sup>, da Constituição Federal.

## **5. Da medida liminar.**

<sup>24</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

Nessas condições, presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar, na trilha do seguinte precedente:

*A concessão, ou não, de liminar em ação direta de inconstitucionalidade faz-se considerados dois aspectos principais - o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo. Este último desdobra-se a ponto de ensejar o exame sob o ângulo da conveniência da concessão da liminar, perquirindo-se os aspectos em questão para definir-se aquele que mais se aproxima do bem comum. (STF, RDA 191/211)*

O *fumus boni iuris* está patenteado, sendo inquestionável que a Lei Complementar Municipal n.º 804/2016, recentemente editada, contraria as normas constitucionais vigentes, consoante explicitado na fundamentação supra. A ação possui, pois, densidade jurídica suficiente a justificar a medida.

O *periculum in mora*, de outra banda, também é evidente, não havendo dúvida quanto aos riscos causados à coletividade e ao próprio patrimônio artístico, histórico e cultural do Município de Porto Alegre com a manutenção dos efeitos da norma vergastada, notadamente porquanto retira a proteção legal conferida aos bens preservados ou em processo de reparação, com danos irreversíveis – e irrepetíveis - ao patrimônio histórico e cultural.

De inteira aplicação ao caso sob lupa o princípio da precaução, que inverte o comportamento judicial diante da incerteza ou da indeterminação científica acerca dos fatos sobre os quais incide o direito, nas hipóteses em que o direito alegado protege bens de transcendência comunitária, coletiva ou social. Por ocasião do julgamento da ADPF n.º 101, a Ministra Carmen Lúcia, relatora do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

caso, adotou o princípio da precaução como fundamento jurídico da sua decisão e sobre ele se pronunciou nos seguintes termos:

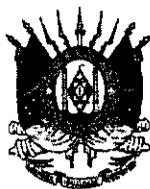
*O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza.*

*Daí porque não se faz necessário comprovar risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para que se imponha a adoção de medidas de precaução ambiental. Há de se considerar e precaver contra riscos futuros, possíveis, que podem decorrer de desempenhos humanos. Pelo princípio da prevenção, previnem-se contra danos possíveis de serem previstos. Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer.*

Demais disso, tratando-se de interesse difuso de toda a coletividade, de todo recomendável que se promova a correção imediata dos vícios apontados.

**6. Pelo exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** que, recebida e autuada a presente ação direta de inconstitucionalidade, seja(m):

**a) concedida medida liminar** para o fito de suspender, de imediato, os efeitos da Lei Complementar Municipal n.º 804, de 27 de setembro de 2016, do Município de Porto Alegre;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mp.rs.gov.br

b) notificadas as autoridades municipais responsáveis pela promulgação e publicação da lei objurgada para que, querendo, prestem informações no prazo legal;

c) citado o Procurador-Geral do Estado, para que ofereça a defesa da norma, na forma do artigo 95, parágrafo 4º, da Constituição Estadual; e

d) por fim, julgado integralmente procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade da **Lei Complementar n.º 804**, de 27 de setembro de 2016, do **Município de Porto Alegre**, por ofensa aos artigos 8º, *caput*, 10, 19, *caput*, 60, inciso II, alínea "d", 82, incisos II e III, 221, inciso V, alínea "e", 222, 250, *caput*, e 251, *caput* e parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Estadual, combinados com os artigos 216, inciso V e parágrafo 1º, e 225, *caput* e parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Causa de valor inestimado.

Porto Alegre, 25 de novembro de 2016.

**MARCELO LEMOS DORNELLES,**

Procurador-Geral de Justiça.

(este é um documento eletrônico assinado digitalmente pelo signatário)