

**VANÊSCA BUZELATO PRESTES**

**DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE E FORMAS DE  
DENSIFICAÇÃO NO BRASIL**

**PORTO ALEGRE, 2008.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO  
PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO (INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO ESTADO)**

**VANÊSCA BUZELATO PRESTES**

**DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE E FORMAS DE  
DENSIFICAÇÃO NO BRASIL**

**PORTO ALEGRE, 2008.**

**VANÊSCA BUZELATO PRESTES**

**DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE E FORMAS DE  
DENSIFICAÇÃO NO BRASIL**

Dissertação Apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito,  
da Pontifícia Universidade do Estado do Rio Grande do Sul como  
requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito – Área de  
Concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do  
Direito Privado (Instituições de Direito do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Ingo W. Sarlet

**PORTO ALEGRE, 2008.**

---

**P936 Prestes, Vanêsa Buzelato**

**Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil / Vanêsa Buzelato Prestes. – 2008. 195p.**

Dissertação (mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.

**1. Direito Urbanístico 2. Direito Ambiental - Brasil 3. Direito Constitucional - Brasil I. Título**

**CDU 34 : 71 (81)**

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Simone Vicari Tarasconi CRB 10/1076

**VANÊSCA BUZELATO PRESTES**

**DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE E FORMAS DE  
DENSIFICAÇÃO NO BRASIL**

Esta dissertação foi submetida ao processo de avaliação pela Banca Examinadora para obtenção do Título de:

**Mestre em Direito**

E aprovada em sua versão final em 24/04/2008, atendendo às normas da legislação vigente da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

---

Prof. Dr. Ingo W. Sarlet  
Coordenador do Programa

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

---

Prof. Dr. Edésio Fernandes

## AGRADECIMENTOS

Ao Thomás, Nathália e Arthur por entenderem a mãe que tem, participarem das minhas “invenções”, mesmo que disso resulte ausência em alguns momentos; na vida a gente faz escolhas e entre a acomodação e a ação vocês me estimulam a ir além, pois recarregam minhas baterias, renovam minhas energias, para vivermos intensamente a vida em todas as suas dimensões.

Ao Luís pela paciência, estímulo, amor e parceria em todos os momentos, vivendo a máxima “não basta ser marido e pai, tem que participar”; a tranquilidade, a cumplicidade e o equilíbrio da nossa vida é que possibilitam vãos mais altos. Muito obrigada!!!

Aos meus pais Régis e Cerení pelo exemplo, estímulo constante e formação altruísta, sempre acreditando em mundo melhor; esta dissertação é fruto de uma concepção que não se entrega à realidade, mas compromete-se com sua modificação.

As minhas irmãs Vanusa e Verusca por segurarem “todos” os momentos de ausência da maninha mais velha que insiste em não se aquietar.

As minhas tias Juraní e Avani Buzelato por terem participado ativamente da nossa criação, estimulando vitórias pessoais e incentivando o descortinar de novas experiências.

Ao orientador Professor Ingo pela confiança em mim depositada, pela partilha de saber desde as aulas até os debates no grupo de estudos, seminários, orientação na dissertação e, sobretudo, pelo legado teórico que está auxiliando a construir como grande protagonista da teoria dos direitos fundamentais no Brasil.

Ao professor e amigo Carlos Alberto Molinaro pelo debate de idéias, pela troca de experiências, pelas sugestões no texto e pelo incentivo constante a “encarar” projetos mais ousados.

Ao amigo Ney de Barros Bello Filho por ter palavras certas em momentos certos, pelas sugestões na construção de uma teoria dogmática do direito à cidade,

pela leitura e revisão do texto e pela cumplicidade em projetos na academia e fora dela.

À amiga Rosângela Cavalazzi pelo estímulo a cursar o mestrado, por me auxiliar a “perder o medo” da academia, fazendo entender que esta é uma dimensão fundamental daqueles que se comprometem com a efetividade das políticas públicas.

Às colegas da Equipe de Urbanismo e Meio Ambiente da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre Ana Luísa, Andréa, Cândida, Eleonora, Laura e Teli pelos debates constantes, pela capacidade de fazer acontecer, e, sobretudo pela ousadia de transformar o discurso em prática, mesmo que disto resultem prejuízos pessoais.

Aos colegas da Procuradoria Geral do Município Cristiane Nery, Claudia Padaratz, Betania Flach, Heron Estrella e Paulo Rama pelo apoio incondicional recebido durante o mestrado e nos momentos em que trabalhamos juntos. Amigos a gente reconhece nas situações adversas e vocês estão dentre os meus.

À Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre e aos colegas do Município de Porto Alegre, especialmente da Secretaria do Meio Ambiente, da Secretaria do Planejamento Municipal e do Departamento Municipal de Habitação pela oportunidade de vida que possibilitou vivenciar uma série de experiências interdisciplinares que cito na dissertação.

Aos colegas e professores do mestrado da PUC/RS , em especial ao Professor Juarez Freitas, por resgatarem em mim o gosto pelo estudo, auxiliarem na compreensão da proximidade entre a teoria e a prática, resultando em aproximações possíveis e fundamentais que eu não imaginava.

## RESUMO

As cidades modificaram-se ao longo da história. Na modernidade, cidade foi sinônimo de urbano e campo de rural, criando-se a dicotomia campo e cidade. Na contemporaneidade às cidades são todo o território, reunindo funções urbanas e rurais, porém sem segmentar. A cidade, a partir da Constituição de 1988 tem uma dimensão constitucional, expressando um direito fundamental síntese de outros direitos fundamentais, dentre os quais o direito à moradia, à gestão, à política urbana e ao meio ambiente, e disso resultando direitos e deveres fundamentais. O Estado Socioambiental Democrático de Direito têm princípios próprios aplicáveis às cidades, dos quais sobressaem-se os princípios da integração, da cooperação, da precaução, da prevenção, da responsabilidade pela causa, da gestão democrática, da solidariedade entre gerações, da sustentabilidade urbano-ambiental e da função socioambiental da propriedade. A densificação do direito à cidade se dá pela legislação infraconstitucional, em especial a legislação urbanística e o Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/01) e a concretização nas políticas públicas urbano-ambientais e na jurisprudência.

**Palavras-chave:** PALAVRAS-CHAVE: Cidades na História. Conceito jurídico-constitucional de cidade no Brasil. Direito à cidade no Estado Socioambiental Democrático de Direito. Direito Fundamental à Cidade. Princípios Informadores do Direito à Cidade: integração, cooperação, precaução, prevenção, responsabilidade pela causa, gestão democrática, solidariedade entre gerações, sustentabilidade urbano-ambiental, função socioambiental da propriedade. Formas de densificação do direito à cidade. Estatuto da Cidade.



## ABSTRACT

Cities changed throughout history. In modern times it was a synonym of urban, as countryside meant rural, creating the dichotomy countryside-city. Nowadays cities are the whole territory, joining urban and rural functions, but without breaking apart. The city, starting from 1988 Constitution, gets a constitutional dimension, expressing a fundamental right which is a synthesis of other fundamental rights, like the right to have a home, to have an administration, urban policies and to environment, thus resulting fundamental rights and obligations. The Socioenvironmental Democratic State of Law has its own principles that apply to the cities, assuming importance the principles of integration, cooperation, precaution, prevention, responsibility for the cause, democratic administration, sympathy between generations, urban-environmental sustenance and socioenvironmental function of property. The achievement of the right to the city comes through infraconstitutional legislation, specially urban legislation and the Cities Act (Federal Law 10.257/01) and the concretion through the urban-environmental public policies and through jurisprudence.

**KEYWORDS:** Cities in history. Constitutional-and-law concept of the city in Brazil. Right to the city in the Socioenvironmental Democratic State of Law. Fundamental right to the city. Informing Principles of the right to the city: integration, cooperation, precaution, prevention, responsibility for the cause, democratic administration, sympathy between generations, urban-environmental sustenance, socioenvironmental function of property. Ways to achieve the right to the city. The Cities Act.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
CAPÍTULO I - O PROCESSO DE RECONHECIMENTO HISTÓRICO DAS CIDADES: BREVE ABORDAGEM DE ALGUMAS TEORIAS URBANÍSTICAS E SOCIOLÓGICAS SOBRE AS CIDADES.....	16
1 Breves considerações sobre as cidades na História .....	16
2 As Teorias das Cidades no Pensamento de Freitag.....	29
3 O conceito de cidade no Brasil .....	36
3.1 Urbano e rural, cidade e urbanização .....	36
3.2 Cidade e território: o rompimento do paradigma da cidade urbana X espaço rural .....	41
3.3 Elementos de um conceito jurídico de cidade no Brasil .....	43
CAPÍTULO II – CONCEPÇÃO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO....	49
1 Estado Socioambiental Democrático de Direito: esclarecimentos necessários.....	49
2 Direito à Cidade: um conceito em construção .....	52
2.1 A Fundamentalidade do Direito à Cidade.....	55
2.1.1 Dignidade Humana e Cidade .....	59
2.1.2 O Direito Fundamental à Cidade como uma garantia contra-majoritária e a proteção às diferenças.....	64
2.2 A Agenda Habitat e a Agenda 21 .....	65
2.3 A Democracia e o Rompimento da Fragmentação como Exigência da Contemporaneidade.....	68
3 Efeitos da Adoção de um conceito Constitucional de Cidades .....	75
3.1 Urbanismo e meio ambiente: a simbiose de conceitos e objetos em se tratando de cidades.....	75
3.2 Direito à Ordem Urbanística.....	79
3.3 Proibição de retrocesso na Ordem Urbanística.....	85
CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO À CIDADE NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL.....	88
1 Princípio da Integração.....	89
2 Princípio Cooperação .....	91
3 Princípio da Precaução.....	92
4 Princípio da Prevenção.....	96
5 Princípio da Responsabilidade pela Causa .....	98
6 Gestão Democrática da Cidade.....	101
7 Princípio da Solidariedade entre Gerações .....	105
8 Princípio da Sustentabilidade Urbano-ambiental.....	106
9 Princípio da Função Socioambiental da Propriedade na Cidade.....	109
9.1 A Função socioambiental da propriedade na Constituição Federal de 1988 .....	110
9.2 Do Código Civil de 1916 ao Código Novo .....	115
9.3 Limitações Administrativas e Conteúdo da Propriedade .....	118
9.4 Possibilidades de Concretização e Densificação da Função Socioambiental da Propriedade: exemplos na jurisprudência.....	121
9.4.1 Cancelamento de gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade de bem .....	121

9.4.2 Imóvel penhorado com destinação à moradia de entidade familiar. Impossibilidade. A função social da propriedade prepondera sobre o crédito.....	123
9.4.3 Regularização Fundiária. Aplicação do More Legal.....	125
9.4.4 Ação Demolitória e Função Socioambiental da Propriedade.....	126
9.4.6 Inversão ônus da prova em matéria ambiental.....	130
CAPÍTULO IV – DA DENSIFICAÇÃO DO DIREITO À CIDADE NO BRASIL	133
1 O Estatuto da Cidade (Lei Federal Nº. 10.257/01) .....	134
1.1 A Gestão Democrática .....	134
1.2 Os Instrumentos de Intervenção Urbanística .....	138
1.3 Plano Diretor .....	147
1.3.1 Os Planos Diretores e o Conteúdo da Propriedade.....	147
1.3.2. Possibilidades abertas aos Planos Diretores.....	152
1.3.3 Superação das funções clássicas da Carta de Atenas (recrear, trabalhar, circular e habitar).....	153
1.3.4 Plano Diretor e Proteção Ambiental.....	155
1.4 Instrumentos de Regularização Fundiária.....	157
1.5 O art. 182, § 4º da Constituição Federal: o parcelamento e a edificação compulsórios .....	164
CONCLUSÕES .....	170
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	177

## INTRODUÇÃO

É cediço que a Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional que imanta todo o sistema, especialmente a denominada legislação infraconstitucional de nosso país.

A pesquisa realizada aborda a dimensão constitucional do direito à cidade, considerando a leitura dos campos jurídicos, à luz dos princípios constitucionais. Partimos da concepção do Estado Socioambiental Democrático de Direito previsto pelo constituinte brasileiro e situamos a cidade, a partir desta perspectiva.

A opção pelo tema cidades exige explicitar o conteúdo a ser tratado, pois ao longo da História, muitas foram as formas de abordá-las. Urbanismo, Arquitetura e Sociologia são as áreas de conhecimento que mais desenvolveram estudos sobre o tema.

Nosso interesse é debater a mudança de paradigma da cidade do século XX para a do século XXI, o conceito jurídico no Brasil e a constitucionalização do direito à cidade, demonstrando algumas formas de densificação deste direito. A abordagem levada à efeito insere o tema das cidades em uma análise a partir do Direito Constitucional e dos institutos e modos de interpretação dele decorrentes.

Para tanto, o percurso metodológico na construção da dissertação partiu de interrogações quanto ao objeto investigado. As cidades são as mesmas ao longo dos tempos? No curso da história, as cidades tiveram conotação similar às cidades do mundo contemporâneo? Qual é a cidade do Estado Socioambiental Democrático de Direito? É possível a construção de uma concepção jurídica que identifique um direito à cidade e, em assim sendo, quais os elementos que o constituem? É possível identificar um direito fundamental à cidade, como espécie de direito fundamental fora do catálogo? Quais os princípios informadores do direito à cidade no Estado Socioambiental? Destas interrogações decorreu a necessidade de investigar os diversos espaços do discurso, sendo que este discurso, ao longo da dissertação, vai rearticular-se em diversos modais do universo investigado, reconhecendo que a leitura da cidade é necessariamente interdisciplinar.

O método utilizado foi o histórico-comparativo. Utilizamos pesquisa bibliográfica no campo jurídico e fora dele, em especial pesquisas sobre as cidades no âmbito da história, do urbanismo e da sociologia.

No âmbito jurídico nos filiamos e utilizamos a doutrina dos direitos fundamentais, entendendo que há um direito fundamental à cidade no Brasil, a partir da Constituição de 1988, identificando-o como um direito fundamental síntese de outros direitos existentes. Traduz-se como um direito fundamental síntese de um conjunto de direitos compreendidos como um complexo de direitos e deveres externados pelos comandos constitucionais relativos ao meio ambiente (art. 225), à política urbana (art. 182), a gestão democrática e ao direito à moradia (art. 6º.). Tem forte interdependência com outros direitos fundamentais, tendo zonas de convergência e superposição com estes (moradia, participação, gestão democrática, meio ambiente, regularização fundiária, saneamento e outros).

Neste rumo, abordamos as características que indicam a existência de um direito fundamental fora do catálogo, segundo os critérios da substância e da relevância, reconhecendo a existência da possibilidade de proteção jurídica deste direito nos sentidos formal e material.

Identificar o direito à cidade como um direito fundamental significa que este direito está reconhecido e protegido pela Constituição Brasileira, diferenciando-se do direito humano à cidade exatamente em face do critério da positivação, o que traz conseqüências jurídicas examinadas ao longo da dissertação. Dogmaticamente o direito fundamental se apresenta como um direito de defesa, um direito de garantia, um direito à igualdade, um direito ao procedimento, todas formas vislumbradas e analisadas no direito à cidade.

Ainda, um direito fundamental sempre deve ser inclusivo, o que também se destaca no direito à cidade, mesmo que para tanto se contraponha a posturas majoritárias. O reconhecimento do direito fundamental à cidade como garantia contra-majoritária para uma cidade plural e inclusiva traduz-se em idéia força.

Utilizamos a pesquisa jurisprudencial, optando por atribuir maior intensidade e importante presença dos resultados encontrados no trabalho escrito. Ao longo da dissertação foram colacionadas decisões pretorianas, buscando demonstrar as

possibilidades abertas por interpretações, a partir dos princípios informadores do Estado Socioambiental Democrático de Direito. O uso reiterado de jurisprudência visa chamar atenção para as fontes das quais ela se socorre e que o gestor ainda não utiliza. Ao longo da pesquisa percebemos que há um descompasso entre gestão e fontes pretorianas, sendo que esta última têm atingido aos reclamos do tecido social, a partir da utilização de fontes que o gestor ainda não se vale. Princípio da proporcionalidade, afastamento de regras em favor de princípios, densificação de princípios constitucionais na concretização de políticas públicas são questões que precisam ser melhor trabalhadas pelo gestor, especialmente a partir da visão do todo e não de políticas setoriais segmentadamente. A jurisprudência tem demonstrado como é possível concretizar a Constituição a partir da aplicação dos princípios, motivo pelo qual citamos não somente em rodapé, mas atribuindo maior ênfase a excertos e votos que dialogam com o que sustentamos ao longo da dissertação.

Para a pesquisa jurisprudencial do princípio da função socioambiental da propriedade elegemos um *locus*. Pesquisamos a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). A escolha partiu de dois critérios. Primeiro a sabedora qualidade do Tribunal Gaúcho e a decorrente capacidade de capilaridade das decisões do TJRS na jurisprudência pátria. A segunda, e que na verdade permeia as escolhas feitas desde a opção pelo tema até àquelas definidas ao longo da pesquisa, decorre da função desempenhada pela autora na Procuradoria do Município de Porto Alegre. As reflexões, fruto da pesquisa realizada, encontram eco e refletem trabalho realizado na instituição, motivo pelo qual a pesquisa da jurisprudência gaúcha de forma mais sistemática resultará em um *feedback* da atuação na instituição jurídica da qual faz parte.

O percurso trilhado nesta pesquisa identifica o direito fundamental à cidade como uma síntese de outros direitos fundamentais, dentre os quais destacamos meio ambiente, política urbana, moradia e gestão democrática. O reconhecimento do direito fundamental à cidade redundará igualmente no reconhecimento de direitos e deveres fundamentais examinados ao longo da dissertação.

A concepção e o resultado da dissertação é circular. Parte da Constituição e a ela retorna para demonstrar como as possibilidades abertas pela Constituição, no

âmbito do reconhecimento da dimensão constitucional de um direito à cidade. Por isso, no capítulo IV apresentamos e debatemos formas de densificação do direito à cidade. A densificação deste direito, entendida como expressão deste conteúdo é apresentada a partir do Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257, da legislação ambiental, Lei Federal 6938, dos instrumentos de regularização fundiária e de acesso à moradia previstos no Estatuto da Cidade e Código Civil, sempre demonstrando que as legislações topicamente consideradas não são microssistemas que não se relacionam, mas parte de um todo maior que precisam refletir e possibilitar a concretização dos princípios informadores do Estado Socioambiental Democrático de Direito, que tem o cidadão em seu centro, a dignidade da pessoa humana seu fio condutor e a política urbano-ambiental uma das formas de concretização da necessária inclusão socioambiental.

## **CAPÍTULO I - O PROCESSO DE RECONHECIMENTO HISTÓRICO DAS CIDADES: BREVE ABORDAGEM DE ALGUMAS TEORIAS URBANÍSTICAS E SOCIOLÓGICAS SOBRE AS CIDADES**

Neste capítulo faremos uma rápida digressão histórica sobre o que foi considerado cidade ao longo dos tempos, correlacionando com o momento político respectivo. Também, examinaremos as Escolas apresentadas por Freitag, cuja abordagem não é histórica, e proporemos um conceito jurídico de cidades, a partir da Constituição Brasileira.

A incursão pela forma de abordagem histórica é o caminho trilhado para chegarmos ao ponto de partida de nossa pesquisa, ou seja, o conceito jurídico de cidade no Brasil do Século XXI, demonstrando as semelhanças e, sobretudo, as diferenças que qualificam o conceito jurídico de cidade contemporaneamente.

### **1 Breves considerações sobre as cidades na História**

Mumford<sup>1</sup>, Benévolo<sup>2</sup> e Hall<sup>34</sup>, cada um a seu modo e sob perspectivas diferentes, desenvolveram estudos magistrais que servem de fonte até hoje.

---

<sup>1</sup> MUMFORD, Lewis. **A Cidade na História**: suas origens, transformações e perspectivas. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>2</sup> BENÉVOLO, Leonardo. **História da Cidade**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

<sup>3</sup> HALL, Peter. **Cities in Civilization**: culture, innovation, and urban order., apud Freitag, Barbara, ob, citada

<sup>4</sup> Barbara Freitag cita o seguinte sobre a obra: “[...] nesta enorme Peter Hall trata desde os centros clássicos da civilização greco-romana, a Atenas de Péricles e a Roma dos Césares, até Memphis, a cidade natal de Elvis Presley, onde nasceu o *rock’n’roll*. O que interessa ao autor é destacar o conjunto de fatores, a constelação histórica específica e a competência do gênio humano, encarnado em um indivíduo, que faz florir uma civilização nova, que transborda, transcende as fronteiras da cidade e influencia a cultura nacional e universal.”



Todavia, a primeira referência ao tema é Coulanges,<sup>5</sup> na sua obra clássica “A Cidade Antiga”, quando registra que o nascimento da cidade ocorreu no momento em que diversas tribos puderam associar-se, sob a condição de o culto de cada uma ser respeitado. Segundo o autor, “a sociedade humana não cresceu como um círculo que se alastrasse pouco a pouco, mas, ao contrário, pela agregação de pequenos grupos, de há muito constituídos.” Prossegue dizendo: “várias famílias formaram a fratria, várias fratias a tribo, e diversas tribos a cidade. Família, fratria, tribo, cidade, são, portanto, sociedades perfeitamente análogas nascidas umas das outras por uma série de confederações.”<sup>6</sup>

A cidade assim nascida é apresentada como uma espécie de confederação.<sup>7</sup> Isto porque, apesar da reunião dos diferentes grupos – famílias, fratias, tribos – nenhum perdia sua individualidade nem a sua independência. Explica o autor, que, embora muitas famílias estivessem reunidas em uma fratria, cada uma se mantinha constituída como na época de seu isolamento, ou seja, não alterava seu culto, o sacerdócio, o direito de propriedade ou a justiça interna.<sup>8</sup> Cidade e *urbe* não eram sinônimos entre os antigos. A cidade era a associação religiosa e política das famílias e das tribos; a *urbe*, o lugar de reunião, o domicílio e, sobretudo, o santuário desta sociedade.<sup>9</sup>

Ainda na Antigüidade, em período posterior, por exigência da religião, cada cidade deveria ser absolutamente independente. Como cada cidade tinha sua religião, precisava ter seu código, pois as suas leis derivavam da religião. E a Justiça também era de cada cidade, sendo que nada existia superior à sua justiça. Cada cidade tinha seu calendário, suas festas religiosas, sua moeda particular (que, nos primórdios, trazia cunhado seu emblema religioso), seus pesos e medidas. Até o

---

<sup>5</sup> COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

<sup>6</sup> Id., 2007, p. 138.

<sup>7</sup> MUMFORD, op. cit., p. 139: “A cidade não é um agregado de indivíduos, mas uma confederação de vários grupos previamente constituídos e que ela deixa subsistir”.

<sup>8</sup> Id., 1998, p. 138: “A cidade era uma confederação. Por isso se viu obrigada, pelo menos durante alguns séculos, a respeitar a independência religiosa e civil das tribos, das cúrias e das famílias; não teve no princípio o direito de intervir nos negócios particulares de cada um desses pequenos corpos. A cidade nada tinha a ver com o que se passava no seio de cada família: não era juiz do que ocorria, e deixava ao pai o direito e o dever de julgar a mulher, o filho ou o seu cliente. Por essa razão o direito privado, fixado na época do isolamento das famílias, pode perdurar nas cidades, vindo a se modificar mais tarde”.

<sup>9</sup> COULANGES, op. cit., 2007.

casamento entre pessoas de cidades distintas foi, por largo tempo, considerado ilegítimo. Nada de comum se admitia entre as cidades.<sup>10</sup>

Na cidade antiga, a religião dera origem ao Estado e o Estado mantinha a religião, apoiando-se mutuamente. A cidade havia sido fundada como uma religião e constituída como uma Igreja, decorrendo daí sua força, onipotência e domínio absoluto sobre seus membros. A liberdade individual não existia, pois, numa sociedade fundada nestas bases, os cidadãos estavam submetidos em tudo às cidades.<sup>1112</sup> O homem não considerava que existissem direitos em face da Cidade e de seus deuses. Diz Coulanges:<sup>13</sup>:

“[...] o governo muitas vezes mudou de forma, mas a natureza do estado ficou quase a mesma, e a sua onipotência quase não diminuiu. O sistema de governo assumiu vários nomes, sendo ora monarquia, ora aristocracia, ou ainda democracia; mas nenhuma dessas revoluções deu ao homem a verdadeira liberdade: a liberdade individual. Ter direitos políticos, votar e nomear magistrados, ser arconte, a isso se chamou liberdade; mas o homem, no fundo, sempre foi sujeito ao Estado.”

Para Mumford,<sup>14</sup> os registros históricos da cidade física ocorreram a partir das últimas fases do período neolítico. Todavia, ele sustenta que o aparecimento real da cidade ocorreu como resultado da união entre os componentes paleolíticos e neolíticos.<sup>1516</sup>

---

<sup>10</sup> Id., 2007.p. 223.

<sup>11</sup> Id., p. 248.

<sup>12</sup> Exemplificando este aspecto, diz o autor: “O Estado tinha o direito de não tolerar deformidades ou monstruosidades em seus cidadãos. Em conseqüência, ordenava ao pai de filho defeituoso que o matasse. Essa lei encontra-se nos antigos nos antigos Códigos de Esparta e de Roma. Não sabemos de tal existiu ou não em Atenas; dela somente conhecemos o que Aristóteles e Platão inscreveram em suas legislações ideais.” COULANGES, op. cit., p. 249.

<sup>13</sup> Id., 2007, p. 250.

<sup>14</sup> MUMFORD, op. cit., 1998.

<sup>15</sup> Id., 1998, p. 28: “Assim embora com base nas provas atuais, datemos apropriadamente a cidade física a partir das últimas fases da cultura neolítica, o aparecimento real da cidade ocorreu como resultado final de uma união mais remota entre os componentes paleolíticos e neolíticos. Essa união, se minha suposição é correta, foi sustentada, quando não provocada, pelo último grande progresso da revolução agrícola, a domesticação dos cereais e a introdução da cultura do arado e da irrigação. O resultado final foi a coalescência do grupo total de instituições e controles que caracterizam a ‘civilização’.”

<sup>16</sup> Id., 1998, p. 29: “a idéia de que a cultura paleolítica foi inteiramente substituída pela cultura neolítica é uma ilusão. Ainda hoje, ao redor de toda grande cidade, num domingo de primavera, milhares de pescadores enfileirar-se-ão às margens dos rios e dos lagos, praticando a antiga

Mumford<sup>17</sup> faz uma abordagem histórica das cidades através dos tempos. Em nosso estudo, interessam aspectos por ele analisados, referentes às funções urbanas desempenhadas e ao desenvolvimento das cidades nas diversas situações políticas da humanidade, elementos ilustrativos do nosso ponto de partida. Ao abordar as cidades gregas da Antigüidade, o autor cita Atenas. Registra que,

[...] enquanto criava um legado cultural com o qual todas as cidades posteriores têm alguma dívida, Atenas procurou tomar a si, para sua própria vanglória, os deuses que todas as demais cidades haviam oferecido e os quais tinham direito de partilhar. Embora conservando e até mesmo cultivando os benefícios da democracia interna, Atenas preferiu agir como rainha entre as cidades menores, exigindo homenagens e tributos, de maneira tirânica, em troca de proteção.<sup>18</sup>

Com relação às funções urbanas, importante destacar o *ágora*. Na economia do século V, era uma praça de mercado, ponto de encontro das pessoas como subproduto do ajuntamento de consumidores. Na *Ilíada* de Homero,<sup>19</sup> o *ágora* é descrito como um local de assembléia. Em seu estado primitivo, o *ágora* era acima de tudo um lugar destinado à palavra. Destaca ainda o autor que somente no século XX, após o automatismo e a impessoalidade do supermercado introduzido nos Estados Unidos, é que o mercado perdeu essa função de centro das transações pessoais e entretenimento social. Esclarece que o *ágora* é um espaço aberto de propriedade pública, que pode ser ocupado para finalidades públicas. E acrescenta: “esta função social do espaço aberto persistiu nos países latinos: *plaza*, *campo*, *piazza*, *grand-place*, descendem diretamente do termo *ágora*.”<sup>20</sup>

Apesar de as culturas humanas não morrerem como organismos biológicos, são, contudo, marcos. A cidade medieval se renovou até o século XVI. Porém entre os séculos XV e XVIII, tomou forma na Europa um novo padrão de existência,

---

ocupação paleolítica da pesca, ao passo que, mais para o fim do ano, e mais para o interior, outros obedecerão a uma prática ainda mais antiga, colher cogumelos, bagas ou castanhas, apanhar conchas ou madeiras flutuantes, ou cavar à procura de mariscos à beira-mar: fazendo ainda, pelo prazer, o que o homem de antigamente fazia por necessidade de sobrevivência.”

<sup>17</sup> Id., 1998.

<sup>18</sup> Id., 1998, p. 141.

<sup>19</sup> “O *ágora* é ali um ‘local de assembléia’, onde ‘a gente da cidade ia-se reunir’, e a finalidade da reunião, nesse contexto, era decidir se um assassino pagara uma adequada multa de sangue aos parentes do homem assassinado. Os mais velhos, ‘sentados em pedras polidas no meio círculo sagrado’, dava sua decisão.” Homero, *Ilíada* apud MUNFORD, ob. cit., 1998.

<sup>20</sup> Id., 1998, p. 168.

calcado em uma nova economia, a do capitalismo mercantilista. Esse fator desencadeou profundas mudanças nas cidades, embora lenta e gradualmente.<sup>21</sup> De início, neste período, o centro era o rei. A tendência da nova ordem só veio a se tornar inteiramente visível no século XVII. Todos os aspectos da vida se afastaram do pólo medieval e se reuniram sob o signo do príncipe.<sup>22</sup> Depois do século XVI, as cidades que mais rapidamente aumentavam população, superfície e riqueza eram aquelas que abrigavam uma corte real, a fonte do poder econômico.<sup>23</sup> Em contraste com o regime medieval, o poder e a população não mais se achavam dispersos e descentralizados. Conforme Mumford,

[...] a modificação das cidades cessou, ou pelo menos aquela atividade foi em grande parte transferida, entre os séculos XVI e XIX, para o Novo Mundo [...]. A construção de cidades era um meio de consolidar o poder político num único centro nacional, posto diretamente sob o olhar do rei e impedindo que tal desafio à autoridade central se levantasse noutra parte, em centros dispersos, mais difíceis de controlar. A época das cidades livres, com sua cultura amplamente difusa e seus modos relativamente democráticos de associação, cedeu lugar à era das cidades absolutas.<sup>24</sup>

No crescimento do Estado Moderno, o capitalismo, a técnica e a guerra desempenham papéis decisivos.<sup>25</sup> O autor identifica como os dois braços deste novo sistema o exército e a burocracia. E a mudança de uma economia de mercadorias para uma economia monetária aumentou grandemente os recursos do Estado.<sup>26</sup>

Esta nova configuração política tem enorme reflexo nas cidades, iniciando as denominadas grandes transformações urbanas.

A cidade foi sacrificada ao tráfego na nova planta: a rua, não a vizinhança ou o bairro, passou a ser a unidade de planejamento. A avenida uniforme levou o movimento e a confusão a partes da cidade que tinham sido tranqüilas e contidas em si mesmas: e tendeu a

---

<sup>21</sup> Mumford alerta que “a fim de compreender a cidade pós-medieval, é necessário que nos guardemos contra a interpretação ainda em moda da Renascença como um movimento no sentido da liberdade e do restabelecimento da dignidade do homem. Id., 1998, p. 376.

<sup>22</sup> Id., 1998, p. 378. Refere-se ao “Príncipe”, obra de Maquiavel.

<sup>23</sup> Id., 1998, p. 386.

<sup>24</sup> Id., 1998, p. 387.

<sup>25</sup> Id., 1998, p. 388.

<sup>26</sup> Id., 1998, p. 395.

estender o mercado ao longo das linhas de tráfego, em vez de prover pontos locais de concentração de vizinhança, onde as pessoas pudessem congregar-se e encontrar-se.<sup>27</sup>

Esta abordagem é denominada barroca. Segundo o autor, em Paris ela serviu a dois líderes imperialistas, Napoleão I e Napoleão III. Freitag<sup>28</sup>, em análise que faremos posteriormente, aponta este fenômeno, salientando que esta Escola proliferou em várias cidades. Mumford<sup>29</sup> aponta:

A falha tipicamente barroca: nenhuma preocupação com a vizinhança, como unidade integral, nenhuma preocupação pela habitação familiar, nenhuma concepção suficiente da ordenação dos negócios e da indústria, como parte necessária de qualquer realização maior da ordem urbana.

Outro aspecto abordado por Mumford<sup>30</sup> refere-se à expansão comercial e à dissolução urbana. Este autor aponta que o crescimento da cidade comercial foi um processo lento, pois enfrentou resistência na estrutura medieval, aduzindo que,

[...] embora tirasse partido da regularidade barroca, e fosse, na verdade, parcialmente responsável por ela, não tinha como usar as extravagâncias da exibição principesca. Mas o resultado final do capitalismo foi introduzir os costumes da praça de mercado, de maneira universal, em todos os cantos da cidade: nenhuma parte dela ficava imune à mudança, se esta pudesse ser conseguida em troca de um lucro.<sup>31</sup>

Aponta o autor que,

[...] durante a Idade Média, liberdade significava liberdade em relação às restrições feudais, liberdade para as atividades corporativas da municipalidade, a guilda, a ordem religiosa. Nas novas cidades do comércio, liberdade significava liberdade das restrições municipais: liberdade para o instrumento privado, para o lucro privado e para a

---

<sup>27</sup> Id., 1998, p. 424.

<sup>28</sup> FREITAG, Bárbara. **Teoria das Cidades**. Campinas/SP: Papirus, 2006.

<sup>29</sup> Id., 2006, p. 434.

<sup>30</sup> MUMFORD, op. cit., 1998.

<sup>31</sup> Id., 1998, p. 446.

acumulação privada, sem qualquer referência ao bem-estar da comunidade como um todo.<sup>32</sup>

O reflexo desta nova ordem econômica nas cidades foi significativo. A terra escapou à detenção feudal e, com isso, passou a ter enorme valor econômico. Foi o momento em que a terra deixou de ser um bem para se transformar em um produto.<sup>33</sup> E que era usado sem regras estatais. Este fator está assim descrito por Mumford: “dividindo fazendas contíguas em trechos de construção, o desmembramento, peça a peça, da cidade organizada foi realizado. Desde o princípio do século XIX, o *laissez-faire* significava, em termos municipais: “pode aquele que quiser especular na elevação dos valores da terra e dos aluguéis”. Com a demolição da muralha militar, os controles sociais sob a infinita expansão e dispersão da cidade desapareceram: a aceleração dos transportes, empresa a princípio privada, depois pública, aumentou as possibilidades de rodízio e acelerou o ritmo de toda transformação urbana. A especulação comercial, a desintegração e a desorganização física prosseguiram de mãos dadas. No próprio momento em que as cidades se estavam multiplicando em número e aumentando em tamanho, por toda a civilização ocidental, a natureza e a finalidade da cidade tinham sido completamente esquecidas.<sup>34</sup> Ao mesmo tempo em que tudo isso acontece, inicia-se também a degradação.<sup>35</sup>

Sobre este período, Mumford sintetiza seu pensamento com a seguinte assertiva:<sup>36</sup> “a cidade, desde o princípio do século XIX, foi tratada não como uma instituição pública, mas como uma aventura comercial privada, a ser afeiçoada de qualquer modo que pudesse aumentar a rotatividade e fazer subirem mais ainda os

---

<sup>32</sup> Id., 1998, p. 450.

<sup>33</sup> Mumford: “o resultado desse ânimo foi dúplice. Os interesses do dinheiro progressivamente dominaram os interesses da terra, no traçar e construir os novos bairros da cidade. O que é talvez mais significativo ainda é que toda a terra tinha escapado à detenção feudal e estava sujeita à venda ilimitada, tornando-se cada vez mais um meio de fazer dinheiro. A terra feudal era concedida por um prazo de 99 ou 999 anos; pelo menos três gerações. Esse sistema favorecia a continuidade e reduzia o movimento ascensional dos preços. Quando a terra se tornou um produto, e não um bem permanente, fugiu a qualquer espécie de controle comunal.” MUMFORD, op.cit., 1998.

<sup>34</sup> Id., 1998, p. 454.

<sup>35</sup> Mumford ilustra a degradação ao examinar a organização do transporte e da toca e falar da situação dos estivadores: “a degradação do estivador, do porteiro, do carregador e do marinheiro não só infestou o próprio cais, mas se propagou para outras regiões da cidade, aumentando, provavelmente, a incidência de pestes e, sem dúvida de sífilis. Tão generalizada tem sido essa degradação em cidades portuárias que passou a ser tratada como um aspecto normal de existência de qualquer cidade marítima.” MUMFORD, op. cit., 1998, p. 455.

<sup>36</sup> Id., 1998, p. 461.

valores dos terrenos.” Destaca, ainda, que “as funções urbanas originais deixaram de ser significativas na cidade comercial.”

O próximo período analisado por Mumford foi a cidade industrial, e salienta que a maior contribuição gerada por esta foi o saneamento e a higiene pública. A sociedade que gerou os problemas também apontou caminhos. Diz que “dar de novo à cidade ar puro, água fresca, espaços abertos de verdura e sol passou a ser o primeiro objetivo do bom urbanismo.”<sup>37</sup> Os novos padrões higiênicos se constituem em um prelúdio do proposto por Courbusier e ao movimento da época que inspirou a Carta de Atenas.

A questão urbana é tornada consciente, com o advento da modernidade.<sup>38</sup> Passam a ser adotadas análises setoriais. As funções urbanas são definidas. Neste período é que Courbusier redige a “Carta de Atenas” (1933), marco do urbanismo, citado com veemência até hoje. Mas esta preocupação, análise e resultados urbanísticos refletiam as idéias da época: modernismo, cientificidade, monumentalidade, embelezamento, inovações tecnológicas.

Benévolo,<sup>39</sup> trata da história do cenário das cidades. Cita que a arquitetura moderna é a busca de um novo modelo de cidade, alternativo ao tradicional e começa quando artistas e técnicos são chamados a contribuir com a gestão da cidade pós-liberal.<sup>40</sup> Há uma reação contra a “feiúra” que vêm à sua volta. São deste período: Matisse, Picasso, Cézane, Van Gogh, Gaughin, Manet, Monet. A difusão do aço permite construir novas estruturas (grandes coberturas sem suportes intermediários), arranha-céus mais altos. A invenção do dínamo (1869) permite utilizar a eletricidade como força motriz e torna possível construir edifícios mais altos. O telefone, a lâmpada elétrica, o elevador, a invenção do motor (1885) permitem usar petróleo para mover carros, navios e depois, aviões. O trânsito intenso, as novas instalações urbanas geram a insuficiência dos espaços públicos, característica da cidade pós-liberal.<sup>41</sup> As cidades crescem de uma forma muito veloz. Estas mudanças enfraquecem as formas de gestão tradicionais e fazem nascer

---

<sup>37</sup> A necessidade era tão premente que surge a função higiênica. Aqui é cunhada a expressão “pulmões” da cidade, ao se referir a parques, usada até hoje. MUMFORD, op. cit., p. 514.

<sup>38</sup> FREITAG, op. cit., p. 75.

<sup>39</sup> BENÉVOLO, op. cit., 2003.

<sup>40</sup> Id., 2003, p. 615.

<sup>41</sup> Id., 2003, p. 616.

também, nas camadas inferiores a procura de uma renovação do ambiente construído.<sup>42</sup> É deste período a fuga para a periferia tão bem descrita por Mumford. A análise das funções na cidade moderna é desenvolvida e há formulações.<sup>43</sup> Em síntese, conforme Benévolo,

Esta nova estrutura pretende superar o antigo dualismo entre cidade e campo, e seu corolário mais recente, isto é, a apropriação privada do território urbano, a partir da fonte de renda. Desde o início, os arquitetos modernos criticam a combinação entre interesse público e propriedade particular que já se encontra na base da cidade burguesa, e indicam a alternativa a alcançar: a reconquista do controle público sobre todo o espaço da cidade.

Benévolo<sup>44</sup> aponta que a arquitetura moderna surgiu com o intuito de superar as discriminações existentes nas cidades pós-liberais e para dar aos cidadãos condições cientificamente estudadas. Dito de outro modo, retomar o comando-controle da política urbanística, perdido no período liberal. Contudo, a cidade pós-liberal ou moderna, que deveria ser regularizada, não esteve e não está disponível para todos, sendo que grande parte da população se aglomera na cidade irregular que reproduz em escala muito maior as mazelas dos estabelecimentos liberais do primeiro período industrial.<sup>45</sup> O autor descreve assim o fenômeno:

A divisão das duas cidades é produzida por uma política de construção que declara abusivas as moradias e os bairros construídos espontaneamente pelos habitantes, e, realiza grande conjuntos de moradias industrializadas, de tipo 'moderno' convencional. (...) deste modo renuncia-se ao trabalho espontâneo dos interessados, produz-se moradias caras e em quantidade insuficiente, ao mesmo tempo em que aceita-se que as moradias e os bairros espontâneos se tornem incômodos e insalubres até o limite, porque sua existência não é reconhecida oficialmente; depois corrigem as falhas evidentes, neles introduzindo os serviços públicos mais urgentes: os encanamentos da água, as instalações elétricas, as escolas, os postos de polícia, e alguns trechos de ruas para carros, para deixar passar as ambulâncias e as viatura policiais.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Id., 2003, p. 616.

<sup>43</sup> Para aprofundar ver BENÉVOLO, op. cit., 2003, p. 630-631.

<sup>44</sup> Id., 2003, p. 630.

<sup>45</sup> Id., 2003, p. 725.

<sup>46</sup> Id., 2003, p. 725-726.



Durante o período da cidade pós-liberal, também conhecida como moderna a urbanização das cidades passou a se intensificar. Fruto da revolução Industrial e das inovações tecnológicas, paulatinamente a procura pela cidade aumentou, fenômeno conhecido como êxodo rural. A cientificidade das propostas para as cidades urbanisticamente adequadas foram insuficientes para dar conta da nova realidade que se apresentava: crescimento intenso da área urbana.

Os autores utilizados nesta digressão histórica são clássicos. Não referem pontualmente o Brasil, mas as situações, guardados os momentos históricos que não tivemos, tal como a cidade medieval, fazem parte de um mesmo processo, só que de forma protraída no tempo.

No Brasil, Leal<sup>47</sup> aponta que, na primeira metade do século XIX, a maioria das cidades permanece como pequenos povoados, embora sejam centros de abastecimento de algumas regiões do País. Ele diz que o aumento da importância das cidades ocorre no final do século XIX quando perdem seu aspecto colonial. No século XX, início da década de 20, é que se iniciaram os debates sobre a introdução do urbanismo, com a elaboração do Plano Diretor do Rio de Janeiro na onda higienista e que resultaram numa série de obras na gestão Pereira Passos. Nas décadas de 30 e 40 surge uma nova tendência, que reproduz o que ocorrera na Europa no século anterior: o embelezamento, a monumentalidade e o controle sobre o uso do espaço orientando a intervenção.<sup>48</sup> Surgem os Planos Diretores do Rio de Janeiro e, posteriormente, de Curitiba e Porto Alegre. Em 1935, no auge do Modernismo no Brasil, ocorrem a Semana de Urbanismo e a instalação do escritório de plano de urbanismo em Salvador. Segundo Leal, a concepção dualista campo-cidade (tradicional X moderno) acontece a partir da década de 50, quando os temas envolvendo a cidade deslocaram-se para a economia.<sup>49</sup>

Os períodos seguintes, em maior ou menor escala, tiveram características desenvolvimentistas inerentes à modernidade. Entre 1940 e 1980, a população brasileira migra do campo para a cidade.

---

<sup>47</sup> LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

<sup>48</sup> Esse movimento é descrito por Benévolo como pós-liberal ou moderno. BENÉVOLO, op. cit., 2003, p. 630.

<sup>49</sup> Id., 2003, p. 73.

Saulle Jr.<sup>50</sup> descreve que, a partir dos anos 70, a institucionalização do planejamento se disseminou nas administrações municipais por intermédio das Leis Orgânicas dos municípios, neste período elaboradas pelos Estados.<sup>5152</sup> À época, vivíamos no Brasil um período de ditadura política, centralizadora de recursos, de decisões políticas e de falta de autonomia de Estados e Municípios. Saulle Jr. aponta: “o plano diretor de desenvolvimento integrado foi uma exigência imposta pelos Estados aos Municípios para obtenção de auxílio financeiro e transferência de recursos.” O resultado desta política centralizadora, que não dialogava com os efetivos problemas locais, foi um planejamento tecnocrático, de “escritório”. Foi nesse período que, não obstante os PDDI – planos diretores de desenvolvimento integrado –, ocorreu a maior intensificação das favelas, cortiços e loteamentos clandestinos. Evidentemente não se está imputando a proliferação de favelas, cortiços e loteamentos clandestinos aos PDDI, o que seria um reducionismo da questão. O modelo centralizador das decisões, o milagre brasileiro vivenciado no período, que incentivavam a vinda para cidade, a falta de financiamento de políticas urbanas e agrárias, entre outros, aspectos são elementos de um conjunto de medidas que compunha o modelo de Estado daquele período. Os PDDI fizeram parte da difusão desse modelo no âmbito das cidades.

Silva, alertou para o fato de um conjunto de leis federais ter condicionado a obtenção de verbas ou a celebração de convênios, a existência de tal plano, gerando planos elaborados tecnocraticamente sem correlação com a realidade existente.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> SAULE JR., Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política Urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

<sup>51</sup> O autor cita que: as Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Norte, Pará, Mato Grosso, Alagoas, Ceará, adotaram o plano diretor de desenvolvimento integrado como instrumento de planejamento e, nas demais Leis Orgânicas, apesar de não mencionarem de forma expressa o plano diretor, os municípios dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná, Goiás, Bahia, Pernambuco, Sergipe, Rondônia eram obrigados a elaborar planos de desenvolvimento. A fonte utilizada por Saulle Jr. é uma publicação do Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, denominada Leis Orgânicas dos Municípios vol. 1,2 e 3.

<sup>52</sup> Rio Grande do Sul e Bahia foram exceções. As Leis Orgânicas Municipais não eram elaboradas pelos Estados, cabendo a cada município a sua elaboração.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso. Inovações Municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais** - 669, p. 12, julho de 1991.

No âmbito jurídico, sustenta Fernandes<sup>54</sup>, que o paradigma dominante para a interpretação da propriedade, elemento central da questão da cidade,<sup>55</sup> tem sido aquele proposto pelo Código Civil, em 1916, quando cerca de 10% da população viviam em cidades, mas que tem vigorado ao longo do processo de urbanização. O texto de Fernandes é de 1998. Após o advento do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Cidade, o autor vem alertando que, não obstante a mudança do paradigma constitucional do Código Civil e do Estatuto da Cidade, a arraigada cultura jurídica existente ainda não percebeu a profunda modificação. Examinaremos, no Capítulo III, esse aspecto. Na década de 90, a população urbana chega a 77%.<sup>56</sup>

A cultura da fragmentação que na modernidade não foi superada, nas cidades é refletida pela segregação socioespacial que gera contingentes de pessoas morando irregularmente, pela ausência de preocupação ambiental, pela falta de diálogo com o problema da escassez dos recursos naturais, pelo caos urbano gerado pela excessiva poluição. A quantidade de carros incompatíveis com a malha viária da cidade tem início neste período, sendo que sofremos seus efeitos paulatinamente a partir dos anos 80, segunda metade do Século XX.

De tudo o que em apertada síntese foi exposto, importa considerar que as cidades sofreram inúmeras modificações ao longo dos cinco mil anos de existência. E, como organismos vivos que são, permanecem em franco processo de mutação. De diversas maneiras, fica claro que o sucedido nas cidades refletiu o regime político vivenciado no momento histórico respectivo. E é deste ponto que identificamos a linha de partida da cidade do Século XXI, que, no Brasil, está inserida no Estado Socioambiental Democrático de Direito.

Mumford,<sup>57</sup> ao fazer um retrospecto e apontar perspectivas, disse o seguinte:

---

<sup>54</sup> FERNANDES, Edesio. **Direito do Urbanismo**: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”. In: FERNANDES, Fernandes (org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

<sup>55</sup> O Capítulo III desta dissertação é dedicado ao tema da função social da propriedade, e nele discutiremos tópicos importantes para a formulação que pretendemos desenvolver.

<sup>56</sup> Santos, Milton. *Apud* LEAL, op. cit., 1998.

<sup>57</sup> MUMFORD, op. cit., p. 618.

Devemos agora conceber a cidade não, em primeiro lugar, como um local de negócios ou de governo, mas como um órgão essencial de expressão e atualização da nova personalidade humana – ‘a do Homem de um Mundo só’. A antiga divisão entre homem e natureza, entre cidadão e rústico, entre grego e bárbaro, entre cidadão e forasteiro, já não pode ser mais mantida: quanto às comunicações, o planeta inteiro está se transformando numa aldeia; e em consequência, até a menor vizinhança ou distrito há de ser planejado como um modelo funcional do mundo maior.

Resgatar o ser vivo, como centro do planejamento, da existência e da vida das cidades e nas cidades é tarefa dos tempos atuais. Prossegue Mumford<sup>58</sup> ao falar das modificações das cidades:

As inovações que urgentemente se anunciam não são na extensão e perfeição do equipamento físico: menos ainda, na multiplicação de instrumentos eletrônicos automáticos para dispersar, em disforme poeira suburbana, os órgãos remanescentes da cultura. Muito ao contrário, os melhoramentos significativos centrais da cidade, com uma nova dedicação aos processos cósmicos e ecológicos que abrangem toda a existência. Devemos restituir às cidades as funções maternas, nutridoras de vida, as atividades autônomas, as associações simbióticas que por muito tempo têm estado omitidas ou esquecidas. Com efeito, deve a cidade ser um órgão de amor, e a melhor economia das cidades é o cuidado e a cultura dos homens.

As modificações de um período histórico para outro não foram lineares e ocorreram em momentos distintos e simultâneos no mundo. Porém, para efeito do que estamos querendo demonstrar, vale dizer que as modificações ocorridas nas cidades ao longo da História acompanham o sistema político e econômico vivenciado no respectivo período.

Grosso modo, as cidades da Antigüidade, primeiro se constituíram a partir da união do conjunto de tribos e, posteriormente, representaram a força estatal e divina. No medievo tiveram uma força política intensa, sendo econômica, política, social e culturalmente independentes. No período liberal, foram perdendo força, pois, com a queda do feudalismo, um dos efeitos foi a ausência do controle outrora existente, além de a terra passar a ser considerada um bem econômico e estender sem limites ou regras urbanísticas a ocupação humana. Também esta modificação decorreu do

---

<sup>58</sup> Id., 1998, p. 618.

sistema político de período. As cidades e as mudanças urbanísticas da modernidade foram inspiradas nos ventos, idéias e sistema político, e visavam de algum modo retomar o controle perdido no período liberal, embelezar as cidades que se haviam “enfeiado”, usando para tanto, medidas urbanísticas cientificamente estudadas, porém em grande parte inaplicáveis, em face do alto custo e da quantidade de pessoas que já estavam morando nas áreas urbanas das cidades.

Na modernidade, com a funcionalização, com a tentativa de delimitação do que era urbano, foi acentuado o conceito de que cidade corresponde a urbano, e campo, a rural, sendo um aspecto da fragmentação hoje detectada como produto das idéias de um momento histórico.

Em que pese toda a contribuição urbanística decorrente da modernidade (projetos, planos urbanísticos, serviços – energia elétrica, telefone, gás, saneamento, embelezamento das cidades, necessidade de controle urbanístico, etc.), as cidades do século XXI têm por desafio reverter o processo de fragmentação e segregação a que estão submetidas. Fragmentação das políticas públicas, do território, segregação de um enorme contingente de cidadãos que não têm acesso à moradia regular, aos serviços e à infra-estrutura das cidades. Para tanto, apontamos um ponto de partida. As cidades são um todo. Não se restringem ao urbano e precisam ter no centro de sua gestão não, um urbanismo burocrático, de escritório, que busca a perfeição de formas, de linhas, mas que dialogue com a vida humana e que, sobretudo, implique na inclusão de todos os cidadãos à cidade.

## **2 As Teorias das Cidades no Pensamento de Freitag<sup>59</sup>**

Freitag<sup>60</sup> opta por fazer uma análise sociológica do desenvolvimento das cidades a partir de Escolas,<sup>61</sup> independentemente do período histórico dos autores

---

<sup>59</sup> Optei por abordar o pensamento de Freitag porque a autora identificou Escolas de pensamento urbanístico. Não representam um relato histórico e temporal das cidades na humanidade e apontam os limites e possibilidades dos pensamentos desenvolvidos nos países de referência ao longo do tempo e que muita influência têm no Brasil.

<sup>60</sup> FREITAG, Bárbara. **Teoria da Cidade**. Campinas, SP: Papyrus, 2006.

<sup>61</sup> A autora define Escolas como a reunião de um conjunto de idéias sobre o fenômeno urbano que revela uma possível versão ou perspectiva. FREITAG, op.cit., p. 12.

estudados. Salieta que “não há notícia de um pensamento consolidado, que buscasse formular uma ‘teoria’ das cidades, mesmo que arquitetos e urbanistas tenham elaborado as suas.”<sup>62</sup> Explica que a opção por Teorias das Cidades visa a demonstrar que esta precisa ser necessariamente interdisciplinar. Parte do pressuposto de que o estudo dos problemas urbanos é indissociável da relação cidade-campo, por isso, propõe uma análise cujo foco, independentemente da época estudada, abranja essa relação.<sup>63</sup> Salieta que “os processos de megalopolização das cidades latino-americanas durante a metade do século XX e que ainda estão em curso, são menos frutos de seu passado colonial e mais resultados da globalização da economia de mercado.”

Na Escola Alemã, os pensadores examinados pela autora<sup>64</sup> foram: George Simmel (1858-1918), Max Weber (1864-1920), Walter Benjamin (1892-1940) e Ronald Daus (1943). Destes destacamos Benjamin, por antever situações que hoje ocorre nas megalópolis como São Paulo. Benjamin se preocupou com a monstruosidade das cidades geradas pela modernidade. Descreveu os catadores de lixo, os sem-teto, a propaganda agressiva em tabuleiros, a coleção de prédios em ruínas, as fábricas e estações de trens abandonadas, na Paris do século XIX. Para a autora, a Paris descrita por Benjamin, do século XIX é o prenúncio da modernidade que a São Paulo e outras megalópoles do hemisfério sul, ostentam no século XXI.

Já na Escola Francesa, Freitag aponta que os urbanistas e sociólogos aproximaram-se do objeto “cidade” de outra forma, enfatizando mais a dimensão de racionalidade e utopia. Para representar a Escola Francesa, foram selecionados seis tópicos: os enciclopedistas,<sup>65</sup> os utopistas franceses,<sup>66</sup> o reformista Haussmann, o urbanista Le Corbusier, o antropólogo Lévi-Strauss e os sociólogos contemporâneos Henry Lefebvre e Alain Touraine.

---

<sup>62</sup> Id., 2006, p. 3.

<sup>63</sup> Id., 2006, p. 153.

<sup>64</sup> Ela justifica na obra a opção pelos pensadores citados e salienta a característica multidisciplinar das abordagens como importante para o estudo desenvolvido.

<sup>65</sup> Didert e d’Almbert.

<sup>66</sup> Charles Fourier.

Destes vamos nos ocupar das idéias de Corbusier<sup>67</sup>, Lefebvre e Touraine. Os dois últimos, pelo reflexo de suas idéias no Brasil e em nosso estudo, e Courbusier para além da influência que exerceu em nosso País, pelo que representou para o urbanismo.

Corbusier,<sup>68</sup> foi o autor da “Carta de Atenas”, documento resultante de um encontro programático de arquitetos e urbanistas na Grécia em 1933. Nesta Carta constam princípios básicos do morar e viver modernos da primeira metade do século XX.

Trata-se de uma espécie de mandamentos do urbanismo moderno. A essência desse receituário do urbanismo moderno consiste em distinguir quatro funções básicas, a serem respeitadas na projeção, no planejamento e na reforma do urbano: a função de habitar, a função de trabalhar, a função de circular e a função do lazer.

Também é considerado o fundador da disciplina Urbanismo.<sup>69</sup> Sugere organizar as disciplinas nas seguintes seções: I – idéias gerais e síntese; II – a noção do “saber habitar”; III – a normalização do espaço construído (estudo dos equipamentos domésticos, da construção, do alojamento e da industrialização do alojamento); IV – estudo da saúde; V – estudo do trabalho (subdividido em agricultura e indústria); VI – estudo do folclore; VII – financiamento e legislação; VIII – empresa.

Para Corbusier,

O espaço urbano ideal deve ser visto como um quadrado quadriculado. Pelos vértices passam as estradas. Dentro do quadrado as quadras constituem quarteirões, interligados por “tesourinhas”. Essas ruas delimitam terrenos abertos, áreas verdes sobre as quais são erguidos prédios. Importante é haver arejamento e muita luz, para eliminar a sensação de aperto e constrangimento, escuridão e insalubridade, que para ele caracterizavam os bairros pobres de Paris. O trânsito baseia-se na rapidez do avião e do carro, mas prevê trem e

---

<sup>67</sup> Le Corbusier é de nacionalidade suíça, mas foi deliberadamente incluído pela autora na Escola Francesa porque desenvolveu sua vida em França.

<sup>68</sup> Charles-Edouard Jeanneret.

<sup>69</sup> “Manière de penser l’urbanisme”. *Apud* Freitag, op. cit., p. 59.

metrô (suburbanos) Fora da cidade se encontrariam as cidades-jardim e os complexos industriais.<sup>70</sup>

A descrição acima foi de uma cidade por ele projetada e não executada, para 3 milhões de habitantes, mas poderia ser a descrição da nossa Brasília, cuja influência é evidentemente deste período. Corbusier influenciou uma geração de arquitetos, remanescendo suas concepções até hoje. Brasília e Goiânia são os exemplos mais claros do que propunha, além de outros exemplos pontuais (prédio do MEC no Rio). Lúcio Costa e Oscar Niemeyer são ilustres representantes das idéias inspiradas na “Carta de Atenas”, difundidas por Corbusier e realizadas por ambos no Brasil.

Na “Carta de Atenas” por ele redigida, muitas dessas idéias foram consubstanciadas como os novos princípios arquitetônicos da modernidade.<sup>71</sup>

- a) domínio da paisagem sobre a cidade construída. O verde passa a constituir um espaço de lazer necessário para as cidades;
- b) considerações de ordem climática, luminosidade (sol) e arejamento;
- c) discriminação clara das quatro funções básicas da vida moderna: morar, trabalhar divertir-se e circular.

Desde já apontamos que, a Carta de Atenas é reflexo de um momento histórico, correspondente a cidade modernista de meados do século XIX. Não contempla a Cidade do Estado Socioambiental que tem outras necessidades. Por isso, as funções sociais da cidade a que se refere o art. 182 da Constituição Federal não podem ficar adstritas àquelas elencadas pela Carta de Atenas, resultado de momento histórico distinto.

Touraine e Lefebvre, outros estudados por Freitag, são sociólogos franceses que rejeitam formas autoritárias e repressivas de organizar o espaço urbano, como as de Haussmann ou de Corbusier. Em 1968, Lefebvre escreve “O Direito à Cidade” e defende o direito do morador à cidadania. Este direito é interpretado como um

---

<sup>70</sup> Freitag, op. cit., p. 61.

<sup>71</sup> Id., p. 62-63.



direito complementar ao direito à diferença e ao direito de acesso democrático à informação.

Os direitos aparecem e se tornam costumes ou prescrições, via de regra, seguidos por encenações. E sabemos como, através de destruições gigantescas, guerras mundiais, e o terror de ameaças nucleares, esses direitos concretos vêm completar os direitos abstratos do homem e do cidadão, inscritos pela democracia nas fachadas dos edifícios nos primórdios da revolução. Trata-se dos direitos de homens e mulheres, de velhos e jovens, dos direitos dos proletários e camponeses, os direitos à educação, ao trabalho, à cultura, ao descanso, à saúde e à moradia.<sup>72</sup>

Em “A construção do Espaço”, Lefebvre, em vez de valorizar o espaço em detrimento do tempo como fizeram seus antecessores ao pensar a questão urbana, procura reconquistar o tempo inscrito no espaço urbano.<sup>73</sup>

Em minha opinião, e como sociólogo, sugiro a idéia seguinte: a cidade somente será repensada e reconstruída sobre suas ruínas atuais depois de termos compreendido adequadamente que a cidade é o desdobramento do tempo, daqueles que são seus moradores. E é por causa deles que temos de organizá-la finalmente de uma forma humana.

Esta dimensão de cidade como espaço da cidadania, como expressão do direito à diferença, que são retomadas com a identificação do direito fundamental à cidade, na forma que desenvolveremos no capítulo II. Neste momento, é importante registrar que o direito de acesso democrático, à informação e, sobretudo, um direito de todos os moradores é o fio condutor da cidade que emerge do Estado Socioambiental Democrático de Direito.

Lefebvre fez escola no Brasil, aproximando-se dos estudos de Santos<sup>74</sup>, Rolnik e outros que, até hoje, apontam para a necessidade do reconhecimento dos processos sociais nas cidades e da premência de humanização destas. Destaca-se que as diretrizes de regularização fundiária do Estatuto da Cidade, os instrumentos

---

<sup>72</sup> LEFEBVRE (trad.). *Apud* FREITAG, op. cit., p. 71.

<sup>73</sup> Id. 2006, p. 71.

<sup>74</sup> Milton Santos e Raquel Rolnik

de segurança da posse, que serão examinados no capítulo IV desta dissertação, dialogam com esta teoria.

Os autores ingleses estudados por Freitag foram: Thomas Morus, Ebenezer Howard, Patrick Guedes, Raymond Unwin e Peter Hall. Eles se destacaram por seu pragmatismo e utilitarismo.

Howard foi o autor da concepção de “cidades-jardim”, de grande influência e reproduzida no mundo todo.

A Escola Inglesa forneceu três grandes modelos de cidades: o modelo utópico de Thomas Morus, que cobrava uma reforma social na sociedade inglesa renascentista; o modelo de cidades jardim, de Howard e seguidores, que propuseram e implementaram uma solução digna para a sociedade industrial, que deteriorava a vida dos operários nos centros de produção industrial, bem como o modelo de cidade cultural, em que Hall chama a atenção para a força estruturante do componente cultural no desenvolvimento das metrópoles europeias.<sup>75</sup>

Freitag identifica uma série de afinidades entre os teóricos ingleses e americanos que pensaram a questão urbana a partir dos séculos XIX e XX. A diferença entre as Escolas de pensamento decorre das inovações tecnológicas: ampla utilização do automóvel e, em decorrência de auto-estradas, a eletrificação, que permitiu a verticalização. A autora examina a Escola de Chicago (do jornalismo ao urbanismo), Mumford (a história da cultura urbana); Sennett (a visão pós-moderna da cidade); Sassen (a volta ao “realismo” urbano).

Os teóricos americanos consideraram os desenvolvimentos macroestruturais dos séculos XX e XXI, que não tinham sido absorvidos pela Europa, que vivia em guerra desde a metade do século XX. Os americanos introduziram a leitura da megalópole moderna. Desenvolveram a tecnologia das auto-estradas, dos arranha-céus, da informática. Mudaram o estilo das cidades e expandiram seus conceitos para cidades latino-americanas, africanas e asiáticas. A partir dos estudos de Sassen, (1949) desenvolveram os conceitos de cidades globais,<sup>76</sup> megacidades,<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> FREITAG, op. cit., p. 101.

<sup>76</sup> Segundo Sassen, “as cidades globais são sítios-chave para os serviços avançados e as facilidades das telecomunicações, necessários para a implementação e a condução das operações da economia

metrópoles,<sup>78</sup> cidades periféricas,<sup>79</sup> cidades-satélite,<sup>80</sup> tipologias até hoje conhecidas e reconhecidas.

Com a identificação de Escolas e Pensamento sobre as cidades, ela pretendeu demonstrar que a questão urbana brasileira e latino-americana precisa ser analisada de maneira inter e multidisciplinar. Propõe o seguinte:

Precisamos pensar de maneira inter e multidisciplinar, buscando soluções não apenas pontuais, isoladas (como saúde, educação, higienização, estética), mas conjuntas e diversificadas. Este tipo de preocupação não pode ser resolvido no interior de apenas uma “teoria das cidades” ou de várias “teorias das cidades”. Uma verdadeira solução tem de ser buscada e praticada no interior das sociedades contemporâneas, simultaneamente afetadas pela globalização e fragmentação dos processos societários no mundo.”<sup>81</sup>

Um dos pontos centrais de sua teoria é que o estudo dos problemas urbanos é indissociável da relação cidade-campo,<sup>82,83</sup> elemento presente na nossa formulação, em busca de um conceito jurídico de cidade no Brasil.

---

global. Nelas também tendem a se concentrar o estado maior das firmas, especialmente aquelas que operam em mais de um país.”

<sup>77</sup> São definidas pela “concentração recente de grandes populações. Convivem riqueza e pobreza. Nelas coexistem a modernidade e a pós-modernidade, os opostos, os extremos e o multiculturalismo, são os traços característicos dessas cidades.”

<sup>78</sup> São “cidades que têm uma longa existência. Guardam sua tradição política, cultural e econômica, mostrando grande habilidade para se adaptar à modernidade e às novas exigências da economia global, sem perder a dignidade e especificidade como cidades históricas. Preservam sua cultura e especificidade e cuidam de seu patrimônio, o que lhes garante grandes afluxos de turistas, que contribuem para a manutenção econômica dessas metrópoles.”

<sup>79</sup> “Cidades que se tornaram secundárias, ou até mesmo marginais, em consequência das macrotransformações da economia mundial. Perderam importância ou seus produtos caíram em desuso.”

<sup>80</sup> São também denominadas cidades-dormitório. “Por si só não têm autonomia para sobreviver. Necessitam de cidades vizinhas que forneçam empregos, serviços, alimentos, roupas para a sobrevivência de sua população, que acaba sendo absorvida por uma cidade dinâmica próxima.”

<sup>81</sup> FREITAG, op. cit., p. 149.

<sup>82</sup> Id., 2006, p. 153.

<sup>83</sup> Freitag ainda discorre sobre o processo de megalopolização ocorrido a partir da metade do Século XX e ainda em curso na América do Sul. Estudou quatro cidades latino-americanas que estão sofrendo os efeitos da megalopolização: Cidade do México, São Paulo, Rio de Janeiro e Buenos Aires. Apresenta dados impressionantes. Aponta que, em 2006, a taxa de urbanização na Argentina é de 90%; no Brasil 83% e, no México 76%, acima da média mundial que gira em torno de 50% (Portugal 55%, China 39% e Índia 28%). Relata que este “desequilíbrio” ocorreu nos últimos 30 ou 40 anos, sendo bem recente na história do desenvolvimento urbano. Além da formulação que nos interessa neste estudo (aproximação do rural e do urbano, compreendendo que tudo é cidade), aponta que “difícilmente as megalópoles de hoje terão condições de regredir. Por isso, uma das sugestões que vem ganhando peso entre teóricos, políticos, urbanistas e ecólogos preocupados com

Da “Teoria das Cidades” de Freitag, sinteticamente exposta, interessa-nos três pressupostos por ela identificados a partir da análise das Escolas de Pensamento. Estes três pressupostos, (a) teoria das cidades interdisciplinar, (b) problemas urbanos indissociáveis da relação cidade-campo, e (c) processos de megalopolização resultado da globalização, são pontos de partida para nossa análise, primeiro do conceito de cidade nos dias atuais, evoluindo para o conceito jurídico de cidades a partir do que temos no Brasil.

O nosso pressuposto é que o conceito jurídico de cidade implica na simbiose do urbano e do rural. É o território na sua integralidade, sendo que as funções urbanas não são mais as únicas necessárias e existentes na cidade, sobressaindo-se questões sócio-ambientais como elemento central da concepção jurídica de cidade na contemporaneidade.

### **3 O conceito de cidade no Brasil**

#### **3.1 Urbano e rural, cidade e urbanização**

O processo de crescimento das cidades brasileiras dá conta do fenômeno da urbanização destas. Urbanização é entendido aqui como o processo de aumento populacional da área urbana de uma cidade, devido às taxas de crescimento provocado por fluxos migratórios.

A digressão histórica apresentada dá conta de que cidade nem sempre representou contraposição ao campo. Este conceito contraposto surge com o Liberalismo (tradição X desenvolvimento) e é reforçado pela modernidade (funções cientificamente estudadas). Benévolo<sup>84</sup>, inclusive, cita a contraposição dos urbanistas já no final do Século XIX na Europa, alertando que o planejamento deveria retomar a integralidade do território.

---

a transformação urbana é a transformação da megalópole em “cidade policêntrica”. A cidade policêntrica cria centros urbanos menores e cada vez mais autônomos, capazes de recuperar os valores das cidades e metrópoles (ainda sustentáveis), em que formas de exercício de cidadania e solidariedade tenham espaço. Muitos destes pensadores insinuam que, sem essas conquistas, a sustentabilidade, a democracia e os direitos humanos estariam em risco.”

<sup>84</sup> BENÉVOLO, op. cit., p. 631.

Não obstante, no Brasil ainda temos a tendência de tratar cidade como sinônimo de urbano, e campo como sinônimo de rural, sendo funções urbanas e rurais apresentadas como antagônicas. Em linguagem popular, na cidade é onde há empregos, serviços públicos (escola, posto de saúde). Ir à cidade é deslocar-se à sede do Município. Município, portanto, é a divisão política de um território físico com limites definidos, e cidade, o centro político e cultural, à semelhança da pólis. Não era incomum que Distritos de Municípios quisessem emancipação, visando justamente esses serviços, mesmo que a vocação de seu território fosse eminentemente para funções rurais<sup>85</sup>. Com a industrialização, o ser do campo e os atrativos deste fizeram “inchar” as cidades em busca de empregos, de serviços, de cultura, de possibilidades de vida. O campo ficou carente de políticas públicas, mesmo que disso resultasse o caos urbano, hoje gerado pelo excedente populacional, falta de serviços, poluição, etc. O Direito apanhou este entendimento, tanto no âmbito tributário<sup>86</sup>, quanto no âmbito do direito urbanístico.

Silva<sup>87</sup> diz não ser fácil definir cidade. Porém vincula cidade a urbano, apontando requisitos para que o núcleo habitacional possa ser considerado urbano. Registra a existência do conceito demográfico e quantitativo de cidade, a concepção econômica de cidades e a concepção que considera a cidade como um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais no sistema nacional geral.<sup>88</sup> Para o autor,

Os conceitos demográfico-econômicos não servem para definir as cidades brasileiras, que são conceitos jurídico-políticos, que se aproximam da concepção das cidades como conjuntos de sistemas. O centro urbano, no Brasil, só adquire a categoria de cidade, quando o seu território se transforma em Município. Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população. A

---

<sup>85</sup> Após o advento da Constituição Federal, houve uma onda emancipacionista no Brasil. Posteriormente a Emenda Constitucional Nº. 5 passou a exigir um estudo de viabilidade municipal para criação, desmembramento, anexação, incorporação, emancipação e fusão de municípios, a ser regrado em lei. Esta lei não foi editada até hoje. OSTF na ADI 2.967-3/Bahia, decidiu que, antes do advento da lei complementar a que alude a EC 15, as emancipações, fusões, criações, desmembramento de municípios são inválidos.

<sup>86</sup> A cobrança do ITR (Imposto sobre Propriedade Rural) é feita pelo INCRA, órgão federal, portanto, o tributo é federal e o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) é de competência municipal.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

<sup>88</sup> Id., 1995, p. 19 e 20.

característica marcante da cidade, no Brasil, consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal.<sup>89</sup>

O autor aduz que, do ponto de vista urbanístico, faz-se necessário a presença de unidades edilícias, nas quais os membros da comunidade moram, realizam suas atividades comerciais, produtivas, intelectuais ou industriais, e equipamentos públicos, destinados a servir às necessidades dos habitantes (estradas, ruas, escolas, praças, igrejas, hospitais, mercados, etc.).

Nesta linha, Milaré<sup>90</sup> aponta que, na civilização ocidental, idéias e ações têm girado em torno de dois termos: *polis e urbs*. O primeiro de origem helênica, indica a oposição ao rural, relativo aos assentamentos, ao estilo de vida e à organização da sociedade. Acrescenta que as *pólis* dos gregos eram comunidades independentes. O segundo, de origem latina, referia-se a Roma e tinha a conotação de centro político do Império. Aduz que “o conceito amplo de ‘urbano’ é relativo à cidade, aos modos de vida e à cultura, em oposição ao *rus/ruris* (campo), sua paisagem e produção (rural), seu estilo e seus hábitos (rústico).”

Fiorillo<sup>91</sup> defende a tutela constitucional da cidade como expressão do meio ambiente artificial, do espaço construído, representado pelo conjunto de edificações (denominado espaço urbano fechado) e pelos equipamentos denominados públicos (espaço urbano aberto). Segundo seu entendimento, todos os espaços habitáveis pela pessoa humana compõem o meio ambiente artificial. Com maestria, sustenta a existência de uma tutela constitucional da cidade, a partir das possibilidades de proteção ao meio ambiente, considerando tratar-se de expressão do meio ambiente urbano. Para desenvolvimento de seu raciocínio, com o qual neste aspecto concordamos, sustenta que a dicção do art. 225 da Constituição, ao referir ambiente ecologicamente equilibrado, abrange tudo, inclusive o ambiente artificial que, no seu

---

<sup>89</sup> Id., 1995, p. 19.

<sup>90</sup> MILARÉ, EDIS. **Um Ordenamento Jurídico para a Qualidade de Vida Urbana**. In: AGRELLI, Vanusa, SILVA, Bruno Campos (orgs.). *Direito Urbanístico e Ambiental: estudos em homenagem ao Professor Toshio Mukai*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>91</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Natureza Jurídica da Cidade em Face do Direito Ambiental Constitucional e da Lei 10.257/2001 – Lei do Ambiente Artificial*. In: **Revista de Direito Social**. Porto Alegre: Nota Dez, 2002, Nº. 8.

\_\_\_\_\_. *Direito a Cidades Sustentáveis no âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Artificial*. In: **Estado de Direito Ambiental: Tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

entendimento é a cidade e foi densificado na Lei Federal 10.257, denominada Estatuto da Cidade.

Concordamos em gênero, número e grau com o raciocínio desenvolvido com relação ao objeto de o meio ambiente contemplar tanto o ambiente natural quanto o construído. Neste mesmo sentido, Silva, Grau, Marés,<sup>92</sup> Aguiar<sup>93</sup> e outros já sustentavam a necessidade de adoção de um conceito de meio ambiente aplicado às cidades, que contemple o ambiente natural com seus elementos intrínsecos, ar, água, solo, flora e fauna, tanto quanto o espaço construído, o patrimônio histórico-cultural, os aspectos econômicos, sociais, de infra-estrutura urbana necessários à vida nas cidades.<sup>94</sup> Todavia, alertamos que a dicção constitucional do art. 182 e a densificação resultante do Estatuto da Cidade trouxeram um elemento novo a esta abordagem que apresenta uma série de possibilidades e, por isso, não pode passar despercebida.

Cidade engloba todo o território, e o planejamento resultante do Plano Diretor deve ser a expressão deste elemento inovador. Assim, o Estatuto da Cidade não é uma lei que rege o meio ambiente construído. Para além do ambiente construído faz a simbiose de campo e cidade, de urbano e rural, de decadência e progresso. Portanto, consideramos um profundo equívoco reduzir o planejamento das cidades ao urbano, o Estatuto da Cidade ao meio ambiente construído, quando estamos na era das simbioses, das necessárias interações, do rompimento da fragmentação.

Aliás, o efeito urbano-ambiental deste entendimento que ainda prepondera é ambientalmente devastador, pois o trata como meio e não como todo. No âmbito do Direito Tributário, por exemplo, Rocco,<sup>95</sup> em estudo sobre os “Instrumentos Tributários para a Sustentabilidade das Cidades”, aponta a insustentabilidade do modelo tributário das cidades. Cita que,

---

<sup>92</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial da PMPA, 1997.

<sup>93</sup> AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 207.

<sup>94</sup> Sobre o tema, ver nosso PRESTES, Vanêsa Buzelato. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos. (coord.). **Direito Ambiental em Evolução**. N.º. 4. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>95</sup> ROCCO, Rogério. Dos Instrumentos Tributários para a Sustentabilidade das Cidades. In: **O Direito Ambiental das Cidades**. COUTINHO, Ronaldo, ROCCO, Rogério. (orgs.). Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

O modelo reafirma na construção das receitas públicas o privilégio às atividades que geram impactos diretos sobre o território, os cidadãos e o meio ambiente – seja ele natural, construído ou ainda sobre o patrimônio histórico cultural. Isto é, o modelo tributário das cidades não possui alternativas que estimulem a preservação e a conservação da fauna e da flora e de patrimônios culturais, mesmo quando elas estão associadas à produção de bens e consumo essenciais como a água.

Já, em se tratando do registro das informações e das características das cidades, a segmentação resulta que pouco se sabe da área rural, pois não era atribuição municipal tratar da matéria. Paradoxalmente, ao mesmo tempo, estamos em franco desenvolvimento do turismo rural, que exige envolvimento das municipalidades, sendo um importante fator de desenvolvimento econômico de uma região.

De outra parte, para efeito de formação de novas cidades a partir de emancipações ou de identificação de núcleos urbanos, igualmente a integralidade do território não é elemento analisado, pois se o fosse, muitas cidades incrustadas na Amazônia, no Pantanal, em ecossistemas protegidos, não teriam sido viabilizadas. A análise das condições do território, em especial as características ambientais, no momento atual, faz-se imprescindível, tanto para a formação de novos núcleos urbanos, quanto para a modificação do zoneamento de rural para urbano, naqueles municípios já existentes. A simples modificação de área rural para área urbana, que era feita se presentes requisitos constantes no Código Tributário Nacional,<sup>96</sup> implica transformar hectares em metros quadrados, afetando substancialmente o valor da terra, a vocação da área a ser utilizada, a função desta para a cidade. Por isso, para esta transformação também faz-se necessária a análise da globalidade do território, não de forma segmentada, verificando a vocação, as condições naturais e o que se pretende para o respectivo território. Criação de novos municípios e extensão de área urbana naqueles municípios existentes, significam urbanização e, em decorrência extensão de serviços, o que precisa ser avaliado à luz da noção do território na sua integralidade.

Evidentemente que há limites constitucionais à atuação do Município que, no Brasil, é responsável pela elaboração dos Planos Diretores, a teor do que dispõe o

---

<sup>96</sup> BRASIL. Código Tributário Nacional, Art. 32.



art. 182 da Constituição Federal. Mas isto não se dá porque a questão é urbana ou rural, mas pela análise de qual ente federativo tem a competência para legislar sobre a matéria,<sup>97</sup> sendo que limites constitucionais à atuação do Município podem e devem ocorrer inclusive no meio urbano.<sup>98</sup>

### 3.2 Cidade e território: o rompimento do paradigma da cidade urbana X espaço rural

Conforme já externado, sustentamos que a dicotomia campo X cidade, urbano X rural, impedindo Municípios de legislarem sobre matérias atinentes às funções rurais, parte de pressuposto constitucionalmente equivocado.

Segundo Sundfeld<sup>99</sup>

[...] tem-se discutido se as áreas rurais são ou não alcançadas pela regulação do direito urbanístico; pergunta que os especialistas vêm dando resposta enfaticamente positiva, baseados em uma visão integrada da cidade (visão, essa, aliás, acolhida pelo art. 40 § 2º, do Estatuto da Cidade, segundo o qual o plano diretor municipal “deverá englobar o território do Município como um todo).

Alerta este autor que é preciso ter cuidados, pois há um limite da legislação urbanística para todo o território, decorrente da legislação agrária, por serem tratados em capítulos distintos da ordem econômica política urbana e política agrária.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Sistema de fontes: ver CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 783.

<sup>98</sup> Sobre o tema, ver: RE 390458/RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso; RE 240406/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 182976/SP, Min. Carlos Velloso.

<sup>99</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/01. DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sergio. (orgs.). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

<sup>100</sup> É preciso, porém algum cuidado com as simplificações. A Constituição isola, em capítulos separados, a política urbana (arts. 182-183) e a política fundiária (arts. 184-191), esta última ligada ao problema social da distribuição das terras (reforma agrária) e de sua exploração econômica. Assim o direito agrário é efetivamente um limite do direito urbanístico, pois a cultura urbana não pode tomar para si definições que são próprias da política fundiária (agrária).

Porém, este limite constitucional não significa o Direito urbanístico estar alheio ao aspecto rural, especialmente nos Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que são obrigados a elaborar seus planos diretores. Sundfeld<sup>101</sup> aponta cinco hipóteses, com as quais concordamos:

- a) passagem de uma área da zona rural para a zona urbana (segundo o art. 182, § 1º, da CF, cabe ao plano diretor municipal fixar a política de expansão urbana);
- b) proteção dos recursos naturais necessários ao desenvolvimento da cidade como um todo (água e o ar), independentemente da zona em que situados;
- c) relações em geral entre o meio rural e o meio urbano;
- d) questões espaciais do meio rural, naquilo que não esteja diretamente vinculado à política agrária.

Acrescentamos mais três hipóteses passíveis de atuação:

- a) proteção da paisagem rural (possibilidade de vedar plantios em massa, limitando a tamanhos específicos, observado o módulo rural, que modifiquem substancialmente uma paisagem natural – cerrado, pampa, costa, etc.);
- b) áreas protegidas pela cidade que tenham vocação turística (turismo rural está em alta e em franco desenvolvimento, sendo hoje a base econômica de muitas cidades); é possível usar o zoneamento<sup>102</sup> para esta proteção, evitando a perda das características que ensejam a proteção;
- c) integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência (aliás na forma prevista no art. 2º, VII do Estatuto da Cidade).

<sup>101</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 50.

<sup>102</sup> "Zoneamento, ainda que num sentido abrangente, consiste na repartição do território municipal à vista da destinação da terra, do solo ou das características arquitetônicas. (...) Zoneamento pode ser entendido como um procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal. Ou: destinado a fixar as diversas áreas para exercício das funções urbanas elementares. SILVA, op. cit., 2008.

Cabe aos Municípios, ao elaborarem seus Planos Diretores, pensarem todo o território. Os limites são as competências constitucionais dos entes federativos, em outras palavras, a observância do sistema de fontes<sup>103</sup>, a legislação agrária cuja competência é da União e, evidentemente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inerentes e imputadores de limites à forma de dar concretização à Constituição Federal.

### **3.3 Elementos de um conceito jurídico de cidade no Brasil**

Um conceito jurídico de cidade apanha o momento histórico, a situação social de seu povo, os elementos histórico-culturais, os aspectos ambientais. O Brasil é um país de dimensão continental. Existem cidades maiores que Estados, se compararmos São Paulo, Rio de Janeiro ou Belo Horizonte com o Acre ou o Amapá. Há muita disparidade e diversidade entre as cidades, decorrentes de tamanho, potencialidade econômica, cultura local e característica do ambiente natural.

O Constituinte foi sábio ao introduzir o Capítulo da Política Urbana (arts. 182 e 183) e o do meio ambiente (art. 225). Na política urbana, exigiu dos municípios com mais de 20.000 (vinte mil habitantes), que elaborassem Planos Diretores, o que dialoga com a diversidade de situações apontada. É nosso entendimento que a simbiose do meio ambiente e da política urbana, aliado ao direito à moradia (direito social previsto no art. 6º) e a gestão democrática decorrente do Estado Democrático de Direito (art. 1º), são elementos intrínsecos ao conceito de direito à cidade. O direito à cidade, como na Sociologia Freitag apontou, é mais do que o urbano ou o direito ao urbano. E, se o direito à cidade tem esta amplitude, por certo, a cidade contemporânea não se confunde com urbano, exigindo a adoção de planejamento para o urbano e o rural, inclusive propiciando a realização de políticas públicas no campo (saúde, educação, cultura), de modo que incentive e induza à fixação no campo.

---

<sup>103</sup> CANOTILHO, op. cit., p.783: “Compete à Constituição como norma primária sobre a produção jurídica identificar as fontes de um ordenamento jurídico e determinar os critérios de validade e eficácia de cada uma delas, de per se ou em relação a outras fontes.”

O Estatuto da Cidade, ao densificar o direito à cidade, fornecendo seu conteúdo, identificou com precisão esta mudança de abordagem. Introduziu diretrizes (a) incentivando a integração e a complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência (art. 2º, VII); (b) prevendo planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (art. 2º. Inc. IV); (c) a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência (art. 2º. VIII); (d) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (art. 2º. XII), todas diretrizes que pressupõem o planejar, atuar e incidir sobre todo o território.

Além disso, introduziu como instrumento de planejamento o zoneamento ambiental, (art. 4º, III “c”) e, como instrumento jurídico-político, a instituição de unidades de conservação (art. 4º. V “e”) que evidentemente deve ser utilizado para todo o território e não somente na área urbana ou de expansão urbana.

De forma expressa, previu que o Plano Diretor deve englobar o território do Município como um todo. Significa dizer que os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, observada a finalidade de cada um, podem ser utilizados na cidade, e não somente na área urbana destas.

A dúvida exsurgida sobre a possibilidade de os Municípios legislarem sobre todo o território, até mesmo modificando os limites da área rural, decorre da sistemática constitucional anterior a 1988. Sob a égide do sistema revogado, os requisitos para modificar o uso de rural para urbano constavam no Código Tributário Nacional (CTN), sendo que essa definição é utilizada até os dias atuais como parâmetro,<sup>104</sup> estando assim prevista:

---

<sup>104</sup> Este dispositivo do CTN foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Os requisitos para uma área ter seu uso modificado de rural para urbano são, no mínimo, dois dos constantes nos incisos do art. 32 do Código Tributário Nacional.

Aliada à regra acima, a Lei Federal Nº. 6766/79, previu que, para alteração de área rural para área urbana o Instituto Nacional de Reforma Agrária (atual INCRA) deveria ser consultado previamente, na forma do que dispõe seu art. 53:

Art. 53 - Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, do Órgão Metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente.

Na Constituição anterior, não havia o dispositivo expresso pelo art. 30, VIII, que vigora na Carta atual, relativo à competência municipal para uso e ocupação do solo. Este dispositivo, combinado com o que estabelecem os arts. 1º e 18 da Carta Magna, colocando os Municípios como entes integrantes da Federação Brasileira, portanto com competências próprias, derogou o disposto no art. 53 da Lei Federal Nº. 6766/79. Isto porque a competência para dispor sobre uso e ocupação do solo, a teor do que dispõe o art. 30, III, da CF, é municipal. Atualmente o Incra deve ser

comunicado das mudanças de uso efetuadas, para o fim de dar baixa no Imposto Territorial Rural (ITR) que incide sobre estas áreas,<sup>105</sup> cabendo aos Municípios, nos Planos Diretores ou nas leis de zoneamento, estabelecer os limites entre área urbana e área rural.

Em uma leitura rápida e descontextualizada do artigo constitucional, corre-se o risco de interpretar que os Planos Diretores não podem ter uma abrangência territorial para a região rural, sendo restrito à urbana. Contudo, nos termos colocados por Saule Jr.,<sup>106</sup> a hermenêutica jurídica deve buscar a compreensão da norma dentro do sistema jurídico no qual está inserida. Assim, se o Plano Diretor visa a atender as necessidades dos habitantes da cidade, para que alcancem qualidade de vida e inexistindo diferenciação constitucional entre os habitantes do Município, sejam eles moradores da área urbana ou rural, os Planos Diretores podem e devem abranger a totalidade de seu território, incluindo a área rural. É esta a interpretação constitucional que condiz com a federação revitalizada, que estabeleceu a autonomia dos Municípios,<sup>107</sup> atribuindo-lhes competências próprias. Assim, é cidade todo território que pertence ao Município, cabendo aos Municípios adotarem um Plano Diretor que abranja a totalidade de seu território e disponha sobre as funções urbanas e rurais, inclusive de modo a integrá-las.

Note-se que este aumento das atribuições municipais implica em uma mudança de paradigma e estabelece a necessidade de os Planos Diretores superarem a disposição de regras físico-territoriais adstritas a zoneamento e regime urbanístico, incidindo sobre aspectos sociais, econômicos e ambientais. Requer a formulação de ações e exigências que integrem as funções rurais à dinâmica das cidades. Em termos de proteção ambiental, esta possibilidade é importantíssima, pois a área rural contempla espaços que contêm elementos do ambiente natural que ainda remanescem. Para a conceituação e explicitação do conceito de sustentabilidade (garantia do direito a cidades sustentáveis<sup>108</sup>) estes espaços são

---

<sup>105</sup> Nesse sentido: CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p.170.

<sup>106</sup> SAULE JR., Nelson. A Competência do Município para Disciplinar o Território Rural. In SANTORO, Paula, PINHEIRO Edite. (orgs.). *O Planejamento do Município e o Território Rural*. São Paulo: Instituto Polis, 2004. **Anais “O Município e o Solo Rural”**. São Paulo: Instituto Polis, Cadernos Polis 8, 15 de julho de 2003.

<sup>107</sup> BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 1º. e art. 18.

<sup>108</sup> BRASIL. Lei Nº. 10.257, de 10 de julho 2001 – Estatuto da Cidade, art. 2º.

extremamente importantes porque garantem funções vitais para as cidades, referentes à proteção dos aquíferos, da cobertura vegetal, da produção de alimentos, da conservação de elementos da natureza, da produção animal, entre outras atividades tipicamente rurícolas, imprescindíveis à sobrevivência das espécies, inclusive a humana.

Não obstante, se ainda havia dúvida quanto à possibilidade de os Planos Diretores legislarem sobre todo o território, com o advento do Estatuto da Cidade,<sup>109</sup> esta questão foi suplantada, a teor do que dispõe o art. 40, § 2º, a saber:

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

...

§ 2º. O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

Em suma, o conceito jurídico de cidade, no Brasil, por força do que dispõe a Constituição Federal, contempla o urbanismo (arts. 182 e 183, CF), o meio ambiente (art. 225 CF), o direito à moradia (art. 6º CF) e a gestão democrática. Para tanto, exige-se o planejamento, legislação e incidência de ações sobre todo o território.

Na contribuição multidisciplinar que as Teorias da Cidade reclamam, ao Direito importa facilitar a visão do todo, da integralidade, não sendo elemento obstaculizador desta ao dizer que o Plano Diretor não é para todo o território, mas se restringe ao meio urbano, ou que o Estatuto da Cidade cinge-se à aplicação ao meio ambiente construído. E assumir estas premissas, não significa imputar ao Município toda a capacidade legislativa e responsabilidade pelo regramento urbano-ambiental. Não implica na “municipalização” sem limites de tudo. Há limites, na forma como já sustentamos, decorrente das competências constitucionais, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que são inerentes ao próprio sistema constitucional e que os municípios devem observar na execução da política urbano-ambiental.<sup>110</sup> Mas, como atribuição inerente dos Municípios, decorrente do mesmo sistema de fontes que lhe aponta limites, ao planejar e executar ações urbano-

<sup>109</sup> Id., 2001, que entrou em vigor em 10 de outubro de 2001.

<sup>110</sup> A dicção urbano-ambiental congrega urbanismo e meio ambiente no âmbito das cidades, representando uma simbiose de conceitos entre ambos.

ambientais, ao elaborar seus Planos Diretores, instrumento legal responsável por definir as funções sociais da cidade, é preciso considerar a cidade como integralidade do território, compreendendo sua definição como resultado da simbiose dos conceitos de urbanismo, meio ambiente, acesso à moradia e gestão democrática, todos resultantes da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, a cidade, a partir da Constituição de 1988, passa a ter uma dimensão constitucional, sendo o direito a ela, concebido como um direito fundamental, na forma que veremos no capítulo seguinte.



## CAPÍTULO II – CONCEPÇÃO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 1 Estado Socioambiental Democrático de Direito: esclarecimentos necessários

A expressão contida no título deste capítulo – Estado Socioambiental Democrático de Direito, comporta esclarecimentos quanto ao seu conteúdo.

O Estado é hoje concebido como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática.<sup>111</sup> Canotilho<sup>112</sup> assevera que “O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente”. Citando Koepfler,<sup>113</sup> explica que “o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos. O Estado ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada.”<sup>114</sup> Canotilho ainda afirma que nos tempos mais recentes, a conformação do estado constitucional ecológico aparece ligada às idéias de justiça intergeracional e de direitos das futuras gerações.

Importante observar que, todos esses elementos estão presentes no Texto Magno, razão pela qual é possível classificar a Constituição Federal Brasileira como uma Carta de preocupações ambientais, já que tais elementos apontados por Canotilho são constitutivos de direitos e deveres ambientais que possuem como substrato dogmático o próprio texto da Constituição Brasileira de 1988.

---

<sup>111</sup> Neste sentido CANOTILHO, op. cit., p. 3.

<sup>112</sup> Id., 2007, p. 5.

<sup>113</sup> Michael Koepfler.

<sup>114</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Apud* FERREIRA, Helene Sivine, LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental**: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 3.

Benjamin assinala que estas preocupações constitucionais são uma tendência observável a partir dos anos 70, e que pode ser denominada de “ecologização das Constituições”.<sup>115</sup> Anota que,

Nesse complexo quadro de aspirações individuais e sociais, ganham relevo categorias novas de expectativas (e a partir daí, de direitos), cujos contornos estão em divergência com a fórmula clássica do eu-contra-o-Estado, ou até da sua versão welfarista mais moderna, do nós-contra-o-Estado. Seguindo tal linha de análise, a ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – o do nós-todos-em-favor-do-planeta).<sup>116</sup>

O fato de a Constituição preocupar-se com o ambiente, tratando deste objeto desde uma visão inovadora da relação sujeito-objeto como afirma Benjamim, não implica necessariamente em uma visão contemporaneamente adequada desta mesma relação. É perceptível que a Constituição Brasileira consagra um Estado Democrático de Direito e que, por força do art. 225 do seu Texto, este mesmo Estado pode ser adjetivado e então caracterizado como um Estado Verde, o que implica em um discurso jurídico-constitucional-ambiental de autêntico “esverdeamento”.

Benjamin aponta três eixos centrais que indicam o rompimento do paradigma anterior, que não tinha a “ecologização” da Constituição como vetor fundante, justificando desta forma a adjetivação do Texto Constitucional: *a)* diluição das posições formais rígidas entre credores e devedores (a todos se atribuem, simultaneamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de protegê-lo); *b)* a irrelevância entre sujeito estatal e sujeito privado, conquanto a degradação ambiental pode ser causada, indistintamente, por um ou pelo outro; e *c)* o enfraquecimento da separação absoluta entre os componentes naturais do entorno (o objeto, na expressão da dogmática privatística) e os sujeitos da relação jurídica,

---

<sup>115</sup> Segundo Benjamim, sob a influência de Estocolmo, houve a Constitucionalização ambiental nos países que se libertavam de regimes ditatoriais Grécia (1975), Portugal (1976), Espanha (1978). Sinala que após a ECO-92 outras Constituições foram aprovadas (Argentina 1994), sendo exemplo mais recente a França com a *Charte de l'environnement*. BENJAMIM, op. cit., p.61-62.

<sup>116</sup> BENJAMIM, op. cit., p. 58-59.

com a decorrente limitação, em sentido e extensão ainda incertos, do poder de disposição destes (= dominus) em face daqueles (= res).<sup>117</sup>

Na mesma linha, concordando com a “adjetivação verde” Canotilho<sup>118</sup> adota a terminologia “Estado Constitucional Ecológico”, Leite<sup>119</sup> “Estado de Direito Ambiental” e Häberle<sup>120</sup> “Estado Ambiental de Direito”. O fio condutor de todos é o projeto contemporâneo estatal delineado pelas Constituições que possuem como uma de suas preocupações a tutela constitucional do ambiente.

Uma das perspectivas possíveis é a denominada de Estado Socioambiental, cuja adjetivação se justifica especialmente no Brasil cujo Estado social não se realizou. Fensterseifer,<sup>121</sup> sustenta que a “expressão socioambiental resulta da convergência necessária das ‘agendas’ social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano.”

Molinero aponta que, “o adjetivo ‘socioambiental’ tensiona superar a dicotomia público/privado”. Na dicção do art. 225 todos são obrigados a manter o equilíbrio e a salubridade do meio ambiente,<sup>122</sup> sendo-lhes cometido - Estado e cidadãos - direitos e deveres, pretensões e obrigações presentes e futuras, decorrentes da imputada solidariedade intergeracional, fazendo a conexão entre o sócio e o ambiental, resultando dessa a simbiose socioambiental, que se realiza em proveito do ambiente.

Molinero e Fensterseifer adotam a concepção “Estado Socioambiental”, enquanto que Benjamin, Canotilho, Häberle e Leite não abordam um “Estado Socioambiental”, mas de um “Estado de Direito Ambiental”.

---

<sup>117</sup> Id., 2007.

<sup>118</sup> CANOTILHO, *apud* SARLET, Ingo W. (org.) **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

<sup>119</sup> MORATO LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extra-patrimonial. São Paulo: RT, 2000.

<sup>120</sup> HABERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: SARLET, *op. cit.*, 2005.

<sup>121</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. O Princípio da Solidariedade como Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito Contemporâneo. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. Porto Alegre. v. 10. ago/set 2005.

<sup>122</sup> De uma forma muito feliz, Molinero define meio ambiente como local de encontro. MOLINARO, *op. cit.*, p. 22.

Todavia, o socioambiental é a afirmação de uma Constituição do Estado social,<sup>123</sup> que reconhece direitos fundamentais e fornece meios jurisdicionais para sua garantia, ainda tão carentes de aplicação no Brasil, dentre os quais e com prevalência o direito ambiental. Por isso não há exclusão recíproca entre os termos Estado socioambiental e Estado de direito ambiental.

No direito à cidade, a abordagem é necessariamente socioambiental, pois representa fusão fundamental, em se tratando de sobrevivência e conservação das espécies, inclusive a humana.

A Constituição de 1988 inaugura uma nova fase no constitucionalismo brasileiro, perfilhado à tendência internacional decorrente de duas Conferências das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em Estocolmo e no Rio de Janeiro. O Brasil é um Estado Socioambiental Democrático de Direito. A análise que comporta neste momento é a observância direito à cidade a partir da perspectiva do Estado Socioambiental.

## **2 Direito à Cidade: um conceito em construção**

Inserir uma cidade no conceito de Estado Socioambiental Democrático de Direito, transformando-a em unidade espacial onde o conceito jurídico-dogmático é aplicado produz conseqüências. Não se trata de qualquer cidade; não se trata da cidade feudal que tinha completa autonomia e que respondia pela economia e cultura, tendo inclusive sua moeda; não é o caso da cidade do medievo, na qual o Estado ditava a vontade do indivíduo; não se está a falar da cidade liberal, na qual a ausência de regras é a tônica; não se fala da cidade modernista, cuja necessidade de “embelezamento”, segundo padrões tecnicamente definidos, com pouco diálogo com a realidade, gerou exclusão e segregação.

A cidade que se insere no discurso do Estado Socioambiental Democrático de Direito é uma cidade que:

---

<sup>123</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

- a) tem compromisso com a práxis constitucional, tendo a dignidade da pessoa humana como fio condutor;
- b) se preocupa, respeita e tem na sua política pública a sustentabilidade urbano-ambiental como meta; é uma cidade na qual meio ambiente não é política setorial de um órgão, mas permeia todas as ações da cidade;
- c) a propriedade só tem legitimidade jurídica se observar a função socioambiental estabelecida no Plano Diretor;
- d) é democrática ;
- e) é um espaço da cidadania e da expressão das diferenças.

Estas preliminares já dão conta do discurso jurídico-político que atribui legitimidade a uma cidade no Estado Socioambiental de Direito. Considerando que já está posta a existência de um direito constitucional à cidade,<sup>124</sup> a partir da Constituição de 1988, deve-se examinar, por necessária relação de consequência, a forma de expressão e de constituição deste direito que se constitui em uma garantia contra-majoritária.

O reconhecimento constitucional se expressa no Capítulo II (Da Política Urbana) do Título VII (Da Constituição Federal - Ordem Econômica e Financeira). Também é possível observar normas-regras e normas-princípios esparsas na Constituição Federal que realizam a positivação constitucional do ambiente. Dentre os princípios esparsos, para efeito do aqui proposto, destacam-se a democracia participativa, em face da gestão democrática que é exigível no Estado Democrático de Direito, como também os princípios da função socioambiental da propriedade, do direito à moradia e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Todos estes princípios, e outros mais que possam ser articulados em um processo de densificação das normas principiológicas, integram um conjunto normativo repleto de princípios que contribuem, ao serem aplicados, para o equilíbrio ambiental nas cidades. Tal se dá em um ambiente com todas as interações decorrentes de um espaço majoritariamente modificado pelo homem, o que implica

---

<sup>124</sup> Cf. Capítulo I.

na objetivação da cidade como espaço de densificação de comandos constitucionais (art. 225 da CF).

Cavalazzi<sup>125</sup> leciona que o direito à Cidade pode ser entendido como expressão do direito à dignidade da pessoa humana, constituindo o núcleo de um sistema composto um conjunto de direitos incluindo: o direito à moradia, implícita a regularização fundiária; a educação; o trabalho; a saúde; os serviços públicos, implícito o saneamento, o lazer, a segurança, o transporte público, a preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado (implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis), bem como o direito à gestão democrática, entre outros.

A natureza do conjunto de direitos que estrutura o direito à cidade, à exemplo dos direitos do consumidor, do meio ambiente, à paz, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade é a sua titularidade indefinida, vez que se desloca da clássica prerrogativa da titularidade individual, de matiz liberal, para alcançar o conjunto da sociedade segundo a perspectiva solidária da justiça distributiva (direitos fundamentais de terceira dimensão).

No âmbito infraconstitucional o direito à cidade está densificado no Estatuto da Cidade. Já no âmbito do direito ambiental, nas legislações estaduais e locais que manejam a perspectiva da sustentabilidade urbano-ambiental. Concretiza-se aliando o clássico conceito dos elementos do ambiente natural (ar, água, flora, fauna e solo) ao conceito de ambiente construído inerente às cidades (aspectos relativos à infraestrutura urbana, ao social, ao econômico, ao patrimônio histórico-cultural, à cultura local, etc.).

Já no âmbito dos Tratados Internacionais, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – A Cúpula da Terra – Agenda 21 – Rio de Janeiro/1992, da qual o Brasil é signatário, também se referiu sobre o tema ao dedicar um capítulo aos Assentamentos Humanos, bem como a Agenda Habitat, decorrente da segunda Conferência das Nações Unidas para os

---

<sup>125</sup> CAVALAZZI, Rosângela. Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, Ronaldo, BONIZZATO, Luigi. (orgs.) **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

Assentamentos Humanos – Habitat II realizada em Istambul, Turquia, em 1996, da qual o Brasil também é signatário.

Recentemente a Carta Mundial do Direito à Cidade, aprovada no Fórum Social das Américas, realizado em Quito, no Equador, em julho de 2004, no Fórum Mundial Urbano realizado em Barcelona, na Espanha, setembro de 2004 e no V Fórum Social Mundial, realizado em Porto Alegre, no Brasil, em janeiro de 2005,<sup>126</sup> coloca o direito à cidade como uma expressão do direito à dignidade da pessoa humana. O artigo I, item 2 da Carta Mundial, estabelece o que segue:

O Direito à cidade é definido como o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. O Direito à cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Inclui também o direito à liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural.

A partir da expressão constitucional acima referida é que se perfaz a concepção jurídico-constitucional do direito à cidade. Este direito à cidade decorre da dignidade humana, contempla os desafios apontados na Agenda Habitat e na Agenda 21, é informado por princípios próprios e constitui-se em um direito fundamental.

## **2.1 A Fundamentalidade do Direito à Cidade**

Sarlet anota que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados. São direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada

---

<sup>126</sup> O Brasil, por intermédio do Ministério das Cidades foi firmatário e se comprometeu com o conteúdo da Carta Mundial do Direito à Cidade.

Estado. Diferenciam-se dos direitos humanos, pelo critério da positivação, pois os direitos humanos constam da esfera do direito internacional, a partir dos Tratados Internacionais.<sup>127</sup>

O reconhecimento do direito à cidade como um direito humano vem sendo estabelecido em Tratados Internacionais e reconhecido por boa parte da doutrina.<sup>128</sup>

Porém, no Brasil vislumbra-se um direito à cidade, de natureza fundamental, operando dogmaticamente como um direito de defesa, como um direito à prestações e como um direito à igualdade.<sup>129</sup>

Assim como o direito fundamental à saúde, na forma demonstrada por Sarlet e Figueiredo<sup>130</sup>, é caracterizado por uma forte interdependência com outros direitos fundamentais, objeto de tutela autônoma (moradia, participação, gestão, meio ambiente, regularização fundiária, saneamento e outros), tendo zonas de convergência e superposição maiores ou menores com outros bens (direitos e deveres). Constitui-se em direito fundamental síntese<sup>131</sup> de um conjunto de direitos compreendidos como um complexo de direitos e deveres.

Para compreensão do que está sendo afirmado, importante repisar alguns conceitos.

Sarlet define direitos fundamentais da seguinte forma:

---

<sup>127</sup> SARLET, Ingo W. op. cit., p. 36 e SS.

<sup>128</sup> Nesse sentido Nelson Saulle Jr e Rosângela Cavalazzi.

<sup>129</sup> Na mesma linha Bello Filho, identifica o direito ao meio ambiente. BELLO FILHO, op. cit., p. 354.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo W., FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: Direitos Fundamentais e Justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**. Porto Alegre: HS Editora, out/dez 2007. "A saúde, como bem tutelado pelo Direito é marcada – como bem assinala e desenvolve João Loureiro – por uma forte interdependência, que aponta tanto para a existência de zonas de convergência e superposição com outros bens (direitos e deveres) que constituem também objeto de tutela autônoma (privacidade, moradia, trabalho, alimentação entre outras), mas que também reclama seja considerada tanto a existência de uma fronteira (seguramente não estanque) entre os diversos males que afetam a saúde (ações da própria pessoa e de terceiros, riscos coletivos provocados pelo Homem e catástrofes naturais) e as medidas para conservação e proteção (poderíamos acrescentar aqui a promoção da saúde).

<sup>131</sup> Juarez Freitas adota este conceito de direito fundamental síntese para demonstrar a existência de um direito fundamental à boa administração pública. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.



Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>132</sup>

A Constituição Federal de 1988 adota uma concepção aberta de direitos fundamentais. A cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais está prevista no §2º do art. 5º da Carta Magna, e aponta para o reconhecimento da existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional.<sup>133</sup>

Intrínseca à noção de direito fundamental está a possibilidade de proteção dos direitos em um sentidos formal<sup>134</sup> e material.

Em se tratando do reconhecimento de um direito fundamental à cidade emerge a noção de fundamentalidade material, Sarlet leciona,

[...] direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> SARLET, op. cit., p. 91.

<sup>133</sup> Segundo SARLET, "o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º da CF aponta para existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos próprios princípios da Constituição." SARLET, op. cit., p. 85.

<sup>134</sup> Sarlet, anota três requisitos para o reconhecimento da fundamentalidade formal do direito fundamental: (a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que, neste sentido, se cuida de direitos de natureza suprallegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte; c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º).

<sup>135</sup> Id. 2005, p. 95.

A cidade como um direito fundamental síntese decorre da simbiose do direito ao meio ambiente (art. 225 CF), do direito à política urbana (art. 182 e art. 183 d CF), do direito à gestão democrática e do direito à moradia (art. 6º). Destes o direito à moradia encontra-se inserido no rol do art. 6º. Os demais não estão catalogados nos róis de direitos fundamentais.

Para identificação de um direito fundamental fora do catálogo será necessária a constatação da ocorrência dos critérios da substância e da relevância, que são imprescindíveis para a identificação do direito como fundamental, bem como a constatação da efetiva importância que aquele direito possui para a comunidade em determinado momento histórico.<sup>136</sup> Quando se analisa o direito à cidade, é perceptível a relevância político-jurídica do reconhecimento deste direito fundamental, haja vista o enorme contingente de pessoas que vivem e dependem da cidade, a mudança de paradigma do século passado que tinha no campo o maior número de habitantes, a falta de diálogo com a escassez dos recursos naturais que emerge das políticas urbanas e o reconhecimento da função socioambiental da propriedade, especialmente na sua dimensão ativa (a propriedade obriga).

Ademais, este direito fundamental, na linha das Cartas Internacionais transcritas, foi densificado no Estatuto da Cidade ao estabelecer o direito à cidade sustentável, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações,<sup>137</sup> além do direito à gestão democrática<sup>138</sup> e ao meio ambiente equilibrado.<sup>139</sup>

Na cidade se exerce a cidadania. O direito à cidade acarreta, também, no dever fundamental de praticar atos intrínsecos à realização do ser humano nas cidades. O cidadão tem deveres em relação a sua cidade, dentre os quais o de preservação e conservação dos recursos naturais, direito/dever de participação na gestão urbana.

---

<sup>136</sup> Id., 1988, p. 108.

<sup>137</sup> Art. 2º, I, Estatuto da Cidade.

<sup>138</sup> Art. 2º, II, Estatuto da Cidade.

<sup>139</sup> Art. 225 CF, c/c parágrafo único art. 1º. Estatuto da Cidade e Lei Federal 6938/81.

Deste reconhecimento de fundamentalidade do direito à cidade decorrem direitos e deveres fundamentais.

### 2.1.1 Dignidade Humana e Cidade

Sarlet formula um a conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana, que reúne as perspectivas: instrumental e ontológica, destacando as dimensões negativas (defensiva) e positivas (prestacional) da dignidade.<sup>140</sup>

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>141</sup>

Sarlet não identifica a dignidade da pessoa humana como direito fundamental em si, mas como parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais do ordenamento jurídico, servindo como referencial para hierarquização axiológica decorrente do processo de interpretação.<sup>142</sup> Em uma hipótese de tutela de um direito, não entende possível conceder dignidade a alguém, pois se trata de uma qualidade intrínseca à pessoa humana. Mesmo em caso de violação do direito à dignidade, o que ocorre é o reconhecimento, o respeito, a proteção a até mesmo a promoção e o desenvolvimento da dignidade ou de uma existência digna.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. (rev. atual.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

<sup>141</sup> Id., 2008.

<sup>142</sup> Id., 2008, p. 85.

<sup>143</sup> Id., 2008, p. 72 e ss.

Em nossa ordem constitucional – Constituição de 1988 – a dignidade humana é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.<sup>144</sup> Trata-se de uma norma-princípio estruturante, aqui entendida no sentido atribuído por Alexy,<sup>145</sup> no sentido de que a Constituição é um sistema aberto de princípios e regras, sendo que os princípios situam-se no âmbito do dever-ser. Em outras palavras, os princípios imantam o restante do sistema jurídico.<sup>146</sup>

Ao examinar a nossa ordem constitucional, Sarlet identifica duas funções à dignidade da pessoa humana: (a) função defensiva e (b) função prestacional. A função defensiva está no âmbito da não violação da dignidade. Já a função prestacional subdivide-se em proteção e promoção da dignidade. Há, portanto uma multiplicidade de normas inseridas em um mesmo dispositivo.<sup>147</sup>

Para o efeito deste raciocínio, importa destacar mais um aspecto da lição de Sarlet. Os direitos fundamentais encontram em regra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, podendo ser deduzidos direitos fundamentais autônomos não especificados.<sup>148</sup>

A existência de um direito fundamental à cidade deriva do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, porém, não obstante andar par e passo com a dignidade, é tido como autônomo. A dignidade da pessoa humana é uma norma principiológica que se permite como fundamento à defesa dos hipossuficientes, realizando-se como um topo de sustentação da igualdade em detrimento de qualquer postura majoritária que ofenda seu conteúdo.

Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio que sustenta direitos fundamentais que, por sua vez, são garantias contra-

---

<sup>144</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales *apud* Sarlet, op. cit., p. 75.

<sup>146</sup> Nesse sentido, lembra-se a lição de Freitas, segundo a qual “numa adequada interpretação tópico-sistemática da Constituição os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema”. FREITAS, JUAREZ. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. ed. (ver. e amp.) São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>147</sup> SARLET, op. cit. p. 71 e ss.

<sup>148</sup> Id., 2002, p. 72 e 73.

majoritárias - realizando-se como substrato de direitos de defesa. Obviamente os direitos fundamentais sustentados na dignidade da pessoa humana podem se expressar de diversas formas, mas a sua expressão como direito de defesa é que melhor realiza a sua natureza de princípio protetor de uma esfera de humanidade frente a posturas outras que podem, até, serem posturas majoritárias.

Quando se trata de direito à cidade como direito fundamental fundado na dignidade da pessoa humana quer-se demonstrar que o direito a viver em uma cidade ecologicamente equilibrada, do qual decorrem direitos e deveres específicos, sustenta-se dogmaticamente como direito de todos contra as intenções majoritárias. O cidadão pode articular dogmaticamente o seu direito à cidade, em face de quaisquer posições democráticas que representem a vontade da maioria em soterrar direito que joga a função dogmática de garantia contra-majoritária.

Por tais razões, o direito a cidade melhor se apresenta como direito de defesa, mas pode expressar-se, também, de todas as formas dogmaticamente admitidas por tratar-se de um direito fundamental direito fundamental como um todo.<sup>149</sup>

A proteção da dignidade da pessoa humana pode parecer entre nós algo incomum, uma vez que o feixe de atividades lícitas não demonstram, *a priori*, qualquer agressão a direitos que possam permitir limitações a estas mesmas atividades com espreque na dignidade da pessoa humana.

A questão se torna relevante no universo das cidades em razão da alta complexidade de atividades ali exercidas que se sustentam na liberdade de atuação em não havendo norma regra que a proíba. O procedimento estatal comum é de um completo alheamento em relação ao que ocorre no interior dos estabelecimentos. O alvará para funcionamento das atividades não adentra em aspectos internos à atividade. As lutas livres, cujo pressuposto para indicar o ganhador é o adversário cair desmaiado e sem condições de reação é exemplo disso. Os estabelecimentos que permitem, incentivam, viabilizam e lucram com exploração sexual de crianças e adolescentes é outro exemplo. Nas hipóteses, no primeiro o alvará pode ser para clube social e esportivo, casa de espetáculo ou similar. No segundo, o alvará será

---

<sup>149</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 249.

para funcionamento de casa noturna, hotel ou motel. Vincular o alvará da atividade a elemento externo ao então denominado urbanismo, é conteúdo que ainda está em construção, sendo este um elemento constitutivo importantíssimo.

Quando se afirma que a dignidade da pessoa humana pode jogar a função dogmática de norma limitadora da liberdade de resolução contratual entre as partes – ao se permitir, v.g., o fechamento de local que realiza tarefa que agride a norma princípio da dignidade da pessoa humana - nada mais se está fazendo do que permitindo a eficácia horizontal do direito fundamental à cidade.

Entende-se por ser tarefa do Estado tanto proteger quanto assegurar a defesa dos cidadãos contra a agressão por parte de terceiros.<sup>150</sup> Por esta razão integra o núcleo essencial de um direito à cidade a coibição de práticas que atentem contra a dignidade humana. Assim, compete ao Município notificar, interditar, cassar o alvará, se for o caso, de estabelecimentos que incentivem e dêem condições materiais a práticas que ofendem a dignidade da pessoa humana. Não se trata de um elemento alheio ao urbanismo, faz parte do conteúdo da atividade que compete à autoridade local verificar e atestar o funcionamento mediante o alvará respectivo.

Da Bélgica advém um tratamento diferenciado para a dignidade da pessoa humana que ali é vista como um direito. Identificando a dignidade como um direito autônomo

[...] a Corte de Arbitragem, com fundamento na dignidade da pessoa e de um direito às condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade, sustentou a legitimidade de Regulamento que vedou a interrupção do fornecimento de energia elétrica às famílias que, em virtude de seu estado de indigência, não apresentavam condições de pagar suas contas.<sup>151</sup>

Entre nós, o exemplo a ser colacionado diz respeito ao direito a água potável, por ser questão de saúde pública. Assim para os hipossuficientes há previsão de tarifa social e em outros casos até mesmo isenção, pois as doenças decorrentes do uso de água não tratada, contaminada, que se mistura ao esgoto afetando o usuário

<sup>150</sup> Nesse sentido KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. In: SARLET, op. cit., 2005.

<sup>151</sup> Id. 2005, 110.

e toda a coletividade. Com o reconhecimento de um direito fundamental à cidade, expresso pelo direito aos serviços públicos e abastecimento de água é um dos essenciais, este aspecto ganha relevo, merecendo consideração.

O direito a água especificamente potável decorre do direito à saúde e ao saneamento. Não é observável a necessidade pragmática do direito a cidade para haver reconhecimento do direito da sociedade ao fornecimento de água potável independentemente do pagamento de tarifas.

O direito a cidade permite pleitear isenção e tarifa social como modo de atender os hipossuficientes, atribuindo ao Estado o debate com as concessionárias do serviço. Evidentemente que tanto a tarifa social quanto a eventual isenção precisam ser aferíveis no caso concreto, inexistindo um direito ao uso sem a devida contraprestação a priori. Todavia, a falta de condições financeiras de grande parte dos moradores de favelas e loteamentos clandestinos, também não pode ser o óbice ao acesso universal à água potável. Há que se tecer o juízo de ponderação, sempre considerando a peculiaridade do caso concreto. Para efeito do estudo desenvolvido, o que importa apontar é que também aqui, identificamos um direito albergado pelo que estamos denominando direito fundamental à cidade, porém na forma de prestação positiva.

Por último, há os deveres de abstenção de ingerência na esfera individual, como decorrência da dignidade humana. A cidade como expressão multicultural da pluralidade dos agentes que nela interagem congrega o que vulgarmente conhecemos por “todas as tribos”.

É dever do Estado a proteção da expressão desta pluralidade, que é uma faceta do próprio Estado Democrático de Direito. Se há um direito fundamental à cidade, este é de todos, sendo fruído por todos.

Assim, não é possível, por exemplo, que a autoridade máxima impeça a manifestação de gays, lésbicas e GLS,<sup>152</sup> não concedendo o espaço público da praça para a manifestação ou dizendo que em sua cidade não é bem-vindo o movimento. Este fenômeno é bem descrito no Filme Chocolate, estrelado por Juliette Binoche, que se passa em uma pequena cidade francesa. Vemos a coação moral e

---

<sup>152</sup> Sigla que identifica gays, lésbicas e simpatizantes.

social imputada aos forasteiros e àqueles que não estão concordes com as diretrizes ditadas pelo Prefeito, tanto que a delícia e a tentação gerada pelos múltiplos sabores do chocolate foram imputadas ao demônio. No Estado Democrático esta forma de agir não tem mais legitimidade. Evidentemente que chocolate não seria nos tempos atuais coisa do demônio que atíça as tentações mundanas! Mas devolver “forasteiros” que não são bem-vindos às cidades tem sido ainda uma prática contumaz, mesmo que implique em restrição ao direito de ir e vir!

Portanto, de tudo que foi lançado, importa destacar as seguintes e sábias palavras de Sarlet,

Todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra as agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência.<sup>153</sup>

Assim, percebe-se que o direito fundamental à cidade deriva da dignidade da pessoa humana, sendo uma forma de expressão e até mesmo da densificação desta.

### **2.1.2 O Direito Fundamental à Cidade como uma garantia contra-majoritária e a proteção às diferenças**

Ensina Sarlet que os direitos fundamentais num regime democrático exercem função primordial de garantia das minorias contra desvios de poder, salientando-se ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.<sup>154</sup>

Bello Filho, por sua vez sustenta que “um direito fundamental na pós-modernidade será, necessariamente, um direito que possa substituir a velha

---

<sup>153</sup> BELLO FILHO, op. cit., p. 111.

<sup>154</sup> SARLET, op. cit., p. 73.



equação vertical – Estado/cidadão – por uma nova expressão: a relação hiperssuficiente/hipossuficiente.”<sup>155</sup>

Dessas dicções decorrem as denominadas garantias contra-majoritárias que, na hipótese do direito fundamental à cidade, estão presentes.

Um direito fundamental à cidade é necessariamente inclusivo. Para tanto, exige compromisso com hipossuficientes – veja-se o direito à moradia, com vulneráveis socialmente – veja-se à regularização fundiária. Uma cidade para todos exige adoção de parâmetros urbanísticos para inclusão social, tratando diferentemente os desiguais, veja-se a acessibilidade para portadores de deficiência.

Assim, a compreensão do direito fundamental à cidade como uma garantia contra-majoritária para uma cidade plural e inclusiva é uma idéia-força merecedora de maior aprofundamento, que não faremos nesse momento, mas que deve ser retomada.

## **2.2 A Agenda Habitat e a Agenda 21**

Em 1992, as Nações Unidas promoveram no Rio de Janeiro um encontro que resultou na aprovação de um documento firmado por mais de 160 países denominado a Cúpula da Terra - Agenda 21. Assumindo a premissa “pensar globalmente e agir localmente” reflete um consenso mundial e um compromisso político de cooperação ambiental.

É composta de quatro sessões: I – dimensões sociais e econômicas, II – conservação e gerenciamento dos recursos para desenvolvimento, III – fortalecimento do papel dos grupos principais e IV – meios de implementação. São 40 capítulos, divididos nas sessões respectivas. Destes, importa destacar o capítulo VII da sessão I (dimensão social e econômica) que se refere aos assentamentos humanos.

---

<sup>155</sup> BELLO FILHO, op. cit., p. 111.

## Capítulo 7: Promoção do Desenvolvimento Sustentável dos Assentamentos Humanos<sup>156</sup>

Na virada do século metade da população mundial, mais de três bilhões de pessoas estarão vivendo e trabalhando em áreas urbanas. O objetivo geral dos assentamentos humanos é melhorar a qualidade social, econômica e ambiental dos assentamentos humanos e as condições de vida e de trabalho de todas as pessoas. As áreas de programas incluídas neste capítulo são:

- Oferecer a todos habitação adequada;
- Aperfeiçoar a manejo dos assentamentos humanos;
- Promover o planejamento e o manejo sustentáveis do uso da terra;
- Promover a existência integrada de infra-estrutura ambiental: água, saneamento, drenagem e manejo de resíduos sólidos;
- Promover sistemas sustentáveis de energia e transporte nos assentamentos humanos;
- Promover o planejamento e o manejo dos assentamentos humanos localizadas em áreas sujeitas a desastres;
- Promover atividades sustentáveis na indústria da construção;
- Promover o desenvolvimento dos recursos humanos e a capacitação institucional e técnica para o avanço dos assentamentos humanos.

Diversas atividades foram arroladas objetivando o cumprimento das metas. Dessas destaca-se: a) as pessoas devem ser protegidas legalmente da expulsão injusta de seus lares ou suas terras; b) oferecer habitação adequada a todos; c) melhoria das condições de vida em assentamentos informais em favelas; d) os países devem formular e implementar programas para reduzir o impacto do fenômeno do êxodo rural para os centros urbanos promovendo melhorias nas condições de vida da zona rural; e) melhoramento do manejo urbano; f) fortalecimento do sistema de dados urbanos; g) estímulo ao desenvolvimento de cidades médias; h) promover o planejamento e o manejo sustentáveis do uso da terra; i) promover a existência integrada de infra-estrutura ambiental: água, saneamento, drenagem e manejo de resíduos sólidos; j) promover sistemas sustentáveis de energia e transporte nos assentamentos humanos; k) promover o planejamento e o manejo dos assentamentos humanos localizados em áreas sujeitas a desastres; l) promover atividades sustentáveis na indústria da construção<sup>157</sup>.

Em 1996, houve a Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, em Istambul, denominada Agenda Habitat. A Agenda Habitat endossa e expande a Agenda 21. Destaca temas relacionados ao acesso à terra, habitação

<sup>156</sup> Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992: Rio de Janeiro). 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1997.

<sup>157</sup> Agenda 21, op. cit., p. 86-113.

social, saneamento básico, transporte público, escassez de áreas verdes, poluição nas grandes cidades e gestão urbana.

Os problemas mais sérios apontados pela Agenda Habitat são: recursos financeiros inadequados, falta de oportunidades de empregos, aumento do contingente dos desabrigados, expansão de assentamentos de invasores, aumento da pobreza e da crescente desigualdade entre ricos e pobres, aumento da insegurança e criminalidade, estoques de imóveis, serviços e infra-estrutura inadequados ou em deterioração, falta de equipamentos de saúde e educação, uso impróprio do solo; insegurança da posse, aumento do congestionamento do trânsito e da poluição, falta de áreas verdes, fornecimento inadequado de água e esgoto, desenvolvimento urbano desordenado e aumento da vulnerabilidade a desastres.<sup>158</sup>

Os objetivos que norteiam a Agenda Habitat são: (a) equidade, (b) erradicação da pobreza, (c) desenvolvimento sustentável, (d) qualidade de vida, (e) fortalecimento da família, (f) cidadania e participação, (g) parceria, (h) solidariedade, (i) habitação e (j) promoção da saúde humana e ambiental.<sup>159</sup>

Os compromissos da Agenda Habitat são: (a) moradia adequada para todos, (b) assentamentos humanos sustentáveis, através da compatibilização entre desenvolvimento econômico e social e proteção ambiental<sup>160</sup>, (c) habilitação e participação dos atores sociais, implicando em assegurar um ambiente político, institucional e legal que facilite sua participação efetiva em todas as etapas do desenvolvimento sustentável; (d) igualdade e gênero; (e) financiamento de habitação e assentamentos humanos; (f) cooperação internacional; (g) avaliação dos progressos.

Fernandes<sup>161</sup> assinala que estas agendas propõem pontes conceituais jurídicas e institucionais entre urbanização, meio ambiente e desenvolvimento econômico. Diz que

---

<sup>158</sup> Agenda Habitat para Municípios/Marlene Fernandes. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

<sup>159</sup> Id., 2003, p. 25.

<sup>160</sup> Id., 2003, p. 35.

<sup>161</sup> FERNANDES, Edesio. Estatuto da Cidade: promovendo o encontro das agendas “verde” e “marrom”. In: FERREIRA, Helene, LEITE, José Rubens Morato., op. cit., 2004.

A promoção de desenvolvimento sustentável é agora vista como um amplo processo sociopolítico que também envolve diretamente pessoas comuns nas suas vidas cotidianas. As duas agendas destacam a necessidade de combate à pobreza e de inclusão sociopolítica e espacial daqueles grupos sociais que têm sido tradicionalmente excluídos dos principais processos de tomada de decisão e do acesso à terra urbana, à habitação e aos benefícios da urbanização. Desde então, sustentabilidade e governança têm cada vez mais se tornado as principais preocupações das políticas públicas da comunidade internacional o século XXI.<sup>162</sup>

A aproximação da agenda “verde” (agenda 21) com a agenda “marrom” (agenda Habitat) é compromisso da cidade sustentável. No Brasil, o Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257) e o Sistema Nacional do Meio Ambiente, previsto na Lei Federal 6938, integrado pela União, Estados e Municípios contêm diretrizes e instrumentos capazes de auxiliar a construir esta agenda urbano-ambiental, exigindo dos administradores públicos o compromisso com os princípios informadores das cidades sustentáveis que integram o Estado Socioambiental Democrático de Direito.

### **2.3 A Democracia e o Rompimento da Fragmentação como Exigência da Contemporaneidade**

Bonavides acentua que o Estado Liberal constituía-se a partir da crença na liberdade do indivíduo e do seu papel como instituição a garantir esta liberdade.<sup>163</sup>

A cidade pós-liberal adotou um modelo de comando e controle para tentar reverter o modelo da cidade liberal, ao mesmo tempo em que procurou o embelezamento, as grandes obras, a modernização em função das soluções tecnológicas que o mundo estava vivenciando.

Nos termos expostos no Cap. I, esta concepção gerou segregação sócio-espacial, um enorme contingente de pessoas que não têm acesso aos serviços e à infraestrutura urbana, profunda degradação ambiental, causada pela utilização inadequada dos recursos naturais também na cidade formal, expansão urbana em

---

<sup>162</sup> Id, 2004, p. 297.

<sup>163</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 e ss.

mangue<sup>164</sup> financiada por bancos públicos, aterros para criação de vias públicas de acesso rápido, zonas industriais sem infraestrutura para os serviços básicos, ao redor das quais se formaram grandes aglomerados urbanos.

Tanto a legislação ambiental quanto a urbanística não enfrentaram estas questões.

O que se tem em termos de legislação ambiental no Brasil origina-se nas Ordenações. Milaré,<sup>165</sup> citando estudo de Ann Helen Wainer, aponta que as Ordenações Alfonsinas<sup>166</sup> proibiam o corte deliberado de árvores frutíferas, sendo este caracterizado como crime de injúria ao rei. As Ordenações Manuelinas vedavam a caça de perdizes, lebres e coelhos, com instrumentos que causassem dor aos animais, proibia a comercialização de colméias sem a preservação da vida das abelhas. As Ordenações Filipinas protegiam as águas, punindo quem jogasse material que as sujasse ou matasse os peixes, a pesca com certos instrumento e, em épocas estipuladas.<sup>167</sup> Para além de um cunho ecológico, as Ordenações protegiam os bens do Rei, pois árvores, animais e a água pertenciam à Coroa.

As Ordenações vigoraram no período do Brasil colonial e após a Independência. Por força da lei de 20 de outubro de 1823, vigoraram também no Império e no início da República, até serem revogadas pelo art. 1807 do Código Civil em 1916<sup>168</sup>. Após a Independência em 1830, Código Penal, arts. 178 e 257 puniam corte ilegal de madeiras. No Código Civil de 1916 haviam normas que proibiam construções capazes de poluir ou inutilizar, para uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente, além de proibir o mau uso da propriedade vizinhança, bem como dispôs sobre direitos de vizinhança e regras sobre direito de construir.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> Veja as áreas novas e nobres de São Luís, Salvador e Fortaleza. Aterros Rio de Janeiro e a nossa Porto Alegre.

<sup>165</sup> MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 78 e ss.

<sup>166</sup> Em 1500 vigorava em Portugal as Ordenações Alfonsinas, editadas no reinado de D. Afonso IV. Em 1521 houve nova compilação denominada Ordenações Manuelinas. Em 1580 o Brasil passa para o domínio espanhol, sob Felipe II, que começou a reinar em Portugal com o nome de Felipe I. Em 1603 foram aprovadas as ordenações Filipinas, obrigatórias no reino e nas colônias portuguesas. Fonte: Ann Helen Wainer, citada por MILARÉ, op. cit. 2000.

<sup>167</sup> Para identificação nas Ordenações ver MILARÉ, op. cit., 2000.

<sup>168</sup> Nesse sentido MILARÉ, op. cit., 2000.

<sup>169</sup> Arts. 554 e 581 CCB de 1916, revogado pelo Código de 2002.

Nas décadas seguintes começam a surgir leis setoriais, 1923 o Decreto 16.300, Regulamento de Saúde Pública, 1934: Decreto 23.793, Código Florestal, substituído pela Lei 4.771/65; Decreto 24.114, Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal; Decreto 24.643, Código de Águas, 1937: Decreto-Lei 25, que organiza a proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional e ainda está em vigor; 1938: Decreto-Lei 794, Código de Pesca, depois substituído pelo Decreto 221/67; 1940: Decreto-Lei 1985 (Código de Minas), depois substituído pelo Decreto-Lei 227/67; Decreto-Lei 2848, Código Penal.

Nos anos 60, os textos legais passaram a ter ênfase na qualidade ambiental, Lei 4504/64, Estatuto da Terra, Lei 4771/65, Código Florestal, Lei 5.197/67, Proteção à Fauna, Decreto-Lei 221/67, Código de Pesca, Decreto-Lei 227/67, Código de Mineração, Decreto-Lei 248/67, Política Nacional de Saneamento Básico, Decreto-Lei 303/67, criação do Conselho Nacional da Poluição Ambiental, Decreto-Lei 1413/75, controle da poluição ambiental industrial, Lei 6453/77, responsabilidade civil e criminal por danos nucleares, Lei 6766/79, parcelamento do solo urbano.

Nos anos 80, inspirados nos movimentos ecológicos e reflexo da Declaração de Estocolmo de 1972, temos marcos importantíssimos na legislação ambiental brasileira, trazendo a responsabilização administrativa, civil e criminal dos poluidores (Lei 6938/81 e posteriormente Lei 9605/98, que dispôs sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas lesivas ao meio ambiente), a noção de sistema (Lei 6938/81, cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente e vigora até hoje), a possibilidade de tutela judicial do meio ambiente (Lei 7347/85, disciplinou a ação civil pública para defesa meio ambiente) e, mais recentemente, o meio ambiente como um direito fundamental (Constituição Federal). As Leis Orgânicas Municipais e as Constituições Estaduais também dedicaram capítulo próprio à proteção ambiental, reforçando a proteção jurídica ambiental.

Milaré anota que somente a partir dos anos 80 é que a legislação passou a ter maior consistência e celeridade. Diz o autor: “É que o conjunto das leis até então não se preocupava em proteger o meio ambiente de forma específica e global, dele

cuidando de maneira diluída, e mesmo causal, e na exata medida de atender a exploração pelo homem.”<sup>170</sup>

Note-se que em um primeiro momento a preocupação era com os bens da Coroa, em um segundo, com situações setoriais e, por último, a qualidade ambiental.

A noção de sistema de meio ambiente, responsabilização do privado e do Poder Público, a tutela judicial mais recentes, não rompem com a fragmentação das análises setoriais e pontuais que historicamente se deram no país. Disso decorreram as divergências de entendimentos até hoje existentes, se o Código Florestal se aplica às cidades, o tratamento jurídico a ser dado à zona costeira, entre outros.

O direito urbanístico também teve sua história. Silva<sup>171</sup> aponta que nas Ordenações Filipinas são encontradas normas genéricas sobre estética da cidade, sendo que aos vereadores era atribuído o encargo de dispor sobre imposições urbanísticas.<sup>172</sup> Do período colonial Silva<sup>173</sup> traz exemplos de Cartas da Capitania de São José do Rio Negro, da Câmara municipal de Vila Rica (Ouro Preto) e da Câmara de São Paulo, já apontando regras edilícias, como por exemplo construir casas sem alicerce e construir sem autorização municipal. Ainda, das Ordenações Filipinas consta que todos que tivessem casa ruínosa, capaz de deformar a cidade ou a vila e de, caindo, causar dano ao vizinho, procedesse a sua reedificação, sendo até mesmo obrigado a vendê-la a quem assumisse o encargo de fazê-lo, caso se tratasse de pessoa pobre e sem recurso para cumprir o preceito.<sup>174</sup> A Constituição Imperial declarou que existiriam Câmaras em cada cidade, atribuindo a estas o governo econômico e municipal. Em razão disso, foi editada a Lei 1.10.1828 que atribuiu aos vereadores poderes para dispor sobre; (a) tratar de bens e obras do Município; (b) governo econômico e policial da terra, (c) repor o antigo estado das servidões e caminhos públicos, não permitindo que os proprietários de prédios usurpassem, tapassem, estreitassem ou mudassem a seu arbítrio estradas, (d) posturas e natureza urbanística a seguir destacadas: alinhamento, limpeza,

---

<sup>170</sup> MILARÉ, op. cit., p. 81.

<sup>171</sup> SILVA, op. cit., 1995.

<sup>172</sup> Id., 1995, p. 44: “Aos vereadores pertencem ter encargo de todo o regimento da terra e das obras do conselho, e de tudo que puderem saber e entender, porque a terra e os moradores dela possam bem viver, e nisso hão de trabalhar. Nisso estaria a idéia de que as imposições urbanísticas era de competência das autoridades locais.”

<sup>173</sup> Id., 1995, p. 45.

<sup>174</sup> Id., 1995, p. 45.

iluminação e despachamento das ruas, cais e praças, conservação e reparos de muralhas e quaisquer outras construções em benefício comum dos habitantes, ou para decoro e ornamento das povoações; cemitérios, esgotamento de pântanos, estagnação de águas infectas, asseio dos currais e matadouros públicos, curtumes, depósitos de imundices, e tudo que disser respeito a salubridade da atmosfera; edifícios ruinosos, escavações e precipícios nas vizinhanças das povoações; vozerias nas ruas em horas de silêncio, injúrias e obscenidades contra a moral pública, construções, reparo e conservação das estradas, caminhos, plantações de árvores para preservação de seus limites à comodidade dos viajantes e das que forem úteis para a sustentação dos homens e dos animais.<sup>175</sup>

A primeira lei de desapropriação remonta a 1826 e autorizava a desapropriação por utilidade pública para execução de obras de comodidade geral e decoração pública. Posteriormente sobrevieram outras leis de desapropriação para abertura de vias, praças, decorações, aquedutos canais, pontes e logradouros públicos (1836). Em 1945, nova lei de desapropriação, permitindo a utilização do instituto para a fundação de povoações. Posteriormente (1855) para construção da estrada de ferro. Na República as desapropriações foram vinculadas a um plano de obras.

O Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937 foi o primeiro diploma legal a tratar do parcelamento do solo no Brasil. Editado em pleno Estado Novo, teve por objetivo maior uma espécie de proteção daquele que adquiria o terreno, por isso regrou as transações imobiliárias. Não foi uma legislação urbanística, no sentido de tratar o parcelamento do solo como função pública.

Na década de 60 foi editada a Lei 4380/64, que criou o Banco Nacional de Habitação (BNH). Disso decorreu uma tentativa de implantar uma política urbana no país que restou fracassada. Sob o financiamento do BNH foram construídas cidades inteiras, porém sem isso significar uma política urbana inclusiva. O BNH financiou casas de veraneio, subsidiou mansões e nos locais vulneráveis não incidiu de forma suficiente. Dourados no Mato Grosso do Sul é exemplo de cidade construída com recursos do BNH. Foi planejada e possui o Plano 1, o Plano 2, o Plano 3 e o Plano 4, todos financiados pelo BNH quase de forma subsidiada. A infra-estrutura decresce

---

<sup>175</sup> SILVA, op. cit., p. 46.



de acordo com o plano em que a pessoa reside. E, no plano 4, onde vive a mão de obra assalariada da cidade é o local com maior carência, sendo que as ruas tem pouca fluidez, há falta de espaços públicos e o esgotamento pluvial é precário.<sup>176</sup>

Posteriormente, em 1967 sobreveio o Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro, que dispôs sobre o loteamento urbano, estabelecendo a possibilidade dos municípios apontarem algumas exigências de acordo com a realidade local, bem como apontando a hipótese de recusa na aprovação de loteamentos. Veja-se que à época o país vivia a ditadura militar, grande parte dos municípios estavam sob intervenção federal<sup>177</sup>, e não detinham competência constitucional para legislar sobre a matéria como passaram a ter após a Constituição de 1988. De qualquer sorte, o advento deste Decreto-Lei à exceção da hipótese de concessão de uso que foi utilizada por muito tempo, não trouxe grandes inovações e não foi o que se denomina uma legislação urbanística.

O advento da Lei Federal 6766, de 19 de dezembro de 1979 foi um marco no direito urbanístico brasileiro.<sup>178</sup> Foi incorporado o princípio do concurso voluntário,<sup>179</sup> o parcelamento do solo passou a exercer uma função pública subsidiária, houve uma articulação entre a lei urbanística e os registros públicos, regrou contratos, normas de salubridade para ocupação dos espaços urbanos, obrigou a realização da infra-estrutura no imóvel, introduziu dispositivos penais, visando a coibição da irregularidade. Contudo, em que pese ter sido uma importante lei urbanística, o tratamento dado às cidades, a exclusão e a segregação social não ter sido objeto de preocupação das políticas públicas, mesmo nas cidades planejadas estas foram construídas sem espaço adequado para população de baixa renda. A falta de financiamento público para habitação popular, entre outros aspectos, gerou a enorme irregularidade urbana hoje existente em nosso país. Tem-se atualmente um enorme passivo ambiental nas cidades brasileiras decorrente da falta de habitação

---

<sup>176</sup> Dados empíricos. A signatária residiu lá em 1997 e observou a dinâmica da cidade.

<sup>177</sup> Não havia eleições nas áreas de segurança nacional, nas cidades com bases militares, na fronteira e em todas as capitais.

<sup>178</sup> Neste sentido, Fernandes, a saber: “De especial importância para o avanço da legislação urbanística foi a aprovação da Lei Federal n. 6766 de 1979, que dispõe sobre o parcelamento (loteamento e desmembramento) do solo urbano, a qual constituiu um notável avanço em relação ao Decreto-lei n. 58 de 1937 que vigorou até então sobre a matéria e que não dispunha de instrumentos urbanísticos adequados”. Estado de Direito Ambiental: tendências. FERNANDES, op. cit., 2000.

<sup>179</sup> Art. 22. “Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”.

popular adequada à baixa renda, implicando na ocupação de áreas inadequadas à moradia (áreas de risco), na utilização das áreas ambientalmente sensíveis e cuja legislação ambiental não permite utilização.

A digressão efetuada dá conta que meio ambiente e urbanismo foram historicamente tratados de forma distinta, como microssistemas específicos, de forma fragmentada, mesmo que, em se tratando de cidades, o objeto a ser analisado seja mesmo, ou seja, o espaço da cidade.

Meio ambiente e urbanismo também foram políticas públicas estatais, ditadas pelo Estado. A exigência da democracia como elemento fundante da gestão tem por fulcro a participação na definição e na execução da política pública não somente como tarefa do Estado, mas de toda a sociedade.

O Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257 é um marco legislativo importante, que permite este diálogo entre urbanismo e meio ambiente, a visualização do todo e exige a gestão democrática.

Assim, não obstante a evolução legislativa, o rompimento com a fragmentação das análises e a democratização das políticas públicas urbano-ambientais ainda são objetivos a serem alcançados, pois para além da lei, em nosso entendimento, a quebra da fragmentação e a democratização, dependem mais da gestão e da interpretação das normas existentes do que da criação de novos microssistemas que não dialogam entre si.

O reconhecimento de um direito constitucional à cidade que nasce com a Constituição de 1988 e tem na simbiose de conceitos do direito ambiental e do direito urbanístico sua estrutura e na gestão democrática seu elemento informador é um caminho para a quebra, o rompimento desta fragmentação. E, nesta perspectiva, a densificação gerada pelo disposto no Estatuto da Cidade é um bom caminho, pois trata da cidade e não somente do urbano ou do ambiental, do rural ou do urbano como contraposições.

Nesta perspectiva, se faz importante a utilização de normas de direitos fundamentais como valores a regular as atuações do Estado e dos indivíduos,

própria do estado pós-liberal, que é o Estado Social,<sup>180</sup>, sendo enorme a contribuição da teoria de um direito fundamental à cidade, capaz de construir uma dogmática<sup>181</sup> que rompa com a fragmentação das análises, e da gestão de políticas públicas setoriais.

### **3 Efeitos da Adoção de um conceito Constitucional de Cidades**

É possível vislumbrar no texto constitucional um conjunto de enunciados normativos que permitem a construção de um conceito constitucional de cidades. Obviamente não se trata de um conceito fechado e muito menos posto de forma vernacularmente clara, mas de um conjunto de características atribuídas ao local em que o Homem exerce as suas características que o definem enquanto tal.

A construção deste conceito pode ser redutora e minimalista da idéia de cidades, mas também pode ser constitucionalmente correto, ou contemporaneamente correto, o que implica no reconhecimento da idéia de cidade como todo o ambiente em que a espécie humana se desenvolve, superando a dicotomia expressada nas locuções campo e cidade.

#### **3.1 Urbanismo e meio ambiente: a simbiose de conceitos e objetos em se tratando de cidades**

---

<sup>180</sup> BONAVIDES, op. cit., 1994.

<sup>181</sup> BELLO FILHO, afirma que “a principal função da dogmática na sociedade é a de estabilizar ou fixar compreensões a partir da sistematização de um conhecimento acerca de determinada questão envolta na resolução de um dado problema. A dogmática fixa uma compreensão acerca dos direitos fundamentais, e isto permite a sua constatação como um dado científico e a conseqüente reprodução das respostas encontradas para situações futuras. Ao sistematizar o conhecimento acerca de quais os direitos fundamentais e qual o alcance de tais direitos, a dogmática, por intermédio de sua tríplice atividade, estabelece uma racionalidade e uma estabilidade na forma de decidir questões. Exatamente porque a dogmática é fruto da visão racional e moderna do direito (neste aspecto fazendo alusão a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr.) e os demais, ela tem a função de fixar –m com um mínimo de certeza e previsão – as respostas para as questões de existência, aplicabilidade e concretização dos direitos fundamentais. Esta fixação corresponde a uma limitação nas possibilidades de variação de uma decisão, estabelecendo o campo juridicamente possível. Dentro da esfera de constatação empírica, análise conceitual e normatividade, forja-se um postulado de direito fundamental que tem sua validade para toda a comunidade científico-jurídica e, por essa razão, legitimidade para se impor enquanto direito em toda a sociedade e embasar – enquanto direito fundamental – a solução de um caso dado”. BELLO FILHO, op. cit., p. 219-220.

As dicotomias campo e cidade e urbano e rural geraram no direito a separação entre o saber do urbanismo e o saber meio ambiente, não obstante o objeto (espaço construído) a ser trabalhado nas cidades ser o mesmo.

É perceptível que historicamente a legislação urbanística não teve por objeto as avaliações do ambiente natural e, de modo geral, avalia o ambiente construído a partir do empreendimento ou da atividade em si. A análise se dá a partir da matrícula do imóvel, cuja edificação ou parcelamento é requerido, sendo que, poucas vezes, examina o entorno.<sup>182</sup> Esta mesma legislação não trabalha com o conceito de esgotamento dos recursos naturais, radicalizando o equivocado fosso que se construiu entre o urbanismo e o ambiente.

De outra parte, a legislação ambiental das cidades sempre se limitou a positivar normas proibitivas ou liberatórias de construções, realização de atividades ou de implantação empreendimentos construir. Há uma carência de política ambiental propositiva que considere as necessidades da cidade como um todo, na forma identificada na Agenda 21.

Alguns exemplos ilustram a assertiva. Por muitos anos a política pública incentivada nas cidades foi o endutamento dos cursos d'água, sem considerar que nas cheias as águas retornam ao seu curso natural. Este fator hoje contribui para os grandes alagamentos, pois as estruturas para escoamento das águas não são suficientes, estando subdimensionadas. De outra parte, a análise urbanística fragmentada, a partir das matrículas dos imóveis no Registro de Imóveis, gerou áreas muito impermeabilizadas que contribuem sobremaneira para os alagamentos. A quantidade de asfalto que auxilia na fluidez do trânsito também contribui para a impermeabilização, além de ser elemento indutor do aumento da temperatura das cidades. Este fator, aliado a supressão de vegetais, a pouca quantidade de área verde por habitantes, às edificações verticalizadas que formam massas físicas capazes de diminuir a circulação de ar, e a quantidade de veículos cada vez maior, contribuem para o aumento da temperatura e da poluição nas cidades.

A característica comum dos exemplos citados é que se considerados de forma isolada possivelmente não gerariam maiores problemas. Todavia, as opções

---

<sup>182</sup> Há exceções. Porto Alegre, por exemplo, utiliza o Estudo de Viabilidade Urbanística para empreendimentos mais significativos como instrumento para avaliação do entorno.

adotadas ao longo dos anos em diversos setores, e de forma isolada, cumulativamente, geram os problemas hoje vivenciados nas grandes cidades. Evidentemente não se está aqui a sustentar que abandonemos o asfalto que possibilita o trânsito mais fluído ou que desenterremos todos os cursos d'água canalizados ao longo de décadas. Porém, para adoção deste modelo outras áreas deverão ser permeáveis, podendo ser áreas públicas ou no âmbito dos próprios terrenos ou ainda, optar por vias de fluxo mais intenso (estruturadoras) com um modelo de capeamento e outras de menor fluxo (coletoras) modelo distinto. O que se pretende chamar atenção é para a premente necessidade de planejamento integrado das funções urbano-ambientais nas cidades. Por muito tempo a circulação foi a função urbana que maiores recursos públicos carreou, pois com razão as pessoas que vivem nos centros urbanos precisam se locomover para vivenciar as demais funções da cidade.

Todavia, além de não ser a única, sobretudo esta função precisa trabalhar com o conceito de esgotabilidade dos recursos naturais, a fim de adotar soluções que dialoguem com este problema. São Paulo já adotou rodízio de veículos, porém, mesmo assim, os dados cotidianos têm demonstrado a insuficiência de um modelo que aposta no carro, em planejamento que concentra atividades em locais específicos transformando-se em pólos geradores de tráfego e fazendo com que as pessoas tenham que se dirigir aquele local para trabalhar.

Faz-se necessário a discussão de outros modelos de cidade como, por exemplo, o policêntrico, que preconiza a formação de vários centros de serviços não os concentrando em local específico, a fim de pulverizar locais próprios para empregos, procurando diluir a concentração gerada pelo modelo anterior de zoneamento fixo (cidade industrial, cidade comercial, pólo institucional, etc.).

Em síntese, é necessário enxergar a cidade e os problemas urbanos na integralidade. Não é incomum na prática administrativa que órgãos setoriais no exame de processos indiquem soluções completamente antagônicas, como, por exemplo, a Secretaria de Meio Ambiente determinar que o curso d'água permaneça aberto e o órgão que trabalha com águas pluviais (chuva) que o mesmo curso d'água seja canalizado. São políticas públicas com fundamentos teóricos distintos, porém ao se concretizarem têm um mesmo objeto. O mesmo ocorre com o órgão de

trânsito e o de águas pluviais. Enquanto o primeiro tem por meta a fluidez do trânsito o segundo se preocupa com o escoamento da água da chuva. Para o primeiro, o asfaltamento atinge seu objetivo, porém para o segundo, muitas vezes o asfaltamento, dependendo do lugar da cidade, pode implicar no aumento significativo dos alagamentos na região.

O conceito de atividade ainda precisa ser trabalhado no âmbito das cidades. Um MacDonald's ou um Habib's são tidos como atividades alimentícias assim como qualquer lancheria. Todavia, os primeiros causam impacto no trânsito, porque tem *drive thru*, geram uma quantidade significativa de resíduos sólidos que poderiam ser reaproveitados, inclusive em projetos de geração de renda na cidade.

A gestão ambiental nas cidades tem sido política de um órgão municipal ou estadual, necessitando de profunda interação com os instrumentos de intervenção urbanística. Exemplos outros poderiam ser dados, cotejando poluição sonora e lazer, efeitos das ondas eletromagnéticas e necessidade de uso do celular e de outras tecnologias que a utilizam, entre outros tantos. A cidade é um organismo vivo, fruto daqueles que nela vivem, interagem e constantemente a constroem. E, como tal reflete as contradições humanas. Por isso, a necessidade da simbiose entre os objetos.

Desta forma, a cidade na concepção pré-contemporânea correspondia ao urbano, excluindo-se do conceito campo, que se caracterizava como o rural. Esta dicotomia está superada em razão da complexidade do modo de viver atual.

Esta idéia de cidade, que representa a essência do conceito constitucionalmente adequado de cidades, e que pode ser encontrado no texto constitucional, conforme uma interpretação constitucionalmente adequada, está plasmado no Estatuto da Cidade, apontando de forma positiva um caminho para a simbiose dos conceitos "urbanismo" e "meio ambiente".

[...] garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-

estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.<sup>183</sup>

Este conceito, que congrega urbanismo e meio ambiente, direito à moradia e gestão democrática, define o perfil constitucional e expressa o direito fundamental à cidade que emerge da Constituição de 1988. A cidade a partir da novel ordem constitucional passa a ter uma dimensão constitucional, e o direito a cidade, a partir desta ordem urbanística, visualiza toda a pluralidade que carrega em seu bojo. Este direito não é sinônimo de regime urbanístico e a restrição deste conceito para tutela da ordem jurídica é um forte equívoco que se supera desde esta visão ampla das cidades.

### **3.2 Direito à Ordem Urbanística**

A ordem urbanística integra a categoria dos direitos difusos, que são tutelados pela Ação Civil Pública, com o advento do Estatuto da Cidade, nos termos do que dispõe o art. 53 do Estatuto da Cidade.

A noção de direito difuso nasce com a contemporaneidade e é maior do que a tutela do direito individual. Um dos conceitos estruturantes exige compreender, a partir das pessoas, que há uma dimensão maior do que elas próprias. Disso decorre que o interesse social é diferente do interesse individual. Quando a Constituição estabelece mecanismos de proteção para o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, ela está tratando exatamente desta tutela que é muito maior do que a proteção do direito individual. O mesmo ocorre com a ordem urbanística, conceituada como direito difuso e passível de tutela, assim como já se configura o meio ambiente.

A ordem urbanística comporta várias formas de abordagem.

A primeira resume-se a utilização de ordem urbanística quase que como sinônimo de regime urbanístico.<sup>184</sup> Todavia, o elemento novo que coloca a ordem

---

<sup>183</sup> I, art. 2º. do Estatuto da Cidade.

urbanística como direito difuso não é a defesa do regime urbanístico, mas uma série de direitos que faz surgir uma questão meta-individual, de interesse de toda sociedade.

A natureza do conjunto de direitos que estrutura o direito à ordem urbanística, a exemplo dos direitos do consumidor, do meio ambiente, à paz, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade é a sua titularidade indefinida. Há um claro deslocamento do interesse a ser tutelado para o conjunto da sociedade.

Disso decorre, que, sob o argumento da ordem urbanística, não cabe a genuína defesa de interesse de parte sob os auspícios da Ação Civil Pública. E não se trata aqui de negar a possibilidade de defesa de interesses individuais homogêneos, mas sim de estabelecer o limite para esta atuação.

Na questão urbana importante ter presente que a ordem urbanística não se confunde com regime urbanístico. Este existe no ordenamento jurídico há muito tempo, e tem origem nas regras de direito administrativo. E se há algum problema decorrente da aplicação do regime urbanístico as partes podem buscar seu direito mediante o ajuizamento das ações judiciais pertinentes, quando sentirem-se lesadas. Todavia, não sob o argumento de tutela da ordem urbanística, assumir verdadeira defesa de parte da sociedade.

Qualquer equivocada conceituação de ordem urbanística contamina, inclusive, a própria capacidade postulatória, vez que substitui direito de parte, o que não é possível ser feito por intermédio de Ação Civil Pública.

Na segunda abordagem vislumbram-se os ensinamentos de Sundfeld.<sup>185</sup> O autor aponta dois sentidos para ordem urbanística: o primeiro um sentido de ordenamento. Ordem urbanística como conjunto orgânico de imposições vinculantes que condicionam positiva e negativamente a ação individual da cidade. O segundo sentido é o de estado: estado de equilíbrio, que o conjunto dos agentes envolvidos é obrigado a buscar e preservar. Entende que,

---

<sup>184</sup> Regime urbanístico: identificação do tamanho do lote, do alinhamento, da densificação, do potencial construtivo, da zona da cidade, dando as características de utilização do respectivo lote.

<sup>185</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 54.



O disposto no inciso I do art. 2º (direitos à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer), não pretendeu outorgar esses direitos individualmente, mas garanti-los como reflexo da obtenção do equilíbrio (da cidade sustentável). Em outros termos: a população tem o direito coletivo a uma cidade sustentável, o que deve levar à fruição individual das vantagens dela decorrentes.<sup>186</sup>

Reconhece que esta caracterização da ordem urbanística não prejudica a atribuição feita em outros dispositivos de direitos subjetivos individuais, à exemplo do direito à usucapião e à concessão especial para fins de moradia.

Seguindo seu raciocínio, Sundfeld aponta três funções para a ordem urbanística:

a) possibilitar a sanção jurídica da inércia do Poder Público (omissão em ordenar o emprego do solo e proteger o patrimônio coletivo); b) fornecer parâmetros normativos para controle das orientações seguidas pela política urbana, com isso viabilizando a invalidação das normas e atos a ele contrários e c) permitir o bloqueio dos comportamentos privados que agridam o equilíbrio urbano.<sup>187</sup>

Parece ser insuficiente o posicionamento de Sundfeld, já que a amplitude do conteúdo ordem urbanística e as três funções apresentadas são muito limitadas e não derivam da noção de direito difuso contemporânea, cuja regra veio a tutelar. Todas as funções apresentadas são estatais, definem a relação do Estado com o indivíduo e a sujeição deste às normas estatais segundo um sentido. Sanção pela inércia do Poder Público, parâmetros normativos, invalidação de normas e atos a ele contrários e bloqueio dos comportamentos privados que agridam o equilíbrio urbano são medidas que já poderiam ser adotadas sem a ordem urbanística na forma hoje prevista. Evidentemente que a previsão expressa da ordem urbanística como direito difuso reforça estes aspectos, mas não pode se cingir a eles.

Neste contexto é que entendemos que a cidade, a partir da ordem urbanística comporta duas relações jurídicas. Na primeira, diferentemente do que sustenta

---

<sup>186</sup> Id., 1987, p. 55.

<sup>187</sup> Id., 1987, p. 55.

Sundfeld, há um direito subjetivo à cidade. Na segunda a cidade passa a ser sujeito de direitos.

Bello Filho<sup>188</sup> ao tratar do meio ambiente diz que quando se afirma a existência de um direito fundamental com espeque na Constituição de 1988, se está dizendo que há posição jurídica e a garantia desta posição a seus titulares, com base em uma norma, e que esta norma jurídica de direito fundamental é a expressa pelo enunciado normativo de direito fundamental do art. 225. Neste sentido, citando Canotilho (1) existe uma posição jurídico-ambiental garantida à pessoa; (2) através de um preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais na Constituição. Diz Bello Filho:

Isto significa dizer que é possível um feixe de posições jurídicas subjetivas atribuídas a particulares em face do Estado, cujo objeto seja a preservação do ambiente. Natural consequência desta observação reside no fato de, desta forma, atribuir-se a vários legitimados a possibilidade de demandarem judicialmente em defesa de seu direito subjetivo.

Com o direito fundamental à cidade ocorre o mesmo. Há um reconhecimento de sua fundamentalidade e uma instrumentalização para o exercício deste direito, a partir da ordem urbanística como direito difuso. Se regularização fundiária, por exemplo, decorre do direito fundamental à cidade e a concessão para fins de moradia e a usucapião são formas de concretização deste direito, os legitimados para atuarem podem fazê-lo em nome desta coletividade. Evidentemente, como bem colocado por Sundfeld, nada obsta que individualmente busquem lograr o direito subjetivo a que fazem jus. Mas, já podiam fazê-lo sem o reconhecimento deste direito como difuso. A inovação está em reconhecer a possibilidade dos legitimados demandarem judicialmente em defesa do direito subjetivo que deixa de ser somente do indivíduo, mas da coletividade<sup>189</sup>. Em todos os direitos previstos no inciso I do art.

---

<sup>188</sup> BELLO FILHO, op. cit., p. 398.

<sup>189</sup> O TJRS recentemente reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual em decisão no Agravo de Instrumento referente à Ação Civil Pública, movida pelo MP Estadual contra a autarquia municipal responsável pela política habitacional, visando a concessão para fins de moradia. "Ação civil pública - ocupação irregular de imóvel do Demhab - busca da recomposição da legalidade urbanística e da regularização fundiária por meio da concessão aos ocupantes da gleba do uso especial para fins de moradia disciplinado pela MP nº. 2.20/2001. Legitimidade ativa e passiva devidamente configuradas - impossibilidade jurídica do pedido que não se ostenta no atual estágio do

2º, com maior ou menor grau de efetividade esta possibilidade emerge,<sup>190</sup> estando seu exame sujeito aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da reserva do possível e do mínimo existencial.

Todavia, importa salientar que há um direito subjetivo à cidade. É extrema de dúvida a existência de um direito difuso subjetivo.<sup>191</sup>

Leciona Bello Filho:<sup>192</sup>

Embora este posicionamento não seja unânime em doutrina, uma vez que parte dela desloca em pontos opostos interesses difusos e direitos subjetivos, é de se notar que os conceitos de interesse e direitos não são antitéticos.

O que é antitético é a noção de interesse difuso e direito subjetivo individual. Os direitos difusos podem ser subjetivos e se constituem na evolução natural dos interesses legítimos e difusos.

Não tem razão Rodolfo Mancuso quando diz que “os interesses difusos situam-se, assim, no extremo oposto dos direitos subjetivos, vistos que estes apresentam como nota básica o “poder exigir” exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto o bem da vida.

A questão não está bem posta nestes termos. Em verdade, o que está no extremo oposto dos interesses difusos – para manter-se a alegoria geométrica – é o direito subjetivo individual, mas nada obsta a existência de um direito subjetivo difuso que mantenha as mesmas características dos interesses difusos. Tanto é assim que a mesma corrente que advoga a tese da antítese entre os direitos subjetivos e os direitos difusos afirma, peremptoriamente, que os interesses difusos e legítimos caminham na direção da sua conformação como direitos constitucionais ou liberdades públicas. Ora, toda as liberdades públicas são direitos subjetivos, em última análise.

De outra parte o reconhecimento da cidade como sujeito de direitos decorre de uma série de relações jurídicas de natureza pública e privada que a cidade comparece como sujeito de direitos. E, em se tratando do conceito de cidades aqui adotado, há uma pessoa jurídica de direito público que a representa, o Município. Dessa forma, mais um motivo para demonstrar a viabilidade para que a cidade

---

processo. AGRAVO DESPROVIDO”. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4ª. CC. Agravo de Instrumento. Processo nº. 70020100756. Agte.: DEMHAB. Agdo.: MP/RS.

<sup>190</sup> Sobre o tema, consultar: KRELL, Andréas. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>191</sup> Nesse sentido, BELLO FILHO, op. cit. 2006. GAVIÃO FILHO, Anísio. **Direito Fundamental ao Meio Ambiente**. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 22164/SP. DJU 17 de novembro de 1995. Rel.: Min. Celso Mello. Decisão citada por ambos.

<sup>192</sup> BELLO FILHO, op. cit., p. 405.

também seja sujeito ativo de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes dos princípios do Estado Socioambiental Democrático de Direito.

No âmbito dos direitos extra-patrimoniais hipóteses de reconhecimento de dano à coletividade, representada pela cidade podem exsurgir. Cidades que ficam subsumidas em nuvem de fumaça decorrente de queimadas podem ser titulares de direitos extra-patrimoniais contra aqueles que deram causa.

A teoria alargada da responsabilização por nós brevemente examinada no princípio do Estado Socioambiental, dialoga com este pressuposto. Questões urbanas como poluição visual, supressão de vegetais, especialmente os imunes ao corte, dilaceração de patrimônio cultural, contaminação do solo, para além da recuperação do dano e das sanções penais e administrativas, comportam o debate quanto à lesividade extra-patrimonial, sendo a cidade sujeito deste direito e revertendo a respectiva condenação para um fundo para recuperação de bens lesados. O TJRJ reconheceu o denominado dano moral coletivo na seguinte decisão:

Poluição ambiental. Ação civil pública formulada pelo Município do rio de Janeiro. Poluição consistente em supressão da vegetação do imóvel sem a devida autorização municipal. Cortes de árvores e início de construção não licenciada, ensejando multas e interdições no local. Dano à coletividade com infringência às leis ambientais, lei Federal 4771/65, decreto Federal 750/93, artigo 2º, decreto Federal 99.274/90, artigo 34 e inciso XI, e a Lei Orgânica do Município do rio de Janeiro, artigo 477. Condenação à reparação dos danos materiais consistentes no plantio de 2800 árvores e ao desfazimento das obras. Reformam a sentença para inclusão do dano moral perpetrado à coletividade. Quantificação do dano moral ambiental razoável e proporcional ao prejuízo coletivo. A impossibilidade de reposição do ambiente em estado anterior justificam a condenação em dano moral pela degradação ambiental prejudicial à coletividade. Provimento ao recurso.

No âmbito patrimonial, as obrigações de fazer decorrentes dos deveres dos loteadores na construção da infra-estrutura dos loteamentos, podem ser exemplos da expressão da cidade como sujeito de direitos, representada pelo Município.

A compreensão da cidade como sujeito de direitos gera inúmeras possibilidades, tanto no âmbito patrimonial como extra-patrimonial, cabendo ao

intérprete a realizações das exegeses possíveis dentro do sistema constitucional vigente.

### 3.3 Proibição de retrocesso<sup>193</sup> na Ordem Urbanística

Sarlet,<sup>194</sup> em estudo sobre Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais, citando Luís Roberto Barroso, leciona:

[...] por este 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 absolutamente suprimido”. Citando Canotilho e Vital Moreira, diz que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.

A partir desta perspectiva Sarlet identifica os seguintes argumentos de matriz jurídico-constitucional para fundar o princípio da proibição de retrocesso<sup>195</sup>:

(a) o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção jurídica da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica; (b) o princípio da dignidade da pessoa humana, que exigindo a satisfação por meio de prestações positivas, de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a invisibilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; (c) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º, e que necessariamente abrange a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, otimizar a proteção dos direitos fundamentais implica uma proteção isenta de lacunas, abarcando situações não previstas expressamente pelo constituinte; d) as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção

<sup>193</sup> Molinaro utiliza a terminologia retrogradação. MOLINARO, op. cit., 2007.

<sup>194</sup> SARLET, Ingo W. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gerson Marques, BEDÊ, Fayga Silveira. (coord.) Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

<sup>195</sup> Id., 2002, p. 318-319.

contra medidas de cunho retroativo, não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica que encontra fundamento direito no art. 5º, caput de nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado Social e Democrático de Direito; e) princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito impõe ao Poder Público (inclusive mas não exclusive) como exigência da boa-fé nas relações entre os particulares, o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas; f) os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito de sua concretização no plano infra-constitucional, mas estão sujeitos a certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quanto os atos da administração e, em certa medida, os órgãos jurisdicionais; g) negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o Poder Público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem de tomar livremente suas decisões mesmo em desrespeito à vontade expressa do constituinte.<sup>196</sup>

No âmbito do direito fundamental, a Constituição estabeleceu a categoria dogmática e plasmou a garantia contra-majoritária e a legislação infraconstitucional densificou o direito. Questões como direito a cidades sustentáveis, gestão democrática e os procedimentos estabelecidos no Estatuto da Cidade para expressar este princípio (audiência pública na elaboração do Plano Diretor, gestão orçamentária participativa), função socioambiental da propriedade pública e privada, direito à usucapião e a concessão para fins de moradia, determinação ativa da funcionalização da propriedade decorrente do parcelamento, utilização ou edificação compulsórios previstos no § 4º do art. 182 e densificados no Estatuto da Cidade, estão, a princípio, amparadas pelo princípio da proibição de retrocesso.

A proibição do retrocesso resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia das normas fundamentais. Por consequência impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais, não apenas contra reformas constitucionais, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais.<sup>197</sup>

A adoção de políticas públicas urbano-ambientais precisam incorporar este princípio, para o fim de não ficarem submetidas à temporalidade dos mandatos. Há

---

<sup>196</sup> Id., 2002, p. 131-133.

<sup>197</sup> Id., 2002, p. 320.

questões de Estado e questões de governo.<sup>198</sup> Cada vez mais as políticas públicas urbano-ambientais, por concretizarem direitos fundamentais, são questões de Estado, permanentes. Os Planos Diretores constituem-se em exemplo disso. Cada vez mais se solidifica a dimensão constitucional destes. Passam a ser instrumentos do Estado Democrático de Direito e não de Governos, fazendo parte, daquelas questões de Estado, que paulatinamente vem ganhando força em nossa recente Democracia.

Ainda, no que pertine a proibição de retrocesso, a advertência de Molinaro<sup>199</sup> é lapidar

[...] devemos afirmar enfaticamente, não podemos esquecer que nenhum progresso, até a erradicação da pobreza e da fome, a melhora da saúde e a proteção ambiental, será sustentável se a maioria dos recursos e serviços dos ecossistemas seguirem degradando-se.

A compreensão do significado e do conteúdo intrínseco à proibição de retrocesso em toda a sua dimensão é de enorme valia à consolidação dos postulados urbano-ambientais que emergem do direito fundamental à cidade e que estão em franco processo de construção.

---

<sup>198</sup> Para abordagem questões de Estado e questões de Governo do Estado democrático ver: FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. E, Ibd. **Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>199</sup> MOLINARO, op. cit., 2007.

### CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS<sup>200</sup> INFORMADORES DO DIREITO À CIDADE NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL

De tudo que já expusemos, temos que a cidade é um organismo vivo, sócio-culturalmente construído. Por integrar o Estado Democrático Socioambiental de Direito, possui compromissos com este comando normativo constitucional. A partir desta premissa é que se originam os princípios informadores do direito à cidade no Estado socioambiental a seguir destacados.

Estes princípios não são taxativos, sendo que a doutrina reconhece outros<sup>201.202</sup>. Na lição de Molinaro,<sup>203</sup> um Estado Socioambiental e Democrático de Direito decorre do princípio de unidade de sua Constituição, que alberga um Estado-Ambiental fundado numa tríade principal: princípio da precaução, princípio da responsabilidade causal e princípio de cooperação, sendo que Kloepfer recentemente acrescentou o princípio da integração.<sup>204</sup> Além desses quatro, que são estruturadores do Estado Socioambiental Democrático de Direito do qual a cidade é integrante, identificamos outros que, em nosso entender, neste momento são de

---

<sup>200</sup> Para o efeito do aqui proposto adotamos o entendimento de Freitas, a seguir: “por princípios fundamentais entende-se, por ora, os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo as linhas mestras de acordo com as quais se guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.” FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. ed. (ver. E amp.). São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>201</sup> Cavalazzi identifica os seguintes princípios: (a) função social da propriedade pública e privada; (b) função pública do urbanismo; (c) remissão ao plano; (d) princípio da equidade, a partir do qual derivam outros dois: 1) afetação das mais-valias do custo da urbanização; e 2) justa distribuição dos benefícios e encargos/ônus decorrentes da atuação urbanística; e) gestão democrática da cidade; f) proteção ao meio ambiente; g) sustentabilidade das cidades; h) espaço público; i) paisagem como patrimônio público, e j) precaução. CAVALAZZI, Rosângela. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. In: **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

<sup>202</sup> No âmbito do direito ambiental emergem outros princípios que também podem ser aplicados às cidades: poluidor pagador, informação, equidade intergeracional. A propósito ver: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. São correlatos os princípios da subsidiariedade e da descentralização, também reconhecidos pela doutrina.

<sup>203</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>204</sup> MOLINARO, op. cit., p. 104.



maior relevância<sup>205</sup>. São eles: gestão democrática da cidade, solidariedade entre gerações, função socioambiental da propriedade e sustentabilidade urbano-ambiental, sobressaindo-se este último, que, a nosso ver, também é princípio estruturante da Cidade no Estado Socioambiental, assim como o são precaução, responsabilidade causal, cooperação e integração.

O princípio da função socioambiental da propriedade será examinado de forma destacada, pelo que representa em termos de possibilidade de densificação e concretização, do direito à cidade, pois, a teor do que dispõe o art. 182 da Constituição Federal, o Plano Diretor é o instrumento que disporá sobre a função social da propriedade nas cidades.<sup>206</sup>

## 1 Princípio da Integração

Larmuseau<sup>207</sup> descreve que, no ano de 1973, a legislação europeia apontou pela primeira vez a integração da dimensão ambiental, em outras políticas públicas. Em 1987, por intermédio do Ato Europeu Singular, o princípio da integração incorporou-se ao Tratado da Comunidade Europeia.<sup>208</sup> Em 1992, o Tratado de Maastricht estabeleceu que os requerimentos de proteção ambiental devem ser integrados na definição e implementação de outras políticas da comunidade. Em 1993, foi inserido nos Tratados da Comunidade Europeia o trabalho por programas horizontais. Em 1999, por meio da Convenção da Amsterdan, o Meio Ambiente deixou de ser um título para integrar os princípios da Comunidade Europeia.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> A doutrina também elenca como princípio a proteção do meio ambiente e a sustentabilidade das cidades. Por considerarmos ambos os elementos intrínsecos ao direito à cidade, na forma já exposta, deixamos de elencá-los como princípios, eis que são expressões do conteúdo que estamos trabalhando.

<sup>206</sup> Art. 182, § 2º da CF: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

<sup>207</sup> LARMUSEAU, Isabelle. **Waiting for a Proper application of the Integration Principle**: more hopeful than waiting for Godot? Mimeo.

<sup>208</sup> 130 – R (2); atualmente art. 174 (2) da Comunidade Europeia diz: “requerimentos de proteção ambiental deverão ser um componente das outras políticas da Comunidade”. (Tradução livre).

<sup>209</sup> Art. 6º. EU.

O princípio da integração decorre da necessidade da dimensão ambiental integrar as demais políticas públicas estatais, estando além de política setorial. Larmuseau, diz o seguinte:

O sucesso da batalha contra a posterior deterioração do meio ambiente depende não apenas da política ambiental, mas também e em primeiro lugar, das várias políticas setoriais. Preocupações ambientais, com atenção especial aos seus efeitos de longo prazo, não são a única responsabilidade dos elaboradores de políticas ambientais. Elas são uma responsabilidade comum a todos os setores. Entretanto, existe um grande contraste entre a mera evidência do próprio princípio da integração e a sua aparentemente difícil implementação na prática. O fato de a integração ser um requisito legal não necessariamente assegura sua devida aplicação, uma vez que o requisito legal tem de ser traduzido em iniciativas políticas, o princípio freqüentemente parece ser apenas matéria de discurso político, sem realmente mudar as orientações políticas. A questão levantada com a aplicação do princípio da integração e um “esverdeamento” de políticas setoriais podem ser otimizados.<sup>210</sup>

O princípio da integração é a síntese do que estamos procurando construir no âmbito de um direito constitucional à cidade. Enfoca a proteção ambiental como um todo, englobando o ambiente natural, o ambiente construído, o desenvolvimento econômico, social e cultural. Para Molinaro,

Revela-se numa matriz de equilíbrio entre meios adequados de políticas de crescimento econômico e social e diretrizes *iusambientais* para a conservação do ambiente, com o objetivo de desenvolvimento integrado, coerente e sustentável. Deste princípio, numa perspectiva holística são constituídos critérios de decisão que não podem ser de ordem exclusivamente econômica, bem como não podem ser de ordem exclusivamente ambientalista, apostando pela integração das diversas políticas públicas com o objetivo de uma justa composição dos vários interesses envolvidos na questão ambiental (exigência socioambientalista).<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> The success of the battle against the further deterioration of the environment not only depends on the environmental policy, but also and foremost on the various sectoral policies. Environmental concerns, with special attention to long-term effects, are not the sole responsibility of environmental policy makers. They are a common responsibility across all sectors. However, there is a striking contrast between the mere evidence of the integration principle itself and its apparently difficult implementation in practice. The fact that integration is a legal requirement, does not necessarily ensure its proper application. Once the legal requirement has to be translated into policy initiatives, the principle often appears to be only a subject of political declamation, without really changing policy orientations.

<sup>211</sup> MOLINARO, op. cit., p. 110.

No âmbito das cidades a concreção deste princípio é de extrema importância para romper com a segmentação gerada por anos de políticas públicas setoriais que não consideram o todo, mas a parte para a qual foram criadas. A simbiose de conceitos multidisciplinares que em nosso entendimento expressam o direito à cidade que estamos construindo, tem por elemento fundante o princípio da integração.

## 2 Princípio Cooperação

Molinaro, citando Kloepfer, aponta que o princípio de cooperação está conformado por dois imperativos: a responsabilidade e a distribuição dos deveres entre o Estado e a sociedade, entendidos estes como uma comunhão perceptiva dos encargos que a conservação e manutenção do ambiente exigem.<sup>212</sup> Aduz decorrer do princípio da participação democrática que, no Estado Socioambiental, além da participação nas decisões do Estado, implica formular e executar políticas ambientais, sendo que os problemas ambientais devem ser enfrentados por Estado e sociedade.

Nas cidades, este princípio toma corpo, forma e encontra forte eco. A cidade, politicamente representada pelo Município, tem território e representantes ao alcance da cidadania. A proximidade com os cidadãos faz avultar a possibilidade de concretização deste princípio, especialmente na tomada de decisões e na execução das políticas públicas ambientais diretamente.<sup>213</sup> Ainda, neste particular, toma importância o direito ao procedimento<sup>214</sup> que, neste viés da cooperação, pode

---

<sup>212</sup> MOLINARO, op. cit., p. 109.

<sup>213</sup> Neste particular há o cotejo com o princípio da subsidiariedade. A respeito, ver: TORRES, Silvia Faber **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>214</sup> Bello sustenta que, o direito ao procedimento é um consectário lógico do direito ao meio ambiente. Na medida em que, para que haja uma garantia contra-majoritária, é necessário que exista um instrumento de afirmação deste mesmo direito, de nada adianta um direito virtual e, é necessário que ele seja objeto de um procedimento com o escopo de aplicá-lo. Considerando que, só podemos falar em direito fundamental dentro de uma estrutura dogmática, uma de suas facetas é a existência de um procedimento para concretizá-lo e aplicá-lo. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecologicamente Equilibrado**. Tese (Doutorado), 2006. Disponível [www.dominiopublico.com.br](http://www.dominiopublico.com.br).

importar em desenvolver instrumentos e metodologia capazes de garantir a efetividade desta.

Ainda, a partir do princípio da cooperação podem ser criadas as pontes entre Estado e sociedade para a conservação e manutenção do meio ambiente. Podemos traduzir estas pontes também pela compreensão que há uma função pública subsidiária com a construção da cidade sustentável de toda a sociedade. Por isso, a necessária compreensão de que os particulares também constroem fisicamente a cidade, não sendo a infra-estrutura tarefa adstrita e reservada somente ao Estado.<sup>215</sup> O princípio da cooperação não se confunde com o princípio da subsidiariedade. Tem feições próprias, mas que em alguns aspectos dialoga com o princípio da subsidiariedade.

### **3 Princípio da Precaução**

O princípio da precaução, introduzido na Alemanha nos anos 70 e 80, é baseado em novas premissas que incluem a vulnerabilidade do meio ambiente, as limitações da ciência em prever os efeitos dos danos ambientais e a disponibilidade de alternativas sobre processos e produtos menos poluentes.

Foi definido pela Convenção de Estocolmo de 1972 como:

A garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Afirma que na ausência de certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano.

No Brasil, o princípio da precaução decorre do Estado Socioambiental. Na Constituição Federal está consagrado no art. 225,<sup>216</sup> especificamente ao estabelecer a exigência de estudo de impacto ambiental para implantação de atividades e

---

<sup>215</sup> O princípio da subsidiariedade também dialoga com este conceito, podendo ser referido como reforço da cooperação.

<sup>216</sup> Art. 225, inc. IV, V e VII, CF.

empreendimentos potencialmente poluidores, controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas e métodos que utilizem substâncias potencialmente poluidoras e proteger a fauna e a flora de práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou possam provocar a extinção das espécies. Decorre do sistema constitucional que “ecologizou” a Constituição, trazendo uma série de conseqüências para interpretação de institutos e situações que requerem a aplicação da prudência, o que se pode alcançar por intermédio de juízos de proporcionalidade e de oportunidade na sua aplicação. Também está previsto no ordenamento pátrio, com a adesão às Convenções Internacionais sobre a diversidade biológica e inserção do §3º. no art. 54, da Lei 9.605, de 12.2.1998.

Com base no princípio da precaução adota-se o “in dúbio pro-ambiente”, ou, em outras palavras, na incerteza do resultado prepondera a proteção ao meio ambiente. Redescobre-se o princípio da prudência, pela primeira vez deixa de existir a confiança cega no progresso técnico, sendo que a dúvida benéfica a natureza.<sup>217</sup>

Sustentamos e demonstramos que as cidades historicamente em seu processo de formação e expansão não se preocuparam com o esgotamento dos recursos naturais. Assim este princípio tem especial relevo, porém, é muito carente de concretização, existindo amplo espaço para sua aplicação. Questões tais como: contaminação de solo,<sup>218</sup> exposição a ondas eletromagnéticas,<sup>219</sup> proteção ao patrimônio histórico-cultural, ações de vigilância sanitária, proteção da água, têm se utilizado da precaução para adoção de medidas de cautela.

Em matéria e proteção ao patrimônio histórico-cultural a invocação desse princípio é pertinente, diante do prejuízo irremediável que a alteração ou a demolição de bens com características que, potencialmente devem gerar alguma

---

<sup>217</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

<sup>218</sup> A região do ABC, em São Paulo, possui uma série de áreas que foram utilizadas por empresas que utilizavam óleos e outros materiais tóxicos, e que foram desativadas. Não há registro destas informações nos municípios de foram precisa. A imprensa já noticiou casos de empreendimentos residenciais que após prontos sofrem efeitos deste solo contaminado. Assim sustentamos que nas áreas que no passado foram utilizadas por empresas que potencialmente podem ter gerado contaminação no solo, não cabe aprovação de empreendimentos, sobretudo, residenciais, sem estudos mais aprofundados (prospecção de solo, etc.), mesmo que, no Plano Diretor das cidades respectivas (Santo André, São Bernardo, São Caetano), o zoneamento permita habitações. Para além da precaução estamos no âmbito da prevenção nestes casos.

<sup>219</sup> Ver MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Implicações jurídicas das radiações eletromagnéticas emanadas das estações de radiobase de Telefonia Celular e o Histórico da legislação de Porto Alegre a respeito do Tema**. In: LEITE, op. cit., 2004.

espécie de proteção, seja autorizada sem critério que defina pela inexistência de elemento a ser protegido. A proteção do patrimônio cultural declara situação pré-existente e decorre da Constituição Federal. O seu reconhecimento é a formalização da proteção existente, por isso inação do Estado ou não realização de estudos não podem ser utilizados como argumento único para permitir demolições. Sustentamos, inclusive, que, havendo dúvida, cabe ao particular demonstrar tecnicamente a inexistência de motivo para proteção, utilizando a inversão do ônus da prova. O que não é possível é permitir a demolição ou a alteração do bem, de modo que comprometa as características que potencialmente são as ensejadoras da proteção, pois, estar-se-ia fulminando o próprio direito. Nesta quadra, pode-se falar em aplicar o princípio da precaução no regime urbanístico em se tratando de proteção à ambiências.<sup>220221</sup>

---

<sup>220</sup> Esta tese foi acolhida judicialmente em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual/RS contra Decreto do Prefeito Municipal de Porto Alegre, no tema que envolve as Áreas de Interesse Culturais previstas pelo Plano Diretor da Cidade (PDDUA/Lei Complementar N. 434) e detalhadas em estudo realizado em parceria pelo Município. O PDDUA Alegre estabeleceu que, deveriam ser identificadas áreas de interesse cultural para o fim de proteger as ambiências urbanas. Após conclusão de estudo que durou quase quatro anos, o Município publicou um Decreto estabelecendo que o estudo deveria ser observado até que sobreviesse nova lei municipal. O Ministério Público Estadual ajuizou uma Ação Civil Pública, sustentando que, o Município de Porto Alegre não poderia utilizar o referido estudo, pois, o regime urbanístico das áreas da cidade já eram definidos em lei – PDDUA -, sendo que, as alterações também deveriam ser feitas por lei, em sentido formal. O Município sustentou que<sup>220</sup>: (a) implementação de todos os instrumentos de proteção ao patrimônio cultural das cidades é um poder-dever das Administrações Municipais, sendo que, os Planos Diretores constituem-se no elemento central desta política urbano-ambiental; (b) o Plano Diretor de Porto Alegre, incorporou os princípios urbano-ambientais, estabeleceu instrumentos para implementação da proteção ao patrimônio natural e cultural, bem como dispôs sobre as formas de proteção; (c) as áreas de interesse cultural estão regradadas no PDDUA, prevêm a utilização de regime urbanístico compatível com a qualificação do bem que será protegido. Todavia, enquanto perdurar o processo de definição do regime urbanístico a ser implementado nas áreas de interesse cultural, as regras vigentes não autorizam o Poder Executivo de utilizar o regime urbanístico geral para aprovar os empreendimentos. Há um descompasso entre o regime urbanístico geral da macrorregião e a identificação como ambiência passível de proteção. Esta identificação é ato-fato, que decorre da existência delas na cidade. Evitar o perecimento das áreas identificadas como importantes para a memória da cidade, autorizando demolição e construção de empreendimentos que as descaracterizem, é dever do administrador público, sob a égide do que dispõe a Constituição Federal, no que pertine a proteção dos bens culturais; (d) ainda, a análise do estudo para aprovação de novos empreendimentos, com vistas a garantir a não descaracterização das ambiências identificadas como passíveis de preservação na cidade, é uma cautela necessária, enquanto o debate para o novo regime urbanístico se realiza; (e) em se tratando de proteção de ambiências e não somente de imóveis isolados, a adoção do princípio da precaução como informador do processo é uma garantia que, ao final deste, ainda remanesçam ambiências a preservar.

<sup>221</sup> Poder Judiciário. Ação Civil Pública. Processo N°. 001/1.05.2339666-3. Autor: Ministério Público. Réu: Município de Porto Alegre. Juiz Prolator: Dr. Martin Schulze, Porto Alegre, 29/11/2007. A decisão judicial de 1º grau entendeu que existe colisão de direitos fundamentais – legalidade e proteção ao patrimônio cultural e, aplicou as lições de Andrade e Canotilho, entendeu que a proteção ao patrimônio deveria preponderar.<sup>221</sup> A Ação Civil Pública foi julgada improcedente, afastando o regime urbanístico da lei, fazendo preponderar o princípio da precaução.

Ainda, neste tema vale apontar decisão do TJRS que entendeu inexistir direito líquido e certo a demolir imóvel.<sup>222</sup> Neste caso, o imóvel estava inserido em área de interesse cultural, obteve autorização para demolição que, posteriormente, foi revogada, quando verificada a característica do bem.<sup>223</sup> A proteção do patrimônio cultural como expressão do direito coletivo preponderou em detrimento da licença concedida que não gera direito adquirido.

A precaução se dá na ação administrativa, na legislação produzida<sup>224</sup> no âmbito das cidades e nas medidas de controle adotadas.

Há um amplo espaço de atuação da gestão municipal que pode e deve se socorrer do princípio da precaução para adoção de medidas necessárias à proteção urbano-ambiental.

Evidentemente que, como princípio da prudência que é, deve ser aplicado com ampla motivação e amparo, não podendo ser traduzido em mero discurso. Precisam existir bases sólidas para aplicação da precaução, sob pena de desvirtuamento da sua concepção, o que se verifica no cotejo entre o que merece proteção e a motivação que enseja a menção ao princípio.

---

<sup>222</sup> Direito Público não Especificado. Mandado de segurança objetivando a demolição parcial de imóveis. Limitações ao direito de demolir e de construir que encontram amparo na proteção de interesses na órbita artística, urbanística e histórica. Inexistência de absolutismo do direito de propriedade, porquanto pode o mesmo sofrer restrições de ordem pública e privada. Pretensão pautada em prévia licença concedida pela Municipalidade, posteriormente revogada. Legítima a revisão dos atos administrativos, conforme a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Não há falar em direito adquirido quando a licença concedida, em que pese ter alcançado o plano da validade, não tenha atingido o patamar da eficácia. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Matéria de ordem pública. Supremacia do interesse público sobre o privado. Proteção constitucional do patrimônio cultural em preservar o conjunto urbano e paisagístico dos imóveis descritos no projeto da incorporadora. Inteligência do artigo 216 da Constituição Federal. Preliminar de carência de ação rejeitada, por maioria. Segurança denegada.

<sup>223</sup> Da sentença colacionada houve apelação ao TJRS que pende de decisão. Do acórdão em epígrafe houve recurso especial, pendendo decisão do STJ.

<sup>224</sup> Lei sobre localização e vedação de instalação de Estação de Radiobase de Celular em determinados locais da cidade.

#### 4 Princípio da Prevenção

Enquanto que, o princípio da precaução trabalha com o risco potencial, o da prevenção, objetiva obstaculizar um risco preventivo através de uma medida preventiva.<sup>225</sup> Assim, como a precaução, a prevenção se antecipa ao modelo, reage e corrige, pois atua antes do dano ocorrer. Em outras palavras, havendo risco de ocorrer o dano, há que se ter prevenção. Atuar antes que o fato previsível seja consumado (modelo preveja e previna).

Muitas situações nas cidades são enfrentadas utilizando-se da prevenção. Medidas como: vedação de circulação de carros em determinadas regiões da cidade, rodízio de veículos, proibição de atividades que utilizem água corrente em períodos de seca (lavagem de veículos, de caixa d'água, de calçadas, etc.), determinação de medidas para permeabilização de locais inseridos em regiões de alagamento, medidas de contenção de cheias, proteção contra incêndios, são inerentes à prevenção. De outro lado, é comum ouvirmos, através dos meios de comunicação social, menção a deslizamentos de terras gerados pela ocupação de encostas, que acabam causando tragédias.

A relação - ocupação de encostas e deslizamentos -, também mereceria adoção de medidas, sejam mitigadoras, sejam de evacuação de áreas, com base na prevenção. Da mesma forma, a determinação de encerramento de atividades em áreas identificadas como ambientalmente sensíveis, decorrem do princípio da prevenção.

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, abaixo transcrita, dá conta de situação que acolheu o princípio da prevenção e considerou legal a medida administrativa de não renovar o alvará de atividade no Município de Pelotas, em face de lei de zoneamento superveniente à autorização para o exercício de atividade. Observa-se que, a lei municipal foi mais protetiva ao meio ambiente, e que, a decisão do TJRS disse expressamente que inexistente o direito adquirido de poluir, motivo pelo qual não há direito adquirido à renovação do alvará se a atividade está sendo desenvolvida em área ambientalmente inapropriada,

---

<sup>225</sup> Molinaro, op. cit., 2007.



mesmo sendo a legislação municipal que identificou a área como ambientalmente sensível posteriormente à concessão do alvará de atividade.

Ementa: Agravo Interno. Apelação Cível. Ação Desconstitutiva. Auto de Infração. Direito Administrativo e Ambiental. Construção em solo não edificável e interferência na paisagem. Lei Municipal Nº. 4.392/99. Regulamentação superveniente à autorização. Aplicabilidade. Inexistência de direito adquirido contra o zoneamento ambiental. Escoamento dos efluentes para a areia da praia. Princípio da Prevenção. Proteção do Meio Ambiente. Regularidade do Procedimento. Tendo a parte autora demonstrado que havia expediente interno e suspensão dos prazos processuais na Comarca de Pelotas durante o transcurso do prazo recursal, deve ser dado provimento o agravo interno para considerar tempestivo o apelo. O exame das provas constantes nos autos, em especial as fotografias, pareceres e perícia, indica que o quiosque de propriedade da autora está construído sobre solo não edificável, a saber, sobre a areia que margeia uma das praias da Laguna dos Patos, assim considerada pela Lei Municipal Nº. 4.392/99. O Município de Pelotas, ao editar a Lei Nº. 4.392/99, promoveu o zoneamento ambiental na área da Laguna dos Patos, de modo a proibir construções no local, salvo os casos excepcionados pelos arts. 3º e 4º, dentre os quais não se enquadra a demandante. Conquanto a autorização para a exploração do comércio no local tenha sido concedida anteriormente pelo Município de Pelotas, o zoneamento ambiental, ainda que superveniente, deve prevalecer sobre as situações constituídas anteriormente, pois não existe direito adquirido a poluir e nem sequer o meio ambiente é bem disponível que possa ficar ao alvedrio do administrador municipal. Ainda que não haja prova material da poluição (pois não foi examinada a areia da praia em que são lançados os efluentes), tem-se que tal tipo de diligência é dispensável, porquanto, no momento da atuação, o quiosque possuía todos os equipamentos necessários para poluir a areia da praia, o que chama à incidência o princípio da prevenção. Agravo Interno Provido. Apelo desprovido.<sup>226</sup>

Nesta linha, outros exemplos poderiam ser colacionados. É importante alertar para a necessidade da Gestão Pública adotar o modelo “reaja e previna”, não somente no discurso, mas nas medidas jurídicas adequadas para a sua concretização, sendo o princípio a precaução fundante desta atuação propositiva e prospectiva.

---

<sup>226</sup> Tribunal de Justiça do Estado do RS. Agravo Interno. Processo Nº. 70021183124, Segunda Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 21/11/2007.

## 5 Princípio da Responsabilidade pela Causa

O Estado Socioambiental Democrático de Direito exige um sistema de responsabilidade que funcione. Canotilho<sup>227</sup> identifica dois pontos que considera essenciais à sua efetivação<sup>228</sup>, em sede específica de responsabilidade: (a) a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, e (b) a definição como sujeitos responsáveis os operadores que exercitam um controle efetivo sobre uma atividade reentrante no regime de responsabilidade por danos ambientais. Acrescenta que os esquemas processuais de legitimação ativa deverão ser reconstruídos no Estado constitucional ecológico para no mínimo: (a) dinamizar ações de responsabilidade tendentes a garantir a reparação dos danos à biodiversidade e a descontaminação das áreas poluídas, utilizando as verbas indenizatórias pagas pelos agentes, (b) possibilitar as associações não governamentais de defesa do meio ambiente de agirem, a título subsidiário, quando o Estado não intervenha ou não atue de forma adequada.<sup>229</sup>

No Brasil, o sistema de responsabilidade civil alberga os itens apontados por Canotilho. Acolhemos a responsabilidade objetiva em matéria ambiental, desde 1981.<sup>230</sup> A cadeia de responsabilização contempla os que, direta ou indiretamente, contribuíram para o evento danoso, inclusive o órgão licenciador da atividade.<sup>231</sup> Temos previsão de destinação das multas e verbas para o fundo de meio ambiente<sup>232</sup> e há legitimação de Organizações Não-Governamentais (ONGs) e do Ministério Público para interpirem Ações Cíveis Públicas neste âmbito.

Com relação à destinação das verbas aos fundos para serem reaplicadas nas políticas públicas urbano-ambientais, muito há que se fazer. Apesar de a lei

<sup>227</sup> CANOTILHO, J.J. **Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada**. In: Estado de Direito Ambiental: tendências. FERREIRA, Helene, LEITE, José Rubens Morato. (org.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

<sup>228</sup> Canotilho adota a terminologia “Estado Constitucional Ecológico”, porém, as características são as mesmas do aqui identificado como estado socioambiental democrático de direito.

<sup>229</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 16.

<sup>230</sup> § 1º art. 14 da Lei Federal Nº. 6938/81: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.”

<sup>231</sup> Há divergência quanto à responsabilidade objetiva por omissão do Poder Público ser objetiva ou subjetiva. Contudo, em se tratando de ação, ou seja licenciar, há convergência quanto a existência de responsabilidade do Poder Público.

<sup>232</sup> União, estados e municípios possuem fundos próprios.

estabelecer a destinação específica para políticas públicas voltadas à finalidade do fundo respectivo, o sistema orçamentário brasileiro permite contingenciamento de verbas, não é transparente o suficiente para que a sociedade controle efetivamente a destinação destes valores.

Precisamos trilhar caminhos mais claros no sentido de efetivamente dinamizar ações de responsabilização tendentes a garantir a reparação dos danos à biodiversidade e a descontaminação das áreas poluídas, utilizando as verbas indenizatórias pagas pelos agentes lesivos. Uma das formas pode ser identificar diretamente nas compensações e nas condenações judiciais o objeto de aplicação do recurso – área a ser descontaminada, a ser reparada, etc. -, criando uma forma de prestação de contas para a sociedade do recurso recebido pelo Fundo Ambiental. Na hipótese de ações judiciais esta prestação de contas poderia ser determinada no âmbito da própria ação judicial.

De outra parte, Ost<sup>233</sup> identifica como uma das decorrências da “Rio 92”, um novo conceito de responsabilidade. Diz o autor:

Elaborava-se um novo conceito de responsabilidade, resolutamente voltado para o futuro: já não a responsabilidade-imputação (sanção de uma falta passada), mas a responsabilidade no sentido de missão assumida coletivamente para o futuro.

Neste aspecto, temos bastante a trilhar. Esta noção de missão assumida coletivamente aumenta o espectro da responsabilidade ambiental e permite o cotejo deste princípio com o poluidor-pagador.<sup>234</sup> Neste sentido, avultam as possibilidades de aplicação de medidas compensatórias pela utilização dos recursos naturais. A contraprestação destinada a unidades de conservação, decorrentes da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, tem fundamento neste princípio. Segundo Benjamin, o fim redistributivo do Direito Ambiental evidencia-se,

---

<sup>233</sup> OST, François. O Tempo do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 198.

<sup>234</sup> Ver MOLINARO, op. cit., p. 106.

reorganizando o endereçamento dos benefícios e custos ambientais<sup>235</sup>, o que para Ost é traduzido como promessa, ligar o futuro.<sup>236</sup>

E, em termos de princípio da responsabilidade pela causa no Estado socioambiental democrático de direito, temos que ter claro que se as gerações futuras são sujeitos de direitos e a solidariedade intergeracional é princípio a ser observado, a teoria da responsabilização precisa ser compreendida de forma alargada, para contemplar tais evidências.

Um dos alargamentos necessários é a compreensão da possibilidade de responsabilização por danos imateriais que emerge no Estado socioambiental. Esta é a dimensão extra-patrimonial do dano ambiental,<sup>237</sup>, que, na lição de Marchesan, Steigleder e Cappelli<sup>238</sup>,

Abarca lesões de natureza social e moral coletiva e o dano consiste no impacto negativo causado ao bem-estar da coletividade pela degradação da fruição do meio ambiente e pela impossibilidade de fruição dos bens ambientais durante o tempo necessário para que a integral reparação ocorra, com o retorno ao *status quo ante*, de modo que possa voltar a ser fruído por todos. Repara-se o tempo e privação do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida que o recurso ambiental proporciona.

Ramos<sup>239</sup> define como:

A dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade. Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarretam lesão moral que também deve ser reparada coletivamente.

<sup>235</sup> BENJAMIN, op. cit., p. 73.

<sup>236</sup> Id., 2007, p. 197.

<sup>237</sup> O dano extra-patrimonial encontra fundamento no art. 88 da Lei 8.884/94, que mudou a redação do art. 1º da lei 7347/85 e no CDC. Bittar Filho define como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. *Apud* MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro, CAPPELLI, Silvia. **Direito Ambiental**. 4ª. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

<sup>238</sup> Id., 2007, p. 150.

<sup>239</sup> RAMOS, André de Carvalho. Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 25, p. 83. jan/mar. 1998.

A partir do conceito de ordem urbanística – item específico já analisado nesta dissertação - e compreendendo o papel de sujeito ativo na relação processual que exerce o Município como sujeito de direitos difusos e coletivos muito há a ser desenvolvido neste âmbito.

## 6 Gestão Democrática da Cidade

Conforme já dissemos em outro momento<sup>240</sup>, o caráter liberal burguês originário da Revolução Francesa, e que dá origem à democracia como modelo de gestão de Estado, restringiu a democracia a um sistema político representativo.<sup>241</sup> Em que pese o sistema representativo ser a expressão do princípio da maioria, elemento nuclear do conceito de democracia, a evolução histórica tem demonstrado a necessidade de complementação deste. Neste contexto, de questionamento da democracia representativa e de necessidade de complementação do sistema, é que surge a democracia participativa como alternativa de gestão. O ressurgimento e a revitalização das práticas de democracia participativa vêm ocorrendo mundialmente.<sup>242</sup> Veja a propósito, o Estado de Direito Democrático da Constituição Portuguesa (art. 2º), o Estado Social e Democrático de Direito da Constituição Espanhola (art. 1º) ou o Estado Federal, Democrático e Social da Alemanha (art. 20, 1).<sup>243</sup> O elemento comum a todos é a configuração de um Estado social e democrático.

Com a Constituição de 1988, seguindo a mesma diretriz dos demais Estados ocidentais, o Brasil passa a constituir-se em Estado Socioambiental Democrático de Direito, a teor do que consta no preâmbulo, no artigo 1º da nossa Constituição e no

---

<sup>240</sup> FAVRETO, Rogério, PRESTES, Vanêsa Buzelato. Orçamento Participativo. In: **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre, Nº. 14, nov. 2000.

<sup>241</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação**. Belo Horizonte: Del Rey, p.62.

<sup>242</sup> O Orçamento Participativo de Porto Alegre chama atenção de diversas cidades, sendo que delegações vêm conhecer a nossa experiência. Certamente é reflexo da revitalização das práticas de democracia participativa, da qual o Orçamento Participativo é um bom exemplo.

<sup>243</sup> Silva, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1990.

art. 225. A pergunta que exsurge é a seguinte: muda alguma coisa com a instituição deste Estado Socioambiental Democrático de Direito?

Evidentemente a resposta comporta um enfático e sonoro “SIM”, acrescido de um “tem que” implicar efetivas mudanças. E, no Estado Socioambiental, com maior razão, pois a participação da cidadania na formulação e na execução das políticas públicas é um dos princípios informadores deste.

As práticas de democracia participativa constituem-se em práxis do cumprimento do preceito constitucional, sendo que em matéria urbano-ambiental há várias expressões destas.

Nas políticas públicas são exemplos: os conselhos municipais, que auxiliam na formulação destas; os conselhos tutelares, que são uma figura híbrida, pois também exercem atividade estatal, atuando diretamente junto à população; ações da área de assistência social (Programa Família); na educação (creches comunitárias, Movimento de Alfabetização de Adultos /MOVA) e, na saúde (Programa de Saúde da Família), que conjugam ações do Município com a comunidade para melhor exercer o fim a que se destina o projeto. O elemento comum entre essas experiências é a participação popular na gestão e ação estatal, visando atingir o fim maior que é o Estado de Direito Material, ou seja, a superação das desigualdades sociais.

Em matéria urbano-ambiental avulta o procedimento do licenciamento ambiental que prevê audiência pública nas hipóteses em que o Estudo de Impacto Ambiental é exigido,<sup>244</sup> o Plano Diretor deve ser elaborado com participação da população,<sup>245</sup> sob pena de inconstitucionalidade da lei<sup>246</sup> que não observar esta

<sup>244</sup> Art. 225, inc. IV da CF e Lei Federal Nº 6938/81.

<sup>245</sup> Art. 40, § 4º do Estatuto da Cidade:

“Art 40. ...

§ 4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.”

<sup>246</sup> Tribunal de Justiça do Estado do RS. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº. 70005449053, Rel. Des. Araken de Assis, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.365/99 do Município de Capão da Canoa. Há outros precedentes no mesmo sentido. “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. EDIFICAÇÕES E LOTEAMENTOS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. É

exigência, as operações consorciadas devem ter a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados.<sup>247</sup>

A gestão democrática passa a ter instrumentos procedimentais,<sup>248</sup> visando à efetividade do princípio participativo. Se expressa pela previsão de órgãos colegiados (Conselhos) em todos os níveis da federação e é condição obrigatória para a aprovação das peças orçamentárias pelas Câmaras Municipais.<sup>249</sup> O nome que o Prefeito vai adotar para a participação na gestão orçamentária, na elaboração das prioridades da cidade com a destinação dos recursos respectivos, pouco importa. Se é: orçamento participativo, consulta popular, ou outro, tanto faz. O importante é ter presente que, a ausência desta participação prévia pode redundar em vício da lei que não observar este procedimento. Esta é uma regra procedimental que visa assegurar a práxis do princípio da gestão democrática da cidade. E a decorrência de sua inobservância é a possibilidade de judicialização e a responsabilização daqueles que obstaram a democracia na gestão da cidade.

Esta perspectiva da exigência de um procedimento para a gestão se traduz na expressão do direito fundamental como procedimento.

Ainda, é importante anotar que, há uma evidente mitigação da discricionariedade administrativa, pois a introdução desta procedimentalização evita o planejamento burocrático e de gabinete, que não dialoga com a realidade concreta.

Todavia, em que pese a mitigação da discricionariedade na decisão, no Estado Socioambiental Democrático de Direito, ainda há a reserva de decisão, que é no âmbito do Executivo, do Prefeito. Aliás, cada vez mais há necessidade de decisão, pois a inércia tem tomado conta do Estado.

A mitigação da discricionariedade implica na necessidade de apontar os motivos, de dizer o porquê decidiu desta ou daquela forma, justificando a tomada de

---

inconstitucional a Lei 1.365/99 do Município de Capão da Canoa, que estabeleceu normas acerca das edificações e dos loteamentos, alterando o plano diretor, porque não ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, conforme exige o art. 177, § 5.º, da CE/89. 2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

<sup>247</sup> Art. 32 do Estatuto da Cidade. Examinaremos de forma mais aprofundada no capítulo IV.

<sup>248</sup> Art. 43, 44 e 45 do Estatuto da Cidade.

<sup>249</sup> Art. 4º, inc. III, letra "a" do Estatuto da Cidade.

decisão. E este procedimento possibilita, de um lado, no afastamento de absurdos, de outro, na formação de consensos. Além disso, a necessidade de motivação cria aproximações, permite visualizar a questão na integralidade. Este repensar das práticas municipais implica mudanças de postura. Questões aparentemente técnicas passam a ser debatidas com a comunidade. Há uma partilha do poder de decisão. As áreas de conhecimento passam a atuar de forma integrada, gerando novas sínteses de conhecimento, conquanto as políticas públicas precisam ser visualizadas, tratadas e executadas de forma integrada.<sup>250</sup> Cada gueto de área de conhecimento passa a necessitar conhecer o objeto de trabalho de outrem. Não se faz assistência social, por exemplo, sem conexão com a educação e com a saúde. A política de assistência social precisa estar concatenada com o atendimento à criança e ao adolescente como sujeito de direitos. A educação além do ciclo fundamental, desenvolve ações em outras áreas para erradicação do analfabetismo, participação da comunidade no processo ensino-aprendizagem. A saúde atua não somente como curativa, mas, sobretudo, na área preventiva, desde o acompanhamento dos nascituros, do crescimento e da desnutrição. Ou seja, os problemas sociais são visualizados na sua globalidade e trabalhados nesta dimensão ampla, considerando o cidadão na sua integralidade. E, em todos os momentos, há participação ativa da comunidade, tanto no repensar destas práticas quanto na execução das mesmas.

Aliado a estes aspectos, as políticas públicas não podem perder de vista a qualidade. Não é porque os cidadãos participam ou se responsabilizam por determinadas tarefas, que a perfeição técnica pode decair. Aliás, um dos compromissos, com este repensar as práticas, é a elevação da qualidade para um melhor atendimento da população. Portanto, esta mudança de metodologia e de agir não pode implicar em queda da qualidade do serviço, o qual é a atividade fim do Estado.

Ainda, cumpre referir a necessária inserção de parcerias para execução das novas tarefas públicas municipais decorrentes das competências constitucionais (saúde, educação, trânsito, criança e adolescente, meio ambiente). O modelo de parceria não pode implicar na desoneração do Estado, no nosso caso dos municípios, para realização das tarefas públicas.

---

<sup>250</sup> Sobre o tema ver: MESQUITA, Zilá. **Ações Integradas de Gerenciamento** - experimentando uma política de compromisso com a cidadania.



A participação da sociedade civil é extremamente importante e salutar para construção de novos paradigmas, calcados na solidariedade como valor universal, na dignidade da pessoa humana como um valor fundante da nossa sociedade, na participação como meio de gerar a inclusão social dos excluídos. Contudo, a política de parcerias não pode ser um modo disfarçado de desoneração da atividade estatal. Entendemos que a responsabilidade pela execução das políticas públicas e pela respectiva execução dos serviços permanece sendo do Estado. A sociedade civil organizada, como parceiros do Estado, pode e deve participar<sup>251</sup>, mas como uma esfera pública não estatal, a qual permanece livre nas suas convicções e ações, não estando vinculada ou submetida, fática ou juridicamente,<sup>252</sup> ao Estado, auxiliando, assim, na tomada de decisões sobre o destino da cidade.

Democracia dá trabalho. São inúmeras reuniões, debate de idéias, defesa de pontos de vista. O consenso, ou melhor, a decisão consensuada é fruto de todo um processo no qual se envolvem diversas pessoas das mais variadas origens e áreas do conhecimento. Decisões com base em políticas pré-determinadas, planejamento de gabinete, entre outras são formas muito mais fáceis de adotar. Todavia, a pluralidade de idéias resultante de um processo participativo, o engajamento e o compromisso dos cidadãos com o destino das cidades é um forte sentimento que contamina aqueles que vivenciam esta prática.

## **7 Princípio da Solidariedade entre Gerações**

O art. 225 da Constituição Federal introduz o que vem sendo denominado “princípio da solidariedade entre gerações”. Canotilho, comentando a Constituição Portuguesa, aponta que o significado básico do princípio é obrigar às gerações presentes a incluir como medida de ação e ponderação os interesses<sup>253</sup> das futuras

---

<sup>251</sup> A possibilidade de trabalhar em parceria com a sociedade civil encontra amparo constitucional por intermédio da atividade de fomento de competência do Poder Público.

<sup>252</sup> O art. 2º da Lei Federal Nº 9737/98, estabelece requisitos para qualificação da entidade como organização social, dentre os quais a previsão de participação de representantes do Poder Público nos órgãos de deliberação superior da entidade.

<sup>253</sup> Neste particular Canotilho aponta a diferença entre interesses das futuras gerações e direitos das futuras gerações. Assinala que a Constituição Portuguesa não se refere aos direitos das futuras gerações, o que parece ser também o caso da Constituição Brasileira.

gerações<sup>254</sup>. Aduzindo que, os interesses das gerações futuras são evidenciáveis em três campos: (a) campo das alterações irreversíveis dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das atividades humanas (tanto em relação ao tempo quanto ao espaço); (b) campo do esgotamento dos recursos naturais, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença relativamente à capacidade de renovação e estabilidade ecológica; e (c) campo dos riscos duradouros.

Canotilho assinala que o princípio da solidariedade entre gerações deve ser articulado com outros princípios, em especial, com o princípio da precaução, o qual, sob esta ótica, passa a ser fundante e primário para a proteção dos interesses das futuras gerações, impondo, prioritária e antecipadamente, a adoção de medidas preventivas, ao mesmo tempo em que justifica a adoção de outros princípios como o da responsabilização e da utilização das melhores tecnologias disponíveis.<sup>255</sup>

Nas cidades, o princípio toma relevo no campo do esgotamento dos recursos naturais, notadamente porque ao longo do tempo não foi da pauta da gestão das cidades a preocupação com este aspecto. Assim, chamar a atenção para este princípio é tarefa relevantíssima neste momento.

## 8 Princípio da Sustentabilidade Urbano-ambiental

Para Acselrad,<sup>256</sup> a aplicação da noção de sustentabilidade ao debate sobre o desenvolvimento das cidades exprime um duplo movimento. De um lado ambientalização das políticas urbanas e, de outro, de introdução das questões urbanas no debate ambiental, sendo que, sobressai a preocupação com a qualidade de duração das cidades. Segundo o autor, disso resulta um esforço para a “modernização tecnológica das cidades”, processo pelo qual as instituições políticas procuram conciliar o crescimento urbano com a resolução dos problemas ambientais, dando ênfase à adaptação tecnológica, à celebração da economia de

<sup>254</sup> CANOTILHO, op.cit., 2007.

<sup>255</sup> Id., 2007, p., 9.

<sup>256</sup> ACSELRAD, Henri. **A Duração das Cidades**: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

mercado, à crença na colaboração e no consenso.<sup>257</sup> Todavia, neste processo não estão incluídos os movimentos sociais urbanos e os excluídos da cidade formal, sendo que os riscos ambientais têm profunda ligação com a desigualdade que se constata nas cidades contemporâneas. Diz Acselrad:

O que caracteriza as cidades contemporâneas, sob os efeitos da globalização, é justamente a profunda desigualdade social na exposição aos riscos ambientais. Além das incertezas do desemprego, da desproteção social e da precarização do trabalho, os trabalhadores são submetidos aos riscos da moradia em encostas perigosas, beiras de curso d'água sujeitas às enchentes, áreas contaminadas por lixo tóxico, situadas sobre gasodutos ou linhas de transmissão de eletricidade. Têm acesso também desigualmente aos recursos ambientais como água, saneamento e solo seguro.

A partir deste diagnóstico, aponta que,

O desafio da construção de cidades com novos parâmetros não pode ser restringido às concepções de um urbanismo ecologizado que se satisfaça em promover cidades compactas, capazes de economizar espaço e energia, nem tampouco que tenha na sustentabilidade um mero atributo simbólico adicional para a competição interurbana desenvolvida através do marketing das cidades.

Propõe pensar um novo modelo “baseado nos princípios da democratização dos territórios, no combate à segregação socioespacial, na defesa dos direitos de acesso aos serviços urbanos e na superação da desigualdade social manifesta também nas condições de exposição aos riscos urbanos.”

Portanto, para além de cidades compactas e com capacidade de economizar energia, o princípio da sustentabilidade urbano-ambiental aponta para cidades inclusivas, que se preocupem com todos que nela habitam. A inversão da injusta realidade de degradação ambiental exige tratar de todos os organismos vivos da

---

<sup>257</sup> Segundo o autor este modelo é compatível com a cidade do pensamento único urbano. Urbanismo competitivo e modernização ecológica “parece configurar um novo momento do que alguns designam por ‘desintegração da modernidade híbrida’, que vem fazendo com que, na América Latina, as inovações econômicas, tecnológicas, socioculturais – e agora ecológicas –, estejam beneficiando apenas pequenas minorias, e que posições relativas anteriormente conquistadas por alguns de seus países na construção de certos direitos venham se transformando simplesmente em regressão social e dependência. ACSELRAD, op. cit., p. 22-23.

cidade, para além de uma dimensão humana. Todavia, na dimensão humana há que se considerar a premente necessidade de incluir, na pauta e no compromisso urbano-ambiental, o enorme passivo ambiental gerado pelas subhabitações, favelas e cortiços. Faz-se necessário regularizar o que é possível e re-localizar, em áreas ambientalmente adequadas e com infra-estrutura compatível, as habitações que não puderem ser regularizadas.<sup>258</sup> Porém, para definição do que se pode e do que não se pode regularizar, há que se ter em mente o todo. Isso porque o próprio Poder Público foi responsável pela criação de locais completamente inadequados,<sup>259</sup> verdadeiras cidades nos arrabaldes das metrópoles sem nenhuma infra-estrutura, com esgoto a céu aberto, difícil acesso, sem recolhimento de resíduos sólidos. Considerando o princípio da sustentabilidade urbano-ambiental de nada adianta somente deslocar o problema de modo que não fique visível, é preciso enfrentá-lo e dar uma solução, mesmo que seja a médio e longo prazo (por exemplo: infra-estrutura progressiva).

Nesta linha de preocupação, conforme dissemos em outro momento<sup>260</sup>, em nosso entendimento, a sustentabilidade urbano-ambiental tem permeado discursos, incentivado práticas de gestão, sendo difundido e repisado nos mais variados meios. Todavia, é um conceito jurídico em aberto, devendo ser complementado.

Para tanto, apontamos algumas diretrizes, visando a construção de um conceito jurídico de sustentabilidade urbano-ambiental, que tenha por princípio a dignidade da pessoa humana e por meta a superação da segregação e das desigualdades sociais. Para tanto, é importante ter claro que, política pública que resulte em inclusão social deve ser coordenada pelo Poder Público, de modo que, dirija o processo e não fique refém deste.

Não se faz inclusão social somente a partir de regras de mercado. Uma cidade para portadores de deficiência, com acessibilidade universal, com gestão que trabalhe em prioridades adormecidas exige atuação propositiva do Poder Público.

---

<sup>258</sup> Ver nosso: Resolução Conama 369 - A hipótese da regularização fundiária sustentável. In: AGRELLI, Vanusa, SILVA, Bruno Campos. (orgs.) **Direito Urbanístico e Ambiental**: estudos em homenagem ao Professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>259</sup> A Cidade de Deus no Rio de Janeiro é exemplo disso.

<sup>260</sup> PRESTES, Vanêscia Buzelato. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos. (coord.) **Direito ambiental em evolução**. N.º. 4, Curitiba: Juruá, 2005, p. 320-321.

Ademais, há um sério risco de confundir flexibilização de regras com desregulação. Flexibilizar, em termos urbano-ambientais, é reconhecer as diferenças, é aplicar o princípio da igualdade, é afastar regras em nome dos princípios, é interpretar à luz de uma Constituição Dirigente<sup>261</sup> e decididamente não se confunde com desregular. Como aplicar medidas mitigadoras, justiça ambiental, compensações e todos os princípios que citamos anteriormente, se não houver regras procedimentais, inclusive para as concertações necessárias?

Os elementos a seguir arrolados, e já explicitados ao longo desta dissertação, em nosso entendimento compõem o que se denomina princípio da sustentabilidade urbano-ambiental, a saber: (a) art. 2, I do Estatuto da Cidade; (b) o direito à ordem urbanística; (c) o conceito de meio ambiente aplicado às cidades; (d) legislação sobre todo o território das cidades, contemplando o urbano e o rural; (e) reforço da gestão e dos instrumentos de atuação municipal; (f) gestão democrática; (g) regularização fundiária como política pública e passivo ambiental<sup>262</sup> da cidade sustentável;<sup>263</sup> e (f) princípio ativo da função socioambiental da propriedade como meio de concretização de políticas públicas mais inclusivas, matéria a ser examinada no capítulo IV.

Acrescentamos a estes elementos, o reconhecimento do direito fundamental à cidade, na forma exposta nesta dissertação.

## 9 Princípio da Função Socioambiental da Propriedade na Cidade

O Direito Público e o Direito Privado têm especial perspectiva no que diz respeito às limitações da propriedade; no primeiro, decorrentes do exercício do

<sup>261</sup> CANOTILHO, JJ. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contribuindo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; e HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

<sup>262</sup> Ver: PRESTES, Vanêsa Buzelato. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: uma exegese da MP N°. 2.220, de 04 de setembro de 2001. **Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte: Fórum, a. 2, n. 9, maio/jun, 2003.

<sup>263</sup> Em nosso entendimento a regularização fundiária na cidade sustentável não se restringe a regularização jurídica, com a possibilidade de obtenção do reconhecimento à segurança da posse e da propriedade. Entendemos que na cidade sustentável a regularização fundiária é um tripé: regularização urbanística, jurídica e registraria. No capítulo IV este tema será abordado de forma específica.

poder de polícia e, no segundo, dos limites de vizinhança estabelecidos na lei civil. Na perspectiva Sociambiental, a função social da propriedade está para além destas limitações, que são externas à propriedade. Ela emerge do exercício do direito de propriedade, que deve conformar-se em fronteiras muito precisas com a função socioambiental respectiva, sendo que, em um Estado socioambiental a função ambiental é peculiar da propriedade. Dito de outra forma, não há compatibilidade de propriedade sem cumprimento de função, e esta função necessariamente precisa ser socioambiental, em face da natureza do Estado inaugurado com a Constituição de 1988.

Estas premissas é que informam o exame a ser feito no presente item. Optamos por tratar de forma mais estreita do princípio da função socioambiental da propriedade, pela importância deste na concretização de um direito à cidade. No particular invocamos o art. 182 da Constituição Federal que estabelece ser o Plano Diretor o instrumento definidor da função social da propriedade nas cidades. Nesta quadra o Plano Diretor constitui-se em forma de densificação do direito à cidade.

### **9.1 A Função socioambiental da propriedade na Constituição Federal de 1988**

Assim como Weimar<sup>264</sup> inaugurou no Direito alemão uma nova fase, na qual a Constituição passa a atuar como guia, inclusive do Direito Privado, processo análogo pode ser observado no Direito brasileiro, no qual também rumamos a uma nova conformação das relações entre a Constituição e o Direito Privado. O art. 5º, §1º,<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> Com a Constituição de Weimar (1919), o tema, na dicção do famoso art. 153, refere que: "A propriedade é garantida pela Constituição. O seu conteúdo e os seus limites são fixados em lei (...). A propriedade obriga. O seu uso deve servir ao bem comum.". Baseado neste conceito, que fora reproduzido no art. 14 da Lei Fundamental alemã, Monreal (Eduardo, Nova. El Derecho de Propiedad Privada. Bogotá/Colômbia: Editorial Themis Libreria, 1979) leciona que a função social da propriedade pode limitar a propriedade e também determiná-la. A dicção "a propriedade obriga", indica que não é somente um direito, mas também um dever para o proprietário. Diz o autor: "En consecuencia, la función social puede limitar a la propiedad, pero también puede determinarla activamente. (...) hoy día la propiedad es a un tiempo derecho y deber. En este sentido, no hacemos nuestro el criterio de los que quieren ver en la función social una pura limitación de la propiedad."

<sup>265</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

de nosso texto constitucional prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas, sendo que nestes direitos há vários que tratam diretamente de direito privado,<sup>266</sup> inclusive a propriedade.

A Constituição de 1988 traz inovações em matéria de propriedade.<sup>267</sup> Reconhece uma série de estatutos proprietários, sendo possível falar em múltiplas propriedades.<sup>268</sup><sup>269</sup> A mais importante é a inclusão da função socioambiental da propriedade no rol dos direitos fundamentais que, por força do § 1º do artigo 5º tem aplicação imediata.<sup>270</sup> Função socioambiental, é direito fundamental não apenas do indivíduo proprietário, mas da própria sociedade. Disto decorre que só há o reconhecimento da propriedade nas hipóteses em que esta estiver cumprindo com sua função socioambiental.

A função ambiental da propriedade decorre do disposto na Constituição em matéria ambiental. Benjamin, sustenta que desta equação renovada da propriedade e dos direitos de usá-la decorre a inversão do ônus da prova da inofensividade da atividade proposta, a ampliação da exigência de licenciamento (“licenças” com prazo

---

XXII - é garantido o direito de propriedade;  
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

...

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>266</sup> Propriedade, herança, pequena propriedade rural, etc.

<sup>267</sup> Consta as seguintes previsões no texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos seguintes termos:

...

XXII – é garantido o direito de propriedade;  
XXIII – a propriedade atenderá a sua função;

...

Art. 170. A Ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

II – propriedade privada;  
III – função social da propriedade;

...

<sup>268</sup> Propriedade intelectual, industrial, urbana e rural, potencialidade econômica (produtiva ou não produtiva), titularidade (aquisição se dá por estrangeiro ou brasileiro).

<sup>269</sup> Sobre o tema, ver VARELA, Laura Beck, LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS COSTA, Judith. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.

<sup>270</sup> A Constituição de 1967 veiculava o preceito função social, porém situado na ordem econômica. O enorme diferencial é que a função social é direito fundamental.

certo) e a responsabilidade objetiva na reparação dos danos causados.<sup>271</sup> Além disso, identifica<sup>272</sup> a introdução de uma função ecológica autônoma, a partir da Constituição de 1988. Expressa seu entendimento da seguinte maneira:

Segundo, e agora de modo original, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social básica, introduziu uma função ecológica autônoma, que deve ser cumprida necessariamente pela propriedade, sob pena de perversão de seus fins, de sua legitimidade e de seus atributos. É exatamente nesses termos que se expressa o art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Compartilhamos deste entendimento. A funcionalização da propriedade é elemento intrínseco a ela, sendo que se expressa em vários vieses, todos decorrentes do conteúdo da Constituição Federal, e, neste particular, emerge a função socioambiental que hoje é inerente à propriedade no Brasil. Nesta quadra, integra a funcionalização, a dicção propriedade-função - esta função socioambiental decorrente da Constituição de 1988 que, nas cidades, vai expressar-se de forma bastante contundente.

Ademais, analisando a dimensão constitucional da função socioambiental da propriedade, tem-se que o direito de propriedade passa também a ser lido como direito à propriedade, ou seja, possibilidade de ter acesso à propriedade. Cortiano Jr.,<sup>273</sup> abordando esta temática diz o seguinte:

Ou seja, passou-se a encarar, como desdobramento do ideal da dignidade humana, o acesso garantido à propriedade, ao ser proprietário. 'A proteção à dignidade humana e o propósito da redução das desigualdades exigem a proteção do excluído, e esta proteção leva à discussão da acessibilidade aos bens. Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também

<sup>271</sup> BENJAMIN. *Apud* CANOTILHO, J.J., LEITE, José Rubens Morato. (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72-73.

<sup>272</sup> Id. 2007 p. 119-120.

<sup>273</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroutlhs. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 153.



começa a ser um direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais e outro de acesso’

Esta questão assume relevo na delimitação do conteúdo jurídico do direito à moradia,<sup>274</sup> direito fundamental constitucionalmente garantido, a teor do que dispõe o art. 6º da Constituição Federal, que traz enorme significado, especialmente quando há colisão de interesses que precisa ser solvido por meio da aplicação dos princípios.<sup>275</sup>

Há ainda, uma função de conservação de direitos patrimoniais. Sarlet<sup>276</sup> observa que o conceito funcionalista de propriedade abrange toda a sorte de direitos subjetivos de natureza patrimonial. E diz:

Daí por que a garantia da propriedade não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela igualmente tem por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.

Deste pressuposto decorreram as formas de reconhecimento de proteção dos direitos de moradia, tais como a concessão real de uso para áreas públicas e a usucapião para fins de moradia prevista no art. 183<sup>277</sup> da Constituição, que exige a comprovação da efetiva moradia para reconhecimento do direito. A função conservadora enfatizada garante a conservação dos direitos, desde que cumprida a funcionalização. Sobre o mesmo tema, exemplo de outra ordem ocorre no âmbito do Direito Administrativo e diz respeito à desapropriação, instituto utilizado pelo Direito público. A funcionalização da propriedade pode surgir como elemento prejudicial à desapropriação. Assim, para além da discussão do preço, o particular afetado pode

<sup>274</sup> Direito à moradia não se confunde com direito de propriedade, pois não pressupõe o domínio do bem. As modalidades de segurança da posse são exemplo disso.

<sup>275</sup> Sobre o tema, consultar ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

<sup>276</sup> SARLET, Ingo W. O Estado Social de Direito, a Proibição de retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. In: **Revista de Direito Social**. Nº. 3, 2001.

<sup>277</sup> Art. 183. CF: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou da sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

debater a motivação do ato, demonstrado que sua propriedade cumpre com a função socioambiental, sendo excessivo o ato expropriatório.

O limite à definição da função socioambiental da propriedade também é constitucional, estabelecido pelo princípio da proporcionalidade. Neste aspecto, leciona Sarlet,<sup>278</sup> a partir do exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que sempre se faz necessário considerar a proporcionalidade da medida restritiva e o respeito ao princípio da proteção da confiança acrescentando:

Uma restrição será constitucionalmente legítima – de acordo com Tribunal Constitucional – quando a limitação, adequação ou reformulação das posições jurídicas prestacionais se revela como indispensável para a proteção da capacidade funcional e prestacional do sistema de seguridade social. Além disso, deverão ser observados os pressupostos específicos do princípio da proibição de excesso (“*Übermassverbot*”), notadamente, que a medida restritiva seja necessária e adequada ao fim almejado pelo legislador, não podendo, para além disso, ser excessivamente onerosa (“*Belastend*”) e inexigível (“*Unzumutbar*”). Assim, constata-se a indispensabilidade de uma ponderação que leve em conta a relação de equilíbrio entre a intensidade da restrição para o titular do direito e os valores utilizados para legitimar a restrição.

Destarte, para além de uma função social da propriedade o Estado Socioambiental Democrático de Direito consagra a função socioambiental do direito de propriedade. E, no âmbito de um direito à cidade, a definição da função socioambiental ser imputada ao Plano Diretor modifica característica histórica desta lei que, de um instrumento de definições urbanísticas físico-territoriais estritamente espaciais, passa a ser um instrumento de gestão, indutor de condutas propositivas e, na medida em que incorporar o princípio ativo identificado pela dicção, a propriedade obriga em sua normativa. Por este motivo, é que o Plano Diretor deve ser compreendido e aplicado como um densificador do Estado socioambiental no Brasil.

---

<sup>278</sup> Id., 2001.

## 9.2 Do Código Civil de 1916 ao Código Novo

O Código de 1916 não definia o direito de propriedade, apenas indicava os poderes do proprietário no art. 524.<sup>279</sup> O Código de 2002, no artigo 1228,<sup>280</sup> substituiu a locução “a lei assegura ao proprietário” por “o proprietário tem a faculdade”. A inovação, que implica na funcionalização das situações proprietárias, encontra-se nos parágrafos deste artigo, em especial no § 1º.<sup>281</sup>

Tepedino<sup>282</sup> assim comenta o § 1º:

[...] por outro lado, o § 1º, ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, visa a perseguir a tutela constitucional da função social, reclamando uma interpretação que, para além da mera admissão de eventuais e contingentes restrições legais ao domínio, possa efetivamente dar um conteúdo jurídico ao aspecto funcional das situações proprietárias. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.

Nesta seara não cumpre a função social a propriedade explorada ilegal e prejudicialmente aos recursos naturais! Não se reconhecem os direitos do proprietário sobre a propriedade cuja função socioambiental é defraudada.

<sup>279</sup> Art. 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

<sup>280</sup> Art. 1228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

<sup>281</sup> §1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

...

§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

<sup>282</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Introduzindo o tema do novo Código no aspecto atinente à propriedade rural, Facchin assim se expressa:

No que concerne à propriedade imobiliária rural, o novo Código condiciona o seu exercício às finalidades econômicas e sociais, com preservação da flora, da fauna, do ar, das águas, e do patrimônio histórico e artístico. Prevê, ainda, uma privação do direito de propriedade se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, considerada pelo juiz de interesse social relevante.

Já noção de função social e igualdade, que surge na propriedade rural com a adoção do interesse social, no dizer de Facchin, corresponde ao princípio da distribuição das cargas sociais.<sup>283</sup> Está refletida na previsão constitucional da possibilidade de desapropriação da propriedade por interesse social, para fins de reforma agrária, no artigo 184 da CF.<sup>284</sup> De outro lado, consta também a definição dos requisitos exigidos para que a propriedade cumpra com sua função social. Assim, descumprido um dos requisitos referentes às exigências atinentes ao disposto no art. 186 da Constituição Federal,<sup>285</sup> a propriedade é passível de desapropriação para fins de reforma agrária.<sup>286</sup> Não é para qualquer outro fim, mas para reforma agrária, um dos instrumentos elencados pelos constituintes para atingir os objetivos da República, referente à diminuição das desigualdades sociais e à superação da pobreza. Nesta linha, as propriedades rurais que não utilizem

<sup>283</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 289. A saber, “A idéia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres. Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser lido como direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso.”

<sup>284</sup> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de seu valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

<sup>285</sup> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

<sup>286</sup> O texto condiciona a critérios e graus de exigência previstos em lei. A lei que na hipótese tem sido usada é o Estatuto da Terra. Porém é necessário avançar para regulamentar as outras hipóteses previstas na Constituição como requisitos da propriedade produtiva.

adequadamente os recursos naturais disponíveis e de preservação do meio ambiente<sup>287</sup> são passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária, desde que, evidentemente, possam ser utilizadas para a produção, objetivo intrínseco da redistribuição de terras efetuada pela política pública reforma agrária. Assim, o aproveitamento racional e adequado – leia-se propriedade improdutiva – não é o único requisito constitucional apontado para definir a função social da propriedade rural, devendo outros elementos também ser explorados.

Zavascki<sup>288</sup> comentando o § 4º, desenvolve o seguinte raciocínio:

O dispositivo indicado constitui forma de solucionar um fenômeno de colisão entre o princípio do direito de propriedade (que inclui a faculdade de utilizar a ação reivindicatória e os interditos possessórios para haver a coisa de quem injustamente a possui - CC/1916, art.524) e o princípio da função social da propriedade (considerando atendido, nas circunstâncias, pela forma e pelo modo como o bem está sendo utilizado pelos possuidores não proprietários). Ponderando os valores constitucionais em conflito, o novo Código Civil opta por solução que privilegia o princípio da função social.

Veja-se que os autores acima citados, apontam normas do Código novo, que fazem uma clara opção pela função social, em detrimento da versão anterior do Código de 1916. Para além do texto constitucional, ocorre a densificação, nas normas do Código Civil, dos dispositivos constitucionais. Seria natural que assim fosse, em se tratando de norma ordinária, hierarquicamente inferior à Constituição e editada após o advento da Carta Magna. Porém, o Código Civil por muito tempo foi compreendido como a Constituição do Direito Privado. Por isso, a compatibilidade deste com a Constituição e o afastamento de dispositivos que não dialogam com esta ainda é tarefa que vem sendo realizada.

---

<sup>287</sup> Tem-se como exemplo as enormes queimadas, os desmatamentos ilegais, o uso de defensivos agrícolas proibidos, além de uma série de outras práticas atentatórias aos recursos naturais.

<sup>288</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS COSTA, Judith. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 854.

### 9.3 Limitações Administrativas e Conteúdo da Propriedade

Importante diferenciação ocorre entre as limitações ao direito de propriedade e a função social da propriedade. Função social da propriedade não se confunde com limitação ao direito de propriedade. As limitações administrativas<sup>289</sup> sempre decorreram da supremacia geral do Poder Público ante os cidadãos, sem necessidade de disposição constitucional específica.<sup>290</sup> Sundfeld salienta que esta ideologia de imposição de limites externos, por intermédio do poder de polícia, “é coerente com e inteiramente adequado ao Estado Liberal, impondo limites negativos ao comportamento proprietário.” Todavia, a propriedade que precisa ter uma função sociambiental coerente com o Estado Social ora vigente, reitera-se, vai além de meras limitações externas, possuindo um conteúdo intrínseco ao seu próprio exercício. Esta distinção não é meramente acadêmica. É fundamental para compreender até onde o legislador pode ir na delimitação da propriedade, a partir da aplicação da Constituição. Sundfeld, assim se manifesta:

O regime jurídico da propriedade há de ser tecido pelo legislador, que é o destinatário das disposições constitucionais em comento, como uma síntese da função individual e da função social, previstas na Constituição Federal. A nosso ver, tal síntese bem poderia ser traduzida pelas seguintes idéias:

- a) O princípio da função social não autoriza a supressão da propriedade privada;
- b) a utilização da propriedade na realização de interesses sociais merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário;
- c) o princípio da função social é fundamento para a imposição do dever de utilizar a propriedade;
- d) a função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade.

Prossegue Sundfeld, dizendo: “A função social é, portanto, um novo instrumento que, conjugado aos normalmente admitidos (as limitações, as desapropriações, as servidões, etc.), possibilitam a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.”

---

<sup>289</sup> Poder de polícia.

<sup>290</sup> Neste sentido, SUNDFELD, op. cit., 1987.

A compreensão desta alteração e da profunda mudança de paradigma que a inclusão da função socioambiental da propriedade como direito fundamental representa é de extrema importância. Para além das resoluções de conflitos de ordem jurídica individual, neste conceito está inserido um valor que mexe com a cultura oitocentista de direito de propriedade absoluto, ainda vigente em nosso país.

Os artigos 182 a 184 da Constituição Federal, por sua vez, disciplinam a utilização da propriedade urbana e rural respectivamente, reconhecendo características próprias decorrentes da potencialidade econômica do bem, como da destinação econômica e social.<sup>291</sup> Há o reconhecimento da funcionalização e da afetação do bem, pela destinação econômica deste, estabelecendo regras específicas para estas propriedades.<sup>292</sup>

Nas cidades, o Plano Diretor assume relevo. O art. 182<sup>293</sup> da CF eleva o Plano Diretor a instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que a propriedade cumpre a sua função social quando atende a exigências expressas no Plano Diretor.<sup>294</sup> Por isso, deixa de ser um plano ou uma lei físico-territorial para ser o definidor da função social da propriedade. E, gize-se, que a cidade não é uniforme. Há várias “cidades” dentro de uma mesma “cidade”, no sentido de que os lugares compreendidos como “pequenas cidades”, as ambiências guardam características específicas e podem ser fortalecidas com a exigência do

<sup>291</sup> Neste sentido, FACCHIN, op. cit., 2003.

<sup>292</sup> Na dicção de Tepedino, “Pode-se notar a previsão de diversas disciplinas de acordo com a potencialidade econômica da propriedade, levando-se em conta a sua destinação. Na esteira desses princípios, são postos a salvo da desapropriação, para os fins de reforma agrária, as pequenas e médias propriedades, quando o titular não possuir uma outra (art.185, I). No mesmo sentido é vedada a penhora da pequena propriedade familiar rural, por débitos derivados da atividade produtiva. A propriedade familiar terá meios específicos de financiamento para o seu desenvolvimento (art. 5º, XXVI). Ainda, em favor da pequena propriedade, a Constituição instituiu o chamado “usucapião especial”, em virtude da posse continuada por cinco anos de imóvel rural, não superior a 50hectares, tornado produtivo pelo possuidor, ou, no caso, de propriedade urbana destinada à habitação familiar, não superior a 250m<sup>2</sup>. [...] De qualquer sorte, a disciplina da propriedade, expressa através de longo elenco de artigos, é concebida no âmbito da mais ampla política fundiária, levando-se em consideração a programação e o planejamento da utilização do solo urbano e rural.” TEPEDINO, op. cit., 2004.

<sup>293</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

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

<sup>294</sup> Art. 182, §2º da CF.

cumprimento da função socioambiental da propriedade. Disso decorre que, no Plano Diretor, deve estar a “cara”, o perfil planejado ou identificado de cada região bem como, a projeção, mediante a utilização dos instrumentos das limitações administrativas, para que este perfil, esta “cara”, se perfectibilize. Assim, nas áreas que devem guardar características naturais, o regime urbanístico deve ser adequado a baixa densidade<sup>295</sup> e baixa taxa de ocupação.<sup>296</sup> Em outras áreas cuja infraestrutura urbana comporta maior número de pessoas, há que se ter incentivos para construção, inclusive com aquisição de potencial construtivo.<sup>297</sup> Já em áreas nas quais o Poder Público deseja mudar o perfil, por exemplo, transformando em área de habitação popular, pois afinal a crise habitacional precisa ser enfrentada, e as cidades precisam ter lugares regulares para absorverem a população de baixa renda, há que serem utilizados os instrumentos da edificação compulsória<sup>298</sup> combinados com a destinação de zonas especiais de interesse social,<sup>299</sup> indicando a função daquela propriedade. Este manejo e cotejo de situações é que vai expressar a função socioambiental da propriedade.

Enfim, a concretização da função social, combinada com a possibilidade de estabelecer limites ao direito de propriedade, abre uma série de possibilidades que dependem, sobretudo, do planejamento e da aproximação com os processos sociais, a partir da realidade concreta e não, de uma situação virtual. O Estatuto da Cidade contém uma série de instrumentos de intervenção na propriedade, os quais devem ser utilizados com esse viés, mas que somente têm sentido se utilizados nessa perspectiva de gestão. Tratados de forma isolada, tendem a não cumprir com os objetivos para o qual foram erigidos em lei, ou seja, a dimensão das funções sociais da cidade, inserida em um Estado Socioambiental Democrático de Direito.

---

<sup>295</sup> Densidade é a relação que indica a intensidade do uso e ocupação do solo urbano; densidade habitacional refere-se ao número de habitantes fixos por hectare e densidade populacional refere-se ao número total de habitantes por hectare, residentes ou não e número de economias por hectares.

<sup>296</sup> Estabelece os limites da ocupação do terreno; define a área que será ocupada pela edificação.

<sup>297</sup> Outorga onerosa do direito de construir previsto no art. 28 do Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257/01.

<sup>298</sup> Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, previsto no art. 5º., do Estatuto da Cidade.

<sup>299</sup> Zonas especiais de interesse social, previsto no art. 4º, IV, letra “f” do Estatuto da Cidade.



#### **9.4 Possibilidades de Concretização e Densificação<sup>300</sup> da Função Socioambiental da Propriedade: exemplos na jurisprudência<sup>301</sup>**

A densificação e a concretização da função socioambiental da propriedade vêm paulatinamente se expressando na legislação, a exemplo do Estatuto da Cidade e nas políticas públicas, a exemplo das campanhas da segurança da posse, que adotam o princípio, e ainda, nas decisões judiciais.

Optamos por examinar topicamente e em caráter exemplificativo excertos do Tribunal de Justiça gaúcho, porque a Jurisprudência tem sido uma fonte consolidadora da função socioambiental da propriedade, reforçando os princípios, em detrimento de regras e dando concreção aos dispositivos constitucionais.

Os exemplos abaixo colacionados<sup>302</sup> servem para ilustrar a aplicação do princípio constitucional na dimensão abordada, dando conta de que, para além da retórica ou da dimensão acadêmica que a matéria suscita, há uma vasta dimensão prática que começa a ser explorada.

##### **9.4.1 Cancelamento de gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade de bem<sup>303</sup>**

Em síntese, trata-se de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu a possibilidade de cancelamento dos gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade de bem, a pedido dos herdeiros, porque eles não tinham interesse de permanecer com a gleba rural deixada por seu pai. No

<sup>300</sup> Para os fins desta dissertação adotamos o conceito de densificação como fornecimento de conteúdo que pode se expressar na concretização e na legislação, na forma lecionada por BELLO FILHO, op. cit., dez. 2006.

<sup>301</sup> Optamos por examinar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela reconhecida excelência do Tribunal Gaúcho e porque procuramos estabelecer pontes entre a atividade profissional (procuradora do Município) e a academia. A jurisprudência selecionada para exame tem a mesma motivação.

<sup>302</sup> Optamos por colacionar a jurisprudência de forma destacada para dar a maior visibilidade possível, por isso não constam em rodapé.

<sup>303</sup> Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível. Processo Nº. 70006893879, Relator: Desembargador Rui Portanova, origem Comarca de São Gabriel.

caso, a motivação dos gravames havia sido a não aprovação do casamento da autora da ação. O Código Civil de 1916 permitia a imposição dos gravames sem qualquer justificativa. A atual legislação civil especifica que, salvo se houver justa causa, declarada em testamento, não pode o testador estabelecer gravame sobre a legítima.

Em decisão o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>304</sup> acolheu o pleito de retirada dos gravames, em atendimento do princípio da função social da propriedade. Apontou, ainda, que a legislação infraconstitucional deve ser lida à luz dos valores fundamentais da Constituição Federal. Em suma, foram afastadas as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, sob o argumento de que a vontade do titular não prepondera para além da vida, quando impede a plena fruição da propriedade. Na hipótese, o Tribunal entendeu que o bem deixado não servia aos herdeiros que não tinham intenção de continuar com a lide rural, mas já haviam se estabelecido na capital. Fez preponderar o princípio da função social da propriedade em detrimento das regras do Código Civil.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> Id.

<sup>305</sup> Das razões da decisão destaca-se o que segue: “No que diz respeito ao cancelamento das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, o Código Civil de 1916, em seu artigo 1723, permitia a imposição de tais restrições sem qualquer justificativa.

A atual legislação civil especifica que, salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer gravames sobre os bens da legítima (art. 1848 do CC/02).

A nova lei substantiva retrata a evolução que já vinha sendo feita pela doutrina e jurisprudência, porquanto as disposições do CC/16 merecem devido temperamento.

O objetivo de preservação patrimonial para os descendentes deve sofrer abrandamento para a real conveniência aos interessados, principalmente pela função social que exerce a propriedade.

É bem de ver que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser realizada sob a ótica dos valores fundamentais contidos na Constituição Federal. Este é o caso do cancelamento das cláusulas de restrição em razão da função social que deve ter a propriedade, não mais se justificando a perpetuação da vontade do titular do patrimônio para além de sua vida quando impede a plena fruição da propriedade. Os bens devem servir às pessoas e não escravizá-las.”

Sobre o ponto, assim disse o parecer ministerial: “A espécie demonstra que a apelante não é latifundiária e nem tem vocação ao meio rural. Trata-se de uma psicóloga estabelecida, que se vê obrigada a conviver no meio rural, por causa da clausulação que lhe foi imposta. Evidentemente, isso não é desfrutar do patrimônio herdado e nem o desfrute pleno do direito de propriedade. O novel legislador percebeu isso e inseriu a motivação como necessária para estancar a discriminação que havia no código civil revogado. Aliás, pode-se até afirmar-se que a cláusula é legal, porque constituída sob a égide do Código Civil revogado, mas a vida é dinâmica e os homens não podem continuar escravos dos bens”. (fl. 102).

Neste mesmo sentido, assim a Jurisprudência: “Jurisdição Voluntária. Clausulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Cancelamento. Cabimento. As regras de proibição contidas no estatuto civil merecem o devido temperamento, eis que a intenção de preservar o patrimônio, para a fruição dos descendentes, se subjugava a situação vigente, diversa de quando foram estabelecidas as clausulas, e o abrandamento da austeridade canônica mira-se na real conveniência ou vantagem para os interessados. Além disso, a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores fundamentais contidos na carta federal, para que ocorra a prevalência dos princípios nela

#### **9.4.2 Imóvel penhorado com destinação à moradia de entidade familiar. Impossibilidade. A função social da propriedade prepondera sobre o crédito<sup>306</sup>**

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve sentença que acolheu embargos de devedor de particular em ação que lhe moveu instituição financeira, entendendo que por tratar-se do único bem dos executados destina-se a moradia, sendo, portanto, impenhorável.<sup>307</sup>

Nas razões de decidir, foi apontado que é ônus do credor o afastamento da presunção de que o único imóvel do devedor se destina à moradia da entidade familiar. O art. 1º. da Lei Nº. 8.090 protege a entidade familiar, decorrendo disso a impenhorabilidade do único bem da família. Visa garantir a função social da propriedade, privilegiando o crédito, em detrimento de um valor maior decorrente das mínimas condições de vida, dentre as quais se destaca o morar.<sup>308</sup>

---

contidos sobre normas elaboradas em outro século. Apelação provida, para autorizar o cancelamento de cláusulas de restrição”. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª CC. Apelação Cível. Processo Nº. 70003331659. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 06/03/2002).

“INVENTARIO. CLAUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE. Ante a nova ordem constitucional vigente, que ressalta a inalienabilidade da propriedade e consagra o direito a herança, não mais se justifica a perpetuação da vontade do titular do patrimônio para além de sua vida mediante a fixação por testamento de cláusulas restritivas de propriedade. Agravo desprovido”. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª CC. Agravo de Instrumento. Processo Nº. 70003200631. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 27/02/2002).

<sup>306</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 9ª CC. Apelação Reexame Necessário. Processo Nº. 70006642821 Comarca de Origem Cruz Alta.

<sup>307</sup> Embargos do Devedor. Imóvel Penhorado que consta inscrito em nome dos executados. Destinação Para moradia de entidade familiar. Aplicação do artigo 1º da Lei 8.009/90. Proteção da situação fática. dignidade da pessoa.

1- Uma vez demonstrado que o imóvel penhorado e registrado em nome dos executados destina-se à moradia da entidade familiar, merece ser mantida sentença de procedência dos embargos do devedor, tornando sem efeito a constrição.

2- Caso concreto, que autoriza decreto de impenhorabilidade em razão de tratar-se do único imóvel que possuem os executados.

3- É do credor o ônus de desmanchar a presunção de que o único imóvel do executado se destina à moradia da entidade familiar.

4- A Função social da propriedade prepondera sobre o crédito, livremente concedido pela instituição financeira. Apelação Desprovida. Sentença Confirmada Em Reexame Necessário.

<sup>308</sup> No mesmo sentido já havia Jurisprudência do TJ, a saber: “Apelação Cível. Embargos a Execução. Imóvel Residencial. Impenhorabilidade. Alegação de julgamento antecipado que tangencia os lindes da má-fé, já que o feito foi instruído com produção de prova testemunhal. contexto probatório que demonstra que o bem serve de residência da embargante e sua família, prova essa que não foi qualificada por prova em contrário, já que o embargado não produziu prova alguma. A impenhorabilidade é tema de ordem pública e pode ser alegada em qualquer fase processual e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de Embargos. Apelo Improvido. (5 fls.) (Apelação

No caso concreto, também poderia ter sido utilizado o argumento do direito à moradia, previsto na Constituição Federal expresso e não somente como decorrência da dignidade da pessoa humana. Porém o fio condutor do voto – a dignidade da pessoa humana – chega ao mesmo resultado, sendo que, para maior precisão, nestes casos, propugna-se pela alusão do direito à moradia. Também importante assinalar que o ônus da prova em demonstrar se há mais propriedades, ou não, é da instituição credora, na forma apontada na decisão.

De modo diverso decidiu o STF, em decisão de 08/02/06, RE 407.688-8/SP, Relator Min. Cezar Peluso<sup>309</sup>

Ementa: Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009/90, com a redação da Lei nº. 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Sarlet, ao criticar a decisão do STF,<sup>310</sup> adverte que, na decisão em comento, para além de um problema de constitucionalidade, tem-se uma questão de proporcionalidade. Alerta também que a proporcionalidade não pode ser abstrata. Deve ser examinada concretamente. No caso em análise, avaliar se os fiadores tinham outro local para residir, outros meios para quitar a fiança, outra forma de adimplir o direito do locador. E, de outro lado, se o locador sabia tratar-se do único

---

Cível Nº. 70001286426, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 28/12/2000).

Apelação Cível. Embargos de Devedor. Imóvel destinado à residência da família. Impossibilidade de constrição face ao disposto na lei 8009/90. Imóvel que tem por finalidade servir de residência a família é impenhorável nos termos da Lei N. 8009/90. Condenação da Exeqüente/Embargada a arcar com às custas e honorários advocatícios. Procedentes os embargos de devedor com o reconhecimento da impenhorabilidade do bem, decorrência lógica e a condenação do vencido a suportar sozinho o ônus sucumbencial, mesmo porque tal bem foi penhorado por indicação da credora. Negaram provimento ao apelo. (9 fls.) (Apelação Cível nº. 70003074515, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Matilde Chabar Maia, julgado em 13/12/01).

<sup>309</sup> Decisão por maioria de votos, vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres de Brito e Celso de Mello.

<sup>310</sup> Reunião do grupo de estudo que pesquisa “Direitos Fundamentais” no mestrado da PUC/RS, liderado pelo Prof. Ingo W. Sarlet e do qual a signatária faz parte.

bem do fiador, se as condições no decorrer da locação foram modificadas e qual a situação econômico-social do fiador para análise da proporcionalidade. Aduz que a proporcionalidade deve ser aplicada de forma tópica, ou seja, verificando se a medida adotada não é gravosa a ponto de fulminar o direito à moradia, de um lado e, de outro, se o afastamento da lei que atribui uma garantia ao locador cumprirá efetivamente com o direito à moradia, com o que concordamos integralmente. No caso, o fiador foi aceito pelo credor. Os locadores podem exigir que o bem dado em garantia não seja o único da família, a fim de não ocasionar o problema da impenhorabilidade. Aliás, esta é uma prática contumaz adotada que protege o credor. Por este motivo entendemos que o simples afastamento da cláusula de impenhorabilidade, sem analisar o caso concreto, não dialoga com os princípios da função social da propriedade e do direito à moradia, devendo os fatos concretos serem cotejados para verificar a incidência tópica destes.

#### **9.4.3 Regularização Fundiária. Aplicação do More Legal<sup>311</sup>**

Nesta hipótese, baseado no parecer do Ministério Público estadual, o Juiz indeferiu a inicial que propugnava a regularização de loteamento com base no Provimento More Legal II<sup>312</sup>. O Tribunal exercendo um juízo de ponderação, fez preponderar o entendimento da prevalência do direito à moradia, em detrimento das normas ambientais. Veja-se que o a decisão denota a existência de rede de esgoto, abastecimento de água, parcial existência de serviços urbanos, de modo que requisitos ambientais estavam sendo observados.

Procedimento de regularização de propriedades imóveis. loteamento irregular. Excepcionalidade de situação de fato irreversível, inclusive com parcial existência, no local, de serviços urbanos, tais como abastecimento de água, rede de esgoto pluvial, arruamento, luz, além de os imóveis a que se visa a regularizar já estarem sendo objeto de

<sup>311</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 21ª CC. Apelação Cível. Processo Nº. 70003865086. Relator: Des. José Conrado de Souza Jr., Comarca de Origem Sapiranga.

<sup>312</sup> Provimento More Legal foi instituído pela Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, visando a facilitar regularização e o registro de loteamentos e desmembramentos de imóveis. A jurisprudência colacionada se refere ao Provimento More Legal II. Atualmente vigora o Provimento More Legal III, publicado em 28 de outubro de 2004.

lançamento tributário pelo município. Imperativos da função social da propriedade e do acesso à justiça, com assento constitucional. Aplicação, no que couber, do provimento Nº. 17/99 – More Legal II, da egrégia Corregedoria-geral da Justiça. Procedimento judicial que transporta elevado conteúdo administrativo, o que recomenda flexibilização procedimental de molde a que, afastada qualquer hipótese de fraude e má-fé, se proceda à regularização de indesejável e perene situação de fato.  
Recurso conhecido e provido.

A utilização do Provimento Legal é uma forma de concretizar o princípio da função socioambiental da propriedade privada e do direito à moradia, nos loteamentos clandestinos e irregulares. Afastar o Provimento sem examinar o caso concreto, deixa à margem da regularidade e da cidade formal enorme passivo ambiental das cidades brasileiras. Importante para a cidade no Estado Socioambiental é garantir que as regularizações jurídicas, cujo More Legal é procedimento que atinge tal objetivo, sejam precedidas de obras de infra-estrutura mínima que atenda as melhorias urbano-ambientais exigidas, o que no caso parecia ter. Por isso, colacionamos o excerto como precedente importante no exame da regularização dos loteamentos na perspectiva do Estado Socioambiental.

#### **9.4.4 Ação Demolitória e Função Socioambiental da Propriedade<sup>313</sup>**

A decisão que segue afeta diretamente paradigma do Direito Público e merece ser objeto profundo de reflexão. Isto porque é comum, na Administração, para fins de cumprimento do Plano Diretor do Código de Edificações ou similares, o ajuizamento de ações demolitórias que aleguem o descumprimento da norma municipal. Muitas vezes não há ponderação quanto à necessidade da medida ou quanto à possibilidade de utilizar meios menos gravosos, pois há um plano regulador e, com as denúncias, a fiscalização atua apontando o descumprimento da lei. Disso resultam as ações demolitórias especificamente.

O excerto jurisprudencial abaixo que reflete uma tendência do nosso Tribunal, haja vista a existência de uma série de outras decisões no mesmo sentido. Exige

<sup>313</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 1ª CEC. Apelação Cível. Processo Nº. 70005661160, rel. Des. Ângelo Giannakos, Comarca de origem Tramandaí.

reflexão daqueles que operam com o Direito Público, em especial o Direito Municipal, a saber:

Apelação Cível. Ação demolitória. Obra clandestina. Limites ao poder de polícia municipal. Moradia da família. Caso concreto que autoriza medidas administrativas menos rigorosas. Função social da propriedade (art. 182, § 2º, da CF).

Nas razões de decidir<sup>314</sup> os Desembargadores entenderam que, nas hipóteses de moradia, o Município deve demonstrar o interesse público na demolição. Assim, incorpora-se elemento novo às ações desta espécie, qual seja, a motivação da demolição. Aduziram que na hipótese da existência de meios menos gravosos estes preponderam. Também aqui houve a preponderância do princípio da função socioambiental da propriedade, na hipótese da propriedade pública, em detrimento da norma legal, no caso legislação municipal, o que está em perfeita

---

<sup>314</sup> A Prefeitura Municipal de Imbé/RS ingressou com Ação Demolitória contra Ivanice de Oliveira Oliveira, aduzindo que a requerida edificou, clandestinamente, sobre lote de Quadra 05, setor 39 do Balneário Riviera, em Imbé. Disse que, a requerida, assim agindo, infringiu os arts. 12 e 72 da Lei Municipal nº 418/80, eis que não apresentou os projetos necessários para o licenciamento da obra.

A casa está sendo habitada pela ré e por seus filhos, ao que tudo indica, por ser o lugar que dispõem como habitação.

Na contestação, a ré alegou que “sendo a moradia da família um bem essencial a vida, não teve a ré outra intenção a não ser a de construir dois cômodos para dar um pouco de proteção e dignidade aos seus filhos, assim a moradia construída tem por objetivo de garantir o que preceitua a CF/88 no seu art. 182, § 2º, por mais que não tenha observados as normas do município, isso por falta de condições financeiras da ré”.

Ora, já existe precedente nesta Corte, apontando outra via que não a da demolição, em circunstância similar.

Veja-se aresto do eminente Des. Osvaldo Stefanello:

“Direito Público Municipal. Ação Demolitória. Poder de Polícia dos Municípios. Limites. A demolição de obra, por levantada com infração à lei municipal, em se constituindo em limite do livre uso da propriedade, direito constitucionalmente assegurado, só se justifica se atribuir relevante benefício à coletividade. Tal não acontecendo, a irregularidade há de ser sanada com providências administrativas outra que não seja a demolição da obra. Nesse limite é que há de ser exercido o poder de polícia que é inerente à Administração Pública. Poder de polícia que não se compatibiliza com a intransigência e o excesso de rigorismo no seu exercício, pela Administração Pública. Ação demolitória de obra urbana julgada procedente em instância inicial. Provimento do apelo do réu. (Apelação Cível nº 596229500, julgada em 08/04/97, 6ª Câmara Cível do TJRS)”

Este posicionamento não aponta ilegalidade no procedimento da administração municipal, que deve zelar pelo cumprimento das leis e posturas municipais, mas tão-somente, aponta caminho menos rigoroso, a ser seguido pelo administrador municipal, quando presentes, no caso concretos, valores maiores, como a dignidade do ser humano, que, por carência de recursos, não pode ser jogado a sua própria sorte.

Frise-se, que em nenhum momento, o autor comprovou que a permanência da construção, acarretaria prejuízo à coletividade.

sincronia com o Estado Socioambiental Democrático de Direito, no qual o cidadão é o centro.

#### **9.4.5 Reintegração de Posse e Função Socioambiental da Propriedade**

De todos os exemplos trazidos à colação possivelmente este seja o que mais perplexidade possa trazer, porque contém em seu bojo uma concretização precisa da função social em nosso tempo, contrapondo a propriedade individual ao compromisso jurídico exigido para fazer do princípio realidade concreta, porém afetando diretamente a cultura patrimonialista individual contida no conceito de propriedade privada.

O Rio Grande do Sul tem se notabilizado por decisões de não conceder reintegração de posse para áreas ocupadas por sem terra ou por sem teto. A imprensa teceu contundentes críticas a estas decisões, acusando-as de aplicação de “direito alternativo”, de posições pessoais das autoridades do Judiciário que julgam, bem como de desrespeito à propriedade privada.

Contudo, analisando um dos acórdãos objeto das críticas públicas ao nosso Tribunal e após a análise da propriedade privada na Constituição Federal de 1988, constata-se que, nas decisões, nada mais ocorre do que perfectibilização dos princípios constitucionais. Não há negação ao direito de propriedade, até porque o princípio da função social não nega este direito, apenas realinha posições que exigem a sua funcionalização. Há, isto sim, aplicação do que vimos até aqui. Ou seja, relativização dos direitos proprietários determinando a demonstração dos requisitos que evidenciem o cumprimento da função social da propriedade. As liminares não foram concedidas sob o fundamento de que, além do título de domínio, os proprietários precisavam demonstrar que cumprem a função social da propriedade. E, enquanto isto não restar demonstrado, a liminar de reintegração de posse não é concedida, pois, na ponderação dos direitos, prepondera o direito à moradia e o princípio da função social da propriedade.

Eis a íntegra da decisão:



Agravo de Instrumento. Reintegração de Posse. Cabimento de ser invocado o princípio da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII da CF/88), para fins de denegação de liminar possessória. Parecer do Ministério Público nesse sentido. Precedentes. Recurso PROVIDO.<sup>315316</sup>

Trata-se de agravo de instrumento aforado por KELEN FLORES e OUTROS, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO, hostilizando a decisão que deferiu liminar reintegratória de posse.

Os agravantes sustentam que a hipótese falece de requisitos necessários à concessão da reintegração de posse. Ademais, argumentam que ocupam a área em litígio na finalidade de construir habitações populares, invocando direitos conferidos pelo disposto nos arts. 182 e 183 da CF e pelo Estatuto da Cidade – Lei nº. 10.257. Requerem a modificação da decisão, sendo agregado ao presente agravo o efeito suspensivo.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 185 e verso).

O agravado assevera que as regras dos arts. 182 e 183, da CF são inaplicáveis à espécie. Aduz que houve invasão de área pelos agravados, restando caracterizado o esbulho. Outrossim, sinala que se trata de posse nova, estando preenchidos requisitos necessários ao deferimento da medida pleiteada. Assim, pugna pela manutenção da decisão fustigada.

É o relatório.

Dou provimento ao recurso.

Não se trata de aferição do cumprimento da função social da propriedade para fins de desapropriação. Nesta sede de decisão liminar, a função social da propriedade se presta como substrato para manutenção dos agravantes na posse do imóvel, mesmo que não conste tal requisito na legislação processual civil. Ao menos, provisoriamente, até julgamento final da demanda. É dizer, usa-se tal princípio, que possui dignidade constitucional, para se indeferir a pretensão possessória liminar. Se há o desrespeito a tal mandamento constitucional, deverá ser verificado no decorrer da ação possessória. Agora, faz-se uso das alegações dos agravantes para prover o recurso.

Nesse rumo, esta Câmara já decidiu em recurso da minha relatoria:

“Agravo de Instrumento. Reintegração de Posse. Cabimento de ser invocado o princípio da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII da CF/88), para fins de denegação de liminar possessória. Recurso PROVIDO.” (AI n. 70007515612, j. 06/04/2004).

Também nesse norte, o parecer do Ministério Público, que em determinado momento afirmou (fl. 209):

“[...] Desta feita, tendo em vista as alegações expendidas no presente agravo de instrumento, é de prudência, visto estar-se em sede de cognição sumária, reformar a liminar pretendida, dando provimento ao presente recurso, para que se proceda a instrução da ação de reintegração de posse posta.

“Outrossim, como bem exposto pelo Des. Rel. Mário José Gomes Pereira, na decisão que concedeu o efeito suspensivo ao recurso, está-se diante do direito à moradia, constitucionalmente protegido e respeitante à dignidade da pessoa humana, em colisão com o direito patrimonial exercido pelo agravado e, pelo menos por ora, deve-se privilegiar o primeiro.”

Ademais, não há, na espécie, urgência na retomada da posse. É dizer, viável aguardar-se a decisão final a ser proferida após regular

<sup>315</sup> Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul. 19ª CC. Agravo de Instrumento. Processo nº. 70008259137. Comarca de origem: São Leopoldo.

<sup>316</sup> Relator Dês. Mario José Gomes Pereira.

instrução da demanda possessória. Até mesmo porque, pelo teor da interlocutória recorrida, não consigo lobrigar, como de rigor, a presença dos requisitos postos nos artigos 927 do Diploma Processual Civil e 1.210 do Código Civil de 2002.

O mesmo fio condutor do acórdão que sustenta o cancelamento de gravame de propriedade dá guarida a não concessão de liminar, qual seja a funcionalização do direito de propriedade. A diferença é que, enquanto o primeiro é um pedido da parte que herdou o bem, a proprietária, o outro exemplo tem por objeto o dever do proprietário em demonstrar o cumprimento da função social. Aqui a resistência é maior, porque, para além do jurídico, contempla a arraigada cultura oitocentista de patrimonialização individualista, que entende a propriedade somente na sua dimensão “direito” e não na de “dever”.

#### **9.4.6 Inversão ônus da prova em matéria ambiental**

A decisão abaixo decorre de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual em caso de desmatamento de reserva legal. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou a inversão do ônus da prova para “pagamento da perícia”. Há outros precedentes no mesmo sentido.

Agravo de Instrumento. Constitucional, administrativo e processual civil. Ação Civil Pública. Legitimidade passiva do proprietário do imóvel. Ministério Público. Dano Ambiental. Inversão do ônus da prova. Cabimento nas relações jurídicas vinculadas a interesses difusos, coletivos e individuais referentes a danos ambientais. Inversão do ônus da prova para impor ao requerido os custos da perícia. Previsão legal (art. 6º, viii, da lei nº. 8078-1990 e art. 18 da lei nº. 7.347-1985). Agravo improvido.<sup>317</sup>

1. O proprietário do Imóvel que consta no Álbum Imobiliário deve integrar a lide até que seja comprovada sua efetiva desvinculação com o bem, em face de venda anterior, bem como com relação ao dano ambiental perpetrado pelo novo proprietário. (fls. 158.)

2. É cabível a inversão do ônus da prova também no âmbito de proteção ao meio ambiente. Portanto, na espécie, é o agravante responsável pelo pagamento dos encargos decorrentes da produção de prova pericial.

<sup>317</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4ª CC. Agravo de Instrumento. Processo Nº. 70021834494, Dês.: Welligton Pacheco Barros.

Os exemplos jurisprudenciais trazidos à colação visam demonstrar que a matéria vem sendo paulatinamente abordada e, sobretudo, alertar para a imensa tarefa dos operadores do direito em traduzir a função socioambiental da propriedade para a vida, concretizando a aproximação do sistema jurídico como sistema social.<sup>318</sup>

A doutrina de Alfonsin sobressai e, de forma lapidar, demonstra que o acesso à terra e à habitação é um efeito jurídico da função social da propriedade.<sup>319</sup> Questiona também o devido processo legal no caso da reforma agrária, assim como o decorrente da aplicação do art. 182 da Constituição Federal, na hipótese relativamente à possibilidade de edificação ou parcelamento compulsório para fins de cumprimento da função social da propriedade, da seguinte forma:

Será que uma tal “onerosidade excessiva”, essa “quebra da relação de equivalência”, essa fratura da “base contratual” que existe entre o proprietário da terra, enquanto bem de produção, e toda a sociedade, expressa nas obrigações que integram a função social deste direito, tem de fazer a última suportar o ônus de uma prova, que, com a vênha devida às opiniões em contrário, somente pode pesar contra quem é capaz de gerar tais efeitos?

Na linha de raciocínio desenvolvida pelo autor acima citado, entendemos que há uma onerosidade excessiva no devido processo legal para debater o cumprimento da função socioambiental de uma determinada propriedade. A possibilidade da inversão do ônus da prova, fazendo recair sobre o proprietário o ônus de demonstrar que cumpre com essa função social, dialoga perfeitamente com os princípios do Estado Socioambiental examinados nesta dissertação, podendo ser aplicado e se constituir em forma de contraposição a esta onerosidade excessiva, ou dito de outra forma, adstrita aos limites da proporcionalidade da medida.

<sup>318</sup> Nesse sentido, ARONNE, Ricardo, op. cit., 2001. “No princípio da função social observa-se o ponto de aproximação do sistema jurídico com o sistema social. Tal norma impõe funcionalização social dos bens sobre os quais existe titularidade, impondo deveres e limites aos titulares, servindo de freio e impulsionador.”

<sup>319</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

Em matéria ambiental, igualmente múltiplas possibilidades de concretização e densificação do princípio da função social da propriedade se apresentam. Abordando o tema, Marchesan<sup>320</sup>, alerta que:

A expressão função social não foi empregada por acaso e passa uma idéia operacional pró-ativa, impondo ao proprietário não somente condutas negativas (ex: não poluir, não emitir odores para além dos limites de sua propriedade) como também positivas (ex: obrigação de recompor a mata ciliar, obrigação de recompor a vegetação que recobria as encostas de um morro). Concretizar essa nova visão sobre a propriedade (que no estado liberal passou de mero direito de propriedade para também ser aceita como direito à propriedade) é tarefa em construção, sempre dificultada pelas constantes tensões entre o anseio pelo uso (tantas vezes nocivo ou abusivo) da propriedade e a proteção ambiental.

De tudo o que foi dito importante é ter presente que (a) a propriedade-função obriga, (b) que não pode ocorrer um esvaziamento completo do direito de propriedade, (c) seu limite é a possibilidade de utilização econômica desta, e (d) que a função socioambiental não é um limite externo, faz parte, é intrínseca à propriedade.

Os princípios são informadores e compõe o Estado Socioambiental, sendo que, a partir da perfectibilização desses é que o Estado nessa dimensão se concretiza. A partir desta premissa os institutos presentes na legislação infraconstitucional devem ser lidos. Esta tarefa se impõem ao intérprete, ao aplicador da lei e ao gestor que dá concreção aos princípios constitucionais por intermédio das políticas públicas.

No próximo capítulo examinaremos alguns institutos do Estatuto da Cidade e da legislação ambiental que, em nosso entendimento podem ser concretizadores do direito à cidade no Estado Socioambiental Democrático de Direito, desde que sejam aplicados na perspectiva da gestão e não isoladamente.

---

<sup>320</sup> MARCHESAN, op. cit., 2005.

## **CAPÍTULO IV – DA DENSIFICAÇÃO DO DIREITO À CIDADE NO BRASIL**

O termo densificação está sendo usado aqui como fornecimento de conteúdo,<sup>321</sup> sendo a legislação uma forma de expressão disto.

O Estatuto da Cidade, Lei Federal Nº. 10.257, densifica o direito à cidade ao criar normas para sua expressão. Da mesma forma, a legislação ambiental, Lei Federal Nº. 6938/81 e correlatas.

Ao longo dos capítulos anteriores situamos o direito à cidade na perspectiva constitucional, inserimos a cidade no tema dos direitos fundamentais, apresentamos e debatemos os efeitos da adoção deste conceito na ordem constitucional brasileira, bem como elencamos princípios informativos do Direito à Cidade no Estado Democrático Socioambiental inaugurado pela Constituição Federal.

Neste capítulo vamos debater sobre a densificação do direito à cidade a partir da legislação urbanística (Estatuto da Cidade), procurando cotejar as normas com exemplos práticos e jurisprudência, a fim de demonstrar a concretização do direito à cidade.

A adoção deste conceito representa uma novel dogmática que interfere diretamente em conceitos jurídicos utilizados, sobretudo no âmbito do direito administrativo, que por excelência regia as relações Poder Público e cidadãos na ordem jurídica revogada.

Pretende este capítulo alertar para a necessidade dos instrumentos criados pela legislação serem interpretados a partir da Constituição e da visão sistemática da estrutura de dogmática dos direitos estabelecidos pela Carta Magna. Para tanto, faremos uma incursão nos novéis institutos previstos pelo Estatuto da Cidade, visando que sejam apresentados e debatidos à luz da análise sustentada na dissertação.

Não pretende este capítulo aprofundar a análise dos institutos, mas tão somente pontuar aspectos relevantes para inserir a interpretação destes institutos à

---

<sup>321</sup> Nesse sentido, BELLO FILHO, op. cit., 2006.

luz do direito fundamental à cidade inserida no Estado Socioambiental Democrático de Direito que possui princípios informadores próprios.

## **1 O Estatuto da Cidade (Lei Federal Nº. 10.257/01)**

O Estatuto da Cidade, Lei Federal Nº. 10.257/01, elenca uma série de instrumentos que podem ser definidores da propriedade urbana, atribuindo-lhe um conceito que dialogue efetivamente com os desafios postos pela cidade sustentável e propicie a necessária inclusão social. Todavia, na sua aplicação encontra sérios limites nas interpretações ainda arraigadas à propriedade napoleônica que, não obstante ter sido superada no direito brasileiro, ainda permanece viva entre nós nas interpretações jurídicas, em certas decisões judiciais, na resistência às mudanças.

O art. 4º Estatuto da Cidade arrola os instrumentos da política urbana I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III- planejamento municipal; IV – institutos tributários e financeiros; VI – estudo de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Destes instrumentos, para fins metodológicos da abordagem, destacamos: (a) gestão democrática; b) instrumentos de intervenção urbanística; (c) plano diretor, (d) instrumentos de regularização fundiária; (e) regulamentação do § 4º do art. 182 da Constituição Federal.

### **1.1 A Gestão Democrática**

No capítulo anterior analisamos a gestão democrática como princípio do Estado Socioambiental. Agora, analisaremos como se expressa no Estatuto da Cidade, ou dito de outro modo, como está densificado na legislação infra-constitucional.

A gestão democrática, no Estatuto da Cidade, se expressa pela existência de órgãos colegiados de política urbana em todos os níveis da Federação,<sup>322</sup> por debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal, iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano<sup>323</sup> e pela gestão orçamentária participativa.

No âmbito da União, em 2004, foi criado o Conselho das Cidades. Nos termos do que consta no site do Ministério das Cidades,

O Conselho das Cidades é a materialização de importante instrumento de gestão democrática da política nacional de desenvolvimento urbano \_ PNDU, em processo de construção. É um órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades e tem por finalidade estudar e propor diretrizes para a formulação e implementação do PNDU, bem como acompanhar a sua execução. (...) É uma instância de negociação em que os atores sociais participam do processo de tomada de decisão sobre políticas públicas executadas pelo Ministério em matéria de habitação, saneamento ambiental, transporte e mobilidade urbana e planejamento territorial.<sup>324</sup>

Estados e Municípios estão em processo de organização de seus conselhos, sendo que a tônica destes é a partilha da decisão, tanto na definição das prioridades quanto dos recursos.

No Rio Grande do Sul, a elaboração ou revisão de planos diretores sem a participação popular antes do envio do projeto de lei ao Legislativo Municipal tem resultado na declaração de inconstitucionalidade do respectivo plano diretor ou da alteração deste. Isto porque, a Constituição gaúcha prevê a participação das entidades comunitárias na definição do plano diretor e das diretrizes de ocupação do

<sup>322</sup> Conselho Nacional das Cidades, vinculado ao Ministério das Cidades, Conselhos Estaduais e Conselhos Municipais.

<sup>323</sup> Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguinte instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

<sup>324</sup> Site: <http://www.cidades.gov.br>, acessado em 14/0407.

território.<sup>325</sup> Portanto, no controle concentrado de constitucionalidade a incompatibilidade da lei municipal com ausência de participação popular se dá frente à Constituição Estadual. Todavia, inexistindo regra expressa prevendo a participação popular na Constituição de outros Estados, é possível fazer o cotejo com os princípios da Constituição Estadual, que por simetria, reproduz a Constituição Federal, de modo a poder proceder a arguição direta no Tribunal de Justiça respectivo, haja vista a impossibilidade de arguição direta de constitucionalidade de lei municipal no Supremo Tribunal Federal.<sup>326</sup> São exemplos os seguintes excertos do Tribunal e Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Norma Municipal. Lei Complementar Municipal que altera o plano diretor do Município de Bento Gonçalves. Inconstitucionalidade Formal. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. violação ao § 5º do art. 177 da carta estadual. precedentes do TJRS. Ação Procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade N 70002576072, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Clarindo Favretto, julgado em 05/05/2003)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Capão da Canoa. Lei 1458/2000 que estabelece normas sobre edificações nos loteamentos e altera o plano diretor da sede do Município de Capão da Canoa. Inconstitucional Formal. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. Violação ao Par-5 do art-177 da Carta Estadual. Precedentes do TJRS. Eficácia da declaração excepcionalmente fixada, a teor do art-27 da lei nº. 9868/99. Ação Procedente. (fls. 23) (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 70003026564, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clarindo Favretto, julgado em 16/09/2002)

<sup>325</sup> Constituição Estadual RS. Art. 177. “Os planos diretores, obrigatórios para as cidades com mais de vinte mil habitantes e para todos os Municípios integrantes da região metropolitana e das aglomerações urbanas, além de contemplar os aspectos de interesse local, de respeitar a vocação ecológica, o meio ambiente e o patrimônio cultural, serão compatibilizados com as diretrizes do planejamento do desenvolvimento regional.

...

§ 5º. Os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes.”

<sup>326</sup> Sobre o tema, ver: DELLA GIUSTINA, Vasco. **Leis Municipais e seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado e MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, edição de julho de 1999.



Adin. Bento Gonçalves. Lei complementar n. 45, de 19 de março de 2001, que acrescenta parágrafo único ao art-52 da lei complementar n. 05, de 03 de maio de 1996, que institui o plano diretor urbano do Município. O art-177, par-5 da carta estadual exige que na definição do plano diretor ou diretrizes gerais de ocupação do território, os Municípios assegurem a participação de entidades comunitárias legalmente constituídas. Dispositivo auto-aplicável. Vício formal no processo legislativo e na produção da lei. Ausência de controle preventivo de constitucionalidade. Leis municipais do Rio Grande do Sul sobre política urbana devem obedecer a condicionante da publicidade previa e assegurar a participação de entidades comunitárias, pena de ofensa à democracia participativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes e violação frontal ao par-5 do art-177 da Carta Estadual. Adin julgada frontal ao par-5 do art-177 da Carta Estadual. Adin julgada precedente. (14 fls.). (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 70002576239, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, julgado em 01/04/2002)

Impende destacar que em termos de procedimento há muito a que ser produzido para efetiva garantia da participação popular. Primeiro, porque a maioria não é sinônimo de democracia, pois pode ser forjada.<sup>327</sup> São necessários, mecanismos que propiciem a participação dos diversos setores de modo sopezado. Segundo, porque na democracia o conhecimento da realidade, do conteúdo sobre o qual está se decidindo ou opinando é fundamental. Não se decide sobre o que não se conhece. Nesta linha, o direito à informação e informação qualificada é inerente à democracia participativa. Todavia, embora muita há que ser feito, a exigência de democracia participativa gera efeitos que milita em favor dos cidadãos. Não é prerrogativa do gestor ou proposta do partido político X ou Y. É, isto sim, exigência do Estado Democrático Socioambiental de Direito e sua ausência gera conseqüências jurídicas.

A gestão orçamentária participativa é exigência do Estatuto da Cidade, a teor do que dispõe o art. 44.<sup>328</sup> Regra similar é encontrada na Lei de Responsabilidade Fiscal.<sup>329</sup> A denominação utilizada – Orçamento Participativo, Consulta Popular ou

<sup>327</sup> Em Porto Alegre, em março de 2008, foi instaurado Inquérito Civil visando apurar a regularidade de audiência pública para elaboração do novo Plano Diretor. As irregularidades apontadas foram ônibus lotados com pessoas que foram participar da audiência em troca de almoço.

<sup>328</sup> Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea “f” do inciso II do art. 4º desta lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

<sup>329</sup> Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório

outro – é irrelevante. O importante é ter presente que a gestão orçamentária municipal tem como requisito a participação popular, anterior à aprovação do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual pelo Legislativo. Assim, se constitui em pré-requisito para a formação da lei resultante do processo legislativo respectivo, sendo elemento indispensável deste.

Neste particular, importante destacar que a exigência procedimental da participação popular como elemento prévio ao envio do projeto de lei à Câmara de Vereadores acrescenta um requisito formal ao processo legislativo, qual seja, a participação popular. Além da verificação se o projeto de lei foi apresentado pela autoridade capaz (iniciativa) e de materialmente ser da competência do município, o que na doutrina se identifica como análise quanto a existência de vício formal e vício material, nestas hipóteses acrescenta-se ao vício formal o exame do procedimento, a fim de identificar se efetivamente houve a obrigatória participação popular. E, a inobservância deste procedimento macula o resultado, na medida em que lei aprovada e sancionada sem a observância deste requisito pode ser afastada do mundo jurídico, em face de inconstitucionalidade.<sup>330</sup>

Destacamos esta exigência de gestão democrática para elaboração do Plano Diretor e das leis que o modifiquem. Mas como princípio que é, a gestão democrática informa a conduta do administrador, sendo que em diversos institutos do Estatuto da Cidade se expressa. Não vamos analisar neste momento, mas desde já alertamos que o Estatuto de Impacto de Vizinhança (EIV), as Operações Urbanas Consorciadas e a necessidade de monitoramento da outorga onerosa do direito de construir são exemplos da exigência procedimental que expressa a gestão democrática na perspectiva ora sustentada.

## **1.2 Os Instrumentos de Intervenção Urbanística**

---

Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

<sup>330</sup> O TJRS tem declarado inconstitucional alteração de Planos Diretores, leis de zoneamento e aprovação de planos diretores novos que não observam o requisito da oitiva das organizações comunitárias e da participação popular.

Para fins didáticos denominamos instrumentos de intervenção urbanística as inovações introduzidas pelo Estatuto da Cidade, a saber: direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas. Também arrolamos o estudo de impacto de vizinhança, que trata-se de inovação e o zoneamento, instrumento peculiar ao direito urbanístico e tradicionalmente utilizado, mas de grande relevância, especialmente se utilizado de forma combinada a outros instrumentos urbanísticos.

A fragmentação<sup>331</sup> do direito de propriedade tem expressão no Estatuto da Cidade por intermédio dos aqui denominados instrumentos de intervenção urbanística. Além das clássicas divisões (urbano e rural), identifica-se na separação do direito de propriedade do direito de construir (outorga onerosa do direito de construir, direito de superfície e transferência de potencial construtivo), nos diferentes usos definidos pelo Plano Diretor, decorrentes do zoneamento (área industrial, área de preservação permanente, área de proteção ao patrimônio cultural, área de interesse social, etc.), na propriedade construída (direito de construir) e nas áreas vazias, nos imóveis não ocupados e naqueles efetivamente utilizados.

Há várias espécies de propriedades com regimes jurídicos peculiares a cada uma delas, mas que tem um fio condutor, qual seja a definição da qualificação atribuída pelo Plano Diretor da Cidade. O Plano Diretor é mais do que um ordenador físico-territorial, é instrumento de gestão e prospecção das cidades, a partir da pluralidade e das necessidades existentes no território.

Conforme sustentado no capítulo I, o Plano Diretor deve ser elaborado para toda a cidade, ou seja, englobando as zonas urbana e rural. Nesta linha, na zona rural pode ocorrer o zoneamento a partir das condições específicas do solo.<sup>332</sup> Evidentemente que, para tanto, há necessidade de conhecimento da realidade local.

---

<sup>331</sup> Fragmentação é entendida como a proteção constitucional há várias espécies de propriedades (micro e pequena empresa, propriedade intelectual pública e privada, etc.). Não há uma propriedade única no Brasil, mas diversas situações proprietárias.

<sup>332</sup> Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2º. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. "A zona rural e a urbana sujeitam-se à competência-dever do Município, embora ambas possam e devam ter categorias de uso diversas. As zonas rurais escapam à competência impositiva tributária do Município, embora o Município reverta o imposto arrecadado. As propriedades localizadas em zona rural, destinadas, efetivamente, à exploração agropecuária, sujeitam-se à convergência de duas esferas de competência: da União e do Município."

São exigíveis estudos específicos para o detalhamento do que deve ser protegido mediante o respectivo zoneamento. Todavia, não há dúvida que é possível limitar ou vedar atividades na zona rural, em determinadas áreas, visando proteger características do ecossistema. Por exemplo, no pampa gaúcho é possível proibir o plantio em massa de espécies que desnaturem a paisagem que é característica. Não se trata de vedar atividade, mas de estabelecer regras para o exercício desta, de modo que mantenha a paisagem. Para tanto, é possível estabelecer limite para hectares plantados de forma contínua, por exemplo. Ainda, é possível, em município com escassez de água, vedar atividades que dependam do recurso natural,<sup>333</sup> em zonas próximas a cursos d'água, podendo estabelecer uma restrição de plantio. Medidas desta ordem fundam-se no princípio da prevenção. Se notada e reiteradamente a cidade sofre com escassez de água, a prevenção para evitar a escassez é medida mais do que devida.

Novamente enfatizamos que não se trata de vedar a possibilidade de plantio em todo o território do Município, o que, a nosso sentir, seria potencialmente inconstitucional, porque a atividade é permitida e licenciada no país. Trata-se, isto sim, de compatibilizá-la com o interesse local, cuja competência é do Município. Neste caso o interesse local é a proteção dos cursos d'água, em face da escassez que ao longo dos anos vem se acentuando. E, por isso, determinadas atividades não podem ser instaladas em áreas ambientalmente sensíveis. Para exercer tal controle, cabe fazer o zoneamento das áreas sensíveis no Plano Diretor do Município, orientando os locais e as condições do respectivo plantio.

Ainda, em se tratando de zoneamento, é possível para as áreas ambientalmente sensíveis da zona urbana, utilizar o regime urbanístico como elemento de proteção do ecossistema respectivo. Em áreas que alagam, a densidade populacional deve ser menor, em áreas com bens ambientais pontuais (árvores imunes ao corte, por exemplo) é possível permitir o aumento de altura para preservação dos bens ambientais. O zoneamento nesta perspectiva, para além de exercício de polícia administrativo, é uma das formas de expressão do princípio da prevenção nas cidades, na medida em que estabelece um limite administrativo para

---

<sup>333</sup> A silvicultura é exemplo do que estamos sustentando.

atividades e empreendimentos a partir das características das respectivas áreas, dialogando com a sustentabilidade das cidades.

A transferência do direito de construir,<sup>334</sup> a outorga onerosa do direito de construir,<sup>335</sup> o direito de superfície<sup>336337</sup> e a possibilidade prevista nas operações urbanas consorciadas<sup>338</sup> expressam a separação do uso do solo do direito de construir, que anteriormente era inerente ao solo, ou seja acompanhava-o, tendo como limites às normas administrativas.<sup>339</sup>

A transferência do direito de construir, também conhecida como transferência de potencial construtivo, possibilita que o Poder Público autorize o proprietário de imóvel a exercer em outro local o direito de construir. Abre-se possibilidade de construir em outro local da cidade o índice que seria, em tese, utilizado no local do

---

<sup>334</sup> Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

<sup>335</sup> Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§1º. Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificada e a área do terreno.

§2º. O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico para toda a zona urbana ou diferenciado para as áreas específicas dentro da zona urbana.

§3º. O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

<sup>336</sup> Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no registro de imóveis.

§1º. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística..

<sup>337</sup> Sobre o tema, ver: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

<sup>338</sup> Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§1º. Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

§2º. Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental dela decorrente.

<sup>339</sup> Está em julgamento no STF o RE 387.047, do Município de Florianópolis, envolvendo a noção de solo criado. O Rel. Min. Eros Grau já votou acolhendo a possibilidade de outorga onerosa. Pediu vista o Min. Menezes Direito. O argumento utilizado pelos recorrentes é que se trata a outorga onerosa do direito de construir se trata de tributo, portanto, inconstitucional. O resultado deste julgamento representará importante precedente no direito urbano-ambiental brasileiro.

terreno. Vem sendo utilizado para proteção do patrimônio cultural, permitindo a manutenção da edificação protegida intacta e transferindo o potencial construtivo para outra área da cidade. Mas o Estatuto prevê outras possibilidades de utilização deste instrumento, na forma do art. 35 e incisos da Lei Federal 10.257, a saber: I) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II) preservação quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III) servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. Depende de lei municipal, é vinculado a uma finalidade específica e é formalizada mediante escritura pública.<sup>340</sup>

Já a outorga onerosa do direito de construir permite que os municípios alienem possibilidade de criação de solo, também denominados índices construtivos. Assim, aquele que poderia construir X em seu terreno, se adquirir do Município poderá adquirir X mais o Y. Evidentemente que há requisitos, sendo essencial que haja infra-estrutura adequada e a área permitir a construção a mais. O Plano Diretor fixa as áreas nas quais o direito de construir poderá ser acima do coeficiente. O coeficiente de aproveitamento pode ser único ou diferenciado. Há necessidade de monitoramento para utilização do instrumento.<sup>341</sup> O recurso arrecadado com a outorga onerosa deve ser carreado para finalidade urbano-ambiental, sob pena de ensejar responsabilização do agente público envolvido e improbidade administrativa do Prefeito.<sup>342</sup>

Ambos os instrumentos – transferência de potencial e outorga onerosa – exigem que o potencial construtivo tenha valor econômico na cidade, ou seja, tenha atratividade. De nada serve prever estes instrumentos no Plano Diretor se o coeficiente de aproveitamento de toda a cidade for suficiente para a demanda existente. Para que estes instrumentos tenham efetividade, faz-se necessário articulá-los com outros previstos no Estatuto da Cidade de modo que gerem

---

<sup>340</sup> Art. 35 Estatuto da Cidade.

<sup>341</sup> Id., § 3º, art. 28.

<sup>342</sup> Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei Nº 8.429, de 02 de junho de 1992, quando:

...

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei.

interesse. Aliás, para aqueles municípios que estão elaborando Planos Diretores o ideal é que o coeficiente de aproveitamento<sup>343</sup> na cidade fosse único e que tudo o que excedesse a este fosse adquirido do Município. Neste particular, importante anotar que não se trata e não se pode conceber como instrumento de arrecadação, mas de gestão da cidade, para efetivo controle e fomento do cumprimento da função social da propriedade. Estão dentre as formas previstas de recuperação de mais valias urbanas, porém, em hipótese alguma podem virar forma de arrecadação, sob pena de desvirtuar o instrumento.

É ínsito à transferência de potencial construtivo e a outorga onerosa do direito de construir a observância do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental. Dito de outra forma, os instrumentos devem ser utilizados na perspectiva da sustentabilidade, sendo que só têm sentido e legitimidade se forem manejados de forma compatível com o Estado Socioambiental. Transferência de potencial construtivo e outorga onerosa do direito de construir, feitas apenas para resultar em maior altura, ou, em outra perspectiva, para auferir recursos aos cofres públicos, não dialogam com os princípios do Estado Socioambiental, podendo ser juridicamente fulminadas por falta de motivação.

---

<sup>343</sup> Coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno (§1º art. 28 Estatuto da Cidade).

As operações urbanas consorciadas<sup>344</sup> estão definidas como um conjunto de intervenções coordenadas pelo Poder Público, envolvendo diversos interessados, visando melhorias urbanas e valorização ambiental. Para realizar uma operação urbana consorciada é necessária lei específica articulada como plano diretor. São requisitos: a forma de controle da operação partilhado com a sociedade civil e a realização de estudo de impacto de vizinhança, apontando os aspectos positivos e os negativos desta. Pode estar previsto na lei a transferência de potencial construtivo no âmbito da operação, bem como certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação.<sup>345</sup> A operação urbana consorciada do Estatuto da Cidade exige participação popular no planejamento, gestão, acompanhamento e avaliação da operação urbana, sendo expressão do princípio da

---

<sup>344</sup> Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§ 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

§ 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente;  
II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:

I – definição da área a ser atingida;  
II – programa básico de ocupação da área;  
III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;  
IV – finalidades da operação;  
V – estudo prévio de impacto de vizinhança;  
VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei;  
VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

§ 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

§ 2º A partir da aprovação da lei específica de que trata o caput, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada.

<sup>345</sup> Art. 34. A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação.

§ 1º Os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação.

§ 2º Apresentado pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada.



democracia participativa na gestão urbano-ambiental. Igualmente expressa os princípios da integração, na medida em que exige a observância de diretrizes urbano-ambientais e sócio-ambientais na sua formulação. E, necessariamente como corolário de uma operação urbana, que exige planejamento urbanístico, ambiental, econômico e social com todos aqueles envolvidos na operação – proprietários, possuidores, moradores, comerciantes etc. da área atingida - temos a expressão do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental.

Operação urbana, realizada na forma do Estatuto da Cidade, que não observe os princípios do Estado Socioambiental, descumpre a finalidade para a qual foi criada. Exemplo de operação urbana no Brasil antes do advento do Estatuto da Cidade é o Pelourinho, na Bahia. Naquele caso, não obstante os investimentos em embelezamento, a operação pecou por não adotar medidas sociais e de inserção econômica da população então moradora da área objeto da operação, gerando exclusão social. A Operação Urbana do Estatuto da Cidade, que decorre dos princípios do Estado Socioambiental exige o tratamento do todo. Neste particular, sob a égide do Estatuto da Cidade, exemplos como àquele podem e devem ser questionados, pois a inclusão sócio-ambiental, a integração de todos os envolvidos na Operação é elemento fundante das Operações Urbanas.

Já o estudo de impacto de vizinhança está previsto no art. 36<sup>346</sup> do Estatuto da Cidade. Está dentre os instrumentos que perfectibilizam o princípio da precaução no Estado Socioambiental. Visa avaliar os efeitos positivos e negativos dos empreendimentos e atividades elencadas em lei municipal. Para estas atividades e

---

<sup>346</sup> Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privada ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

I – adensamento populacional;

II – equipamentos urbanos e comunitários;

III – uso e ocupação do solo;

IV – valorização imobiliária;

V – geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI – ventilação e iluminação;

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público Municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

empreendimentos a elaboração do EIV é requisito à obtenção das licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento.

O estudo de impacto de vizinhança - EIV -, introduzido pelo Estatuto da Cidade e o estudo de impacto ambiental – EIA – previsto na Constituição Federal e densificado na legislação ambiental, em termos de licença para edificar trazem uma importante modificação.

Como expressão do princípio da precaução que são, em sendo os impactos avaliados, a partir destes é que será verificada a possibilidade de construção ou do funcionamento da atividade. Assim, a licença urbanística a ser expedida não pode mais ser entendida como mero ato declaratório de condições pré-existentes, na forma que a doutrina majoritária do direito administrativo no Brasil afirma.<sup>347</sup> A definição da licença urbanística como ato vinculado e unilateral reconhecedor de um direito prévio,<sup>348</sup> entre nós é contraposta por Sundfeld, que entende ser ato constitutivo, pois atribui ao proprietário faculdade de que não dispunha antes: a de iniciar as obras.<sup>349</sup> Todavia, para além disso, a avaliação de impactos implica em possibilidade de não construção do proposto, na hipótese de incompatibilidade intransponível. Ou de outro turno, de aplicação de medidas mitigadoras dos impactos, de modo que possibilite a aprovação do projeto.

Esta relação da cidade com o empreendimento e do empreendimento com a cidade, está para além do cumprimento da disciplina urbanística da propriedade. Isto porque, além de condicionar à propriedade ao conteúdo da lei e impor deveres, avalia os impactos da atividade e do empreendimento especificamente, podendo, inclusive, motivadamente, entender pela impossibilidade de utilização da propriedade na forma pretendida.

Em se tratando de obrigação de avaliar impactos, e possibilidade de identificação de medidas mitigadoras e compensatórias para implantação e/ou ampliação de atividades e empreendimentos e até mesmo de impossibilidade de

---

<sup>347</sup> FIGUEIREDO, op. cit., 2005. “A licença para construir não inova no mundo jurídico, na medida em que o direito à construção já se encontra insito no direito de propriedade. Apenas, libera o exercício deste direito.” Com o mesmo entendimento Márcia Walquiria Batista dos Santos e Luis Manuel Fonseca Pires.

<sup>348</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 209-212.

<sup>349</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e Autorizações no Direito Administrativo. **RTDP**, n. 3, 1993, p. 67. No mesmo sentido, COSTA, José Marcelo Ferreira. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

construir ou edificar empreendimentos ou implantar atividades se o estudo apontar incompatibilidades não mitigáveis acolhidas pelo Poder Público, não há mais que se falar em ato declaratório de condições pré-existentes. Em nosso entendimento a licença urbanística se transforma em ato administrativo complexo,<sup>350</sup> tendo uma fase cogente que é a avaliação do impacto.

### 1.3 Plano Diretor

#### 1.3.1 Os Planos Diretores e o Conteúdo da Propriedade

Conforme já dito, a Constituição Federal reservou um Capítulo destinado à Política Urbana do nosso país. Trata-se do Capítulo II do título correspondente a Ordem Econômica e Financeira. Assim, juntamente com os Princípios Gerais da Atividade Econômica (I), da Política Agrícola, Fundiária e da Reforma Agrária (III) e do Sistema Financeiro Nacional (IV), está prevista a Política Urbana (II).

Neste capítulo há dois artigos e destes resultam uma série de conseqüências. Importa neste item examinar o § 2º do art. 182, a saber:

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

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

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

Observa-se que há várias afirmativas contidas neste artigo.

---

<sup>350</sup> Ato que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª. ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1997. p, 154.

A primeira delas é que o Plano Diretor é lei em sentido formal, pois deve ser aprovado pela Câmara de Vereadores. Disso decorre a impropriedade de planos, leis de uso do solo ou de zoneamento feitas por decreto, muitos comuns no Brasil até bem pouco tempo. Ou aquelas formas de delegação ao Poder Executivo, autorizando a estabelecer zoneamento, regime urbanístico ou definição de usos por Decreto. A substituição do urbanismo normativista por regras de flexibilização ocorre no Brasil todo e, em tese dialoga com o princípio da sustentabilidade urbano-ambiental, pois têm incidência tópica, a partir de especificidades decorrentes da área a ser trabalhada. Todavia, há que ter cautela. Muitas destas delegações podem estar eivadas de inconstitucionalidade, na medida em que exceder ao poder regulamentar, que, no Brasil, não é autônomo,<sup>351</sup> é hierarquicamente inferior à lei, não podendo criar direito ou restrições de direitos.<sup>352</sup>

A função do poder regulamentar<sup>353</sup> é de extrema relevância à explicitação técnica do conteúdo da lei, para (a) emitir regras orgânicas e procedimentais para boa execução da lei (ex: imposto de renda), (b) precisar conceitos, (c) caracterizar fatos e comportamentos que necessitem de avaliação técnica (ex. regulamento de medicamentos, condições de segurança de veículos, normas de prevenção contra incêndios). Os conceitos urbanísticos estão inseridos nesta última categoria, existindo um amplo espectro de aplicação do poder regulamentar no âmbito urbano-ambiental, desde que observados os limites constitucionais.<sup>354</sup>

---

<sup>351</sup> Art. 84 Constituição Federal. Compete privativamente ao Presidente da República:

...

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Sobre poder regulamentar ver também inc. VI do art. 84 que se refere a matéria objeto de Decreto, mas que não afetam o conteúdo aqui desenvolvido.

<sup>352</sup> Art. 5º, inc. II Constituição Federal. Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

<sup>353</sup> Sobre o tema, consultar: CLÉVE, Clémerson. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. E, MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª. ed. (ver., ampl. e atual.) São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>354</sup> Em São Paulo, o Tribunal de Justiça daquele Estado fulminou as Operações Concertadas pretendidas pelo Município, com base no seguinte argumento da violação ao princípio da delegação de atribuição entre os poderes e na ofensa ao princípio, segundo o qual não é dado ao Poder Executivo, mediante mero ato administrativo alterar índices urbanísticos e características de uso e ocupação do solo, uma vez que, na dicção do art. 181 da Constituição Bandeirante, matéria jaez, além de outras correlatas, devem ser disciplinadas por lei e apenas por lei. A Lei Municipal declarada inconstitucional por aquele Tribunal (Lei Nº. 11.773/95), dispunha sobre o Programa Direito à Moradia.<sup>354</sup> Tornava possível a construção de área maior do que a prevista na Lei de Zoneamento em troca de pagamentos feitos pelo particular-interessado, destinando-se este dinheiro para construções

A segunda é que, sendo lei em sentido formal e material, não é mais lei de efeitos concretos. Está sujeita, portanto, ao controle de constitucionalidade, assim como qualquer outra lei em nosso país. Em se tratando de lei municipal está submetida às peculiaridades decorrentes da forma de controle de constitucionalidade de lei municipal, especialmente o controle concentrado que é feito pelo Tribunal de Justiça do Estado se a inconstitucionalidade alegada for frente à Constituição Estadual.<sup>355</sup>

Decisão do STJ, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux, julgando Recurso Especial em Ação Popular, é exemplo disso. Nesta ação, o STJ julgou procedente o pedido de não aplicação de lei municipal que alterou zoneamento, por ser lei de efeitos concretos e contrária ao interesse público.<sup>356</sup> Acolheu argumento de que a transformação de loteamento residencial para de uso misto foi unicamente para atender interesses de algumas pessoas, inclusive de vereador do Município, que ali pretendiam construir motéis. Entendeu que a Lei Municipal 1.310/97 padece de vícios, uma vez que foi promulgada para atender determinadas pessoas, deixando de estabelecer regras gerais, abstratas e impessoais.

Do STF temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade sem redução de texto, envolvendo a interpretação do art. 56 do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre. A decisão não retira da lei o comando legal, porém, atribui interpretação constitucional a artigo do Plano Diretor, sendo que a atuação administrativa fica vinculada à respectiva interpretação. No caso discussão era sobre instrumento que existe no Plano Diretor de Porto Alegre denominado EVU (Estudo de Viabilidade Urbanística). A interpretação constitucional pleiteada e deferida em juízo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade sem redução de texto, determina que o EVU não pode substituir o EIA (Estudo de Impacto Ambiental) e está assim ementada.<sup>357</sup>

---

populares. O debate judicial iniciou em 1997 e, por ter sido concedida a liminar fulminou a lei municipal que autorizava ao Município aplicá-la e se deu no âmbito dos limites constitucionais à delegação de atribuições.

<sup>355</sup> Examinamos o tema no item gestão democrática ao colacionamos decisões do TJRS declarando inconstitucionalidade de planos diretores.

<sup>356</sup> Recurso Especial Nº. 474.475 – SP (2002/0108946-1).

<sup>357</sup> RE – AGR 396541/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, em 14/06/05.

CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - EIA. C.F., art. 225, § 1º, IV. I. - Cabe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. C.F., art. 225, § 1º, IV. II. RE Provido. Agravo Improvido.

Do Rio Grande do Sul já colacionamos decisões declarando inconstitucionais planos diretores que não tiveram o requisito prévio da participação popular preenchido, na forma examinada na gestão participativa.

Deste modo demonstra-se a ampla possibilidade que se vislumbra com o entendimento que se trata de lei sem sentido formal e material.

A terceira é que, torna-se obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. A Constituição faz uma qualificação ao imputar a obrigatoriedade, a partir de um critério demográfico que empiricamente pode-se dizer, são aquelas cidades com maior processo de urbanificação.

A quarta é que “a propriedade cumpre sua função socioambiental quando atende às exigências do Plano Diretor”. Este comando atribui uma função ao Plano Diretor para além do planejamento físico-territorial. Sobre os planos diretores anteriores à Constituição Federal, Saule Jr<sup>358</sup> assim se manifesta:

Um elemento condicionante para o plano diretor não incorporar mecanismos eficazes para atender os interesses da população urbana foi a forma como foi aplicado e utilizado pelos técnicos-planejadores e os Governos Locais, que reproduziram atos e procedimentos destinados a centralização da elaboração, tomada de decisões e implementação do planejamento municipal. A reprodução sistemática do planejamento centralizado e destoante da realidade urbana, foi consolidando a concepção do plano diretor como um produto acabado, uma peça tecnocrática elaborada de forma preciosista, rígida e formal.

Callegari, citado por Saule Jr., sistematizou os problemas apontados pelos debates sobre os Planos Diretores que ocorreram na Faculdade de Arquitetura e

<sup>358</sup> SAULE JR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 38.

Urbanismo da Universidade de São Paulo e do II Fórum Nacional de Reforma Urbana, realizados respectivamente em agosto e outubro de 1989, da seguinte forma:

a então excessiva concentração de poder na União, desmotivando a ação municipal inclusive, em relação aos recursos colocando-se o município sempre na posição dependente, atendido ou não, em função de injunções políticas;

planos elaborados por empresas externas, distantes da realidade local, pecando pelo excesso de tecnicismo, sem nenhuma preocupação com a dimensão política de que os planos devem ter, empregando de forma generalizada modelos estereotipados, com base em uma metodologia simétrica, resultando uma equalização de tratamento em termos de pesquisa e concepção dos planos, não considerando a individualidade de cada Município – diferentes escalas demográficas, posição relativa na região, disponibilidade local de recursos humanos, materiais e financeiros necessários a implementação;

planos elaborados tão somente para permitir o acesso a financiamentos, sem nenhuma intervenção de implementação;

planos elaborados sem a mínima participação da comunidade, não refletindo, por conseqüente, os seus anseios;

planos elaborados sem o concurso do pessoal dos quadros permanentes da administração local, que não tiveram a menor motivação para iniciar, a partir deles o processo de planejamento.<sup>359</sup>

A superação dos Planos Diretores físico-territoriais implica em compreender que hoje são planos de gestão, responsáveis pela articulação de uma série de instrumentos a serem utilizadas de forma compatibilizada, observados os princípios do Estado Socioambiental E, de outra parte, que os Planos Diretores são responsáveis pelo conteúdo da propriedade, ou seja, por dizer na forma ativa, qual a função socioambiental a ser desempenhada.

Nesta superação, a concretização da função social da propriedade em seu princípio ativo, reconhecendo que a propriedade obriga, torna-se elemento central, cuja implementação se dá por intermédio da previsão no Plano Diretor e cumprimento das regras por intermédio dos meios de controle administrativos.

A quinta é que há um conteúdo mínimo para os planos diretores observarem. Este conteúdo está densificado no art. 42 do Estatuto da Cidade, podendo ser assim

<sup>359</sup> CALLEGARI, Newton, O Município e o Plano Diretor. **Fundação Prefeito Faria Lima**, maio 1990, p. 21, *apud* SAULE Jr. Op. cit., p. 39.

resumido: a) delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para a utilização destes, na forma do art. 5º da lei regente; b) disposições contidas nos arts. 25,<sup>360</sup> 28,<sup>361</sup> 29,<sup>362</sup> 32<sup>363</sup> e 35<sup>364</sup> do Estatuto da Cidade; c) sistema de acompanhamento e controle. Veja-se que os artigos mencionados estão dentre aqueles que não exercem função regulamentar, motivo pelo qual dependem de lei e, por isso, devem constar do plano diretor, lei regente das funções sociais da cidade.<sup>365</sup>

### 1.3.2. Possibilidades abertas aos Planos Diretores

No capítulo I restou demonstrado que o conceito contemporâneo de cidade é o todo, representado pela simbiose do urbano e do rural, e que o Estatuto da Cidade reforça este entendimento ao dispor que o plano diretor engloba todo o território. Reafirmamos esta preliminar, salientando que os instrumentos a serem utilizados precisam ser planejados para a integralidade do território, na forma examinada no capítulo I.

Disso resulta também o reconhecimento das existências de “várias cidades”. Isto porque, o conhecimento da realidade local, do que se pretende conservar e preservar e do que se pretende incentivar, resultará na utilização distinta dos instrumentos de gestão. Nesta perspectiva, o zoneamento e o regime urbanístico serão distintos para cada espaço a ser trabalhado, visando adotar o perfil de cidade que se pretende produzir ou conservar. Gize-se, o plano diretor e a concretização que ocorrerá a cada aprovação de projeto deve refletir este perfil. Assim, locais que são estabelecidos pelo Plano Diretor, lei municipal responsável por tal definição, como ambiências a serem protegidas, devem guardar estas características nas

---

<sup>360</sup> Direito de Preempção.

<sup>361</sup> Outorga onerosa direito de construir.

<sup>362</sup> O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

<sup>363</sup> Operação urbana consorciada.

<sup>364</sup> Transferência do direito de construir.

<sup>365</sup> O Conselho das Cidades emitiu as Resoluções 25 de 18/03/05 e posteriormente a Resolução Nº. 34, de 01/07/2005, emitindo orientações e recomendações quanto ao conteúdo mínimo do plano diretor, tendo por base o Estatuto da Cidade.



aprovações de projetos topicamente consideradas. Áreas definidas como de baixa densidade, com perfil residencial e unidades habitacionais residenciais da mesma forma. O mesmo se diga para corredores culturais, zonas de turismo rural, plantações de determinadas espécies de agriculturáveis.<sup>366</sup>

Aliado a este aspecto, o Plano Diretor pode representar um forte incentivo a vocação econômica do município, sendo que os instrumentos a serem adotados devem refletir a respectiva vocação de modo a compatibilizá-la com as exigências do plano diretor.

Por último, tem-se que o Plano Diretor deve refletir o conceito amplo de meio ambiente. Entendemos por conceito amplo de meio ambiente àquele que contempla o todo e não somente o ambiente natural, entendido como os elementos naturais água, ar, flora, fauna e solo, mas também o denominado ambiente construído, integrado pelos aspectos sociais, culturais, de infra-estrutura, econômicos, do patrimônio histórico-cultural, necessários à vida nas cidades. E, nesta perspectiva, necessariamente o Plano Diretor deve de um lado observância e de outro ser a expressão do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental.

### **1.3.3 Superação das funções clássicas da Carta de Atenas (recrear, trabalhar, circular e habitar)**

No capítulo I, ao discorrermos sobre as escolas sociológicas que analisam as cidades, abordamos a Carta de Atenas, tão citada por urbanistas por ser um marco importantíssimo até hoje.

A Carta de Atenas foi resultado de um encontro programático de arquitetos e urbanistas na Grécia em 1933. Nesta Carta constam princípios básicos do morar e viver moderno da primeira metade do século XX.

---

<sup>366</sup> Exemplo disso é a zona do Vale dos Vinhedos em Bento Gonçalves. Hoje, além da atividade econômica plantação de uva e produção de vinho, se caracteriza pelo turismo rural. Imaginem a aprovação de loteamento para baixa ou média renda que gera bairros urbanos neste local ou a aprovação de zona industrial o estrago que iria produzir, modificando completamente o perfil do local. Assim, um zoneamento, decorrente de lei, que proteja, conserve o que já existe pode ser realizado a fim de auxiliar na respectiva conservação, pois no mínimo, para modificação nova lei deve ser aprovada.

Trata-se de uma espécie de mandamentos do urbanismo moderno. A essência desse receituário do urbanismo moderno consiste em distinguir quatro funções básicas, a serem respeitadas na projeção, no planejamento e na reforma do urbano: a função de habitar, a função de trabalhar, a função de circular e a função do lazer.<sup>367</sup>

Corbusier<sup>368</sup> (1887-1965), também considerado o fundador da disciplina urbanismo,<sup>369</sup> foi o redator da Carta de Atenas.

Para Corbusier o espaço urbano ideal deve ser visto como um quadrado quadriculado. Pelos vértices passam as estradas. Dentro do quadrado as quadras constituem quarteirões, interligados por “tesourinhas”. Essas ruas delimitam terrenos abertos, áreas verdes sobre as quais são erguidos prédios. Importante é haver arejamento e muita luz, para eliminar a sensação de aperto e constrangimento, escuridão e insalubridade, que para ele caracterizavam os bairros pobres de Paris. O trânsito baseia-se na rapidez do avião e do carro, mas prevê trem e metrô (suburbanos). Fora da cidade se encontrariam as cidades-jardim e os complexos industriais.<sup>370</sup>

Os princípios básicos da Carta de Atenas foram identificados para aquela sociedade que era eminentemente rural, cujas cidades estavam em processo de crescimento e que se contrapunham ao período liberal que fora imediatamente anterior, cuja tônica era a ausência de regras urbanísticas, gerando cidades “feias”, no entender dos urbanistas.

Freitag,<sup>371</sup> aponta que na Carta de Atenas, foram consubstanciadas os novos princípios arquitetônicos da modernidade:

- a) domínio da paisagem sobre a cidade construída. O verde passa a constituir um espaço de lazer necessário para as cidades;
- b) considerações de ordem climática, luminosidade (sol) e arejamento;
- c) discriminação clara das quatro funções básicas da vida moderna: morar, trabalhar divertir-se e circular.

<sup>367</sup> FREITAG, op. cit., 2006.

<sup>368</sup> Charles-Edouard Jeanneret.

<sup>369</sup> Manière de penser l’urbanisme”, apud FREITAG, op. cit., 59.

<sup>370</sup> Id., 2006, p. 61.

<sup>371</sup> Id., 2006.

Ao longo dessa dissertação fomos demonstrando que as cidades contemporâneas, para além de recrear, trabalhar, morar e circular, têm outras funções, decorrentes da vida em sociedade atual. Preservar o meio ambiente, exercer a democracia participativa, dar conta de direitos básicos (saúde, educação, assistência social, cultura), dotar de infra-estrutura urbana, providenciar o saneamento, propiciar trabalhos a seus habitantes, atuar na economia, reverter a exclusão social, tratar a regularização fundiária e a produção de habitação popular como política pública, faz parte das funções das cidades contemporâneas.

Por isso, entendemos ser um profundo equívoco daqueles que resumem a dicção funções sociais da cidade do art. 182 da Constituição Federal às funções da Carta de Atenas, pois são de outros tempos. Também consideramos equivocado considerar sinônimos “função social da propriedade” e “função social da cidade”.<sup>372</sup> A primeira deve estar contemplada, faz parte da segunda. Porém, as funções sociais da cidade estão para além da função social da propriedade, pois carregam em seu bojo direitos e deveres de proteção, decorrentes do entendimento que há um direito fundamental á cidade.

#### **1.3.4 Plano Diretor e Proteção Ambiental**

Ao longo da dissertação fomos expondo e exemplificando possibilidades de concretização do direito urbano-ambiental. Em termos de concretização do princípio da integração das políticas urbanas e ambientais e da expressão da sustentabilidade urbano-ambiental, para fins de sistematizar as idéias lançadas, considerando a importância de absorção nos Planos Diretores e legislações municipais dele decorrentes das normas que dialoguem com a escassez dos recursos naturais, a título exemplificativo e objetivando demonstrar que é possível este agir, propomos alguns instrumentos que podem ser utilizados nesta perspectiva:

- a) integração das funções urbanas e rurais;

---

<sup>372</sup> AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 14.

- b) incentivo à vocação econômica do Município;
- c) zoneamento, indicando áreas de interesse social para produção de habitação popular, de modo que as áreas sensíveis (APP, topo de morro) deixem de ser utilizadas irregularmente pela população de baixa renda;
- d) zoneamento rural, a partir da identificação das condições do ecossistema, em especial do solo;
- e) zoneamento para atividades potencialmente poluidoras, vedando atividades em áreas ambientalmente sensíveis nas cidades;
- f) utilização da transferência de potencial construtivo para criação de espaços públicos e de lazer, de áreas verdes, de unidades de conservação ou de proteção ambiental municipais e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico, na forma prevista no Estatuto da Cidade;
- g) utilização do regime urbanístico<sup>373</sup> de forma dialogada com a proteção ambiental;
- h) inclusão da exigência de colher e armazenar água da chuva para utilização em jardins, lavagem de carros e calçadas nos Códigos de edificações; as edificações precisam ter locais próprios para tanto (ex. cisterna);
- i) reutilização e águas pluviais nos banheiros;
- j) vedar prédios públicos e privados que dependam de grande consumo de energia – ar condicionado e luz -, independente da região do país onde estejam situados.<sup>374</sup>

---

<sup>373</sup> Dimensão dos lotes, instrumentos normativos que definem modelos de assentamento urbano, em função da densidade populacional e edificação desejável para determinada zona ou área; recuos e afastamentos, gabaritos, índice de conforto, taxa de ocupação e coeficiente de aproveitamento. Para exemplificar, no pé dos morros podem ser previstos condomínios fechados, pois restringem o acesso de pessoas à área que não pode ser ocupada. Em locais sensíveis a taxa de ocupação e a densidade devem ser mínimos.

<sup>374</sup> Há um padrão de prédios públicos e estabelecimentos bancários especialmente que são idênticos, independentemente se a região faz calor ou frio. Muitas vezes sequer têm janelas. Mesmo que o dia esteja agradável faz-se necessário o uso de ventilação.

O grande desafio é internalizar o conceito de escassez dos recursos naturais na política de ordenação da cidade, sendo pró-ativo, a partir do profundo e efetivo conhecimento da realidade local.

A cidade congrega o urbano e o rural. Dos aspectos destacados, planejar o rural, zoneá-lo, estudá-lo de forma pormenorizada é a grande contribuição que os Planos Diretores podem trazer à gestão urbano-ambiental.

#### **1.4 Instrumentos de Regularização Fundiária**

Em estudo anterior,<sup>375</sup> apontamos a regularização fundiária como uma das políticas públicas que assumiu relevo nos últimos tempos, deixando de ser uma relação individual entre o morador de área irregular e o Estado, ou o proprietário que deixou o bem ser ocupado, para ser uma política pública assumida pelo Poder Público como prioritária, dado a dimensão da irregularidade nas cidades. Este não é um fenômeno brasileiro, ocorrendo em escala mundial, sendo um dos compromissos firmados pelo países signatários da Agenda Habitat. E, no Brasil, traduz-se em direito fundamental por perfectibilizar o direito social à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Conforme já dito, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem subjetivos de defesa do indivíduo contra ato do Poder Público, mas constituem-se decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em sendo o direito à moradia um dos direitos que compõe o direito fundamental síntese à cidade nesta perspectiva é que deve ser analisado, podendo inclusive ser argüido em sua dimensão objetiva, dentro do dever geral de efetivação .

Inserido no discurso jurídico-político da regularização fundiária óbices se apresentam, dentre os quais o argumento ambiental que também é direito

---

<sup>375</sup> PRESTES, Vanêsa Buzelato. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos. Op. cit., 2005.

fundamental, especialmente na alusão a dois aspectos. De um lado, as normas de proteção ambiental têm sido colocadas como óbice legal e constitucional à concretude dos institutos da concessão especial para fins de moradia, em especial o § 5º do art. 225<sup>376</sup> da Constituição Federal, que estabelece a indisponibilidade das áreas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, em se tratando de áreas públicas, bem como a usucapião e a regularização de loteamentos, em se tratando de áreas privadas, objeto de regularização, sendo argumento para irresignação de muitos, no momento em que a regularização for desencadeada. De outro, as regularizações ocorrem sem avaliar o viés ambiental, ou seja, sem apontar qual a efetiva melhoria da qualidade ambiental nas áreas objeto de regularização fundiária.

Não vamos aqui tratar das causas da ocupação irregular. Contudo não podemos perder de vista que: (a) historicamente as cidades não destinaram áreas para população de baixa renda, seja por falta de previsão, seja pela falta de um mercado que produzisse habitação popular regular que pudesse ser adquirida por grande parcela da população; (b) que as áreas de preservação permanente foram sendo ocupadas com a conivência do Poder Público; (c) que muitos locais já estavam ocupados antes de se tornarem legalmente APPs (áreas de preservação permanente) e (d) que a ineficácia das normas ambientais contribui para o descontrole atual que leva milhões de brasileiros a morar na ilegalidade, colocando em contraposição o direito à moradia com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como se fossem antagônicos e não interdependentes.

O meio ambiente pressupõe a presença do homem. Não é possível ignorar esta realidade, sob pena de deixar à margem elemento fundamental de análise. O espaço construído não prepondera sobre o ambiente natural, porém é parte integrante de um mesmo contexto.

As decisões urbano-ambientais a serem tomadas precisam avaliar esta universalidade e a interação entre os objetos. A concessão, a usucapião e a possibilidade de regularização de loteamentos para fins de moradia pressupõem que as pessoas já estejam morando no local. Ou seja, a área, no mínimo, já está ocupada, portanto não guarda as características que a fizeram necessária à

---

<sup>376</sup> Art. 225 da CF.

§ 5º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

proteção do ecossistema. O mesmo raciocínio se aplica às áreas de preservação permanente. Será que uma área densamente ocupada, com todas as interações decorrentes (esgoto, produção de resíduos sólidos, destinação de águas servidas, impermeabilização do solo, etc.) permanece com as características que lhe gravaram como APP? Não seria ambientalmente mais adequado identificar o que ainda é possível proteger e, no restante, investir em urbanização (tratamento de esgoto, medidas para conter impermeabilização, controle das edificações, etc.) para minimizar os impactos decorrentes da ocupação? Veja-se que não estamos tratando de situações individuais, localizadas, mas de um contexto que prepondera na maior parte das cidades brasileiras de portes médio e grande.

Neste sentido, temos defendido que a regularização fundiária é um enorme passivo ambiental das cidades brasileiras, que precisa ser enfrentado. O conceito passivo ambiental tem origem na economia, podendo ser assim definido:

Valor monetário, composto basicamente de três conjuntos de itens: o primeiro, composto das multas, dívidas, ações jurídicas (existentes ou possíveis), taxas e impostos pagos devidos à inobservância de requisitos legais; o segundo, composto dos custos de implantação de procedimentos e tecnologias que possibilitem o atendimento às não conformidades; o terceiro, dos dispêndios necessários à recuperação de área degradada e indenização à população afetada. Importante notar que este conceito embute os custos citados acima mesmo que eles não sejam ainda conhecidos; e, pesquisadores estudam como incluir no passivo ambiental os riscos existentes, isto é, não apenas o que já ocorreu, mas também o que poderá ocorrer.<sup>377</sup>

A irregularidade urbana expressada pelas ocupações irregulares, pelos loteamentos clandestinos realizados à margem da lei, pelos assentamentos autoprozidos que não respeitam regras e limites físico-territoriais, mas se configuram a partir do local e da organização dos próprios ocupantes, constituem-se em uma realidade das cidades brasileiras.

Negar a existência, ou enfrentar o problema, a partir da ótica “pode ou não pode continuar morando neste local”, enxergando a situação a partir dela mesma e sem considerar se há outro lugar mais apropriado para aquelas pessoas, bem como

<sup>377</sup> LIMA, Pedro Paulo de et al. **Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais**. Thex Editora, 1999.

se há a possibilidade de realocização, ou, sem identificar quem paga os custos decorrentes desta opção, significa perpetuar conceitos cuja conseqüência ainda hoje estamos sofrendo. Ignorar esta situação fática é uma das características do risco da entropia, apontado por Ost.<sup>378</sup>

Faz-se necessário romper com o paradigma compartimentalizado das análises, superar a avaliação urbana a partir do imóvel ou da gleba, mas tendo a dimensão do espaço em que estão inseridos, criando diretrizes de sustentabilidade urbano-ambiental, considerando as ocupações irregulares como uma realidade que precisa ser enfrentada. As ocupações irregulares, portanto, não são um problema de direito individual entre o ocupante e o Poder Público, mas decorrem de um passivo ambiental que as cidades precisam enfrentar, tanto no que diz com a necessidade de implementar a regularização fundiária como política pública, nas suas três dimensões – urbanística, jurídica e registrária - quanto da importância de criar um mercado que produza habitação popular regular que a população de baixa renda tenha condições de adquirir.

Não é tarefa fácil. Todavia, a ordem urbanística que está sendo construída não pode ignorar estes problemas até então tratados como individuais, mas que, pela sua dimensão social, dão conta da necessidade de tratá-lo como política pública. Cabe à cidade sustentável estabelecer este debate, envolvendo agentes públicos e privados, desenvolvendo mecanismos para superar esta dicotomia, bem como apresentando soluções, fruto da simbiose de conceitos interdisciplinares e que, sobretudo, resultem em qualificação da gestão ambiental.

A inércia no tratamento do tema, não o considerando como problema ambiental ou deixando de apresentar alternativas, não interage com a postura pró-ativa exigida daqueles que têm a dimensão ambiental como um viés. É necessário avaliar as regularizações e apontar quais as condições para que ambientalmente sejam adequadas. Para tanto, é fundamental que nos projetos de regularização, no mínimo, haja solução para as águas servidas, inclusive com tratamento destas, haja programa para recolhimento e destinação dos resíduos sólidos a gerados, executem-se edificações adequadas e esteja previsto o recebimento de água

---

<sup>378</sup> Eternidade, entropia, determinismo, discronia: quatro patologias temporais apontadas por OST. OST, op. cit., 1999.



potável, pois as condições da população objeto da regularização precisam ser melhoradas. De outro lado, é imprescindível que sejam adotadas as medidas para a regularização jurídica. E isto não é elemento secundário, uma vez que o título é um instrumento para garantir a estabilidade necessária às pessoas, a fim de que elas não saiam do lugar objeto da regularização, evitando que o problema, após, sanado com vultosos recursos públicos, mude de lugar. Aliado a este aspecto, importante gravar as áreas como áreas especiais de interesse social, visando que permaneçam como áreas para habitação popular.

A regularização fundiária na cidade sustentável exige um olhar plural que incorpore, inclusive, a geração de trabalho e renda para a população alvo, pois, necessita ser socioambiental,<sup>379</sup> a fim de propiciar a inclusão social desta população e evitar que, futuramente, as mesmas pessoas estejam ocupando irregularmente outras áreas ambientalmente sensíveis das cidades.

Assim, o primeiro aspecto a esclarecer em se tratando de regularização fundiária contemporaneamente é que não se trata isoladamente de regularização jurídica – titulação –, regularização urbanística – obras de infra-estrutura –, ou regularização registrária –, registro do título no registro de imóveis.

A regularização fundiária na cidade contemporânea deve necessariamente contemplar a dimensão urbanística, jurídica e registrária. Fernandes aduz a dimensão econômica, para possibilitar a fixação das pessoas e viabilizar a efetiva inclusão social.<sup>380</sup>

Denomina-se dimensão urbanística as obras de infra-estrutura para melhoria de qualidade de vida no assentamento humano. Neste particular é que há íntima conexão com o que denominamos tratamento do passivo ambiental das cidades brasileiras, pois a regularização deve necessariamente implicar em melhoria das condições de vida. Temos que este aspecto integra o mínimo existencial em se tratando de regularização.

A regularização fundiária é uma política pública temporária, que recupera um tempo, no qual as cidades não se preocuparam em produzir habitação popular de

---

<sup>379</sup> Para aprofundar, ver textos de Edésio Fernandes.

<sup>380</sup> FERNANDES, op. cit., 2008.

forma regular. Grandes projetos públicos<sup>381</sup> também foram produtores de irregularidade e utilizaram os arrabaldes das cidades para remover populações inteiras, sem dotar de condições mínimas. Veja-se o que hoje representa em investimentos públicos a Cidade de Deus no Rio de Janeiro ou a Restinga em Porto Alegre, ambas resultantes de projetos públicos.

Todavia, ao lado da regularização há que se ter projetos que possibilitem o exercício do direito à moradia de forma regular para a camada da população que hoje está excluída do mercado regular. Isto porque, senão houver política pública que contemple esta demanda, o nosso legado intergeracional será perpetuar a regularização, sempre tratando do problema e não se antecipando na adoção de medidas que evitem a irregularidade.

São instrumentos jurídicos que permitem a regularização fundiária, a concessão para fins de moradia,<sup>382</sup> utilizada nas áreas públicas, a usucapião para fins de moradia e a regularização de loteamentos.

Não vamos analisá-los neste momento.

Destaca-se tão somente que a concessão para fins de moradia é um direito subjetivo que garante a segurança da posse aos moradores de áreas públicas que preencherem os requisitos para a concessão da medida. Na hipótese de outras necessidades públicas para o local preponderaram, há o direito a realocação das pessoas, de modo que não possam ser despejadas. Respeita um marco temporal, que é o advento do Estatuto da Cidade (2001). A concessão especial para fins de moradia é um instrumento da política urbana e possibilita a regularização fundiária nas áreas cuja propriedade é pública. Como instrumento que é não se encerra em si mesma, não é bom ou ruim. Faz parte de um sistema que visualiza a regularização fundiária como política pública que precisa ser enfrentada pelos poderes constituídos com eficiência, rapidez e sistematicidade, pois milhões de brasileiros vivem à margem da lei, sem poder ser considerados cidadãos com a plenitude que o

---

<sup>381</sup> LIRA, Ricardo Pereira. **A Questão Urbano-ambiental**, (mimeo), janeiro de 2007. O autor descreve a remoção da favela da catacumba, que era situada às margens da Lagoa Rodrigo de Freitas, sendo que as pessoas foram despejadas em Santa Cruz, Antares e outros locais longínquos e sem infraestrutura, longe do emprego que tinham, tendo que pegar até três ônibus para se locomoverem.

<sup>382</sup> Inserida pela MP 2220/01.

termo merece e na forma que a Constituição cidadã estabeleceu o tratamento para os brasileiros.

A usucapião para fins de moradia foi prevista na Constituição Federal, no art. 183. Para o reconhecimento têm requisitos: (a) o terreno deve ser urbano de propriedade privada; (b) a posse deve ser mansa, pacífica e sem oposição por 05 (cinco) anos, ser utilizado para fins de moradia e o lote deve ter até duzentos e cinquenta metros quadrados. Admite a soma de posses, a teor do que dispõe o § 1º<sup>383</sup> do art. 10. Admite, também, a composesse como base para usucapião coletiva, estando prevista no § 2º<sup>384</sup> do art. 10 do Estatuto da Cidade.

Na usucapião coletiva a dimensão do terreno pode ser igual fração ideal ou resultante de documento firmado pelos condôminos identificando a metragem de cada possuidor. A grande vantagem da usucapião coletiva é a possibilidade de prova coletiva da ocupação, celeridade processual haja vista a quantidade de citações (nominados como proprietários na matrícula e confrontantes) e intimações (Fazenda Públicas federal, estadual e municipal) de uma ação de usucapião e o tratamento do espaço como um todo.

Não obstante inexistir dispositivo específico no Estatuto da Cidade, temos, ainda, a regularização de loteamentos. Considera-se loteamentos àquelas hipóteses em que ocorreu a alienação, mesmo que inexista promessa de compra e venda ou contrato registrado no cartório imobiliário.

Neste particular, a Corregedoria Geral de Justiça editou Provimentos denominados More Legal. Atualmente vige o More Legal III, publicado no Diário de Justiça em 04 de novembro de 2004. No referido Provimento constam regras relativas à regularização e registro de parcelamento do solo, na modalidade loteamento, desmembramento, fracionamento ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, ao registro de contratos, a localização de áreas em condomínio e ao

---

<sup>383</sup> Art. 10 ...

§1º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contando que ambas sejam contínuas.

<sup>384</sup> Art. 10. ...

§2º. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§3º. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

procedimento para utilização do Provimento. Visa facilitar o registro, integrando o esforço da sociedade gaúcha em dar efetividade à regularização fundiária. Temos notícia de outros Estados da Federação que, inspirados no Provimento Gaúcho, adotaram medida similar.

Por último, sinalize-se que a regularização fundiária é uma necessidade da cidade contemporânea, porém é uma política pública temporária que não pode ser a atividade fim do Estado. Também é um compromisso prospectivo, uma exigência tanto quanto a regularização, a adoção de medidas outras para evitar que daqui há dez anos estejamos tratando de regularizações do que hoje está ocorrendo.

### **1.5 O art. 182, § 4º da Constituição Federal: o parcelamento e a edificação compulsórios**

A previsão de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios possibilita que lei municipal específica, para área incluída no plano diretor, possa determinar o cumprimento da obrigação respectiva nos prazos e condições previstos.<sup>385</sup> Objetiva que áreas com infra-estrutura urbana e previamente definidas sejam efetivamente utilizadas, cumprindo com a função social da propriedade.

É uma grande inovação, mas que pode perecer em face da burocracia e da falta de iniciativa política para identificação de áreas, gerada pela enorme resistência a que os municípios legislem sobre a matéria.<sup>386</sup> A resistência decorre de uma cultura que ainda não aceita que a propriedade obriga. De qualquer sorte, a Lei 10.257 previu o parcelamento, edificação e utilização compulsórios. E, no descumprimento desta obrigação nos prazos previstos, de forma a coagir ao cumprimento da obrigação, como efetiva sanção, previu o IPTU progressivo. O Estatuto da Cidade estabelece que não cumpridos os prazos para o parcelamento,

---

<sup>385</sup> At. 5º. Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

<sup>386</sup> Após a publicação do Estatuto da Cidade as primeiras perguntas que surgiam era sobre a possibilidade de aplicação do IPTU progressivo e da desapropriação. Todavia, ambos os instrumentos são uma sanção pelo inadimplemento da obrigação. Cumprida a obrigação, cessa o IPTU progressivo e a possibilidade da desapropriação sanção.

utilização ou edificação compulsório, na forma da lei, passará a incidir o IPTU progressivo,<sup>387</sup> pelo prazo de cinco anos consecutivos e respeitada a alíquota máxima de 15% do valor venal do imóvel. Se não cumprida a obrigação nos cinco anos, a alíquota se manterá até que a respectiva obrigação seja adimplida. Na hipótese da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar ser cumprida, o IPTU progressivo cessará. Isto porque, este IPTU denominado extra-fiscal não visa arrecadação, mas objetiva que a obrigação prevista na lei seja cumprida. Por isso, cumprida a obrigação cessa a aplicação do IPTU progressivo.

Dúvida exsurge quanto à cumulação do IPTU progressivo extra-fiscal previsto no Estatuto da Cidade e o tradicional e já consagrado tributo IPTU, previsto na Constituição Federal,<sup>388</sup> no Código Tributário Nacional e regulado em âmbito municipal por intermédio de leis específicas. Este IPTU, que tem como fato gerador a propriedade ou a posse, visa à arrecadação aos cofres públicos municipais. O fato gerador de ambos são distintos, e têm fundamentos diversos. Enquanto o IPTU do Estatuto da Cidade, que é extra-fiscal, ou seja, não tem objetivo de arrecadação, é uma sanção pelo inadimplemento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, o IPTU previsto no art. 156 da Constituição Federal é um imposto arrecadatório e que deve ser pago por todos os proprietários ou possuidores. Assim sendo, não há óbice que ambos incidam sobre o mesmo imóvel, porque a natureza jurídica destes são completamente distintos, na forma acima explicitada.

Há, ainda, a possibilidade de desapropriação compulsória com pagamento em títulos,<sup>389</sup> desde que passados os cinco anos de progressividade do IPTU e

<sup>387</sup> Art. 7º. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos.

§1º. O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

§2º. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em 5 (cinco) anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.

...  
<sup>388</sup> Art. 56 da Constituição Federal:  
 Compete aos Municípios instituir impostos sobre  
 I – a propriedade predial e territorial urbana;

...  
<sup>389</sup> Art. 8º. Decorridos 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

descumprida a obrigação relativa ao respectivo imóvel. Da mesma forma que o IPTU extra-fiscal é sanção e somente será aplicada se a obrigação não for adimplida. Além disso, os títulos da dívida pública devem ser aprovados pelo Senado Federal, na forma prevista no Estatuto da Cidade, não ficando adstrita à governabilidade dos municípios.

Neste particular, importante lembrar que estes instrumentos são de gestão da cidade, por isso podem e devem ser articulados com outros existentes. O zoneamento é um destes. Tradicionalmente é utilizado pela legislação urbanística. Revisitado, adotado de forma compatibilizada com outros instrumentos de gestão e inserido em busca da sustentabilidade urbano-ambiental, pode ser eficaz, porque traz em seu bojo clássicas prerrogativas já aceitas na doutrina e jurisprudência. Decorrendo do poder de polícia pode estabelecer normas gerais e cogentes para zonas com características específicas. Nessa linha, áreas apontadas como passíveis de parcelamento ou utilização compulsórias podem cumulativamente e desde que previsto na lei específica, ser área ou zona especial de interesse social. Desta forma as zonas vazias, suscetíveis de receberem habitação popular, seriam assim identificadas pelo zoneamento da cidade. Com a cumulação destes dois instrumentos é possível incentivar a construção de habitação popular. Evidentemente que não pode ser qualquer zona. É necessária motivação para explicitação dos motivos que fizeram apontar o gravame. Por exemplo, zonas dotadas de infra-estrutura, cujo entorno contempla área habitacional com infra-estrutura e serviços ociosos são passíveis de zoneamento como área especial de interesse social. Além disso, há que existir a necessidade de habitações populares, ou seja, mercado para tanto. Da forma proposta há dois condicionamentos passíveis de serem estabelecidos pela lei municipal. O primeiro relativo a obrigação de parcelar ou edificar. O segundo estabelecendo edificar ou parcelar para qual finalidade. E, ambos têm como fio condutor a função social da propriedade, sendo densificados pela legislação infraconstitucional.

Ainda, importante anotar que na Constituição Federal há um reconhecimento de um direito à propriedade, ou seja a ter propriedade que difere em proteger a propriedade de quem já a detém, possibilitando uma série de interpretações.

A interpretação sistemática deste direito à propriedade com o disposto sobre utilização compulsória prevista no Estatuto da Cidade, gera a possibilidade dos municípios legislarem sobre a obrigatoriedade de utilização dos inúmeros imóveis vazios dos centros das cidades. Estudos urbanos e a realidade fática dão conta de prédios inteiros desocupados, apartamentos vazios em áreas antes consideradas nobres, mas que hoje estão degradadas em face da insegurança dos centros das cidades. Houve um processo de migração nos centros urbanos, esvaziando de moradias os centros das grandes cidades, porque em face da característica comercial, à noite e nos finais de semana ficam ociosos, vazios, deixando-os inseguros. Disso decorre a existência de muitos imóveis vazios, não obstante o enorme déficit habitacional existente nas cidades.

Medidas integradas, analisando o problema urbano específico da cidade, com os instrumentos do Estatuto da Cidade permitem a adoção de políticas públicas que podem ser eficazes ao enfrentamento dos problemas. Todavia, é necessário compreender que tanto os dispositivos da Constituição quanto do Estatuto da Cidade refletem uma Constituição solidarista e que tem um compromisso com a diminuição das desigualdades sociais. É certo que há limites legais e constitucionais para a atuação. Em nosso sentir, estes limites estão na razoabilidade e na proporcionalidade das leis e das próprias medidas administrativas. Não é possível fulminar a propriedade privada, pois a função socioambiental da propriedade é mero realinhamento de forças. Todavia, assim como há limites, é também imprescindível ter claro que é fundamental ser mais propositivo e de forma diferente do que existe até agora, pois a realidade está demonstrando esta necessidade, sob pena de os muros dos condomínios fechados não serem mais suficientes para esconder a segregação e a exclusão que assola a grande massa de cidadãos moradores das cidades.

Fernandes aponta que “a noção constitucional da função social da propriedade precisa ser materializada através de políticas urbanas e ambientais que combatam a especulação imobiliária, promovam melhor acesso à infra-estrutura

urbana existente, democratizem o acesso à terra e à habitação e regularizem os assentamentos informais.”<sup>390</sup>

A aplicação dos instrumentos do Estatuto da Cidade implica compreender este universo, conhecer a realidade para a qual está elaborando o respectivo Plano Diretor e incidir sobre esta. A noção que existem várias propriedades, que estas precisam cumprir com uma função socioambiental que esta função socioambiental obriga é fundamental para a revisitação dos institutos jurídicos e por pensar formas de aplicá-los e utilizá-los de forma mais eficaz.

Fernandes, leciona o seguinte, com o que concordamos integralmente:

O grande desafio colocado para os juristas brasileiros, aqueles que compreendem a necessidade de se colocar o direito no mundo da vida – é construir um discurso jurídico sólido que faça uma releitura teleológica dos princípios constitucionais e legais, integrando os novos direitos sociais e coletivos à luz do marco conceitual consolidado pelo Estatuto da Cidade, de forma a dar suporte jurídico adequado às estratégias político-institucionais de gestão urbano-ambiental comprometidas com a plataforma da reforma urbana e com a materialização do direito à cidade.

...

Não podemos mais continuar fazendo apenas o discurso dos valores – temos que construir um discurso dos direitos que dê suporte às novas estratégias político-institucionais de gestão democrática e inclusão social que diversos Municípios têm tentado formular e implementar em todo o País. Promover a inclusão social pelo direito: eis o desafio colocado para os juristas brasileiros.<sup>391</sup>

Nesta quadra, importante, é ter presente que o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor no âmbito municipal não são microssistemas<sup>392</sup> fechados, que precisam dialogar com os outros instrumentos de gestão existentes e que têm um mesmo fio condutor, qual seja o direito à cidade, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Assim, o sistema a ser aplicado às cidades não se limita ao Estatuto da Cidade. A unidade buscada se dá a partir da Constituição de 1988, núcleo dignidade

<sup>390</sup> FERNANDES, op. cit., p. 316.

<sup>391</sup> Id., 2004, p. 329.

<sup>392</sup> Sobre o tema, ver TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação: O Código Civil e as Cláusulas Gerais. In: ARONNE, Ricardo (org.) **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



da pessoa humana, e os institutos a serem utilizados se encontram em vários microsistemas que interagem entre si, e dão concreção ao Estado Socioambiental Democrático de Direito do qual a cidade é integrante.

## CONCLUSÕES

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem no Brasil. Temos um Estado Socioambiental Democrático de Direito, ou seja, um Estado constitucional, democrático e social garantidor do meio ambiente. Esta constatação decorre da concepção ligada às idéias de justiça intergeracional e direitos das futuras gerações presentes e garantidas pela Constituição Federal.

A cidade inserida no Estado Socioambiental Democrático de Direito também assume os desafios da contemporaneidade. Romper com a fragmentação, modificar o paradigma da ciência onipresente e onipotente que, no urbanismo, inspirou políticas de comando e controle insuficientes e por consequência excludentes, adotar políticas e práticas que dialoguem com a exclusão socioambiental e com a escassez dos recursos naturais são desafios postos às cidades da contemporaneidade. A dicotomia campo-cidade, urbanismo e meio ambiente , urbano e rural há que ser superada, a partir da visão da cidade como um todo.

Ao longo da história, as cidades desempenharam uma série de funções, tiveram conteúdos distintos e representaram projetos jurídico-políticos diferenciados, dependendo do contexto a que estavam vinculadas. Disso resulta que as cidades são fruto do processo sócio-cultural, estando inseridas em um contexto jurídico-político. Por isso, a cidade do medievo não é a mesma do período liberal, que por sua vez não tem as mesmas funções que as cidades da modernidade, pois a sociedade é diferente. Neste viés abordamos a dimensão constitucional do direito à cidade.

O direito à cidade no Estado Socioambiental Democrático de Direito é um conceito em construção e tem na leitura de um direito constitucional à cidade o seu nascedouro.

Nesta dissertação propomos e analisamos os elementos que, em nosso entendimento, compõem o conceito jurídico de direito à cidade na contemporaneidade. Este conceito se expressa (a) pelo planejamento e gestão de todo o território, englobando o urbano e o rural; (b) pela compreensão de que a cidade é o todo, congregando urbanismo e meio ambiente; (c) pela identificação de

um direito fundamental síntese de outros direitos fundamentais expressos no direito à moradia, à gestão democrática, à política urbana e ao meio ambiente; (d) traduz-se em direito fundamental como um todo, expressando-se como garantia, defesa e procedimento; (e) como consequência, decorrem direitos e deveres fundamentais e a existência de garantias contra-majoritárias para eventuais mudanças legislativas; (e) também como decorrência da caracterização como direito fundamental emerge proibição de retrocesso, nos aspectos que compõem o denominado núcleo duro, intangível, do direito.

Par e passo com a identificação da dimensão constitucional do direito à cidade tem-se o reconhecimento do direito fundamental à cidade. Nem tudo que está na Constituição é direito fundamental. Há critérios dogmáticos a serem observados para a identificação de um direito fundamental.

O direito fundamental à cidade consiste em um feixe de direitos fundamentais que comporta direitos fundamentais, que são necessariamente subjetivos e normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva. Isto implica o fato de que este direito síntese representa um conjunto de posicionamentos de matriz constitucional que se revelam como garantias contra-majoritárias, em razão de não poderem ser modificadas pela maioria dos cidadãos representados pelo legislativo. A síntese compõe-se de um conjunto de posições dogmáticas cujo o solo material é a cidade tomada como o espaço total de vivência. Deste feixe de direitos, sem prejuízo de outros, identificamos o direito fundamental à cidade como síntese do direito à moradia, à gestão democrática, à política urbana e ao meio ambiente.

Os direitos fundamentais são garantias contra-majoritárias, que são atribuídas a legitimados através de normas de direitos fundamentais expressadas por enunciados normativos fundamentais. As normas de direitos fundamentais podem atribuir direitos a diversos legitimados, ou podem, apenas, estabelecer deveres, que são tarefas estatais e privadas. Quando se fala de normas que expressam deveres se está constatando a existência de normas de eficácia meramente objetiva, que não atribuem posições subjetivas a nenhum legitimado. Estas posições subjetivas podem ser de diversas formas, e quando se está diante de um direito que se realiza desde todas as possibilidades existentes em um dado modelo dogmático, como é o

direito à cidade, será o caso de se constatar a existência de um direito fundamental como todo, ou direito fundamental em sentido amplo.

A existência de direito fundamental traz conseqüências jurídicas e o reconhecimento deste direito apresenta-se em duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. O direito à fundamental à cidade assume relevo na sua dimensão objetiva. Esta dimensão impõe um dever geral de efetivação, bem como uma possibilidade de reação de agressões provindas de outros particulares (eficácia horizontal direitos fundamentais).

Disso decorre que o exame articulado do feixe de direitos que gera o direito fundamental traz conseqüências distintas no exame tópico. O direito ao ordenamento urbano, decorrente da política urbana, pontualmente visto, p. ex., não possibilita visualizar a cidade como um todo. Ou, o direito à moradia pontualmente considerado traz conseqüências substanciais na dimensão subjetiva deste direito fundamental. Porém, na perspectiva do direito à cidade, o direito fundamental à moradia, integrando o feixe de direitos fundamentais síntese, pode ir além desta dimensão, exigindo planejamento para a moradia, órgãos que sejam promotores deste direito, a partir do dever geral de efetivação que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nesta mesma quadra eventual proposição que fulmine órgãos estatais relacionados a proteção deste direito poderiam estar amparados pela proibição de retrocesso. Enfim, a interpretação possível, a partir da compreensão das possibilidades abertas pela doutrina dos direitos fundamentais, são múltiplas e neste particular é a contribuição desta dissertação na identificação de um direito fundamental à cidade.

Frise-se que na perspectiva objetiva os direitos fundamentais são sempre transindividuais e legitimam restrições aos direitos subjetivos individuais com base em interesse coletivo ou comunitário prevalente. Neste particular, para o direito à cidade, a dimensão objetiva assume especial relevo, dado aos conflitos existentes entre direitos fundamentais.

Ainda, importante anotar a motivação da identificação de um direito fundamental síntese que congrega direitos fundamentais identificados nos róis de direitos fundamentais da Constituição Federal como é o direito à moradia e outros

fora do catálogo, mas perfeitamente identificáveis como tal: gestão democrática, política urbana e meio ambiente. Individualmente cada um desses direitos pode ser considerado fundamental: moradia, política urbana ou direito ao ordenamento urbano, meio ambiente e gestão democrática. Todavia, a síntese entre todos se traduz no direito à cidade que não se cinge ao urbano, mas a todo o território, inserido no Estado Socioambiental de Direito e que tem no direito intergeracional sua raiz, na moradia o seu desafio e na gestão democrática a expressão da cidadania na sua acepção ampla. Por isso este feixe de direitos fundamentais, considerados de forma articulada e integrada é que expressam o conceito de direito fundamental à cidade sustentado nesta dissertação.

Identificadas as formas que se apresentam o direito à cidade em sua dimensão constitucional, emergem as formas de densificação deste direito. Ou, dito de outro modo, a forma de realização deste direito, de concretude do mesmo.

O Estatuto da Cidade é uma lei que densifica este direito, trabalha o planejamento para todo o território, a complementação entre a urbano e o rural, os instrumentos que perfectibilizam o direito à moradia e a gestão democrática, além de elencar uma série de princípios que informam o direito à cidade. O exame efetuado no capítulo 4 visou demonstrar como estes instrumentos se articulam com o discurso jurídico-político do direito à cidade. Ademais, a jurisprudência colacionada dá conta da utilização pretoriana de fontes pouco conhecidas e utilizadas pelo gestor, em especial os princípios.

De outra parte, dentre as hipóteses de manifestação de um direito fundamental está o direito ao procedimento, que implica na posição subjetiva que permita exigir do Estado a realização de procedimentos específicos para a construção de decisões públicas. No direito à cidade este aspecto assume relevo especialmente na perspectiva da gestão urbano-ambiental e democrática. Na densificação deste direito há uma série de atos administrativos (forma que a Administração Pública realiza a sua função executiva) e atos legislativos (leis) que precisam ser qualificados pela participação popular, sob pena de estarem eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nesta seara estão expressamente o Plano Diretor (ato legislativo), o EIA (estudo de impacto ambiental) (resultado exame EIA é a licença ou a negação de licença ambiental, o que é ato administrativo), o EIV

(estudo de impacto de vizinhança)<sup>393</sup>, as operações urbanas consorciadas, o orçamento público, sendo que existem outros implícitos tais como a regularização fundiária. As políticas de regularização fundiária passam a ser examinadas a partir desta perspectiva, sendo o procedimento uma forma de garantia deste direito fundamental.

Veja-se que esta qualificação – existência de gestão democrática, critérios para análise de impactos, inserção dos moradores e usuários do território nas operações consorciadas – modificam certos paradigmas do direito administrativo.

A licença para construir é um deles. Seguir reproduzindo que a licença para construir consiste em ato meramente declaratório, porque declara direito pré-existente decorrente do regime urbanístico é um deles, e precisa ser repensado à luz dos princípios do Estado Socioambiental, em especial precaução, prevenção, gestão democrática e sustentabilidade urbano-ambiental.

Avaliar impactos implica analisar a viabilidade da atividade ou empreendimento proposto, sendo possível mitigá-los, por intermédio da exigência de medidas que minimizem os impactos gerados ou compensá-los. Ainda, é possível não permitir a implantação da atividade ou empreendimento da forma pleiteada, se da avaliação resultar análise contrária ao proposto de modo inarredável. Nesta linha, em uma sociedade na qual a avaliação de impactos decorre da Constituição, o direito a construir não pode ser considerado pré-existente, sendo a licença ato declaratório deste. O direito a construir nasce da concertação de diversos fatores, refletindo a relação da cidade com o empreendimento e do empreendimento com a cidade, sendo o regime urbanístico um destes fatores.

Mudança similar se dá na análise do EIA e do EIV. O âmbito dos estudos EIA e EIV como se fossem instrumentos autônomos, mesmo que estudem os mesmos aspectos só que solicitados por órgãos distintos da Administração Pública ocorre situação que merece ser repensada. O princípio da integração é vetor para a necessária atuação interdisciplinar, sendo que não há nenhum sentido em solicitar dois estudos para análise de questões similares, sob o fundamento de o serem exigidos por órgão distintos da mesma Administração Pública.

---

<sup>393</sup> Mesma observação que consta entre parênteses quanto ao EIA

O mesmo se diga para as políticas de regularização fundiária que à luz do princípio da integração não podem ser específicas de um órgão, mas do todo da Administração Pública, externando todas as necessidades da política pública em espécie. Além disso, a regularização fundiária de um lado recupera um tempo perdido tratando do passivo ambiental e de outro exige do gestor apontar locais adequados para a habitação popular de modo que a irregularidade não se perpetue no tempo, por absoluta falta de alternativas. Este é o fio condutor do exame do tema a partir do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental, exigindo o desenvolvimento de uma concepção de cidades socioambientalmente inclusivas e não somente de cidades tecnológicas que economizam energia e conservam recursos naturais.

Ainda, decorrente do Estado Socioambiental, extraem-se princípios que informam este Estado. Das cidades do Estado Socioambiental emergem tais princípios que serão parâmetros para interpretação de possibilidades de densificação do direito fundamental. Sem serem taxativos, elencamos aqueles que entendemos fundamentais para uma concepção de cidade no Estado Socioambiental Democrático de Direito. Destes destaca-se o princípio da função socioambiental da propriedade que não se apresenta como uma contraposição ao direito de propriedade. É um alinhamento decorrente do Estado Social, expresso na Constituição Federal de 1988 que tem na despatrimonialização, no pluralismo e na solidariedade seus princípios fundantes. Para além de limitar direitos, exige a determinação do conteúdo da propriedade.

Função socioambiental da propriedade é vetor econômico e social de uma sociedade solidária, sendo um compromisso entre a ordem liberal e a ordem social de modo a realinhar práticas e conceitos. Assimilados estes aspectos é necessário romper com o discurso jurídico da propriedade que está presente no imaginário popular, nos cursos de direito, nos meios de comunicação social e na prática dos operadores do direito. Uma sociedade solidarista se constrói, não se estabelece por lei.

O Estatuto da Cidade, o novo Código Civil e a legislação ambiental têm dispositivos que se alinham perfeitamente com estes novos ares. Contudo, a sua concretização depende muito da forma de aplicação prática dos conceitos jurídicos.

Por isso, o direito, por meio de seus intérpretes, tem a oportunidade ímpar de efetivamente contribuir para este processo em construção, interpretando-os a partir da Constituição e não de modo inverso. Ao mesmo tempo, explicitando que a propriedade só é juridicamente reconhecida no Brasil ao cumprir com sua função socioambiental, o que nas cidades implica subordinação ao Plano Diretor. Para alguns, esta subordinação ao Plano Diretor implica propriedade adentrar ao campo do direito público. Entendemos, todavia, que não é disso que se trata. Trata-se, isto sim, de uma superação da dicotomia público–privado, sendo que há a constitucionalização do direito de propriedade, a partir da interpretação conforme a Constituição.

No ambiente das cidades esta compreensão assume relevância, em face do enorme valor da terra. De hectares passa-se a pensar e cobrar em metros quadrados, portanto, qualquer norma que afete, limite, restrinja ou estabeleça de modo diverso o conteúdo de determinada propriedade incidirá sobre este aspecto onerando ou desonerando-a. E, o fundamento para tanto, não é nem do direito público nem do direito privado, se é ainda possível diferenciá-los, mas encontra amparo na Constituição.

Ademais, na forma demonstrada ao longo da dissertação, a partir do conteúdo jurídico do Plano Diretor, é possível combinar os diversos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade e nas demais legislações infraconstitucionais pertinentes, de modo a tratar as cidades com a pluralidade que exigem e de forma que possam efetivamente construir a sustentabilidade urbano-ambiental exigida pela contemporaneidade. É este o desafio que se impõe.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACSERLRAD, Henri (org). **A Duração das Cidades**: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.
- AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 249
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo:Atlas, 1991.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à Moradia**: Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas; IPPUR; FASE, 1997.
- \_\_\_\_\_ e FERNADES, Edesio. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: Sergio Fabris, Editor, 2003.
- \_\_\_\_\_.A Função Social da Cidade e da Propriedade Privada Urbana como Propriedades de Funções. In: ALFONSIN, Betania, FERNANDES, Edesio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. **A Cidade do Pensamento Único**: Desmanchando Consensos. Editora Vozes incompleto.
- ARONNE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: Das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Propriedade e Domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- BRANCO, Samuel Murgel. **Ecologia da Cidade**. 2ª. ed. São Paulo: Moderna, 2003. (Coleção Desafios)
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecologicamente**

**Equilibrado.** 2006. Tese (doutorado). site [www.dominiopublico.com](http://www.dominiopublico.com).

\_\_\_\_\_. Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um Direito Ambiental do século XXI. In: FERREIRA, Heline Sivine, LEITE, José Rubens Morato.

**Estado de Direito Ambiental:** tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. A Dimensão Subjetiva e a Dimensão Objetiva da Norma de Direito Fundamental ao Meio Ambiente. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico.** Porto Alegre. v. 10. Porto Alegre: Magister, 2005.

BENJAMIN, Antonio Hermann V. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, JJ, LEITE, José Rubens Morato (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente. In: **Instituto O Direito por um Planeta Verde: 5 anos após a ECO-92.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997.

BENÉVOLO, Leonardo. **Historia da Cidade.** 3ª. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros editores, 1994.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 e ss

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J., MOREIRA VITAL. Constituição da República Portuguesa Anotada. v. 1. São Paulo: Editora Revista do Tribunais; Coimbra:Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional.** 6ª. ed. (ver.). Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_, LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Português e da União Européia. In: CANOTILHO, J.J., LEITE, José Rubens (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sevine, LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito**

**Ambiental:** tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da, PAIVA, Maria Arair Pinto Paiva. **Teoria Jurídica e Práticas Agrárias: o conflito no campo**. Rio de Janeiro: Editora Idéia Jurídica, 1994.

\_\_\_\_\_. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, Ronaldo, BONIZZATO, Luigi (orgs.) **Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tutela Constitucional do Direito à Cidade**. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Gestão de Riscos Ambientais: Licenciamento e outros Instrumentos. São Paulo: Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado "A Paisagem Urbana como Patrimônio". Jun. 2005.

COSTA, Regina Helena. O Estatuto da Cidade e os Novos Instrumentos da Política Urbana. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 24, n.51, jul/dez. 2001.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, coleção obra-prima de cada autor, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sergio. **Estatuto da Cidade: comentários à lei Federal nº.10.257/01**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Conflito de Direito de Propriedade: Invasões Urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FAVRETO, Rogério, PRESTES, Vanêsa Buzelato. Orçamento Participativo. In: **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**. Nº 14, nov. 2000.

FENSTERSEIFER, Tiago. O Princípio da Solidariedade como Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito Contemporâneo. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. v. 10. Porto Alegre: Magister, 2005.

FERNANDES, Edésio, Jurema M. Rugani (org.). **Cidade, Memória e Legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico**. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: uma Introdução.** In: *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Cidade: promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”.** In: **Estado de Direito Ambiental: Tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 2. ed. (ver. e ampl.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACCHINI, Eugênio Neto. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Propriedade no Direito Ambiental: a dimensão ambiental da função social da propriedade.** Rio de Janeiro: ADCOAS, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade.* 2º. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Natureza Jurídica da Cidade em Face do Direito Ambiental Constitucional e da Lei 10.257/2001 – Lei do Ambiente Artificial.* In: **Revista de Direito Social.** Nº. 8. Porto Alegre: Nota Dez, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito a Cidades Sustentáveis no âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Artificial.** In: *Estado de Direito Ambiental: Tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004 In: **Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FREITAG, Bárbara. **Teorias da Cidade.** Campinas/SP: Papirus, 2006.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FREITAS, José Carlos de. (org.). **Temas de Direito Urbanístico**. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. Equilíbrio Ambiental no Espaço Urbano. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**. Nº. 8. Porto Alegre, mar. 1995.

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

HABERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: SARLET, Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição Comemorativa 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. In: SARLET, Ingo W. (org.) **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KRELL, Andreas J. A Posição dos Municípios Brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). **Revista dos Tribunais**. Nº. 709, novembro 1994.

\_\_\_\_\_. **O Município no Brasil e na Alemanha; direito e administração Pública comparados**. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LARMUSEAU, Isabelle. **Waiting for a Proper application of the Integration Principle: more hopeful than waiting for Godot?** Mimeo.

LEAL, Rogério Gesta. **A função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

LIMA, Pedro Paulo de et al. **Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais**. Thex Editora, 1999.

LIRA, Ricardo Pereira. **Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rex Editora S.A., [s.d.]

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo, BONIZZATO, Luigi (orgs.) **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

\_\_\_\_\_, FERREIRA, Heline Sivine. **Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnóstico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_, BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri/SP: Manole, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. FRADERA, Vera Maria Jacob de. São Paulo: RT, 1998.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Áreas de “Degradação Permanente”, escassez e riscos. In: **Revista de Direito Ambiental**. Nº. 38. São Paulo: RT, abril-junho, 2005.

\_\_\_\_\_. STEIGLEDER, Annelise Monteiro, CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MATTOS, Liana Portilho (org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. O estatuto da cidade e o acesso à justiça em matéria urbanística. **Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**. v.5, n.10, out. 2001.

- MARTINS-COSTA, Judith. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22<sup>a</sup>. ed. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho (atual.). São Paulo: Malheiros, 1997.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. Um Ordenamento Jurídico para a Qualidade de Vida Urbana. In: AGRELLI, Vanusa, SILVA, Bruno Campos (orgs.) **Direito Urbanístico e Ambiental**: estudos em homenagem ao Professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MONNET, Jérôme. O Álibi do Patrimônio: crise da cidade, gestão urbana e nostalgia do passado. In: **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. N. 24. IPHAN, Ministério da Cultura, 1996.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **El Derecho de Propiedad Privada**. Bogotá/Colômbia: Editorial Themis Librería, 1979.
- MORATO LEITE, José Rubens. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: RT, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORIN, Edgar, Anne-Brigitte Kern/traduzido do francês por Paulo Azevedo Neves da Silva. **Terra Pátria**. 5<sup>a</sup>. Ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- MUMFORD, Lewis. **A Cidade na História**: suas origens, transformações e perspectivas. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- OSORIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Editor Sérgio Fabris, 2002.
- OST, François/tradução para português Maria Fernanda Oliveira. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à Prova do Direito.** Joana Chaves (trad.) Lisboa: Instituto Piaget:, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** 1ª ed., (ver. e ampl.) Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PISARELLO, Gerardo. **Vivienda para todos: um derecho en (de) construcción.** Barcelona: Içaria Editorial, 2003.

PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. In: **Revista de Direito Social.** Porto Alegre: nota Dez, 2002, Nº. 8.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Temas de Direito Urbano-Ambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_, CARVALHO, Ana Luisa Soares. Proteção ao Patrimônio Cultural, Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (lei complementar 434) e Áreas Especiais de Interesse Cultural – polêmicas jurídicas na utilização do Instrumento. **Revista Magister de Direito Urbanístico e Ambiental.** v. 1/agosto-set 2005. Porto Alegre: 2005.

\_\_\_\_\_. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos (coord.) **Direito Ambiental em Evolução.** Nº. 4. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. A Concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: uma exegese da MP Nº. 2.220 de 04 de setembro de 2001. **Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental.** Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 9, maio/jun 2003.

\_\_\_\_\_. Plano Diretor, Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo de Impacto de vizinhança (EIV): um diálogo. In: **Revista de Direito Ambiental.** Nº. 42, ano 11, abril-junho 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. Resolução Conama 369: a hipótese da regularização fundiária sustentável. In: AGRELLI, Vanusa, SILVA, Bruno Campos (orgs.) **Direito Urbanístico e Ambiental:** estudos em homenagem ao Professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

**Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre.** Porto Alegre: unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, n. 14, novembro de 2000.

RAMOS, André Carvalho. Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. In: **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, vol. 25, p. 83, jan/mar 1988.



ROCCO, Rogério. Dos Instrumentos Tributários para a Sustentabilidade das Cidades. In: COUTINHO, Ronaldo, ROCCO, Rogério (orgs.) **O Direito Ambiental das Cidades**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ROLNIK, Raquel. **A Cidade e a Lei**. Legislação, Política Urbana e Territórios na Cidade de São Paulo. FAPESP, Studio Nobel.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Cidade** - Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. [on line], disponível na internet via www.URL:<<http://www.polis.orb.br/publicações/artigos/estatutonojb.html>>. Última atualização em 06 de agosto de 2001.

SAMPAIO, José Adercio Leite (coord.) **Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: 2004.

\_\_\_\_\_, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. 3ª ed. São Paulo: Nobel, 1996.

\_\_\_\_\_. **Técnica Espaço Tempo: Globalização e meio técnico-científico informacional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. (ver.e atual.) Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: MELLO, Celso Albuquerque, TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Arquivo de Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

\_\_\_\_\_. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista de Direito Social* 3, 2001.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (orgs.) **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo**

**Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gerson Marques, BEDÊ, Fayga Silveira (orgs.) *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_, FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. **Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**. Porto Alegre: HS Editora, out/dez 2007.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social. In: **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey 2004.

\_\_\_\_\_, Galdino. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAULE JÚNIOR, Nelson (org.). **Direito à Cidade**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. A Competência do Município para Disciplinar o Território Rural. In SANTORO, Paula, PINHEIRO Edite (orgs.) **O Planejamento do Município e o Território Rural**. São Paulo: Instituto Polis, 2004. Cadernos Polis 8. Anais do seminário "O Município e o solo rural"; São Paulo, 15 de julho de 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Cconstitucionais**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 62

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**. Porto Alegre: EU/Porto Alegre, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. In: DALLARI, Adilson e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sergio (orgs.) **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal N.10.257/01. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TEDESCHI, Sebastián. El Derecho a la Vivienda a Diez Años de La Reforma de La Constitución. In: **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: anuário 2004/2005/Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Ingo Wolfgang Sarlet (corr.) Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, Ed., 2006. v. 1, t. 2.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. In: Temas de Direito Civil. 3ª ed. (atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. (atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. (atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Silvia Faber. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação: O Código Civil e as Cláusulas Gerais. In: ARONNE, Ricardo (org.) **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à propriedade: Construção de um Direito. In: MARTINS COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Da Propriedade às Propriedades: Função Social e Reconstrução de um Direito. In: MARTINS COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In MARTINS COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.