

# Cadernos Jurídicos

Ano 18 - Número 46 - Janeiro-Março/2017

## Direito Urbanístico



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2017



## ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

### *Diretor*

DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS VILLEN

### *Vice-Diretor*

DESEMBARGADOR FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

### *Conselho Consultivo e de Programas*

DESEMBARGADOR AFONSO CELSO NOGUEIRA BRAZ

DESEMBARGADOR ANTONIO RIGOLIN

DESEMBARGADOR FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA

DESEMBARGADOR GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO

DESEMBARGADORA LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI

DESEMBARGADOR PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO

JUIZ HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR

### *Coordenadores da Biblioteca e Revistas*

DESEMBARGADOR WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

JUIZ ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

### *Coordenadores da edição*

JUIZ ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

JUÍZA CYNTHIA THOMÉ

# **Cadernos Jurídicos**

## **Direito Urbanístico**

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 18, nº 46, p. 1-200, Janeiro-Março/2017

Quadrimestral

2000, v. 1 (1 - 2)

2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)

2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)

2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)

2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)

2005, v. 6 (25)

2006, v. 7 (26 - 27 - 28)

2007, v. 8 (29 - 30)

2008, v. 9 (31)

2009, v. 10 (32)

2011, v. 11 (33)

2012, v. 12 (34 - 35)

2013, v. 13 (36 - 37)

2014, v. 14 (38)

2015, v. 15 (39 - 40 - 41)

2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)

2017, v. 17 (46)

---

Direito  
Jurisprudência

CDU 34(05)

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



**Escola Paulista da Magistratura**  
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar  
01301-100 / São Paulo - SP  
(11) 3256-6781/3257-0356  
[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)  
[imprensaepm@tjsp.jus.br](mailto:imprensaepm@tjsp.jus.br)

## I - Artigos

1. Aspectos indenizatórios da desapropriação para regularização fundiária de área privada  
*Alexandra Fuchs de Araújo* ..... 11
2. Questões de alta indagação envolvendo o direito de construir. De efeitos cumulativos a direito de protocolo – quem está errado: a lei ou o intérprete?  
*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho* ..... 27
3. Reflexões sobre ações civis públicas e a nova política estadual de proteção dos mananciais  
*Alexandre Miura Lura* ..... 47
4. (Des)ocupação de imóveis em centros urbanos e seu impacto no acesso à moradia digna  
*Cynthia Thomé* ..... 57
5. Tratamento constitucional da autonomia municipal e da função social da propriedade urbana – noções gerais  
*Fernando Menezes de Almeida* ..... 77
6. A Lei Orgânica do Município e a participação em São Paulo  
*Gabriela de Breláz* ..... 83
7. A importância do plano diretor e da legislação urbanística na resolução de questões referentes ao desenvolvimento urbano  
*José Antonio Aparecido Junior* ..... 115
8. A propriedade urbanística e as licenças ambientais e urbanísticas  
*José Antonio Aparecido Junior* ..... 123
9. Limites ao adensamento demográfico na cidade de São Paulo: efeitos da lei de zoneamento no bem-estar de seus habitantes  
*Rafael Tocantins Maltez* ..... 135
10. Gestão de riscos de desastres e políticas públicas urbanas  
Estudo de caso: a enchente de São Luiz do Paraitinga  
*Renata Martins de Carvalho* ..... 149
11. Sobre o Direito de Protocolo  
*Ricardo Cintra Torres de Carvalho* ..... 165

## II - Resenha

1. Resenha do livro *Droit de la Ville: du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, de Jean-Bernard Auby  
*Ana Rita de Figueiredo Nery* ..... 173

## III - Jurisprudência

1. Sentença. Ação Sindicato dos Taxistas Autônomos de Guarulhos em face de Uber do Brasil Tecnologia Ltda.  
*Rafael Tocantins Maltez* ..... 179
2. Comentário ao acórdão da Apelação c/Revisão nº 0137419-39.2012.8.26.0100  
*Vera Lucia Angrisani* ..... 185



## Apresentação

Com muita alegria trazemos a público a presente revista reunindo reflexões dos participantes do Núcleo de Direito Urbanístico da Escola Paulista da Magistratura (NEDU) como conclusão do ciclo de trabalhos que se iniciou em setembro de 2014 e teve seu fim em dezembro de 2016.

No período, além de nossas reuniões mensais com a participação de pesquisadores externos aos quadros do Núcleo, ainda promovemos o seminário *Discutindo o Direito Urbanístico a partir de casos complexos* (EPM – maio de 2015), bem como participamos do módulo V do Curso de Direito Ambiental (EPM – fevereiro/março de 2016) e do Fórum das Cidades (Escola do Parlamento - maio de 2016).

Editorialmente, partiu do NEDU a realização de dois livros: *Crise Hídrica e Direito - racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental*, publicado pela Lumen Juris em 2015, e *Direito Urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável*, publicado pela Quartier Latin em 2016, sendo que a primeira obra teve sua segunda edição publicada já em 2016.

Nossas investigações, nesses anos, se voltaram aos diversos problemas enfrentados pelas cidades na busca por condições de vida adequadas a seus habitantes, sempre preocupados com o papel do Direito na disciplina dessa realidade, seja como instrumento para solução de impasses, seja como fator de agravamento de disputas travadas na ocupação do território.

Para fazer frente a esse desafio, contamos com a contribuição inestimável de diversos acadêmicos, pesquisadores e profissionais do setor público e privado que, cada qual a partir de sua experiência e expertise, em muito enriqueceram nossa compressão de um universo que apenas de modo fragmentário se desenha nos processos que aportam diariamente no Judiciário, retratando conflitos por vezes agudos, invariavelmente ansiosos por rápida solução.

Em mais uma tentativa de somar esforços para a discussão de melhores caminhos rumo a Cidades Sustentáveis, para o que acreditamos que a atuação do profissional da área jurídica tem uma importante missão a cumprir, vem a lume esta edição dos *CADERNOS JURÍDICOS* da EPM.

Agradecemos aos Diretores da Escola, *Fernando Antonio Maia da Cunha* e *Antonio Carlos Villen*, pela confiança em nós depositada e pelo apoio aos projetos que lhes apresentamos.

Agradecemos ainda a todos aqueles que de bom grado disponibilizaram um pouco do seu precioso tempo para enriquecer nossos debates; nas páginas que seguem, poderão conferir quão valiosas foram suas intervenções para a elaboração dos ensaios que ora integram este periódico.

Encerramos esta etapa, esperançosos de que as atividades do NEDU continuem a entusiasmar os integrantes do nosso Tribunal e que ainda possam colaborar para a premissa de se buscar uma gestão mais racional e justa dos recursos disponíveis para a vida das pessoas nos centros urbanos.

São Paulo, verão de 2017.

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*  
*Cynthia Thomé*





---

I  
Artigos

---



# Aspectos indenizatórios da desapropriação para regularização fundiária de área privada

*Alexandra Fuchs de Araújo<sup>1</sup>*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Breve história da irregularidade fundiária no Brasil; 3. A resposta contemporânea da jurisprudência bandeirante; 4. A natureza do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41; 5. As ocupações consolidadas; 6. Considerações finais.

Neste artigo se discute a nova redação do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41, que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.977/09, e se pretende responder às questões colocadas no Primeiro Seminário de Direito Urbanístico realizado pela Escola Paulista da Magistratura, formuladas a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a saber: 1) quando o Estado ajuíza ação de desapropriação para fins de regularização fundiária por interesse social, é possível deduzir do preço o débito de IPTU eventualmente existente sobre tal bem, desde o momento do ajuizamento da ação? 2) é requisito indispensável para compensação do valor da indenização devida pela perda do imóvel com débito tributário o fato de este já estar inscrito em dívida ativa e ajuizado, nos termos do artigo 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41 (nova redação)? 3) em caso de resposta positiva à pergunta anterior, a demonstração deve ser feita no processo de conhecimento ou em fase de execução?

**Palavras-chave:** desapropriação por interesse social – direito à moradia – valor da indenização – regularização fundiária – indenização prévia.

This article discusses the new writing of article 32, paragraph 1 of Decree-Law Nº 3,365/41, which was attributed by Law Nº 11,977/09, and intend to reply to the questions raised in the First Urban Law Seminar organized by the Paulista School of Magistracy, formulated from decisions of the Court of Justice of the State of São Paulo, namely: 1) when the State files an expropriation for the purposes of agrarian regularization for social interest, is it possible to deduct from the price the Property Tax rate, from the first moment? 2) is it a fundamental requirement for any compensation between value of the compensation and tax debt, the debt is recorded and filed, pursuant to article 32, paragraph 1 of Decree-Law Nº 3,365/41 (new writing)? 3) must this demonstration be made in the process of knowledge or in the decision-implementation process?

**Keywords:** expropriation for social interest – housing rights – amount of the award – land property regularization – previous indemnity.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1996) e graduação em História pela mesma Universidade (1987). Especialista em Direito Urbanístico pela EPM (2014). Pesquisadora Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo Democrático (NEPAD/USP) desde 2013. Juíza de Direito desde 1998. Juíza da Fazenda Pública do Estado de São Paulo desde 2003.

## 1. Introdução

Neste trabalho, a proposta é, a partir da discussão desenvolvida no Primeiro Seminário de Direito Urbanístico realizado pela Escola Paulista da Magistratura, verificar as possíveis soluções para um problema jurídico que já aflige os operadores do Direito, em especial aqueles que lidam com processos judiciais envolvendo regularização fundiária.

A questão proposta no Seminário, baseada em decisões judiciais recentes,<sup>2</sup> envolvia uma área privada, ocupada por diversas famílias há mais de cinco anos, cujo proprietário não pagava débitos de IPTU há mais de 10 anos. O Município iniciou a regularização fundiária da área e, ao mesmo tempo, o proprietário ajuizou ação de indenização por desapropriação indireta ou apossamento administrativo. Perguntou-se, primeiramente, se era necessário o ajuizamento de ação de desapropriação para a regularização fundiária da área privada.

Foram debatidas, ainda, as seguintes questões: 1) quando o Estado ajuíza ação de desapropriação para fins de regularização fundiária (interesse social), é possível deduzir do preço do débito de IPTU, desde o ingresso da ação? 2) é requisito fundamental para eventual compensação entre tributo e dívidas tributárias, que a dívida esteja inscrita e ajuizada, nos termos do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41 (incluídos pela Lei nº 11.977/09)? 3) esta demonstração deve ser feita no processo de conhecimento ou em fase de execução?

Também se discutiu os seguintes pontos: 1) se está presente o interesse de agir do proprietário em relação à ação de indenização por desapropriação indireta ou apossamento administrativo; 2) se, na hipótese de existir uma comunidade instalada no terreno há mais de cinco anos, haveria possibilidade de compensação tributária de débito de IPTU com o valor devido ao titular do domínio pela sua perda; 3) caso admitido o abatimento, questionou-se se este poderia ocorrer nos próprios autos da desapropriação.

Hoje, o conflito pela terra urbana é uma realidade cada vez mais complexa e para a qual os instrumentos processuais tradicionais não trazem uma resposta satisfatória. O grande risco, ao se instaurar o contraditório entre as partes e sentenciar o processo sem levar em conta o contexto social, é o magistrado resolver o processo, mas não solucionar a lide, em sua clássica definição de “pretensão resistida”. Não raro, nos processos iniciados em razão de conflitos fundiários, as partes não correspondem aos interessados na questão.

Ainda, existe uma necessidade premente de regularização da posse da terra urbana. Do ponto de vista social, os moradores das comunidades informais são muitas vezes associados à marginalidade e se tornam alvos fáceis da violência urbana.<sup>3</sup> Num Estado como o nosso, em que entre as diretrizes e desafios constitucionais estão a realização da dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades

<sup>2</sup> TRIBUNAL de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0000785-67.2007.8.26.0114. (Relator(a): Moacir Peres; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/09/2013; Data de registro: 20/09/2013; TRIBUNAL de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO Nº 1012060-57.2014.8.26.0564. Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/04/2015; Data de registro: 18/04/2015; TRIBUNAL de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0059188-07.2012.8.26.0000. Relator(a): Leme de Campos; Comarca: Nova Granada; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/04/2012; Data de registro: 24/04/2012.

<sup>3</sup> FERNANDES, Edésio. *Regularização de assentamentos informais na América Latina*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2011. p. 7. (Foco em Políticas Fundiárias).

sociais e regionais,<sup>4</sup> a conquista da moradia digna para todos é um pressuposto inevitável para que se alcance os objetivos nacionais.

Nesse contexto, novos instrumentos processuais podem ser empregados para garantir a efetividade dos processos judiciais envolvendo a posse de terra urbana, com especial destaque para a conciliação e a mediação, em qualquer fase da ação judicial, até mesmo na execução.<sup>5</sup>

Aqui, o que se pretende é, a partir de ações envolvendo o valor da indenização a ser paga na desapropriação de áreas invadidas, apresentar novos elementos para o debate sobre o valor da indenização e seu verdadeiro credor, com base nos novos dispositivos legais aplicáveis à situação, buscando novas soluções que melhor atendam ao interesse público.

## 2. Breve história da irregularidade fundiária no Brasil

O Brasil, no período entre 1950-1980, passou por um processo de intensa urbanização. Foi durante esse período que se formaram as favelas, principal forma de acesso ao solo urbano pelas camadas menos privilegiadas da população.

Relata Machado sobre esse período:

*No começo dos anos 1960, momento em que comecei a trabalhar, concebia-se a existência nas cidades de uma franja que correspondia à favela; esta era pensada como uma espécie de zona de sociabilidade periférica, física e habitacionalmente demarcada. Certamente, esta concepção permanece até hoje de diferentes formas, mas o momento dominante da favela como problema habitacional foi, em minha opinião, o final dos anos 1950 e o início dos anos 1960, quando estava me formando em Sociologia na PUC, no fatídico ano de 1964, e começava a trabalhar. [...] Na prática, as favelas eram principalmente discutidas como um problema habitacional que merecia e poderia ter solução através de políticas públicas, estatais.<sup>6</sup>*

A comentar sobre a formação da metrópole moderna, José Afonso da Silva relata:

*Essa metrópole, no Brasil, formou-se por via de uma ocupação caótica do solo urbano; caótica, irracional e ilegal. Foi, de fato, o loteamento ilegal, combinado à autoconstrução parcelada da moradia durante vários anos, a principal alternativa de habitação para a população migrante instalar-se em algumas das principais cidades brasileiras. Dessa forma foram construídas as imensas periferias de São Paulo e Rio de Janeiro. É certo que a Lei Lehman (Lei 6766/1979) pretendeu corrigir a situação, fechando essa alternativa, que era a única forma*

<sup>4</sup> Constituição Federal, artigos 1º, III e 3º, III. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>5</sup> Mais adiante, será retomada a questão do trânsito em julgado e eventual conciliação no processo de execução.

<sup>6</sup> SILVA, Luiz Antonio Machado. Quarenta anos de sociologia das classes populares urbanas. In: CARNEIRO, Sandra de Sá; SANT'ANNA, Maria Josefina Gabriel (Org.). *Cidade: olhares e trajetórias*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 25-27.

*de acesso do trabalhador pobre à propriedade urbana, sem lhe abrir outra oportunidade. Por isso, um dos resultados que se aponta com a promulgação da lei é o crescimento de favelas.*<sup>7</sup>

A Lei nº 6766/79 conceitua loteamento no seu art. 2º, § 1º, como “a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”.

Do conceito legal, já é possível antever o primeiro problema relativo à efetiva regularidade do solo urbano para as camadas mais carentes da população: lotear implica, no mínimo, a realização de obras caras de infraestrutura. De outro lado, a Lei 6766/79 reconheceu o Estado como sujeito interessado na adequada ocupação do espaço urbano, imputando-lhe deveres e direitos na dinâmica firmada com o proprietário privado e a coletividade, moradora e usuária da região.

Mas o alto custo da regularização, aliado à omissão do Estado no que pertine à fiscalização dos empreendimentos voltados para a classe mais carente da população, fizeram com que a nova lei se tornasse mais um instrumento de incentivo à irregularidade fundiária do que um mecanismo de legitimação do Estado de Direito.

O fenômeno trouxe uma característica paradoxal à cidadania brasileira, segundo avaliação de James Holston. Devido à impossibilidade de acesso à terra legalizada, a maioria dos moradores da cidade era obrigada a morar ilegalmente, o que, dessa forma, acabou virando regra em muitos assentamentos humanos do país. “Morar ilegalmente alienou cidadãos da lei genérica, reduzindo seu acesso ao direito e à justiça, minando-a como instituição de e para a cidadania, transformando-a em algo a ser aplicado aos inimigos, com o comprometimento inclusive da soberania do Estado”<sup>8</sup>.

Esse contexto sociológico e legal explica a alta litigiosidade relativa às invasões de terra urbana nos dias atuais, a elevada criminalidade, a existência de verdadeiros bolsões de território ao qual o Estado de Direito não tem acesso: a reversão do quadro, a necessidade de reconquista desse espaço físico pelo Estado pelo Direito, certamente terá como consequências a redução da violência, de doenças, de diferenças sociais.

No esforço de legalização das ocupações urbanas irregulares antigas, desde 1988 o texto constitucional já acenava com a possibilidade de desapropriação com a finalidade de atender à função social da cidade, disciplinando o instituto nos seguintes termos:

*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>7</sup> SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 23.

<sup>8</sup> HOLSTON, James. *Cidadania insurgente – disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 156-157.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.<sup>9</sup> (g.n.).

Ou seja, de acordo com o texto constitucional, se determinada área é privada, não utilizada ou subutilizada, nos termos de lei federal, é possível o pagamento da indenização através de emissão de títulos da dívida pública.

A finalidade do dispositivo constitucional, por ocasião de sua promulgação, era reduzir a especulação imobiliária e o subaproveitamento da área urbana. Mas a regulamentação da Constituição Federal, no que concerne à política urbana, vem-se dando de forma lenta: apenas em 2001 foi promulgado o Estatuto da Cidade, e os Municípios ainda estão em fase de efetiva implementação de seus planos diretores, com as dificuldades inerentes ao enfrentamento de dois direitos fundamentais diferentes: moradia e propriedade.

A questão não tem origem apenas cultural, mas reflete a própria natureza humana. Na busca da compreensão do conflito, Luís Manuel Fonseca Pires retorna ao conto *Na Arca*, de Machado de Assis, e ao conflito instaurado entre os filhos de Noé na divisão das terras do mundo após o dilúvio, e antes mesmo de retornarem a ocupar a terra.

O autor passeia por diversos marcos da história da humanidade: pelo iluminismo, pela Revolução Francesa, pelo texto de Tom Joad, *As vinhas da Ira*, e pela análise de David Harvey quanto ao “método Haussmann”. Ao final, conclui *que há necessidade de mais. Ou de menos. Mais ser, menos ter*,<sup>10</sup> um caminho que tem sido trilhado, desde o século XX, quando se reconhece a função social da propriedade. Mas essa revisão do valor da propriedade para a sociedade vem com uma resistência atávica da esfera pública<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>10</sup> PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Moradia e propriedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 63.

<sup>11</sup> Aqui, utilizo o conceito de “esfera pública” formulado por Habermas, em uma de suas reelaborações mais recentes, quando este autor se refere à esfera ou espaço público, mas sublinha que esta jamais pode ser confundida com alguma instituição, organização ou qualquer estrutura normativa. Também não é possível delimitar suas fronteiras previamente. A ideia corresponde a uma estrutura aberta. Nas suas palavras: “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 92.). Afirma, também, que os atores da esfera pública não podem exercer poder político e não podem coincidir com a política institucional. A esfera pública, na medida em que não é uma organização, também não constitui necessariamente um espaço. No entanto, da mesma forma que uma organização, ou outra forma de realização espacial, pode ter uma dimensão abstrata, a esfera pública pode, eventualmente, coincidir com alguma estrutura concreta, e nesta medida o poder judiciário deve ser visto como integrante da esfera pública,

Esse conflito repercute no Poder Judiciário com destaque quando há ocupação nova de grandes áreas urbanas ou prédios abandonados, ou quando, apesar de se tratar de ocupações antigas, o proprietário, premido pela notícia de que a área foi classificada como ZEIS ou de que se está na iminência de ser expedido decreto expropriatório, ajuíza ação de reintegração de posse. Em seguida, vem a publicação do decreto expropriatório.

Nessas situações, qual o valor a ser indenizado ao proprietário? Qual o valor a ser depositado no processo, a título de depósito prévio, para fins de imissão na posse?

### 3. A resposta contemporânea da jurisprudência bandeirante

As questões introduzidas no mundo jurídico com o texto constitucional já encontram alguma resposta na jurisprudência bandeirante.

Um primeiro ponto que aflige diz respeito ao pagamento de indenização quando o terreno possui dívidas de IPTU. Com a reforma recentemente introduzida no Decreto-Lei nº 3365/41 pela Lei nº 11.977/2009, já existe amparo legal para a compensação das dívidas tributárias relativas ao IPTU com o valor do bem.

Nessa vertente, em acórdão proferido em setembro de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “no tocante ao pedido de dedução de débito de IPTU, dispõe o Decreto-Lei nº 3.365/41 que “as dívidas fiscais serão deduzidas dos valores depositados, quando inscritas e ajuizadas” (art. 32, § 1º, incluído pela Lei nº 11.977/2009). Assim, eventuais débitos de IPTU podem ser deduzidos do montante indenizatório, desde que inscritos e ajuizados. *Como já houve o levantamento do valor depositado ao início da ação, a demonstração da existência e exigibilidade de tais débitos deve ser feita na fase de execução*”<sup>12</sup>.

Reconhece-se no acórdão, portanto, a possibilidade de compensação prévia e nos próprios autos de desapropriação entre dívidas tributárias e o valor da indenização pela perda do bem. O levantamento do montante depositado no início da ação, entretanto, inviabilizou a compensação ainda em fase de conhecimento do processo.

Caso o valor não tivesse sido levantado, essa compensação, *nos termos da decisão acima, a contrario sensu*, seria possível ainda na fase de conhecimento.

Em que pese ao entendimento defendido no julgado sob exame, não nos parece necessário que, como regra, tal tipo compensação, prevista em lei, dê-se apenas no momento da execução da respectiva demanda. Isto porque a própria lei autoriza o levantamento de 80% do valor do bem pelo proprietário, desde que cumprido o artigo 34 do Decreto-Lei, mesmo que isto ocorra no início do processo, o que implica a satisfação desde logo do interesse do expropriado receber desde já o valor do bem. Este dispositivo é, em última análise, uma forma de execução antecipada da sentença.

---

identificando e percebendo a realidade e os problemas sociais, pressionando o sistema político a ponto de influenciá-lo nas questões nele debatidas e problematizadas, como ocorre com os temas medicamentos, segurança e outros. O que é muito peculiar, no caso do direito de moradia, é a dificuldade de as decisões judiciais expressarem na esfera pública uma posição compatível com a nova ordem.

<sup>12</sup> Ementa: DESAPROPRIAÇÃO - Mantida a avaliação elaborada pelo perito judicial – Laudo pericial bem elaborado, exibindo, assim, valor tendente à justa indenização – Dedução de dívidas fiscais – Admissibilidade, desde que inscritas e ajuizadas (Art. 32, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41) – Demonstração, entretanto, que deve ser feita na fase executiva. Recurso improvido. AGRAVO DE INSTRUMENTO No 0059188-07.2012.8.26.0000. Relator(a): Moacir Peres; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/09/2013; Data de registro: 20/09/2013). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7033648&cdForo=0&v1Captcha=WbyST>>. Acesso em: 19 jun. 2015.



No cumprimento do art. 34 exige-se, rotineiramente e por determinação legal, a discussão, desde a fase inicial do processo de desapropriação, da inexistência de dívidas tributárias, o que legitima a antecipação da discussão sobre a compensação. Caso contrário, dois interesses são prejudicados: o interesse do particular, que terá de aguardar o final do processo para poder levantar o valor da indenização; e o interesse público, que pode ter prejuízo se o levantamento ocorrer com a dispensa deste debate.

Inevitável, também, reconhecer a demanda do Poder Público por disponibilidade dos recursos financeiros por questões orçamentárias. Não há sentido em se aguardar o final do processo, mantendo-se dinheiro público em depósito judicial, quando existem mecanismos jurídicos para antecipar a discussão sobre o valor a ser liberado, tanto em favor do proprietário, quanto em favor da Fazenda, desde o início da demanda expropriatória.

Assim, a melhor solução que se apresenta é que se desloque a discussão sobre a liquidez ou não da dívida tributária para o momento do cumprimento do artigo 34 do Decreto-Lei: o Poder Público realiza o depósito integral, eventualmente já comprovando dívida tributária líquida, certa e exigível; a parte comprova o domínio do bem e providencia a publicação de editais. Em seguida, é autorizado o levantamento, em favor do erário, do montante equivalente ao débito tributário, e em favor do proprietário de 80% do saldo.

Sem dúvida, a dívida a ser compensada deve ser líquida, certa e exigível. Nesse sentido, há entendimento consolidado do Tribunal de Justiça de São Paulo, e a título de exemplo menciono apenas uma decisão, proferida no Agravo de Instrumento de nº 0180049-56.2011.8.26.0000, em que se indeferiu o pedido de compensação, porque “a agravante encontra-se com a exigibilidade dos débitos fiscais referentes ao IPTU suspensa, nos termos do artigo 5º do Decreto nº 48.865, porquanto discute o reconhecimento da imunidade tributária. Assim, não há dívida líquida certa e exigível a permitir que se obste o levantamento”<sup>13</sup>.

Quando a exigibilidade dos débitos fiscais referentes ao IPTU está suspensa, contudo, a melhor solução não é a simples negativa de levantamento para as partes. Há que se considerar outros diplomas legais, de natureza orçamentária, e que melhor preservam o interesse dos litigantes.

Desde a promulgação da Lei Estadual nº 12.787/2008<sup>14</sup>, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 52.780/2008<sup>15</sup>, ao menos no Estado de São Paulo, 70% dos depósitos judiciais de natureza fiscal já integram o orçamento e são utilizados pelo Poder Executivo, mesmo com ação de execução em andamento.

<sup>13</sup> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Desapropriação. Levantamento condicionado à demonstração do cumprimento do artigo 34, do Decreto-lei nº 3.365/41. Débitos fiscais com exigibilidade suspensa. Compensação que somente se reconhece entre dívidas líquidas, certas e exigíveis. Recurso provido. Agravo de Instrumento de nº 0180049-56.2011.8.26.0000. Relatora: Cristina Cotrofe; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/10/2011; Data de registro: 21/10/2011). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>14</sup> Recentemente, foi promulgada, na esfera federal, a Lei Complementar Federal nº 151/2015, com vetos da Presidência, tornando este um mecanismo viável na esfera nacional, e que foi regulamentada recentemente pelo novo Decreto Estadual nº 61.460/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp151.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp151.htm)>. Acesso em: 25 set. 2015.

<sup>15</sup> Conforme o Decreto Estadual nº 52.780/2008, “os depósitos judiciais e administrativos existentes no Banco Nossa Caixa S.A. na data da publicação da Lei nº 12.787, de 27 de dezembro de 2007, Legislação do Estado, bem como os respectivos acessórios, referentes aos processos judiciais e administrativos em que o Estado de São Paulo seja parte, serão transferidos à conta única do Tesouro, na proporção de 70% (setenta por cento) de seu valor atualizado, exceto aqueles já transferidos nos termos dos decretos nº 46.933, de 19 de julho de 2002, e nº 51.634, de 7 de março de 2007.” Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Considerando esta realidade, admite-se a interpretação de que, do ponto de vista da preservação do interesse público, a melhor solução seria a remessa do valor referente a débitos fiscais em discussão para o juízo da execução fiscal, de modo que este garanta a execução e esteja desde já disponível para o erário público, como permite a Lei Estadual nº 12.787/2008.

Essa disponibilização não implica nenhuma violação ao devido processo legal, não se subtraindo ao devedor tributário a possibilidade de discutir o débito com todas as garantias constitucionais pertinentes.

Tal alternativa também não estaria em confronto com o decidido no Agravo de Instrumento nº 0059188-07.2012.8.26.0000, do qual destaco a seguinte passagem:

*Na desapropriação, a imissão provisória na posse há de ser concedida, em face da alegação de urgência, na forma do art. 15, “caput”, da Lei das Desapropriações, recepcionado pela nova Constituição Federal, mediante depósito apurado em avaliação prévia (STJ 1ª Seção, ED no REsp 38.289-9-SP, rel. p.o.ac. Min. Hélio Mosimann, j. 19.4.94, rejeitaram os embargos, maioria, DJU 23.5.94, p. 12.538).*

*Por óbvio, então, inexistente permissivo legal apto a viabilizar a imissão provisória na posse, antes do depósito do valor prévio arbitrado. E que não se invoque, diante disto, a possibilidade de se deduzir a dívida fiscal do valor a ser depositado, com fulcro no § 1º, do art. 32, do Decreto-lei nº 3.365/41.*

*É que, como bem salientado pelo magistrado singular, a dedução pretendida é de ser feita em momento ulterior ao depósito do valor apurado. É o que se afere, inclusive, da própria leitura da lei: “§ 1º As dívidas fiscais serão deduzidas dos valores depositados, quando inscritas e ajuizadas.” (grifo nosso).*

Ademais, a despeito de existir execução fiscal originada por débito fiscal decorrente do imóvel em apreço, é bem certo que o crédito invocado exige maiores exames, o que será feito com maior profundidade naqueles autos e em momento oportuno<sup>16</sup> (g.n.).

Com a transferência do montante *sub judice* para os autos de execução fiscal, as questões referentes à liquidez e certeza do débito tributário seriam realizadas na esfera adequada.

Adotando-se esse procedimento, no processo de desapropriação, define-se com a máxima antecedência, e sem risco para nenhuma das partes, qual o montante líquido a ser levantado desde já pelo desapropriado. O restante permanecerá à disposição do Poder Judiciário, mas a outro título, ou seja, como garantia de uma dívida tributária, e não mais como valor do bem desapropriado, depositado cautelarmente nos autos da desapropriação enquanto indefinido o valor do débito fiscal.

<sup>16</sup> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Desapropriação – Valor indenizatório. Pretensão da Municipalidade de compensar o valor da indenização com débitos fiscais – Art. 32, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41. Impossibilidade – Necessidade de complementação do valor. Imissão que só é de ser concedida com o depósito integral do valor apurado em avaliação prévia. Agravo improvido. Agravo de Instrumento nº 0059188-07.2012.8.26.0000. Relator(a): Leme de Campos; Comarca: Nova Granada; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/04/2012; Data de registro: 24/04/2012). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

#### 4. A natureza do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41

Discute-se a natureza da nova redação conferida ao artigo 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41 pela Lei nº 11.977/2009, que permitiu que as dívidas fiscais, quando inscritas e ajuizadas, sejam deduzidas dos valores depositados para fins de deferimento de imissão na posse nas ações de desapropriação.

Na apelação 0058286-14.2008.8.26.0576, com o fundamento de que “a natureza processual da norma supracitada não autoriza a sua imediata aplicação,” por se tratar de “norma da espécie instrumental material, por criar efeitos patrimoniais para as partes,” concluiu-se que a nova redação do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41 não poderia ser aplicada desde já.

A jurisprudência entende que, embora se atribua às normas de direito processual eficácia imediata, as normas da espécie instrumental material não incidem nos processos já iniciados, em respeito ao ideal de segurança jurídica.<sup>17</sup>

A compensação, decorrente da nova redação da lei, não atinge o patrimônio do desapropriado: nada modifica em relação às dívidas, não alterando o fato de que existe um tributo. Desde antes da alteração normativa, sem o prévio pagamento do tributo, aquele valor depositado não poderia ser levantado, impondo-se para tanto a apresentação da certidão negativa tributária.

No momento do levantamento, é dever do desapropriado demonstrar a inexistência de dívidas em relação ao bem desapropriado. Quando isso ocorria, antes da nova redação da lei, o devedor tinha duas opções: saldar a dívida para poder levantar o valor da desapropriação; 2) quando não tinha esta liquidez, pedir o levantamento de valor suficiente para o pagamento do débito, de forma a viabilizar o levantamento do restante; neste caso, estava sujeito à liberalidade do magistrado.

O novo dispositivo veio ajudar o devedor sem liquidez, que agora não depende mais da boa vontade do magistrado para liberar os valores da indenização: o próprio ordenamento já permite a compensação no curso do processo, a fim de viabilizar a quitação do tributo e a liberação do pagamento.

Nessa vertente, a inovação normativa tem natureza de lei estritamente processual, e não de norma da espécie instrumental material, uma vez que não gera efeitos patrimoniais para as partes, não reduzindo nem aumentando o patrimônio anterior, seja do expropriado, seja do expropriante. Apenas influi no regime de levantamento de valores, aumentando a segurança jurídica de levantamentos antecipados e permitindo que as partes possam usufruir desde já do que efetivamente lhes pertence.

Na mesma apelação 0058286-14.2008.8.26.0576, argumenta-se que “a compensação prevista pelo art. 100, § 9º, da Constituição Federal só é possível ‘no momento da expedição dos precatórios’, razão pela qual se mostra incabível a sua arguição no presente momento processual”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Apenas a título exemplificativo, cito três exemplos de decisões neste sentido: STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 475876 RS 2002/0148590-8 (STJ); Data de publicação: 05/05/2003; STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 433863 RS 2002/0051428-8 (STJ); STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 439548 RS 2002/0063922-9 (STJ). Disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>18</sup> Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Desapropriação indireta. Valor indenizatório. Necessária a adoção do laudo pericial judicial. Correto o método utilizado. Juros compensatórios reduzidos à razão de 6% ao ano. Cumulação que não se constitui em anatocismo. Súmula 102 do STJ. Pretensão da Municipalidade de compensar o valor da indenização com débitos fiscais, com

O parágrafo 9º do art. 100, no entanto, foi declarado inconstitucional por maioria de votos, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4357 e 4425,<sup>19</sup> sob a alegação de ofensa ao princípio da isonomia, porque a regra acrescentava uma prerrogativa ao Estado de encontro de contas entre créditos e débitos que não é assegurada ao ente privado.

A situação não se equipara à do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41. A lei de desapropriação não coloca o Poder Público em situação mais vantajosa em relação ao particular que, se não fosse por esta possibilidade de encontro de dívidas, não poderia levantar nenhum valor enquanto não quitada a dívida tributária.

No voto do Ministro Ayres Britto na ADI, ponderou-se pela violação de separação de poderes e desproporcionalidade de meios, até porque existe, no dispositivo constitucional introduzido pela Emenda 62/2009, a possibilidade de penhora do mesmo precatório:

*Com efeito, esse tipo de conformação normativa, mesmo que veiculada por emenda à Constituição, também importa contratação no princípio da separação dos Poderes. No caso, em desfavor do Poder Judiciário. Como ainda se contrapõe àquele traço ou àquela nota que, integrativa da proporcionalidade, demanda a observância obrigatória da exigibilidade/necessidade para a restrição de direito. Isso porque a Fazenda Pública dispõe de outros meios igualmente eficazes para a cobrança de seus créditos tributários e não-tributários. Basta pensar que o crédito, constituído e inscrito em dívida ativa pelo próprio Poder Público, pode imediatamente ser executado, inclusive com a obtenção de penhora de eventual precatório existente em favor do administrado. Sem falar na inclusão do devedor nos cadastros de inadimplentes.<sup>20</sup>*

No permissivo do art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41, a autorização para compensação do preço, de forma diversa, não implica quitação do tributo, mas, sim, a possibilidade de compensação para fins de levantamento e fixação de valores líquidos em favor do proprietário: havendo tributos pendentes, o valor é transferido para o juízo da execução, liberando-se, no juízo da desapropriação, credor e devedor, que são tratados, portanto, com isonomia.

## 5. As ocupações consolidadas

Um último ponto diz respeito a ocupações muito antigas, com posse já consolidada há mais de 5 (cinco) anos. Sobrevindo o decreto expropriatório, muito se discute hoje se cabe, realmente, o pagamento de indenização.

---

base no art. 32, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41. Inadmissibilidade. Norma introduzida no ordenamento jurídico somente após o ajuizamento da demanda. Honorários advocatícios reduzidos para R\$ 15.000,00. Ação procedente – Sentença parcialmente reformada. Reexame necessário e recurso voluntário da Municipalidade providos em parte. Apelação 0058286-14.2008.8.26.0576. Relator(a): Leme de Campos; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/05/2011; Data de registro: 05/05/2011). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>20</sup> Voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4357/DF. p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em 20 set. 2015.

A questão já era anterior à promulgação da Lei nº 11.977/2009, que não trata apenas da construção de novas moradias dentro do programa Minha Casa, Minha Vida, mas cuida também da regularização fundiária de ocupações antigas já há muito juridicamente irreversíveis.

Nos centros urbanos, como é de conhecimento geral, existem grandes áreas particulares ocupadas por favelas, muitas vezes antigos loteamentos irregulares ou clandestinos, em que moram milhares de pessoas em condições, com frequência, subumanas.

Em relatório sobre a regularização de assentamentos informais na América Latina, Edésio Fernandes notícia que

*[...] se existe uma determinante subjacente e característica, em praticamente todos os tipos de assentamentos informais, é a violação da ordem jurídica vigente de algum modo. Os assentamentos informais muitas vezes têm características físicas semelhantes, mas seus problemas jurídicos diferentes específicos têm consequências diferentes. Os assentamentos informais geralmente envolvem a existência de uma ou mais formas intrínsecas de ilegalidade, seja por violações dos direitos de propriedade de terras privadas, públicas ou comunais; seja pela violação das normas ou regulamentos urbanos, ambientais ou de construção; ou ainda pela falta de inscrição e disposição de tributação.<sup>21</sup>*

A finalidade da Lei nº 11.977/2009 é instrumentalizar o gestor público para novas alternativas jurídicas, diante da realidade fática, de modo a alcançar a posse regularizada da terra urbana, solucionando conflitos jurídicos e legais históricos.

A regularização fundiária atinge situações em que a perda da posse não teve origem num ato de império do Estado. Ao contrário, a perda da posse pelo proprietário titular ocorreu há muitos anos, por terceiros, e por diversas razões, em especial pelo loteamento clandestino ou simples ocupação da área, muitas vezes facilitados pela inércia do seu titular em promover o respectivo aproveitamento.

Quando há uma ocupação consolidada, uma das alternativas legais para a regularização é a desapropriação por interesse social, com a finalidade de conferir juridicidade a uma situação de fato produzida à margem da lei.

Esta, contudo, não é a única alternativa para que se alcance tal objetivo.

Para legalização do assentamento, poderia ser empregada, ainda, a usucapião coletiva. Mas essa ação tem-se revelado muito morosa e ineficiente.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> FERNANDES, Edésio. *Regularização de assentamentos informais na América Latina*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2011. p. 12. (Foco em Políticas Fundiárias).

<sup>22</sup> Sobre as dificuldades da ação de usucapião coletiva, Silvio de Salvo Venosa pondera: “Na situação enfocada do Código Civil, porém, a aquisição se aproxima da desapropriação, pois de acordo com o artigo 1.228, parágrafo 5º, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. Nesta situação, o Código Civil menciona que a ocupação deve ser de boa-fé, por mais de cinco anos. Haverá, sem dúvida, um procedimento custoso na execução, pois cada possuidor deverá pagar o preço referente à sua fração ideal do terreno, ou outro critério de divisão que se estabelecer na sentença. Destarte, se o proprietário não desejar ter contra si uma ação de usucapião, deverá reivindicar área para lograr obter indenização. Observe que enquanto a disposição analisada do Código Civil se aplica tanto a áreas rurais quanto urbanas, o usucapião coletivo da Lei nº 10.257/2001 se aplica somente

Na prática, o Poder Público tem-se utilizado com frequência da desapropriação por utilidade pública como um instrumento de regularização fundiária, por ser o meio mais ágil para se obter a segurança jurídica em relação à posse da terra, uma vez que para a imissão na posse, em ação de desapropriação, basta o cumprimento dos requisitos do artigo 34 da Lei de Desapropriações.

É importante registrar que as ocupações consolidadas não podem ser confundidas com casos de desapropriação indireta. Em recente decisão, reconheceu-se o seguinte:

*Com efeito, o Decreto Municipal nº 17.659/2011 não tem feição expropriatória alguma, pois, apenas, em sintonia com o art. 9º da Lei Municipal nº 5.959, de 13 de agosto de 2009, aprova, para o imóvel em foco, o Plano Integrado de Urbanização e Regularização Fundiária Sustentável dos Assentamentos Precários Capelinha e Cocaia, localizados, respectivamente, na Estrada Caminho do Mar e Estrada da Cocaia, Bairro Varginha, São Bernardo do Campo, correspondente aos perímetros delimitados como ZEIS 4 (fls. 68/69).*

*Ora, tal enquadramento, inclusive como ZEIS, ou seja Zona Especial de Interesse Social, para fins de regularização fundiária, diz respeito apenas ao contexto específico de limitações urbanísticas de zoneamento especial, com possível flexibilização de índices urbanísticos (art. 47, V, da Lei 11.977/2009), necessária para as medidas de regularização fundiária de interesse social (art. 47, VII, “b”, da Lei 11.977/2009), ante a ocupação informal e a urbanização consolidada verificada no local. Assim, o referido Plano Integrado de Urbanização e Regularização Fundiária Sustentável, autorizado pelo tal decreto, é apenas o primeiro passo para a regularização fundiária de interesse social (art. 51 da Lei 11.977/2009). Esse enquadramento, portanto, não tem o efeito de esgotar o valor econômico do domínio, mas, em certa dose, até pode significar agregação de valor econômico, na medida em que aponta para a possível regularização fundiária da área em foco, ocupada de modo informal, em área ambiental sensível (e, por isso, ao que se supõe, degradada, mas com expectativa de que, com a regularização, fique em condição ambiental melhor que a atual, com a viabilização da regularização fundiária, em modo facilitado: cf. art. 54, caput e §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.977/2009).*

*Outrossim, não houve desapossamento administrativo imputável à municipalidade, anotando-se que se perda da posse do imóvel em foco houve, por parte da autora, ora apelante, ela foi resultante de ocupação realizada por terceiros, e, daí, por esta eventual perda, a Prefeitura Municipal, que apenas está dando impulso à regularização*

---

aos imóveis urbanos. No tocante ao direito intertemporal, quando, na hipótese do artigo 1.228, parágrafo 4º, a posse teve início antes da vigência do novo Código Civil, até dois anos após sua entrada em vigor, o prazo de cinco anos será acrescido de dois anos (artigo 2.030 do novo Código Civil). Não resta dúvida que, em que pese a boa intenção do legislador, teremos que lidar com enormes dificuldades interpretativas, fraudes a esses dispositivos e com os costumeiros atravessadores que se valem da massa coletiva para obter vantagens econômicas, além de dividendos políticos. A luta pela terra sempre foi um problema social antes de ser exclusivamente jurídico. Caberá ao juiz decidir, no caso concreto, sobre a legitimidade das partes, e principalmente, sobre as obras e serviços que devem ser considerados relevantes sob o ponto de vista social e econômico. É claro que situações bem definidas não apresentam dificuldades, como áreas que se apresentam com vias e melhoramentos públicos, beneficiando uma coletividade.” (*Usucapião coletivo no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI944,31047-Usucapiao+coletivo+no+novo+Codigo+Civil>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

*fundiária – aliás por efeito de condenação decorrente de ação cominatória específica – , não pode ser responsabilizada.*

*O que eventualmente poderá, de futuro, atingir o domínio dos proprietários da gleba em regularização de interesse social é a usucapião extrajudicial de que cuida a Lei 11.977/2009 (art. 60), subsequente às fases do projeto de regularização (art. 54), da demarcação urbanística (art. 56) e de suas inscrições prediais consequentes (art. 57 e 58), bem como da legitimação de posse e de seu registro imobiliário (art. 59).*

*Mas, mesmo aí, caso assim ocorra no futuro, indenização alguma será possível contra a Municipalidade, lembrando que esse tipo de regularização fundiária (interesse social) e de usucapião (extrajudicial) atinge diretamente área de domínio de privado (art. 56, § 5º, I e II, da Lei 11.977/2009), e não área de domínio privado previamente expropriada pelo ente público para a regularização (hipótese diversa do caso em foco). Logo, não verificado os pressupostos necessários para a indenização por expropriação indireta, é o caso de manter a r. sentença e negar provimento ao apelo<sup>23</sup> (g.n.).*

Demonstrada, desde a inicial, a necessidade de desapropriação por interesse social, com a finalidade de regularização fundiária de área ocupada há mais de cinco anos, mesmo que não se dispensando o depósito prévio, não é hipótese da compensação prevista no art. 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Também não é caso de remessa de valores para o juízo da execução fiscal, porque nada é devido pelo Poder Público ao proprietário: isto porque este já perdeu o domínio há muito tempo, em razão do abandono da propriedade. Este abandono, por sua vez, deve ser demonstrado no curso da instrução, assim como o lapso de posse, para fins de usucapião, que poderá ser reconhecido pelo poder público, na instância administrativa.

O valor da indenização, ao final, será levantado pelos ocupantes do lote, caso no procedimento de regularização se reconheça a usucapião em favor dos ocupantes do lote; ou pelo poder público, se comprovado o abandono do bem, nos termos da lei civil; ou ainda pelo proprietário, não demonstrada nenhuma das hipóteses anteriores.

<sup>23</sup> Ementa: APELAÇÃO – Pretensão indenizatória por desapropriação indireta – Município de São Bernardo do Campo – Assentamentos precários conhecidos por Capelinha e Cocaia – Decreto municipal autorizando, para área maior da área da autora, aprovação de plano de urbanização e regularização fundiária, com enquadramento em ZEIS 4 – Quadro de regularização fundiária de interesse social em área de domínio privado – Eventual perda de posse que não se pode atribuir à municipalidade, mas a terceiros, que ocupam a área em urbanização consolidada – Ausência de apossamento administrativo e de esgotamento econômico do domínio privado por efeito de intervenção ou limitação administrativa – Perda de domínio, em regularização fundiária de interesse social, referente à área de domínio privado, ademais, que pode ocorrer apenas em eventual usucapião extrajudicial de que cuida a Lei 11.977/2009 – Nada, pois, justifica indenização em face da Municipalidade, que apenas teve a iniciativa de dar o primeiro passo para promover a regularização fundiária, aliás, por efeito de condenação decorrente de ação judicial diversa, de feição cominatória – Sentença de improcedência confirmada RECURSO DESPROVIDO. APELAÇÃO Nº 1012060-57.2014.8.26.0564; Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/04/2015; Data de registro: 18/04/2015). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

## 6. Considerações finais

Neste trabalho, discutiu-se o sentido e o alcance do dispositivo previsto no artigo 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41, na nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.977/2009. Demonstrou-se que a norma possui natureza de norma estritamente processual, aplicável desde já, e que sua finalidade, longe de implicar confisco do valor indenizatório pela antecipação de uma compensação tributária, é um mecanismo legal apto a permitir que Poder Público e particular usufruam, mais rapidamente e com segurança jurídica, de seu patrimônio.

Também se ponderou que nem sempre algum valor é devido aos proprietários. Nas ocupações antigas, em que a posse da terra urbana já está consolidada há mais de cinco anos, a desapropriação por interesse social é apenas um instrumento de regularização fundiária, não implicando ato de império, a justificar o pagamento de indenização ao proprietário tabular.

Quanto às questões formuladas inicialmente, ficou demonstrado que, quando o Estado ajuíza ação de desapropriação para fins de regularização fundiária por interesse social, não é possível deduzir do preço o débito de IPTU, desde o primeiro momento, porque há pontos que devem ser definidos pelo juízo apenas no curso da instrução, como, por exemplo, o tempo da posse, o verdadeiro credor dos montantes depositados, e se a dívida apontada é líquida, certa e exigível.

É requisito fundamental para eventual compensação entre indenização e dívida tributária, que a dívida esteja inscrita e ajuizada, nos termos do artigo 32, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Mas não apenas isso. Um pré-requisito para o levantamento dos valores pelo proprietário tabular é a comprovação de que a perda da posse se deu por um ato de império, pois é este que efetivamente gera o dever de indenizar do Estado. Quando a posse se perdeu por abandono, e a desapropriação veio apenas com a finalidade de regularização fundiária, o credor dos valores depositados não será o proprietário, e, portanto, não há sequer que se falar em compensação entre indenização e dívidas tributárias.

Havendo, entretanto, efetiva desapropriação e dívidas tributárias – o que pode ficar comprovado desde a fase de conhecimento da demanda expropriatória – a discussão da liquidez e certeza do crédito fazendário pode ser realizada no processo de execução fiscal, com a transferência dos valores para aquele juízo com a finalidade de garantir o débito.

São essas as minhas conclusões por ora sobre o tema, e refletem também a interpretação que traz mais efetividade à norma e preserva o erário público, evitando o enriquecimento ilícito daquele que nunca cuidou de sua propriedade, cuja inércia em relação à função social da cidade não pode ser premiada, e dá efetividade à desapropriação por interesse social como instrumento de regularização fundiária.



## Bibliografia

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Lei Complementar Federal no 151/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp151.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp151.htm)>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4357/DF. p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em: 20 set. 2015.

FERNANDES, Edésio. *Regularização de assentamentos informais na América Latina*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2011. (Foco em Políticas Fundiárias).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente – disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Moradia e propriedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Decreto Estadual nº 52.780/2008. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento de nº 0180049-56.2011.8.26.0000. Relatora: Cristina Cotrofe; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/10/2011; Data de registro: 21/10/2011). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0059188-07.2012.8.26.0000. Relator(a): Moacir Peres; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/09/2013; Data de registro: 20/09/2013). Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7033648&cdForo=0&v\(Captcha=WbyST\)](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7033648&cdForo=0&v(Captcha=WbyST))>. Acesso em: 19 jun. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0059188-07.2012.8.26.0000. Relator(a): Leme de Campos; Comarca: Nova Granada; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/04/2012; Data de registro: 24/04/2012). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 09 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0000785-67.2007.8.26.0114. (Relator(a): Moacir Peres; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/09/2013; Data de registro: 20/09/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=1E8D2A968896C1E49A63E855578B8124.cjsg3>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0058286-14.2008.8.26.0576. Relator(a): Leme de Campos; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/05/2011; Data de registro: 05/05/2011). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1012060-57.2014.8.26.0564; Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/04/2015; Data de registro: 18/04/2015). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultado-Completa.do>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luiz Antonio Machado. Quarenta anos de sociologia das classes populares urbanas. In: CARNEIRO, Sandra de Sá; SANT'ANNA, Maria Josefina Gabriel (Org.). *Cidade: olhares e trajetórias*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Usucapião coletivo no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI944,31047-Usucapiao+coletivo+no+novo+Codigo+Civil>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

# Questões de alta indagação envolvendo o direito de construir. De efeitos cumulativos a direito de protocolo – quem está errado: a lei ou o intérprete?

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Caso prático; 2. Introdução; 3. Da vinculação da Administração ao Direito – o desafio dos malabarismos jurídicos; 4. Efeitos cumulativos no licenciamento urbanístico e ambiental; 5. Do “direito de protocolo” – função e abuso; 6. Construção irregular – acomodação possível entre legalidade e segurança jurídica; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

## 1. Caso prático

Nossa reflexão tem como ponto de partida o seguinte caso prático, abordado no seminário promovido pelo Núcleo de Direito Urbanístico da Escola da Magistratura, nos dias 13 e 14 de maio de 2015. Exemplo inspirado em fatos reais. Qualquer semelhança com a realidade (não) é mera coincidência.

**Empreendedor A (A)** pretende a aprovação de projeto de prédio residencial (PR1) perante o Município, tendo ingressado com seu pedido em 2002, época em que a legislação pertinente admitia a construção de prédios de até 25 andares no local e 400 vagas. O projeto foi aprovado no mesmo ano e, por fatores ainda a esclarecer, a obra em questão, apesar de passados mais de 10 anos da sua aprovação, ainda não foi concluída. Na área, situada em região valorizada da cidade, ficou funcionando estacionamento (o Especulapark) durante todo esse período. Agora, em 2015, o empresário pretende finalmente levar a cabo o projeto aprovado. Entre 2002 e 2015, contudo, houve alteração na legislação aplicável ao direito de construir na cidade. Foi aprovada lei exigindo estudo de impacto de vizinhança para prédios com mais de 100 vagas de garagem. Além disso, o limite de altura das edificações foi alterado para 20 andares. **A** requer a continuidade das obras nos termos em que esta foi inicialmente aprovada, alegando direito adquirido. Afirma que, de acordo com a jurisprudência dominante no país, iniciada a obra, o que teria se dado com a construção da guarita existente no terreno (onde ficava o escritório do Especulapark), este teria o chamado direito de protocolo, que lhe conferiria a prerrogativa de construir de acordo com a legislação vigente quando da apresentação do pedido de edificação perante a Prefeitura. Quanto à demora em concluir a construção, alega dificuldades de financiamento e a situação econômica do país. Logo, como tais

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela USP. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Urbanístico e professor de cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

fatores seriam alheios à sua vontade, defende que a ausência de meios para aproveitamento de terreno não poderia militar em seu desfavor. Tendo em vista tais ponderações, o Município autorizou a continuidade das obras.

**Empreendedor B (B)** pretende, em 2015, na mesma rua em que localizado o terreno do **PR1**, a aprovação de dois edifícios em terrenos contíguos, cada um com 20 andares e 100 vagas de garagem (**PR2 e PR3**). O terreno dos dois prédios era único e fora objeto de prévio pedido de desmembramento perante a Prefeitura. Entendendo que os requisitos formais pertinentes estavam atendidos, o servidor municipal responsável deferiu o alvará de construção.

**Associação de Moradores Bairro Feliz (BF)**, constituída há mais de um ano, tendo como uma de suas finalidades a defesa da ordem urbanística em sua circunscrição, ingressa com demanda judicial perseguindo a paralização dos três empreendimentos. Na rua em que situadas as três obras, começa a haver ampla movimentação de caminhões e os moradores do local passam a ficar preocupados com a perspectiva de importante aumento no trânsito da região, sem qualquer incremento na malha viária respectiva. Assim, estes provocam **BF** para que esta obtenha judicialmente a paralização das construções. Com relação a **PR1**, **BF** defende que este deve se sujeitar à nova legislação, a qual, sendo mais protetiva do meio ambiente urbano, deve prevalecer. Alega ainda inexistência de direito adquirido a poluir. Quanto a **PR2 e PR3**, a associação sustenta que a aplicação da lei que prevê parâmetros rígidos para a obrigatoriedade de estudo de impacto de vizinhança (EIV) não pode se dar de forma isolada, desconsiderando a disciplina prevista no Estatuto da Cidade e na Constituição sobre o tema, em especial no que concerne à própria razão de ser das normas urbanísticas contidas em tais diplomas. Assevera que, ainda que uma interpretação literal dos dispositivos da legislação local aplicável pudesse levar à conclusão de inexigibilidade do EIV para cada um dos três empreendimentos separadamente, as circunstâncias do caso concreto determinariam solução diversa que considerasse a evidente repercussão dessas obras, somadas, no seu entorno. Conclui pedindo, a título de tutela antecipada, a paralização das obras até que seja feito EIV englobando **PR1, PR2 e PR3**, condicionando-se a continuidade das edificações à realização de medidas mitigadoras do impacto ambiental decorrente dos projetos. Quanto ao mérito, pretende a confirmação da liminar e 1) adequação de **PR1** à legislação vigente; 2) estudo de impacto dos três empreendimentos, com o estabelecimento de contrapartidas de interesse geral a serem custeadas por **A e B**.

Como juiz do caso, o que você decidiria? Caso indeferida a liminar e os empreendimentos continuassem, o fato de os três prédios já estarem prontos quando da prolação da decisão repercutiria de alguma forma na solução da lide?

## 2. Introdução

O problema apresentado, como aqueles que militam na área podem testemunhar, possui uma série de ingredientes que compõem o contencioso do direito de construir diariamente submetido aos Tribunais.

Embora não exista uma única solução possível para a situação posta, em especial no que diz respeito ao destino de prédios que, apenas depois de construídos, são reconhecidos como irregulares, respeitados os doutos entendimentos em sentido contrário, não temos qualquer dúvida que os três empreendimentos devem ser considerados

conjuntamente para fins de realização de estudos de impacto de vizinhança e, eventualmente, da imposição pelo Poder Público aos empresários de medidas mitigadoras como contrapartida pelo efeito das obras em seu entorno.

Sobre a questão dos *efeitos cumulativos no direito de construir*, já tivemos a oportunidade de refletir com mais vagar em artigo homônimo (2016). Assim, sobre o tema apenas faremos alguns apontamentos principais, situando o leitor quanto à nossa compreensão sobre a matéria.

Após, enfrentaremos a questão do famoso *direito de protocolo*, instituto que, apesar de vocacionado à preservação da segurança jurídica, vem sendo manipulado por atores do mercado imobiliário de modo a artificialmente postergar a vigência de normas de edificação menos restritivas, há muito tempo revogadas em nosso ordenamento.

Finalmente, trataremos da difícil polêmica quanto aos efeitos do nulo para situações consolidadas, que perpassa tanto pela necessidade da defesa de terceiros de boa-fé, que adquiriam imóvel posteriormente tido por irregular pelas autoridades administrativas, como pelo imperativo de se tutelar a higidez do quadro normativo em vigor, do que depende a oportuna punição dos infratores dos respectivos termos.

Antes, contudo, algumas notas sobre a hermenêutica jurídica.

### 3. Da vinculação da Administração ao Direito – o desafio dos malabarismos jurídicos

A história do Estado de Direito, tal como consolidado em um expressivo número de Democracias ocidentais, corresponde à do reconhecimento da proteção dos direitos fundamentais do Homem como única justificativa racional a legitimar a submissão deste a uma ordem jurídica que comprime sua esfera de liberdade em prol do bem comum.

No que concerne ao exercício diário do Poder estatal em face dos indivíduos, a luta do Direito foi (como ainda é) a de combater suas pretensas imunidades (ENTERRÍA, 1989)<sup>2</sup>, submetendo-o a regras prévias vocacionadas a garantir que este seja empregado de maneira impessoal (LIMA, 1951, p. 21 e ss.), compatibilizando iniciativas e expectativas individuais com as exigências de um viver social, em conjunto com o outro, dado indispensável para a própria realização de cada um como ser humano.

Nesse itinerário a lei parlamentar, como veículo introdutor de normas gerais e abstratas em um sistema deontológico, cumpre um papel central na disciplina das funções públicas.

Se em um primeiro momento a “domesticação” do Estado avançou com a adstrição deste ao direito comum (com destaque para a lei civil), em muitos países esse processo prosseguiu com a criação de um direito especial, tido como mais apto a assegurar a preservação do interesse público nas relações travadas entre o ente soberano e os cidadãos.

<sup>2</sup> Nas palavras de Enterría: “La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”. (ENTERRÍA, 1989, p. 22). Mais à frente, o mestre, abordando as exceções ao controle judicial da ação estatal, tais como previstas na lei espanhola de contencioso administrativo de 1952, destaca que estas eram sobretudo três: os atos discricionários, os políticos e os regulamentares (op. cit., p. 22).

A lei editada pelos representantes do povo, contudo, não basta para disciplinar toda a conduta do Poder Público, seja na sua organização interna seja na interação deste com os administrados.<sup>3</sup>

Além de ter de observar a própria Constituição, a atividade administrativa também se pauta por outras fontes normativas, como princípios<sup>4</sup>, jurisprudência e costumes<sup>5</sup>.

Nesse contexto, embora dentre essas fontes a primazia seja a da lei, pelo menos desde o início do século XX diversas Cartas Políticas vêm explicitando a vinculação do Estado à Lei e ao Direito, o que deveria bastar para amenizar as perplexidades dos intérpretes ao encontrarem nos textos legais referências insuficientes (quando não contraditórias) para delinear comportamentos devidos, autorizados ou vedados entre nós.

Feita essa breve contextualização acerca do papel do Direito (e não só da Lei) no estabelecimento de critérios para a ação estatal,<sup>6</sup> passamos a ingressar no nosso tema, que é o direito de construir.

Em especial, nesse âmbito da regulação, há graves desafios tanto para particulares como para o Poder Público no que diz respeito à identificação da regra aplicável a determinadas situações.

Dependendo do empreendimento cuja aprovação é perseguida, pode ser necessária a observância de leis das três esferas governamentais: União, Estados e Municípios.

Em uma hipótese mais simples, em que apenas a legislação local deva ser aplicada pela autoridade, isso não significa ausência de controvérsias.

Fora o grande número de atos normativos, que às vezes coexistem em uma mesma urbe acerca do direito de edificar, é comum mesmo em grandes Municípios que estes não estejam consolidados em um texto único, com destaque para o que ainda está vigente e o que já fora revogado.

<sup>3</sup> Hoje, considerando as múltiplas intervenções do Estado em diversos setores da vida civil, sobretudo na ordem econômica e social, essa insuficiência da lei parlamentar na regulação de toda a atividade do Poder Executivo já é percebida por boa parte dos pensadores do Direito Administrativo. Visões mais críticas, contudo, duvidam que tal forma de condicionamento da Administração pela lei algum dia já tenha sido possível, mesmo em períodos em que se atribuía ao Estado funções restritas às áreas de segurança, salubridade e sossego (GIANNINI, 1993, p. 88).

<sup>4</sup> Atualmente, há farta literatura no que diz respeito à crise do ideal positivista de suficiência da lei parlamentar para condicionar toda a atividade da Administração. Para ficarmos em algumas referências de autores que, debruçando-se sobre o direito urbanístico, trataram do tema: Reisdorfer (2014, p. 117 e ss.); Gazola (2008, p. 29 e ss.); Schirato (2014).

<sup>5</sup> Embora a Constituição e a lei parlamentar sejam fontes hierarquicamente superiores no nosso sistema no que concerne à sua aptidão de impor deveres e autorizar comportamentos à Administração (art. 37 *caput* e inciso II do art. 5º da CR, com destaque para a redação deste último – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), na concretização de suas competências, ao cotejar os fatos com tais parâmetros de conduta, o servidor público deverá tomar decisões acerca de situações não previstas pelo legislador, para as quais, portanto, deverá se valer de outros repertórios reconhecidos como legítimos para fundamentar suas escolhas. Nesse aspecto, quando a lei é omissa, parece-nos aplicável ao órgão estatal o mesmo comando endereçado aos juízes (Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – DL 4.657/42 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”). Nada obstante, ainda vale observar que a opinião dos estudiosos do Direito, na insuficiência dos mananciais já referidos para solução de problemas concretos, também tem um papel suplementar (LIMA, 1936, p. 380 e ss.).

<sup>6</sup> Sobre a relação lei e Direito, confira-se a reflexão de Eusébio de Queiroz Lima, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro: “[...] Mas esses quatro estilos, que as normas revestem em sua expressão – lei, costume, jurisprudência e doutrina – trazem como traço característico e indispensável o princípio de conformidade de seu conteúdo com as regras de direito, isto é, com o conceito de ordem, de equilíbrio, de harmonia, que necessariamente há de pautar a ação social. O direito, em si mesmo, por si mesmo, não tem conteúdo: é um ritmo, um signo, uma marca, pela qual a lei e todas as expressões de regras de conduta se hão de dar a conhecer. O direito é o cunho de legitimidade da lei, é o seu teor de justiça. Uma lei vale somente quando for justa, quando for jurídica, quando, nas suas origens, no seu contexto e no seu alcance, for a expressão dos princípios de solidariedade social [...]” (LIMA, 1936, p. 384).

Nada obstante, frequentemente a própria qualidade das regras editadas sobre a matéria não contribui para o entendimento do seu alcance, seja pela sua redação pouco técnica, seja por conterem disposições que são até mesmo conflitantes.

Esse quadro de irracionalidade, como não é difícil imaginar, gera dúvidas sobre o que é permitido na aprovação de projetos de construção, em um ambiente favorável a disputas jurídicas intermináveis, quando não ao cometimento de ilícitos envolvendo o mercadejar com a função pública.

Nesse ambiente movediço, regras detalhadas são despidoradamente contornadas enquanto as obscuras são astuciosamente manipuladas para, em detrimento do interesse público, promover a satisfação de interesses particulares.

E quando falta controle para o adequado cumprimento da função pública, pouco ou nada a lei pode fazer.

Assim, um pedido para a construção de uma torre residencial, precedido ou não de um estudo de impacto de vizinhança, é, após a obtenção do respectivo alvará, substituído por um projeto para a edificação de cinco espigões com uso misto, sem que sejam feitos maiores questionamentos pelas autoridades, muito menos realizada nova análise dos efeitos negativos do conjunto para seu entorno, pressuposto para seu condicionamento a medidas mitigadoras em favor da comunidade.

Com o mesmo espírito republicano, a Administração assiste impassível a requerimento de reforma de um estabelecimento transmutar-se em título habilitante para sua completa transformação, com expressivo incremento tanto de sua área ocupada como de sua capacidade para acolhimento de pessoas, sem qualquer tipo de avaliação suplementar tendente a garantir a adequação do empreendimento privado às exigências do bem comum.

Considerando que as hipóteses referidas, longe de representarem uma elucubração distante, trazem elementos de situações relativamente rotineiras no dia a dia de diversas cidades brasileiras, a surpresa efetivamente reside no fato de muitas das nossas metrópoles não apresentarem condições ainda piores de habitação, mobilidade e lazer das que hoje oferecem aos seus moradores.<sup>7</sup>

Juridicamente, convenhamos, é um tanto insólito que se defenda a necessidade de alguma alteração legislativa para singelamente dizer o óbvio: que o projeto de edificação de uma torre não equivale ao de cinco e que um pedido de reforma de prédio deve se ater a transformações pontuais em sua estrutura, não podendo, sob nenhum pretexto, redundar em outro edifício.

Para que a análise técnica dos responsáveis pelo licenciamento atenda ao evidente, fundamental a supervisão hierárquica a cargo da chefia do departamento competente, além da responsabilização desta (e subordinados) no que se refere a práticas de atos em desvio de poder.

Falta lei para isso?

---

<sup>7</sup> O leitor pode encontrar algumas referências sobre impacto do crescimento urbano desordenado no desarranjo das funções sociais da cidade em ensaio de D'Alembert Santos denominado *Funções sociais das cidades brasileiras – excesso de distorções, terapêuticas normativas e omissões públicas*. Não bastasse a deficiência da regulação estatal em tal domínio, sobre a temática da (in)viabilidade de centros urbanos abrigando contingentes populacionais gigantescos (as nossas metrópoles), confira-se: NALINI, José Roberto. *Direitos que a cidade esqueceu*; DIP, Ricardo. *A cidade realmente sustentável*; CARVALHO, Marcelo. *Cidade-metrópole*.

Não só a vedação de que autoridades públicas persigam com seu agir finalidades diversas daquelas previstas nas regras de competência pertinentes está na própria gênese do Direito Administrativo, como tal conduta é, entre nós, expressamente sancionada com a nulidade do ato viciado, além de punido o infrator nos termos das leis nº 4.717/65 e 8.429/92 (leis da Ação Popular e da Improbidade Administrativa, respectivamente).<sup>8</sup>

Logo, para que se evitem essas manobras nitidamente despropositadas, o desafio no âmbito interno da burocracia estatal é justamente o de fazer cumprir o quadro legal vigente, com a efetiva fiscalização dos servidores quanto ao cumprimento das tarefas que lhes são atribuídas, o que, em boa medida, depende da implantação de políticas seja de transparência, seja de prevenção, detecção e punição de ilícitos.

Outra situação, contudo, decorre de apreciação inadequada de projetos de construção a partir de uma leitura equivocada, embora em tese possível, das regras aplicáveis às obras em determinado Município.

Esse é o próximo ponto do nosso estudo.

#### 4. Efeitos cumulativos no licenciamento urbanístico e ambiental

De acordo com raciocínio melhor desenvolvido alhures (CUNHA FILHO, 2016), entendemos que, havendo mais de uma obra em uma mesma localidade, as respectivas repercussões no entorno devem ser sopesadas em conjunto para fins de aferição da necessidade de prévio Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) como condição para sua aprovação.

A ideia de que as construções em uma cidade, como parte de um todo, devem ser com este compatível, embora não seja exatamente nova, ainda encontra muita resistência por parte de cultores de uma visão eminentemente individualista do direito de construir.

No Brasil, contudo, pelo menos desde 1934, as Cartas Políticas vêm, em maior ou menor medida, estabelecendo que o direito de propriedade, assegurado pela ordem jurídica, deve também atender às exigências do bem comum.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Art. 2º da Lei 4.717/65: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] e) desvio de finalidade. Parágrafo único: [...] e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Art. 11 da Lei nº 8.429/92: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”. Não bastasse tais diplomas, vale ressaltar outras tipificações do referido comportamento pelos estatutos de servidores, além do próprio Código Penal, quando a conduta praticada em desvio de poder também incidir em crimes, com destaque para a corrupção passiva. Art. 317 do Código Penal – “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.”.

<sup>9</sup> A primeira parte do item 17 do art. 113 da Constituição de 1934 previa: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Comentando a ordem constitucional de 1946, que em seu art. 147 estabelecia que “o uso da propriedade está condicionada ao bem estar social”, Themistocles Brandão Cavalcanti afirma: “A teoria contrária, que não admite restrições aos direitos individuais, teoria que foi chamada muito acertadamente ‘associal’, característica da filosofia do século XVIII, não tem mais ambiente para se desenvolver porque de nada vale a liberdade se o homem não procura atingir os seus fins socialmente, isto é, como parte integrante da organização social, em função dos interesses de terceiros que merecem proteção legítima” (CAVALCANTI, 1964, p. 302).



Note-se que a fórmula, em si, não representa qualquer subversão à nossa cultura romano-germânica de pensar o Direito, que desde suas origens não alberga a prerrogativa de alguém “abusar” na fruição de um domínio de que é titular.<sup>10</sup>

Mas o não usar poderia ser considerado um abuso?<sup>11</sup>

Foi entre os séculos XIX e XX que as preocupações com o meio urbano se acentuaram em diversos países, como fruto do progresso tecnológico<sup>12</sup> experimentado pela nossa espécie que, ao mesmo tempo em que reduziu drasticamente as taxas de mortalidade infantil e aumentou significativamente a expectativa de vida das pessoas, levou-as a se deslocarem do campo para as cidades, não só em razão da mecanização da lavoura, como pelo sonho de obtenção de melhores oportunidades de trabalho, formação e lazer<sup>13</sup>.

O processo de concentração populacional desordenada nos grandes centros, por sua vez, trouxe uma série de desafios para os gestores públicos.

Pouco espaço para o abrigo de muita gente, inviabilidade de se estender, em curtos lapsos de tempo, infraestruturas para atendimento dos moradores de áreas mais periféricas, processos vertiginosos de especulação imobiliária e clamor por Justiça social

<sup>10</sup> A pesquisa histórica revela que a antiguidade conhecia uma série de regras relativas ao direito de vizinhança, que envolviam limitações ao direito de construir e de fruição dos imóveis por parte de proprietários, as quais eram estabelecidas em prol do interesse público ou de justos interesses particulares (MARKY, 1995, p. 65 e ss.). Há doutrinadores que entendem que essa regulamentação ia além da mera disciplina de disputas entre titulares de prédios lindeiros, tendo por escopo uma concepção global da urbe. “No elenco destas (normas destinadas ao ordenamento do conjunto urbano), podemos incluir logo à cabeça as normas concernentes às distâncias entre as construções (limitatio). Estas não tinham apenas como finalidade a solução dos conflitos entre vizinhos, tinham em vista sobretudo o estabelecimento de uma configuração geral da cidade, para além, naturalmente, da garantia de uma certa luminosidade e de um mínimo de vistas para as edificações. Algumas das restrições ao direito de propriedade, cujo objetivo fundamental era o ordenamento urbano, encontravam-se na Lei das XII Tábuas” (CORREIA, 2001, p. 102). A evolução da reflexão sobre o alcance do direito de propriedade e de sua necessária pertinência com o todo do qual faz parte acabou por interditar aos titulares de domínio os usos meramente emulativos, ou seja, aqueles que sem lhes trazer qualquer utilidade prejudicam terceiros. Essa teoria, segundo Marky, teria sido elaborada na Idade Média, com base nos textos da Codificação de Justiniano (MARKY, 1995, p. 67).

<sup>11</sup> Destacamos passagem de reflexão de Carlos Ari Sundfeld sobre o assunto: “Sempre se aceitou normalmente a imposição de obrigação de fazer ao proprietário, como condição para o exercício do direito de propriedade. São exemplos: a obrigação de construir muro, de limpar o terreno, de aprovar planta, de instalar extintor de incêndio. Do que nunca se cogitou, porque incompatível com a propriedade individualista, foi da imposição da obrigação de utilizar o imóvel, isto é, obrigação de exercer o direito em benefício de um interesse social. E é justamente esse tipo de obrigação que se deve impor com fundamento na função social” (SUNDFELD, 1987, p. 11).

<sup>12</sup> Sobre o papel da tecnologia na conformação da sociedade moderna, ver a reflexão de Ortega e Gasset em seu imperdível *A Rebelião das Massas*. Segundo o autor, o Homem do século XX vive em uma sociedade profundamente transformada tanto pelo advento e consolidação da democracia liberal (com a progressiva universalização do sufrágio) como pelo avanço da técnica, que facilitou bastante a vida do indivíduo ao reduzir as incertezas sobre os meios para sua subsistência no porvir. Tal segurança acabou por ter um efeito colateral de acomodar muitas pessoas que, na sua mediocridade, não se sentiram desafiadas a evoluir, a se superar, dado que mais à frente cobraria seu preço quando tais figuras, pelo voto popular, passaram a ocupar posições de destaque na política de diversos países europeus (2013, p. 72 e ss.). Destacamos passagem: “A minha tese é, pois, esta: a própria perfeição com que o século XIX deu uma organização a certas ordens da vida é a origem de as massas beneficiárias não a considerarem como organização, mas como natureza. Assim se explica e define o estado de ânimo absurdo que essas massas revelam: não se preocupam senão com o seu bem-estar e ao mesmo tempo são insolidárias com as causas desse bem-estar. Como não vêem nas vantagens da civilização uma invenção e construção prodigiosas que só com grandes esforços e cautelas se podem sustentar, julgam que seu papel se reduz a exigí-las terminantemente como se fossem direitos nativos” (2013, p. 75).

<sup>13</sup> “A urbanização das cidades europeias e norte-americanas é função da industrialização e do desenvolvimento econômico. Mas o fenômeno da urbanização vem ocorrendo nos países subdesenvolvidos. As estatísticas, por exemplo, informam que a população urbana no Brasil era de cerca de 32% em 1940, 45% em 1960, mais de 50% em 1970, atingindo 70% na década de 80 do século passado, revelando urbanização crescente, mas urbanização prematura, que decorreu de fatores nem sempre desenvolvimentistas, como o êxodo rural, por causa da má condição de vida no campo e da liberação de mão de obra em razão da mecanização da lavoura ou da transformação das plantações em campos de criação de gado” (SILVA, 2012, p. 26/27).

foram (como ainda são) apenas algumas das variáveis a serem sopesadas pela Administração na formulação de qualquer política urbanística.<sup>14</sup>

Todos esses ingredientes, aliados ao receio de uma ruptura da ordem socioeconômica mais intensa, culminaram na positivação de textos legislativos vinculando a tutela da propriedade a do meio que a cerca.

Nesse contexto, o proprietário de um bem, que se beneficia da proteção que lhe é conferida pela sociedade organizada na forma do Direito, também se vê obrigado perante esta comunidade no que diz respeito ao adequado aproveitamento de sua riqueza que, direta ou indiretamente, passa a ter de contribuir para o aperfeiçoamento do coletivo.

Eis o quadro em que está situado o direito de construir (e não em um artigo de lei ou regulamentar aleatório, que estabeleça requisitos meramente formais a serem satisfeitos por cada cidadão interessado na atividade sujeita a controle pelo Poder Público).

É a função social da propriedade, pois, valor estruturante do instituto expressamente positivado em nossa Constituição,<sup>15</sup> que serve como limite mínimo e máximo do aproveitamento que alguém pode/deve ter de terreno que lhe pertence.

Para aferir se tal ônus é cumprido nos pedidos de alvará de construção que lhe são encaminhados, a Administração tem balizas fixadas pelas leis e regulamentos que lhe são vinculantes, mas cuja leitura e harmonização exigem a respectiva concatenação a partir dos princípios e regras constitucionais que inspiram todo nosso sistema de normas.

Partindo de tal pressuposto, caso um empreendedor pretenda edificar estabelecimento que, pelo seu porte e destinação, implique impacto relevante para as funções urbanísticas de determinada localidade, é necessário que este demonstre que a iniciativa econômica que lhe é vantajosa também o seja para a cidade na qual esta está inserida, cuja infraestrutura irá explorar, e cujos moradores, evidentemente, não podem ter seu bem-estar indevidamente comprometido.

Na ordem de positivação do comando da Carta Política, que, convenhamos, quanto a tal aspecto nada mais é do que a expressão de uma regra básica de convivência,<sup>16</sup> temos o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01.

<sup>14</sup> O crescimento desordenado de muitas cidades brasileiras, pautado no mais das vezes apenas pelas chamadas “regras de mercado”, também teve por efeito perverso a segregação de espaços urbanos entre pobres e ricos. Ver a respeito CALDEIRA, 2000, p. 211 e ss.

<sup>15</sup> A submissão da propriedade a sua função social é mandamento expresso nos arts. 5º, XXIII e 170, III da CR, ou seja, na sua própria garantia como direito fundamental e como princípio da ordem econômica. Sem prejuízo, um primeiro delineamento do que seria o atendimento ao comando está no art. 182 do texto constitucional que, tratando da ordem urbanística, estabelece que atenderá à função social a propriedade que observar os condicionamentos previstos no plano diretor. Destacamos a redação do *caput* e do § 2º do dispositivo: Art. 182 da CR. “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. [...] § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

<sup>16</sup> Considerando que a interdependência entre os direitos e deveres dos cidadãos é o alicerce sobre o qual se organiza toda a ordem jurídica de uma sociedade, legitimando o exercício do poder pelo Estado em face dos particulares para que este, restringindo as liberdades individuais, promova sua harmonização em prol do bem coletivo, é de se perguntar se seria realmente necessária a existência de texto legal expresso entre nós que determinasse que o (não) uso da propriedade não pode ser visto só sob o prisma exclusivamente individual do seu titular para merecer a proteção do Direito. Não havendo possibilidade de nos aprofundarmos sobre o ponto neste ensaio, destacamos passagem das lições de São Tomás de Aquino sobre tal evidência: “Assim como a vida, que nos céus esperamos felizes, se ordena, como a fim, a vida em que os homens aqui vivem bem; igualmente ao bem da multidão se ordenam, como a fim, todos os bens particulares que os homens procuram, quer riquezas, quer lucros, quer a saúde, quer a eloquência ou a erudição” (AQUINO, 2013, p. 123).

O estatuto, no inciso VI do seu art. 4º, prevê o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) como um dos instrumentos para que o Município possa disciplinar o uso e ocupação do solo em seu território, competência que lhe é textualmente conferida pelo inciso VIII do art. 30 da Constituição<sup>17</sup>.

Lei municipal, por sua vez, deve prever em que casos tal avaliação deve ser exigida do particular como condição para aprovação de seu projeto de obra,<sup>18</sup> sendo que, quando realizada, deve conter alguns elementos mínimos previstos na legislação federal<sup>19</sup>.

Eis o contexto em que se insere o problema que serve de ponto de partida para nossas reflexões.

Na cidade hipotética, há lei municipal que exige a elaboração de EIV pelo construtor quando um prédio for ter mais que 100 vagas de garagem. Tal diploma conferiria ao particular interessado o direito de construir independentemente de qualquer avaliação de impacto pelo singelo fato de este observar tal limite? Além disso, havendo outras obras próximas daquela sujeita à aprovação, as vagas de garagem de todos os empreendimentos deveriam ser computadas em conjunto para fins de imposição de um mesmo exame técnico a todos os responsáveis pelas edificações?

Considerando a finalidade de toda a disciplina constitucional e legal da propriedade, que é, repita-se, a de compatibilizar o aproveitamento individual dos bens de raiz com as exigências do bem comum, entendemos que a lei local, ao prever um padrão fixo para a realização do EIV<sup>20</sup>, não exige o Município do dever de impor sua confecção sempre que as circunstâncias de um caso concreto sugerirem que uma obra terá relevantes repercussões negativas no seu entorno<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Art. 30 da CR – Compete aos Municípios: “[...] VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

<sup>18</sup> Art. 36 da Lei n. 10.257/01 – “Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados 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”.

<sup>19</sup> Art. 37 da Lei n. 10.257/01 – “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”. Importante ainda registrar que o EIV não exclui a necessidade de realização do Estudo de Impacto Ambiental – EIA quando a legislação de proteção do meio ambiente assim o exigir (art. 38 da Lei n. 10.257/01).

<sup>20</sup> Embora a técnica de se estabelecer uma grandeza numérica como limiar a partir do qual o EIV deva ser exigido do empreendedor confira maior previsibilidade ao mercado imobiliário, esta tem a desvantagem de facilitar manobras astuciosas por parte dos interessados em não arcar com o ônus de um processo de aprovação de obra mais demorado e custoso. Assim, em se determinando que construções em terrenos com metragem superior a 20 mil m<sup>2</sup> deverão estar sujeitas ao estudo, é natural que os agentes econômicos passem a adequar seus projetos para que estes possuam, no máximo, 19.999,00 m<sup>2</sup>. Desse modo, ainda que até seja salutar esse tipo de indicação objetiva nos textos normativos que disciplinam o EIV, não é possível que tal parâmetro exclua o juízo subjetivo (por envolver a exegese de conceitos jurídicos indeterminados) por parte da autoridade licenciadora ao analisar, no caso concreto, se determinado empreendimento causa “significativo” impacto no meio que o cerca.

<sup>21</sup> Como bem ponderado por Lucécia Soares, uma mesma construção, em diferentes partes de uma cidade, pode representar repercussões diversas no seu entorno. “Exemplo disto foi a construção de um shopping center no bairro de Higienópolis, região residencial da cidade de São Paulo e com índice de ocupação populacional bastante alto. Com certeza a construção do mesmo empreendimento em local menos povoado traria menos repercussão que a alcançada naquele bairro” (SOARES, 2014, p. 315).

Dessa forma, uma lei que se resumisse a estabelecer tal patamar numérico de impacto traria uma hipótese de presunção de dano ao coletivo se uma edificação apresentar certas dimensões<sup>22</sup>, não excluindo, quando se projetar prédio aquém do referido limite, que as autoridades avaliem, em dada situação, a necessidade de promoção do EIV para resguardar o bom funcionamento da urbe, além dos direitos/expectativas de terceiros que serão afetados pela iniciativa particular.

Note-se que, havendo suspeita de que ocorram danos ao social se uma obra for levada adiante, é dever do Poder Público a imposição de elaboração do EIV ao empreendedor, o que decorre não do quanto previsto na sua legislação local, mas, sim, de sua adstrição à competência que lhe é constitucionalmente atribuída no que se refere à preservação da ordem ambiental e urbanística.

Seguindo tal raciocínio, os prédios PR2 e PR3 devem fazer o EIV de forma conjunta por duas razões: 1) pelo fracionamento dos respectivos terrenos, segundo os dados do exercício, poder configurar simulação capitaneada por um mesmo empreendedor para afastar o dever de realizar o estudo como condição para aprovação das obras; 2) pelo fato de, em havendo mais de um pedido de edificação em uma mesma área (rua, quarteirão ou bairro, de acordo com o planejamento da Prefeitura), todos deverem ser avaliados globalmente pela autoridade responsável pelo licenciamento, inclusive com a determinação de contrapartidas em sintonia para fazer frente às respectivas externalidades a serem produzidas no meio.

## 5. Do “direito de protocolo” – função e abuso

Outra questão do nosso caso prático envolve o chamado “direito de protocolo”, nome comumente dado à prerrogativa, prevista em algumas legislações, de o empreendedor ter seu projeto de edificação analisado de acordo com a lei vigente quando da apresentação da documentação necessária junto à repartição pública competente para o respectivo licenciamento.<sup>23</sup>

Recordando: o empreendimento PR1 teve seu pedido de alvará apresentado em 2002, mas só começou efetivamente suas obras em 2015, quando vigentes normas urbanísticas bem mais restritivas quanto à ocupação do solo onde este está localizado.

<sup>22</sup> Essa presunção de dano que subjaz uma regra cujo teor é exigir o EIV quando superado determinado parâmetro de construção (como o número de vagas de garagem previsto no respectivo projeto) não significa, a nosso ver, que todas as edificações que ultrapassem a marca devam se submeter a exatamente o mesmo estudo de impacto, com todas as formalidades previstas para casos mais complexos, como os que dizem respeito a grandes estabelecimentos comerciais. Assim, o salutar é haver alguma margem para a autoridade responsável exigir do particular um EIV adequado à repercussão estimada da sua obra no meio. O controle sobre tal atividade, como não poderia deixar de ser, deve ser feito pela motivação consignada pelo licenciador no procedimento pertinente.

<sup>23</sup> Sobre o direito intertemporal aplicado ao direito de construir, algumas referências importantes podem ser encontradas em Reale (1987); Costa (2004, p. 154-155); Silva, (2012, p. 291-300); Pires (2006, p. 219-220); Meirelles (1983, p. 165-168); Maluf (2011, p. 344 e ss.); Machete (2004). Em especial vale conferir as reflexões feitas por Rui Machete e Pedro Maluf acerca do Decreto-Lei n. 351/93 que, em Portugal, “veio exigir que as licenças de loteamento, de obras de urbanização e de construção já passadas sejam sujeitas a um juízo de confirmação da respectiva compatibilidade com as regras de uso, ocupação e transformação do solo constantes do plano regional de ordenamento do território (PROT) [...] Se, porém, a obra licenciada já se iniciou e não se suspendeu anteriormente à entrada em vigor do PROT, ou dentro do prazo de validade da respectiva licença, entende-se, por presunção “*juris et de jure*”, que aquela é compatível com o referido plano – art. 1º, nº 4, do Decreto-Lei nº 351/93” (MACHETE, 2004, p. 93-94).

O problema da sucessão de leis no tempo envolvendo o direito de construir não é simples e envolve diversas facetas que, dependendo do caso, podem ser determinantes em uma decisão pela preservação da posição jurídica do particular no momento do protocolo de seu pleito na Prefeitura, apesar de sua pretensão não estar mais abrigada pela lei vigente quando do início das respectivas obras.<sup>24</sup>

Em estudo específico já tivemos a oportunidade de nos debruçar sobre a tormentosa questão do *direito adquirido* e da *expectativa de direito* quando há alteração de leis em matéria de aproveitamento do potencial construtivo de imóveis. Na ocasião, fizemos referência às normas de transição como um mecanismo apto a tutelar as expectativas daquele afetado pelo advento de uma legislação mais rigorosa quanto à faculdade de edificação em bem do qual é titular.<sup>25</sup>

E o direito de protocolo é justamente uma das formas de se preservar essa esperança razoável do senhor de um terreno que, não tendo lançado a pedra fundamental de seu prédio, veja-se surpreendido com uma redução dos limites legais para sua construção, que inclusive pode já ter sido aprovada pelo Poder Público.<sup>26</sup>

Eis o quadro: I – há um momento de cogitação/formulação de um projeto de obra; II – após, esse projeto é protocolado junto à repartição pública competente para sua aprovação; III – há a aprovação do projeto; IV – e há o início das obras.

O advento de uma legislação mais restritiva quanto aos limites de uso e ocupação do solo nessas diferentes etapas de um processo de construção acarretaria diversos efeitos jurídicos.

Segundo uma visão mais tradicional do instituto, até o início das obras não haveria direito adquirido por parte do empreendedor, razão pela qual, mesmo expedido o alvará de edificação, uma nova lei justificaria sua revogação pelo Município.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> O precedente do STF no julgamento do RE 85.002/SP costuma ser referido pela doutrina e jurisprudência como o que fixou o início das obras como marco a partir do qual se pode dizer que o particular tem direito adquirido a concluir seu empreendimento nos moldes em que aprovado pela Administração. Confira-se a respectiva ementa: “*Licença de construção. Revogação. Fere o direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atingem apenas faculdades jurídicas - o denominado 'direito de construir' - que integram o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído, com base na autorização válida do Poder Público. Há, portanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da Súmula 473*” (STF – 2ª Turma – Min. Rel. Moreira Alves – RE 85.002-SP – data do julgamento 01/06/1976). Sobre a influência deste julgado no desenvolvimento do nosso tema, veja-se, por exemplo, Carvalho (2014).

<sup>25</sup> A respeito, ver o nosso “A alteração dos planos urbanísticos e o direito de propriedade”, *Revista dos Tribunais São Paulo* – RTSP, v. 5-6, p. 251-266, mar.-abr./maio-jun., 2014.

<sup>26</sup> A Lei do Município de São Paulo n. 13.885/04, a título de ilustração, prevê, em seu art. 242, a regra de transição para os pedidos de edificação pendentes de aprovação quando de sua entrada em vigor. Destacamos a redação do caput do dispositivo: Art. 242. “*No caso de expedientes administrativos ainda sem despacho decisório em última instância, protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta lei, os interessados poderão optar pela aplicação da legislação vigente à data do seu protocolamento*” (disponível em: <<http://www.cmspbdoc.inf.br/iah/fulltext/leis/L13885.pdf>>, acesso em: 12 out. 2015, 22:00).

<sup>27</sup> Embora se entenda que a revogação do alvará seja possível até o início das obras, eventuais gastos feitos pelo particular para aprovação de obra então permitida pelo ordenamento poderiam, em tese, ser demandados do Estado nos termos do § 6º do art. 37 da CR. No que se refere à necessidade de submissão de um projeto ainda não iniciado aos termos de nova lei mais restritiva que, versando sobre o direito de construir, seja promulgada pelo Município, confira-se: “*AÇÃO DECLARATÓRIA – Município de São Paulo – Anistia – Lei Municipal 13.876/04 que dispôs sobre a limitação de concessão de anistia – Alteração da Lei 13.558/03 – Pretensão de não se submeter à limitação imposta pela nova lei nova – Descabimento – Direito de construir não é ilimitado ou incondicional, deve ser exercido dentro dos parâmetros definidos em lei – Precedente do OE do TJSP – Sentença de improcedência confirmada – Recurso de apelação desprovido*” (TJSP – 12ª Câmara de Direito Público – Des. rel. J. M. Ribeiro de Paula – Apel. n. 0023518-11.2010.8.26.0053, data do julgamento: 20/07/2015).

Todavia, como se pode imaginar, simplesmente se admitir que uma alteração legislativa possa alcançar o particular mesmo em um estágio avançado desse processo, sem qualquer tipo de consideração com seus interesses, acarreta uma enorme insegurança no mercado, cujos agentes, via de regra, legitimamente confiam na permanência das regras vigentes quando da tomada de decisões relevantes no rumo dos seus negócios.

Assim, em situações cuja aquisição de um direito dependa de um ciclo mais ou menos extenso de atos que se prolongam no tempo, a jurisprudência e a doutrina passaram a defender como devido algum tipo de proteção ao particular que se encontre no meio desse suceder para obtenção de um reconhecimento jurídico que lhe seja favorável.

É o que no direito alemão passou a ser conhecido como *Vertrauensschutz*, e, entre nós, como tutela da confiança (legítima)<sup>28</sup>.

No direito de construir, em especial, uma das mais efetivas formas de se defender tais expectativas é justamente o estabelecimento de regras de transição, como o direito de protocolo.

Além de um controle de proporcionalidade, que, a nosso ver, é sempre devido em favor do particular<sup>29</sup>, ao estabelecer mais restrições a direitos individuais o legislador pode/deve prever tratamentos diferentes para quem já está em vias de ter o seu pedido de alvará deferido, de acordo com regras que até então vigoravam<sup>30</sup>.

O postulado da segurança jurídica, seguindo tal raciocínio, determina que o Estado garanta diferentes níveis de proteção ao particular cujos interesses tenham sido alcançados pela mudança legislativa, dependendo da fase em que se encontre seu pleito de alvará de construção.

Esquemáticamente, teríamos o seguinte quadro:

<sup>28</sup> Apesar de não haver uniformidade na doutrina quanto ao tratamento do tema, certo é que a proteção da confiança legítima vem ganhando espaço entre nós, sobretudo após sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal pela modulação de efeitos nas ações declaratórias de inconstitucionalidade, sede em que, reiteradamente, vem-se, com fulcro no princípio da segurança jurídica, sendo determinado efeitos *ex nunc* para tais pronunciamentos (em vez da regra de retroatividade da declaração, tradicional no dia a dia das Cortes Constitucionais – ver SILVA, 2015-B, p. 98 e ss.). Neste espaço adotamos, pela utilidade, a classificação feita pelo professor Almiro do Couto e Silva. Da própria ideia de Estado de Direito extrai-se a necessidade de preservação da segurança jurídica, já que uma das principais funções do Direito, se não for a principal, é justamente a de conferir às pessoas certa previsibilidade quanto às consequências futuras do seu agir. Dessa tutela haveria duas dimensões: uma objetiva, no que diz respeito à irretroatividade da lei em face do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (inciso XXXVI do art. 5º da CR); outra subjetiva, relacionada à crença que os sujeitos têm quanto à regularidade dos atos da Administração e à permanência do quadro normativo com base em que estes foram expedidos. A essa faceta subjetiva do princípio da segurança, também tida como a da vedação da surpresa, alguns autores dão o nome de tutela da confiança (SILVA, 2015-A, p. 44 e ss.). Sobre essa perspectiva é que se dá a discussão acerca dos efeitos da nova legislação urbanística sobre um processo de licenciamento de obra em curso.

<sup>29</sup> Conforme defendido por nós alhures (2014-B), entendemos que qualquer alteração no plano urbanístico que alcance projetos de edificação em andamento, mesmo quando não haja previsão de regras de transição, só podem inviabilizar um empreendimento privado caso este seja completamente incompatível com a nova legislação, devendo-se preferir, ao indeferimento, soluções de compromisso, com o estabelecimento de contrapartidas em favor do interesse geral. O ônus de demonstrar a inviabilidade da obra, contudo, cabe à Administração, mediante decisão devidamente motivada.

<sup>30</sup> Essa hesitação quanto à legitimidade da postura de simplesmente se ignorar a situação individual daqueles que já tinham empregado tempo e recursos para o reconhecimento do seu direito de construir quando do advento de nova legislação parece encontrar abrigo nos exatos termos de formulações a favor da proteção da segurança jurídica/confiança legítima nas relações em geral. Destacamos: “*Não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações no direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestada em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas*” (SILVA, 2015-A, p. 48-49).

Etapa do processo	Marco	Proteção
I – Cogitação	antes do protocolo	sem
II – Processo administrativo	protocolo	<input type="checkbox"/> proporcionalidade 1 <input type="checkbox"/> regra de transição 1
III – Alvará de construção	aprovação do projeto	<input type="checkbox"/> proporcionalidade 2 <input type="checkbox"/> regra de transição 2
IV – Construção	início das obras	direito adquirido

Enquanto pela jurisprudência consolidada só haveria resguardo à posição jurídica do empreendedor na etapa IV (após o início das obras<sup>31</sup>), o respeito às expectativas daquele que já estaria nas fases II (após o protocolo do pedido de alvará) ou III (após deferido o alvará, mas antes do início das obras) exigiria do Poder Público um exame de proporcionalidade e/ou regras de transição com diferentes níveis em favor do administrado.

Para fins de identificar dois estágios distintos e que, portanto, mereceriam dois tipos de tutela próprios, do gênero expectativas juridicamente relevantes (fases II e III) podemos destacar esperança razoável (II) e confiança legítima (III), que limitariam a extensão da restrição que a nova lei urbanística poderia acarretar a quem já completou parte (menor ou maior) do ciclo para o reconhecimento pelo Estado de sua pretensão de aproveitamento de terreno.

Ao apresentar perante a Prefeitura pedido devidamente instruído, atendendo, em tese, a todos os requisitos previstos na legislação vigente para obtenção do alvará, o particular, no nosso modelo, faria jus a um primeiro nível de proteção (1) em face de mudanças normativas, o que se fundamentaria em sua esperança razoável quanto à aquisição do direito perseguido.

Os termos de realização dessa garantia podem já vir estabelecidos em regra de transição contida no novo diploma (em especial o direito de protocolo), a qual, evidentemente, também deve passar por um crivo de proporcionalidade, marcadamente no que diz respeito à vedação do excesso (construção de liberdade desnecessária para atingimento de finalidade pública), e da insuficiência (excessiva permissividade, por exemplo, com alterações de projetos, dado que eventualmente comprometa os bens jurídicos resguardados pela lei revogadora).

Não prevista norma específica para tratar dos processos em trâmite quando da promulgação da atual lei, a incidência desta sobre os feitos pendentes deverá ocorrer na medida em que indispensável para resguardar o bem-estar da população, impondo-se, sempre que possível, contrapartidas ao particular dirigidas a equacionar externalidades da obra no seu meio.

<sup>31</sup> Embora seja certo que, como boa parte da matéria da nossa pesquisa, haja controvérsia até mesmo sobre o que, para o Direito, seria uma “obra iniciada” (há posicionamento de que seria necessária a conclusão dos trabalhos de sua fundação – SILVA, 2012, p. 298-300), entendemos que, na falta de disposição normativa em sentido diverso, bastaria sua “pedra fundamental”, ou seja, terraplanagem e início de fundações, sendo que, para preservação do direito adquirido à execução do projeto aprovado nos termos da legislação revogada é imprescindível que haja prazo para conclusão do prédio, cuja inobservância implica a caducidade da licença tal como deferida. Ainda desenvolveremos um pouco mais o assunto a seguir.

No mais, simples demora da repartição pública na apreciação do pleito não poderia redundar em prejuízo ao cidadão que, neste momento, não possui qualquer controle sobre o desfecho do procedimento. Mas, se faltar documento ou houver necessidade de adequação significativa do projeto para que este pudesse ser aprovado nos termos da lei revogada, tais dados já implicariam seu indeferimento.

Substituição ou alteração de projeto, pelo simples fato de este não corresponder ao anteriormente protocolado, deveriam conformar-se à nova disciplina legal.

Nesse campo, o controle da legitimidade da atuação da Administração dá-se pelo ônus que esta tem de motivar de forma suficiente e coerente sua decisão, seja pela aprovação, seja pelo indeferimento do projeto.

Sobre o chamado “direito de protocolo”, observe-se o seguinte pronunciamento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo entendimento é próximo do ora adotado:

*RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – PRETENSÃO À NULIDADE DE ALVARÁ DE APROVAÇÃO E EXECUÇÃO DE EDIFICAÇÃO. NOVA ADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO, À ÉPOCA DO REQUERIMENTO, DE TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS – EXPECTATIVA DE CONSTRUIR – DIREITO DE PROTOCOLO – DESCABIMENTO. 1. Preliminares arguidas, afastadas. 2. No mérito, a parte ré reuniu os requisitos necessários para a concessão do alvará, somente, após a vigência da lei nova, que não mais autorizava a construção pretendida. 3. Impossibilidade de incidência do direito de protocolo, tratando-se de mera expectativa de construir. 4. Precedentes da jurisprudência. 5. Manutenção dos honorários advocatícios, no valor original, pois, remuneram com dignidade e moderação o trabalho do causídico na lide. 6. Sentença de procedência, mantida. 7. Recursos oficial e de apelação de ambos os réus, desprovidos. Prejudicado o exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (TJSP – 5ª Câmara de Direito Público – Des. rel. Francisco Bianco – Apel. n. 0036275-71.2009.8.26.0053 – Data do julgamento: 15/09/2014 – v.u.).*

No passo seguinte, já possuindo o empreendedor alvará de construção (fase III), logicamente que este justifica uma tutela ainda mais ampla de sua pretensão em face da lei superveniente (2), em homenagem à ideia de confiança legítima. Embora os instrumentos para essa garantia sejam os mesmos existentes para a etapa em que há apenas esperança razoável por parte do interessado (regra de transição e proporcionalidade), estando tal pleito mais avançado quanto ao vencimento de etapas do seu ciclo de formação, parece-nos que a referida habilitação só caducaria se não exercitada em prazo razoável.

Feitas tais considerações, vamos ao caso prático.

No problema proposto, temos um projeto aprovado em 2002 (PR1), mas que somente em 2015 passou a ser efetivamente concretizado. A singela edificação de uma guarita de estacionamento no terreno não pode ser entendida como início da construção de um prédio, dado que, à luz da orientação consolidada em nossa jurisprudência, conferiria ao empreendedor o direito adquirido de executar seu plano tal como aprovado pela Prefeitura.



Embora essa assertiva nos pareça um tanto evidente, é necessário dizê-la, uma vez que a experiência revela que não faltam profissionais do Direito a atestar, se assim lhes convier, que “casebre do guarda” equivale a “fundações de prédio”.<sup>32</sup>

Eis a armadilha das interpretações que, à vista do caos urbano vivenciado nas grandes metrópoles brasileiras, se encontra o aplicador do Direito.

Logo, não será por falta de dizer o evidente que haverá incerteza quando o encarregado em avaliar a regularidade de um pedido de edificação (ou de reforma) deparar-se com situações cujas peculiaridades escapam ao bom senso.

Exploremos algumas potencialidades de nosso enigma de papel.

Se em vez de um parking efetivamente existissem fundações do prédio aprovado, a solução para o caso seria diferente? Haveria direito adquirido à construção por prazo indefinido?

Segundo a concepção do direito de propriedade sob sua perspectiva social, a única admissível em uma realidade na qual o dono de um terreno não vive em um local ermo e desprovido de infraestruturas urbanas, não se pode cogitar na permanência ao longo dos anos da ultratividade de uma lei já revogada por outra que, mais restritiva de prerrogativas individuais, tem por escopo a tutela de bens difusos.

Nestes termos, o mais adequado seria a lei que prevê o direito de protocolo estabelecer o prazo limite para início e para a conclusão das obras, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade (sob sua perspectiva da vedação da proteção insuficiente).

Não previstos os prazos (cujo cumprimento deve ser rigorosamente fiscalizado pela Administração, para dizer o óbvio, mais uma vez), cabe aos órgãos competentes, na lacuna, notificar o particular para promover o aproveitamento do bem em lapso razoável,<sup>33</sup> sob pena de caducidade do alvará que lhe fora concedido.

Pedidos para renovação de permissão de construir, de acordo com o mesmo raciocínio, devem ser criteriosamente analisados, de modo a serem deferidos somente em caso de impossibilidade manifesta de atendimento ao termo anteriormente concedido, por fato alheio à vontade do empreendedor.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Na mesma linha, para que não fiquem dúvidas sobre alguns casos que ainda suscitam controvérsias em determinadas repartições públicas encarregadas de aprovação ou fiscalização de permissões de construir: projeto de uma torre de 25 andares não corresponde ao de duas torres com 25 andares cada; pedido de reforma de estabelecimento comercial não equivale ao de sua completa demolição e reconstrução com acréscimo de área construída de 25%; início de obra significa preparar terreno e colocar suas fundações e não abrir estacionamento.

<sup>33</sup> E a tarefa não tem nada de impossível, como alguns mais afoitos poderiam imaginar. Com ou sem lei expressa quanto ao tratamento a ser dado a uma situação posta, a Administração está sempre vinculada à perseguição da satisfação de necessidades caras à vida em comunidade, razão pela qual esta, em observância ao seu dever constitucional de tutela da ordem urbanística, não pode simplesmente alegar ausência de lei para justificar sua inação. Como critério para conferir prazo certo ao empreendedor, bastaria, por exemplo, que se arbitrasse um lapso médio para início e conclusão da obra, tendo por base empreendimentos análogos em uma mesma região.

<sup>34</sup> A renovação do alvará a que aludimos nessa passagem não é daquele que autoriza o começo da construção, cujo prazo deve ser observado draconianamente para fins de manutenção das condições previstas na legislação revogada. Seria o necessário para prorrogar o termo fixado para conclusão da edificação. No sentido de que somente o início da obra efetivamente impede a incidência de nova lei mais restritiva à licença já aprovada nos moldes de lei anterior, independentemente do prazo conferido por tal documento ao empreendedor para tanto, ver Silva (2012, p. 297 e ss.). Nós, contudo, nos filiamos (com uma pequena ressalva) à orientação de Hely Lopes Meirelles sobre a matéria. Se a Administração concedeu um prazo para o início das obras, ela se vincula a esse lapso em favor do particular. “O início da obra gera direito adquirido à sua continuidade pela legislação em que foi aprovado o projeto, e, mais do que isso, o só ingresso do projeto em conformidade com

O controle dessa apreciação discricionária, vale dizer, se faz através de motivação suficiente e coerente com a excepcionalidade inerente ao pleito de revalidação (como aquela que permeia a própria regulação do “direito de protocolo”), o que pressupõe seu deferimento por apenas uma vez (e nunca de forma sucessiva, em patente afronta ao instituto).

Qualquer outra intercorrência que escape às alternativas supramencionadas leva à perda da juridicidade do alvará e, conseqüentemente, à submissão de novo pedido de edificação às leis vigentes quando do novo protocolo.

Em caso análogo, confira-se o seguinte pronunciamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

*MANDADO DE SEGURANÇA – ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO – PEDIDO DE RENOVAÇÃO – OBRA AINDA NÃO INICIADA – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PROJETO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA – RECURSO PROVIDO. A licença para construir é outorgada com prazo de vigência para o início da obra. O administrado não tem direito adquirido à renovação de alvará de licença para iniciar a construção de acordo com os critérios da legislação revogada. Se a obra ainda não havia sido iniciada, deverá adequar o projeto de construção à nova legislação urbanística” (TJSC – Des. rel. Sérgio Roberto Baasch Luz – Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.049109-5, de Balneário Camboriú – d.j. em 30/9/09)<sup>35</sup>.*

## 6. Construção irregular – acomodação possível entre legalidade e segurança jurídica

A última questão que fora apresentada diz respeito ao que fazer com a construção irregular, caso, ingressando a associação em juízo, a tutela antecipada para suspensão das obras não fosse deferida pelo Judiciário, e o ilícito só viesse a ser declarado muitos anos depois, quando concluídas as edificações.

O problema, como é notório, é bastante delicado, e põe-se na atividade de controle desenvolvida tanto pelo servidor público como pelo magistrado.

A melhor forma de prevenir os danos causados à ordenação da cidade pelo uso indevido do solo é aquela que se dá prontamente quando da análise de pedidos de alvará e/ou início da respectiva execução.

---

*a legislação vigente assegura ao requerente a sua aplicação, pois o retardamento da Prefeitura na aprovação do projeto não pode prejudicar o interessado que atendeu oportunamente às exigências legais da época em que projetou e requereu a construção. Todavia, se houver prazo legal para a conclusão da obra, e esta, embora aprovada e iniciada tempestivamente não se concluir na vigência da licença, o primitivo alvará somente poderá ser renovado com a adaptação da construção à novas imposições legais” (MEIRELLES, 1983, p. 167-168). Nossa ressalva, como já referido, é que necessariamente a obra tem de ter um prazo para ser concluída. Se este não for fixado por lei, deve sê-lo pela autoridade administrativa, com prudência (importante lembrança para que aqui também não haja dúvidas).*

<sup>35</sup> Encontramos a referência a este acórdão em orientação preventiva da lavra de Tatiana Rigorini Navarro, datada de 27/05/11, sob o título *Direito de construir. Controle prévio de atividade edilícia. Superveniência de nova legislação, antes do início da obra*. Disponível em: <<http://www.ndj.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2015, 13:00. O inteiro teor do acórdão pode ser consultado em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000EQMI0000&nuSeqProcessoMv=27&tipoDocumento=D&nuDocumento=1902490>>. Acesso em: 21 out. 2014, 9:00.

Para que isso ocorra, não só é necessária uma simplificação das regras relativas ao direito de construir (o que começa com a consolidação dos respectivos textos no site da Prefeitura<sup>36</sup>), como maior transparência dos processos pertinentes, admitindo-se sua ciência e fiscalização, desde logo, pelo Ministério Público e sociedade civil.

Ultrapassados esses momentos inaugurais, uma decisão pela interrupção ou demolição de edificação irregular não pode ser tomada sem que haja ponderação acerca de todos os interesses que eventualmente possam ser atingidos pela medida, com especial consideração para aqueles atinentes a terceiros de boa-fé, como o de eventuais investidores que já tenham adquirido direitos concernentes a tais unidades conforme oferta que lhes fora feita em regime de mercado.

Em outras palavras, ainda que caiba ao órgão de controle zelar pela preservação da legalidade, a intervenção que este venha a fazer depois de verificada a violação da lei não pode ignorar a necessidade de tutelar também a segurança jurídica, bem como direitos e expectativas de quem, sem concorrer para o ilícito, tenha empregado suas economias em projeto que até então constava com aval (expresso ou tácito) do Poder Público.

E o que se diz aqui, vale lembrar, não é qualquer novidade seja em âmbito administrativo (SCHIRATO, 2006, p. 210 e ss.; SILVA, 2015-B), seja em judicial<sup>37</sup>.

Nesse contexto, a solução para o impasse deverá passar pela análise de todas as peculiaridades de um caso, devendo-se ter cautela para que uma decisão de declaração de nulidade e de retorno ao *status quo ante* não traga mais prejuízos do que benefícios à comunidade.

Assim, haverá casos em que, havendo impacto ambiental e urbanístico moderado, atenderá mais o interesse público a manutenção da obra com eventuais adaptações mitigadoras de seus efeitos deletérios,<sup>38</sup> enquanto haverá outros em que, dada sua repercussão no meio, a melhor decisão será efetivamente sua demolição.

Em qualquer das hipóteses, contudo, seria de rigor a imposição de severas multas aos responsáveis pela violação das regras urbanísticas, de modo a privá-los do proveito

<sup>36</sup> Quanto a tal aspecto, vale dizer que não se sabe o motivo pelo qual a legislação local e estadual de muitos entes federados simplesmente não estar acessível para a consulta pela população em sua versão consolidada (com revogações anotadas). Tal medida já é adotada há muitos anos pela União (ver <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao> – acesso em: 6 out. 2015, 23:00) e, a nosso ver, é o mínimo que se espera de um Estado que pretenda que suas leis sejam cumpridas (o que, evidentemente, depende da facilidade com a qual o cidadão comum consegue ter a respectiva ciência e compreensão).

<sup>37</sup> Além da referência que já fizemos quanto à crescente preocupação do C. STF com tutela do valor segurança jurídica, observe-se a seguinte ementa de acórdão proferido pelo E. TJSP envolvendo o direito de construir: “APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Direito urbanístico e ambiental. Tombamento do Parque Ibirapuera e adjacências. Construção de conjunto residencial. Alegação de desrespeito ao tombamento – Impossibilidade – O tombamento do imóvel em questão somente ocorreu por força da Resolução 06/97 do CONPRESP, que não proibiu no momento da protocolização do projeto aprovado a implantação da subcategoria de uso R3-03 – A Resolução 07/97 tombou área do “Jardim Lusitânia” do qual o imóvel da apelada não está situado - Apelados que dispunham de alvarás de Construção expedidos regularmente por todos os órgãos competentes para tal – Secretaria Municipal de Habitação - Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico da Cidade de São Paulo – Conpresp e Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo – CONDEPHAAT. Provas documentais que atestam que à época dos pedidos a região admitia a realização de tais obras - Princípio da segurança jurídica. Lei de Vilas Respeitada – Altura e Volumetria do Imóvel Regulares – Mesmo que assim não fosse a chamada “Teoria do Fato Consumado” seria aplicável ao caso – Sentença Mantida. Recurso Improvido” (TJSP – 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público – Des. Rel. Maurício Fioritto – Apel. n. 0614460-03.2008.8.26.0053 – data do julgamento 27/11/2014 - v.u.).

<sup>38</sup> Uma situação que, a nosso ver, tenderia a ser melhor resolvida deste modo é a que envolve venda de unidades habitacionais a dezenas de famílias em um empreendimento que, depois de anos, venha a ser declarado ilegal pelo Município. Nesse caso, a simples demolição do prédio, sem que se garanta aos cidadãos envolvidos imediata e integral devolução dos valores que estes pagaram à incorporadora, potencialmente lhes acarretaria um dano irreversível.

econômico auferido com a atividade desenvolvida em descompasso com as posturas municipais.

Como no nosso caso prático não há elementos suficientes para que se avalie a proporcionalidade de uma singela ordem de demolição da construção, deixamos de nos manifestar a respeito.

## 7. Conclusão

A regulação do direito de construir é dever do Poder Público, correspondendo ao principal instrumento por meio do qual este condiciona a fruição da propriedade imóvel pelo particular ao atendimento de exigências dirigidas a assegurar a tutela do bem comum.

Nessa tarefa, há preponderância do papel reservado ao Município que, no exercício de sua competência constitucional de zelar pelo adequado ordenamento do território (inciso VIII do art. 30 da CR), deve estabelecer legislação apta a compatibilizar os direitos e expectativas dos particulares com pautas de interesse geral e, em especial, garantir sua devida aplicação no dia a dia das repartições a quem incumbe tratar da matéria.

Eis o principal desafio sobre o qual versa o presente estudo: a necessidade de a Prefeitura cuidar para que a lei seja efetivamente cumprida não só pelos particulares, como pelos servidores responsáveis pelo seu emprego, seja na análise de pedidos de alvará de construção, seja na fiscalização da respectiva execução.

Nesse contexto, foram enfrentados, a partir de um caso prático hipotético, três temas controversos: I – o cômputo de efeitos cumulativos referentes a distintas obras para fins de seu condicionamento à realização do EIV; II – lei aplicável a projeto aprovado, mas não iniciado quando da superveniência de legislação mais restritiva quanto ao potencial de aproveitamento de um imóvel pelo seu titular; III – efeitos da declaração de nulidade referente à edificação já concluída.

Apesar de a resposta adequada para qualquer dos questionamentos formulados não prescindir da análise das peculiaridades do caso em questão, buscou-se discorrer sobre balizas seguras para soluções ponderadas, preocupadas não só com a preservação da legalidade, como também de outros valores igualmente albergados pelo nosso ordenamento, em especial a segurança jurídica e a boa-fé.

Todo o esforço do intérprete na sistematização da matéria, contudo, de nada ou pouco adiantará enquanto houver leniência dos órgãos de controle com malabarismos hermenêuticos, em que se admita que o destinatário de um texto que autorize *maçã* apresente *banana* para fins de cumprimento de requisitos legais/regulamentares atinentes à faculdade de construir.

## Bibliografia

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998.

AQUINO, Tomás de. *Do governo dos príncipes ao rei de Cipro*. Tradução de Arlindo Veigas dos Santos. São Paulo: Edipro, 2013.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros – crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: 34/Edusp, 2000.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios de direito público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

CARVALHO, Marcelo. Cidade-metrópole. In: ALVES, Luiz Roberto; CARVALHO, Marcelo (Org.). *Cidades – identidade e gestão*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Renata Martins de. A dupla função da licença para construir na nova ordem jurídico-urbanística. *Revista dos Tribunais São Paulo – RTSP*, v. 5-6, p. 141/162, mar. abr./mai.jun. 2014.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, José Marcelo Ferreira. *Licenças urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Poder de polícia – compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados*. Ribeirão Preto: IELD, 2014 - A.

\_\_\_\_\_. A alteração dos planos urbanísticos e o direito de propriedade. *Revista dos Tribunais São Paulo – RTSP*, v. 5-6, p. 251-266, mar.-abr./maio-jun, 2014 - B.

\_\_\_\_\_. Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, ano 31, n. 7, p. 856-864, jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Efeitos cumulativos no licenciamento ambiental e urbanístico. A nova fronteira no direito de construir. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; NERY, Ana R. de F.; ARAÚJO, Alexandra F. de. *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável - da formulação de políticas à sua aplicação*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 137/155.

DIP, Ricardo. A cidade realmente sustentável. In: NALINI, Joé Renato; LEVY, Wilson (Coord.). *Regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo – poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

FAGUNDES, Seabra. Licença para construir – cassação – ato administrativo – revogação – mandado de segurança (parecer). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 239, ano 68, p. 60/63, jul./ago./set. 1972.

GASSET, Ortega y. *A rebelião das massas*. Tradução de Artur Guerra. Lisboa: Relógio D'Água, 2013. (primeira edição 1930).

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. I.

LIMA, Eusébio de Queiroz. *Sociologia jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936.

LIMA, Rui Cirne. Direito administrativo e direito privado. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 19-33, 1951.

MACHETE, Rui Chancerelle de. Constitucionalidade do regime de caducidade previsto no decreto-lei n. 351/93, de 7 de outubro (parecer). In: *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 93-113. (artigo publicado em 1995).

MALUF, Pedro Tavares. Licença edilícia e plano urbanístico no direito português. In: DALLARI, Adilson Abreu; SARNO, Daniela Campos Libório di. *Direito urbanístico e ambiental*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 335/355.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

NALINI, José Roberto. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NAVARRO, Tatiana Rigorini. *Direito de construir – controle prévio de atividade edilícia*. Superveniência de nova legislação, antes do início da obra. Disponível em: <<http://www.ndj.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2015, 13:00. (orientação jurídica).

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime jurídico das licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REALE, Miguel. Limites da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, n. 84, p. 75-80, out/dez. de 1987.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Direito urbanístico contratual – dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, D’Alembert Arrhenius Alves dos. Funções sociais das cidades brasileiras - excesso de distorções, terapêuticas normativas e omissões públicas. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, n. 52, p. 101-128, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Limitações à possibilidade de anulação de atos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 8, p. 195-219, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. O poder de polícia é discricionário? In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27-45.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/1999). In: *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015-A, p. 43-90. (texto publicado originalmente em 2004).

\_\_\_\_\_. O princípio da proteção da confiança e a teoria da invalidade dos atos administrativos no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015- B, p. 91-119.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Lucécia Martins. Estudo de impacto de vizinhança. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade – comentários à lei federal 10.257/01*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 305-322.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico – 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

# Reflexões sobre ações civis públicas e a nova política estadual de proteção dos mananciais

*Alexandre Miura Iura*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Objetivo. 2. Cenário Legislativo. 3. O Perigo da Judicialização das Políticas Públicas de Proteção dos Mananciais. 4. Pedido e Causa de Pedir 5. Legitimidade Passiva: Estado, Município e moradores das áreas afetadas 6. Área de Preservação Permanente (APP) urbana. 7. Audiência Pública. 8. Conclusão.

## 1. Objetivo

O objetivo deste artigo é expor algumas reflexões sobre as ações civis públicas em matéria ambiental e a nova política estadual para a proteção dos mananciais. Embora a preservação dos mananciais seja tema essencial para a sustentabilidade de nossa sociedade, o tema não tem despertado a atenção que merece entre os profissionais do Direito.

## 2. Cenário legislativo

A legislação de proteção dos mananciais é complexa e pouco estudada. O tema praticamente não tem espaço na grade curricular nas faculdades de Direito, e é pouco exigido em concursos públicos na área jurídica. Há ainda mais uma dificuldade: a correta interpretação da legislação de proteção dos mananciais pressupõe um estudo interdisciplinar com permanente diálogo com profissionais de outras áreas do conhecimento<sup>2</sup>.

No âmbito da Região Metropolitana da Grande São Paulo o estudo do tema há de se iniciar pelas leis estaduais 898/75 e 1.172/76. O objetivo que subjaz estas leis é a contenção da expansão urbana da metrópole na direção dos reservatórios de abastecimento. Contudo, quem transitar pela Grande São Paulo logo irá verificar que esse objetivo não foi inteiramente alcançado. Neste cenário, surge a questão de como conciliar a proteção dos mananciais com o déficit de moradias.

O objetivo da Nova Política Estadual de Proteção de Mananciais, nos moldes da Lei Estadual 9.866/97, é substituir na Região Metropolitana de São Paulo os parâmetros das

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pela USP.

<sup>2</sup> Não poderíamos deixar de externar nossos agradecimentos a todos os profissionais que de forma paciente nos explicaram as dificuldades técnicas na proteção de mananciais no Estado de São Paulo. De modo especial agradecemos ao Amauri Pollachi da Secretaria Estadual de Saneamento e Recursos Hídricos, à Marcia Nascimento da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, e à Vivian Marrani de Azevedo Marques da Diretoria de Controle e Licenciamento Ambiental da CETESB.

leis estaduais 898/75 e 1.172/76 por um modelo mais adequado às especificidades de cada bacia hidrográfica, para compatibilizar o uso e a ocupação do solo com a proteção dos mananciais por meio de uma gestão mais participativa com a sociedade civil.

A Nova Política Estadual de Proteção de Mananciais funda-se em premissas democráticas ao prever um sistema de gestão por comitês de bacias hidrográficas, de modo a facilitar a integração dos programas habitacionais com preservação dos mananciais.

Anote-se que o mesmo modelo participativo por meio de Comitês de Bacias Hidrográficas foi adotado pela Lei Federal 9.433/97 ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos a demonstrar o caráter vanguardista do legislador paulista.

Nesse contexto, surgiu no Estado de São Paulo a técnica de elaboração de leis específicas para reger a ocupação do solo de acordo com a realidade de cada Bacia Hidrográfica. É o caso da Lei Estadual 12.233/06, que estabeleceu parâmetros diferenciados para Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga (APRM-G). Na mesma linha, a Lei Estadual 13.579/09 também apresentou um tratamento específico para Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings (APRM-B). Mais recentemente, o Alto Tietê - Cabeceiras também recebeu tratamento específico na Lei Estadual 15.913/15.

Além da legislação específica há ainda de se considerar a aplicação cumulativa de Lei Federal 6.766/79, do Novo Código Florestal, especialmente na disciplina das áreas de preservação permanente em seus artigos 3º e 4º, do Estatuto das Cidades, bem como do Plano Diretor de cada Município.

### 3. O perigo da judicialização das políticas públicas de proteção dos mananciais

Antes de discutir aspectos processuais da tutela da proteção dos mananciais em sede de ação civil pública é preciso alertar sobre o perigo envolvido na Judicialização das Políticas Públicas de Proteção dos Mananciais.

A interferência do Poder Judiciário, quando realizada sem critérios e cautelas em políticas públicas, pode ser desastrosa; eis que o cenário de uma política pública mal executada pelo Poder Executivo pode se deteriorar para a completa ausência de parâmetros na aplicação de recursos limitados.

Deveras, no meio acadêmico há diversas obras que convidam à reflexão sobre a atuação do Poder Judiciário neste âmbito. Nessa linha, Daniel Wang ao discorrer sobre a atuação do Poder Judiciário nas Políticas Públicas de Saúde,

*[...] um juiz que obrigue os poderes públicos a prover um bem ou a realizar uma política pública estaria determinando a forma como parte dos recursos escassos deve ser gasta, assunto para o qual não foi treinado, informado, dotado de conhecimentos técnicos e específicos para melhor avaliar os critérios de oportunidade e conveniência de uma política pública.<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de Saúde*. 2009. p. 12. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.



Quando se fala em recursos escassos há de se interpretar tal expressão no sentido que lhe emprega a Ciência Econômica (Economia como a Ciência que estuda a administração de recursos escassos), em oposição ao conceito de recursos ilimitados, sem se referir ao montante concreto das receitas públicas disponíveis para cada pasta, que, em verdade, podem revelar valores elevados. Há de se ponderar também que muitos administradores públicos infelizmente não possuem conhecimentos técnicos específicos para avaliar os critérios de oportunidade e conveniência de uma política pública. Contudo, do juiz não se espera tampouco se poderia exigir tal expertise técnico-administrativa, ao passo que o administrador público tem o dever de se capacitar para adquirir tais conhecimentos, ou ao menos de ser assessorado por quem o tenha.

Em matéria de proteção dos mananciais e dos recursos hídricos, a formulação das políticas públicas apresenta mecanismos democráticos e participativos da sociedade civil por meio dos Comitês das Bacias Hidrográficas prestigiados tanto pelas leis estaduais 9.866/97, 12.233/06, 13.579/09 e 15.913/15, bem como pela Lei Federal 9.433/97.

Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário a princípio deve ser voltada para garantir a execução dessas Políticas Públicas de Proteção dos Mananciais elaboradas de forma participativa. Contudo, a atuação prática revela que o limite entre a figura do garantidor e figura do elaborador de uma política pública é muito tênue, razão pela qual a condução processual do juiz nas ações civis públicas, que tratam da proteção de mananciais, deve ser cautelosa e permeada por mecanismos democráticos de participação próprios do sistema das ações coletivas. Observe-se que não se quer afirmar com isso um modelo de inércia judicial, nos moldes da concepção do Processo Civil como mero *affair of the parties*, próprio da primeira metade do século XX. Pelo contrário, tal visão privatista do Processo Civil é inadequada para a tutela de interesses difusos. O que se quer afirmar é que em matéria de proteção de mananciais é inadequado ao juiz impor vias de atuação que não foram discutidas pelas partes, pelos órgãos ambientais estaduais e municipais de proteção ao meio ambiente e pela sociedade. Trata-se de um dever de conduta que vai além da mera garantia do contraditório e da cooperação no processo civil. Em outras palavras, a decisão judicial deve estar em consonância com o Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental de cada Bacia Hidrográfica. É claro que uma decisão judicial que determina uma linha de intervenção em área de proteção de mananciais dissociada do PDPA não induz qualquer vício de natureza processual, por se tratar de questão que diz respeito ao mérito da demanda, contudo tal decisão enfrentará maiores dificuldades concretas em sede de cumprimento de sentença, bem como está na contramão do caráter participativo que permeia a Lei Estadual 9.866/97, a Lei Federal 9.433/97 e as leis específicas de cada bacia hidrográfica.

#### 4. Pedido e causa de pedir

O pedido e a causa de pedir nas ações civis públicas, que tratam de ocupação irregular em área de proteção de mananciais, devem ter correlação com a classificação da área de intervenção (art. 12 da Lei Estadual 9.866/97) e as diretrizes estabelecidas no Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental (PPDA – art. 31 da Lei Estadual 9.866/97) para cada Área de Proteção e Recuperação de Mananciais (APRM).

Deve-se evitar o falso maniqueísmo entre a defesa do Meio Ambiente de um lado e a questão humanitária-habitacional de outro, como se fosse um jogo de

soma zero de interesses inconciliáveis. Tal visão simplista mostra-se ineficaz para enfrentar a questão da proteção dos mananciais. O Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental deve revelar a existência de vias que vão muito além da dicotomia expressada pelos interesses de manutenção da população e o de desocupação da área. O incentivo ao uso sustentável das áreas de mananciais, seja para atividades de turismo ecológico, espaços públicos de lazer, agricultura orgânica ou ocupações habitacionais de baixa densidade, entre outras alternativas, em muitos casos mostram-se como caminhos mais realistas para se prevenir a ocupação irregular do que a mera ameaça de aplicação de sanções administrativas e criminais.

O primeiro ponto a ser observado é a classificação dentro de cada Área de Proteção e Recuperação de Mananciais em: Áreas de Restrição à Ocupação, Áreas de Ocupação Dirigida, e Áreas de Recuperação Ambiental (art. 12 da Lei Estadual 9.866/97).

Há de se reconhecer que não é a urbanização em si o problema, eis que diante do crescimento populacional tal processo é inevitável. A chave para a preservação dos mananciais está em gerir a forma como ocorre a urbanização. Veja-se que em se tratando de Área de Ocupação Dirigida a ocupação humana – urbana ou rural – é permitida na dicção do art. 14 da Lei Estadual 9.866/97 “desde que atendidos os requisitos que garantam a manutenção das condições ambientais necessárias à produção de água em quantidade e qualidade para o abastecimento das populações futuras e atuais”.

Por exemplo, no contexto das leis específicas (Leis Estaduais 12.233/06, 13.579/09 e 15.913/15), em se tratando de Subárea de Urbanização Consolidada, com exceção das situações de risco arroladas no art. 3º, parágrafo único da Lei Federal 6.766/79, não há muito sentido em se determinar o remanejamento da população e a recomposição da vegetação nativa, diferentemente do que poderia ocorrer num caso em que se trata de Subárea de Conservação Ambiental. O problema da formulação do pedido pelo Ministério Público em descompasso com as diretrizes de cada subárea, e principalmente o acolhimento destes pedidos pelo Poder Judiciário sem considerar as diretrizes da legislação específica, bem como daquelas previstas no Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental (PPDA) de cada Área de Proteção e Recuperação de Mananciais (APRM), é exatamente a judicialização nociva das políticas públicas conforme alertado acima.

Além disso, o pedido deve contemplar os diversos desfechos possíveis para a área. Entre as saídas extremas da manutenção da população *tout court* sem qualquer intervenção na área e o remanejamento da população existem dezenas de outras providências que poderiam ser tomadas. As leis específicas (leis estaduais 12.233/06, 13.579/09 e 15.913/15) apresentam diversas diretrizes que devem ser consideradas na formulação dos pedidos. Apenas a título de exemplo, para as Subáreas de Ocupação Diferenciada é previsto o incentivo à implantação de assentamentos populacionais de baixa densidade populacional, e empreendimentos de educação, cultura, lazer e turismo ecológico; para a Subárea de Especial Corredor fala-se em incentivar atividades econômicas compatíveis com proteção dos mananciais; nas Subáreas de Baixa Densidade é prevista a limitação dos investimentos na ampliação do sistema viário. Neste ponto, o controle da petição inicial pelo juiz deve ser rigoroso, sob pena de ao final da fase de conhecimento o título executivo judicial ser ineficaz do ponto de vista prático.

Deveras, considerando-se um déficit de quase 4 milhões de moradias no Estado de São Paulo<sup>4</sup>, a melhor técnica para a proteção de áreas de mananciais não é a desocupação de forma isolada, mas, sim, o incentivo à ocupação ambientalmente adequada (e.g., assentamentos de baixa densidade, empreendimentos de turismo ecológico, exploração agrícola que não comprometa a qualidade ambiental etc.).

### 5. Legitimidade Passiva: Estado, Município, responsáveis pelo parcelamento irregular do solo e moradores das áreas afetadas

O polo passivo das demandas deve abranger o Estado, o Município, os responsáveis pelo desmembramento irregular do solo e os moradores das áreas afetadas quando houver pedido de remanejamento da população.

Os moradores das áreas tratadas nas ações civis públicas devem compor o polo passivo da demanda considerando-se que, via de regra, o pedido formulado envolve a demolição de suas casas. Ora, a discussão sobre a demolição de uma casa interessa principalmente ao seu morador. Deveras, a necessidade de citação dos adquirentes dos lotes, onde estão construídas as casas que o Ministério Público pretende a demolição, é uma decorrência do art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República. Nesse sentido, é firme a jurisprudência do E. TJSP e do E. STJ:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Agravo de instrumento. Decisão que determinou a emenda da petição inicial. Pedido de demolição de construções. Loteamento situado em alegada área de preservação permanente. Empreendimento aprovado pelo Município. Resultado da demanda que afetar diretamente a esfera jurídica dos proprietários e possuidores dos lotes situados na faixa da APP, haja construção ou não. Hipótese de litisconsórcio necessário. Compreensão do artigo 47 do CPC. Precedentes. Necessidade de colocação de placas nos lotes que possam ser atingidos, indicando a existência da ação civil pública. Impossibilidade de identificação dos possuidores não evidenciada. Recurso provido em parte. (Relator(a): Dimas Rubens Fonseca; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do julgamento: 18/06/2015; Data de registro: 24/06/2015)*

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Loteamento irregular. Imóvel localizado em área de proteção de mananciais, com venda de lotes a adquirentes de boa-fé, os quais obtiveram alvarás para construção de edificações e eram contribuintes de IPTU. Pedido de desfazimento do loteamento, com demolição das construções e retirada dos vestígios do parcelamento. Falta de citação dos adquirentes. Nulidade configurada. Há litisconsórcio passivo necessário quando a sentença proferida em ação difusa atinge diretamente a esfera de direitos individuais de terceiros. Precedentes do C. STJ. Anulação do feito ex officio, com determinação. Recursos prejudicados. (TJ-SP – APL: 00113068920108260268 SP 0011306-89.2010.8.26.0268, Relator: Vera Angrisani, Data de Julgamento: 05/03/2015, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 10/03/2015)*

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.habitacao.sp.gov.br/secretariahabitacao/conheca\\_melhor\\_a\\_secretaria\\_de\\_habitacao.aspx](http://www.habitacao.sp.gov.br/secretariahabitacao/conheca_melhor_a_secretaria_de_habitacao.aspx)>.

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO COM PARCELAMENTO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS ADQUIRENTES DOS LOTES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE DA RELAÇÃO PROCESSUAL. 1. Tratando-se de ação difusa em que a sentença determina à ré a proceder ao desfazimento do parcelamento, atingindo diretamente a esfera jurídico-patrimonial dos adquirentes dos lotes, impõe-se a formação do litisconsórcio passivo necessário. 2. O regime da coisa julgada nas ações difusas não dispensa a formação do litisconsórcio necessário quando o capítulo da decisão atinge diretamente a esfera individual. Isto porque consagra a Constituição que ninguém deve ser privado de seus bens sem a obediência ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88). 3. Nulidade de pleno direito da relação processual, a partir do momento em que a citação deveria ter sido efetivada, na forma do art. 47 do CPC. 4. Aplicação subsidiária do CPC, por força da norma do art. 19 da Lei de Ação Civil Pública. 5. Recurso especial provido para declarar a nulidade do processo, a partir da citação, e determinar que a mesma seja efetivada em nome do recorrente e dos demais adquirentes dos lotes do Jardim Joana D'Arc. (STJ - REsp: 405706 SP 2002/0006037-9, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/08/2002, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23/09/2002 p. 244 RJADCOAS vol. 42 p. 32)*

A citação dos moradores da área afetada é providência mais fácil de ser realizada quando não se trata de favela. Tratando-se de casas, ainda que de baixo padrão, a menor rotatividade dos moradores permite sua melhor identificação. A citação dos moradores mostra-se mais complexa em áreas de favela, nas quais a atualização da lista dos ocupantes da área é impraticável. Neste ponto específico, a jurisprudência dos nossos tribunais apresenta diversas soluções para a citação de grupos indeterminados de pessoas. Em todo o caso, para que o direito de defesa dos moradores de baixa renda em áreas de proteção de mananciais não fique apenas no plano teórico, mostra-se necessário prestigiar tanto as associações de moradores quanto o Núcleo de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública.

Demais disso, existe também a necessidade de inclusão do Estado de São Paulo no polo passivo da demanda juntamente com o Município. A razão de ser da disciplina diferenciada para a ocupação do solo nas áreas de Proteção de Mananciais é a garantia do abastecimento de água para toda a população do Estado de São Paulo. Em outras palavras, a proteção aos mananciais não é um interesse exclusivo de quem vive na área de mananciais – em verdade estes são os menos afetados do ponto de vista ambiental – mas, sim, é um interesse primordial para a população que vive nas demais áreas. Assim, considerando-se que se trata de interesse regional, e não local, o ônus financeiro da proteção dos mananciais não pode recair apenas ao Município.

Deveras, a existência do parcelamento irregular do solo em área de proteção de mananciais significa também, em última análise, uma omissão em sentido lato e/ou insuficiência de estrutura da CETESB e da Agência de Fiscalização da Secretaria Estadual do Meio Ambiente.

A Lei Estadual 9.866/97 ao dispor sobre as atribuições dos órgãos estaduais e municipais em matéria de proteção de mananciais corrobora a responsabilidade solidária entre Estado e Municípios por danos ambientais neste âmbito. O art. 32 da Lei Estadual 9.866/97 dispõe que:

*[...] Caberá aos Poderes Públicos Estadual e Municipais garantir meios e recursos para implementação dos programas integrados de Monitoramento da Qualidade das Águas e de Controle e Fiscalização, bem como a operacionalização do Sistema Gerencial de Informações.*

Ainda, vale citar o art. 33 do mesmo diploma, que determina que:

*[...] Os CBHs destinarão uma parcela dos recursos da cobrança pela utilização da água e uma parcela dos recursos da Subconta do Fundo Estadual de Recursos Hídricos - Fehidro, para implementação de ações de controle e fiscalização, obras e ações visando à proteção e recuperação dos mananciais.*

Anote-se ainda que as leis específicas de cada Bacia Hidrográfica têm criado Grupos Integrados de Fiscalização compostas por agentes estaduais e municipais (artigos 78 e 79 da Lei Estadual 15.913/15, por exemplo). Assim, não se pode afirmar que a omissão é unicamente dos agentes municipais, considerando-se a atribuição integrada de fiscalização.

Ao nosso ver, não se pode confundir a situação de loteamentos irregulares perante a Lei Federal 6.766/79 em áreas que não são de proteção de mananciais, nas quais a omissão fiscalizatória é atribuída apenas ao Município, com as ocupações irregulares em área de proteção de manancial sujeitas à fiscalização integrada e suporte financeiro compartilhado entre Estado e Municípios por força da Lei Estadual 9.866/97 e Leis Estaduais Específicas de cada Bacia Hidrográfica.

Além disso, há de se considerar que o interesse na preservação dos mananciais é de toda a população paulista e não apenas da população que habita os Municípios abrangidos pelas áreas de mananciais. Há de se considerar ainda que na maioria dos casos o Município, isoladamente, não tem condições financeiras em cumprir os pedidos formulados pelo Ministério Público nas ações civis públicas, a não inclusão do Estado no polo passivo da demanda importaria numa tutela ambiental insuficiente. Nesta linha:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Irresignação contra decisão que afastou as preliminares de ilegitimidade do Ministério Público, denúncia da lide ao Estado de São Paulo e aos terceiros adquirentes e saneou o feito, deferindo a produção de prova pericial, com o fim de avaliar a ocorrência de eventuais danos ambientais e urbanísticos em decorrência da implantação do loteamento. Empreendimento que se encontra em área de mananciais. Responsabilidade legal do Estado pelo zelo e proteção de tais áreas. Necessidade de inclusão da Fazenda Pública Estadual no polo passivo da ação. Litisconsórcio passivo necessário, dada a natureza da relação jurídica ora analisada, nos termos do art. 47 do CPC. Reforma da decisão recorrida. Recurso conhecido e provido. (Relator(a): Vera Angrisani; Comarca: Santa Branca; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do julgamento: 13/08/2015; Data de registro: 19/08/2015)*

A não inclusão do Estado, do Município e dos adquirentes dos lotes irá refletir sobretudo na fase de cumprimento de sentença. Via de regra, empresas idôneas não se

prestam a realizar loteamentos irregulares em áreas de proteção de mananciais. O que se observa na prática é que o parcelamento irregular do solo urbano, nessas áreas, em geral é promovido por pessoas sem lastro patrimonial, o que significa que uma sentença condenatória transitada em julgado, neste cenário, na prática é ineficaz, inviabilizando a recomposição ambiental da área.

Deveras, principalmente em ações civis públicas ajuizadas na década de 1990, quando a extensão da responsabilidade por danos ambientais prevista no art. 225 da Constituição da República ainda não era bem compreendida, não é raro observar casos em que os responsáveis pelo parcelamento irregular eram os únicos que figuravam no polo passivo. Nessas situações, infelizmente é comum observar a ineficácia prática das sentenças condenatórias, considerando-se a inidoneidade financeira dos responsáveis pelo parcelamento.

É importante ainda notar que parte significativa dos pedidos possíveis a serem formulados em sede de proteção de mananciais estão direcionados às pessoas jurídicas de direito público. Por exemplo, nas Subáreas de Conservação Ambiental (SCA), um dos mecanismos de proteção para os mananciais é “limitar os investimentos em ampliação da capacidade do sistema viário que induzam à ocupação ou ao adensamento populacional”. Ora, trata-se de um comando a ser direcionado ao Município e ao Estado, daí a necessidade de estarem ambos no polo passivo da demanda.

## 6. Área de Preservação Permanente (APP) urbana

Um dos aspectos centrais em relação à ocupação do solo em área de proteção de mananciais diz respeito às áreas de preservação permanente em regiões urbanizadas.

Especificamente em relação à área de preservação permanente (APP) em área urbana, note-se que a definição objetiva do art. 4º da Lei Federal 12.651/12 (Código Florestal) comporta temperamentos. Veja-se que o próprio art. 3º do mesmo diploma exige que para que uma área seja considerada como de preservação permanente ela deva exercer uma

*[...] função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.*

Como bem afirma Paulo de Bessa Antunes, os requisitos para que uma área possa ser declarada de preservação permanente são: A) estar incluída na relação do art. 4º da Lei 12.651/12 ou ter sido objeto de ato do poder público na forma do art. 6º da Lei 12.651/12, e; B) exercer uma função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 664.

Nessa linha, no Estado de São Paulo, o art. 40 da Lei Estadual 15.684/15 também estabelece diretrizes para as áreas de preservação permanente (APP) urbana nos seguintes termos:

*Artigo 40 – Nas áreas de ocupação antrópica consolidada em área urbana, fica assegurado o uso alternativo do solo previsto no inciso VI do artigo 3o da Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>6</sup>, respeitadas as áreas de preservação permanente previstas pela legislação em vigor à época da implantação do empreendimento.*

*Parágrafo único – Fica assegurado o direito de construir em lotes oriundos de parcelamento do solo urbano registrado no Serviço de Registro de Imóveis competente, desde que respeitadas as Áreas de Preservação Permanente, exigidas pela legislação vigente na data da implantação do licenciamento ambiental e do registro do parcelamento do solo para fins urbanos, aprovado segundo a legislação específica.*

Assim, considerando-se a data da implementação do empreendimento, bem como caso seja verificado pela CETESB que a área não exerce a função ambiental prevista no art. 3º da Lei Federal 12.651/12, ainda que abrangida pelos critérios objetivos do art. 4º, e respeitadas as diretrizes do art. 4º para o uso alternativo do solo, inclusive para assentamento urbano, na definição do art. 3º, inc. VI, da Lei Federal 12.651/12 (Novo Código Florestal).

Demais disso, a questão das áreas de preservação permanente (APP) urbanas deve considerar o disposto no art. 54, § 1º, da Lei Federal 11.977/11 que dispõe:

[...]

*1o O Município poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.*

Veja-se, portanto, que nas áreas urbanas consolidadas a interpretação do art. 4º da Lei Federal 12.651/12 é mais complexa do que a leitura isolada do Código Florestal poderia sugerir.

## 7. Audiência pública

Conforme afirmamos, a Nova Política Estadual de Proteção de Mananciais funda-se em premissas democráticas ao prever um sistema de gestão através de comitês para cada bacia hidrográfica. Assim, o caráter participativo da formulação dessas políticas públicas também deve refletir na condução do processo.

<sup>6</sup> Art. 3º, inc. VI, da Lei Federal 12.651/12 (Novo Código Florestal): *uso alternativo do solo: substituição de vegetação nativa e formações sucessoras por outras coberturas do solo, como atividades agropecuárias, industriais, de geração e transmissão de energia, de mineração e de transporte, assentamentos urbanos ou outras formas de ocupação humana; [...].* (grifamos).

Nesse esteio, mostra-se salutar, antes do processo judicial ou no seu curso, a designação de audiências com a participação não apenas das partes, mas também com a presença de representantes de todos os órgãos envolvidos (CETESB, SABESP, Secretaria do Meio Ambiente, Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos, Secretaria da Habitação, Polícia Militar Ambiental, Comitês da Bacia Hidrográfica). Ainda, é necessária a ampla divulgação para permitir que a população interessada tenha a possibilidade de assistir ao ato. É claro que, em geral, o grande número de pessoas envolvidas exigirá um auditório, não sendo suficiente as salas de audiências dos fóruns, bem como alguma limitação do uso da palavra poderá ocorrer. Não obstante, trata-se de mecanismo interessante para refletir o caráter democrático e participativo próprio da nova política de proteção dos mananciais no âmbito do processo judicial.

## 8. Conclusão

O pedido nas ações civis públicas deve guardar correlação com as diretrizes apontadas para cada área de intervenção e nos Planos de Desenvolvimento e Proteção Ambiental, sob pena de haver uma interferência indesejada na formulação das políticas públicas de proteção de mananciais e recursos hídricos.

É preciso reconhecer a responsabilidade solidária entre Município e Estado na proteção dos mananciais, considerando-se que o interesse não é estritamente local, além do fato de que os pedidos possíveis a serem formulados de acordo com as diretrizes da Lei Estadual 9.866/97 e das leis específicas de cada bacia hidrográfica apontam para ações de ambos os entes federativos. Ainda que se possa afirmar que pelas regras processuais civis a responsabilidade solidária não determina, via de regra, o litisconsórcio necessário, a inclusão de ambos os entes federativos no polo passivo irá refletir nos resultados práticos na fase de cumprimento de sentença, tanto para garantir a execução de uma política pública elaborada de forma participativa, bem como para compelir a sua observância pelos entes federativos.

## Bibliografia

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO ALTO TIETÊ. *Plano da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê*. Disponível em: <<http://www.comiteat.sp.gov.br/index.php/o-comite/documentos/plano-da-bacia>>.
- SUBCOMITÊ ALTO TIETÊ CABECEIRAS. *Síntese do Plano de Desenvolvimento Alto Tietê Cabeceiras (PPDA)*. 2013. Disponível em: <<http://www.comiteat.sp.gov.br/index.php/documentos>>.
- WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de Saúde*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.



# (Des)ocupação de imóveis em centros urbanos e seu impacto no acesso à moradia digna

*Cynthia Thomé*<sup>1</sup>

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Normas sobre direito urbanístico; 2.1. Constituição Federal; 2.2. Estatuto da Cidade; 2.3. Código Civil; 3. Função social da propriedade; 4. Função social das cidades; 5. Especulação imobiliária; 6. Inércia do poder público; 7. Efetividade do princípio da função social da propriedade urbana; 8. Caso prático; 9. Conclusão; Referências bibliográficas.

## Estudo de caso

Este trabalho se refere ao imóvel localizado na Avenida São João, número 587-601, conhecido como Aquarius Hotel, e tem como finalidade a análise do impacto que determinados comportamentos de proprietários de imóveis provocam nos centros urbanos, com consequências para toda a sociedade.

## Caso prático

O prédio foi construído para abrigar um hotel na década de 1970, que nunca abriu as portas. Os proprietários, um grupo de irmãos da família Pedreiro, desistiram do negócio após a degradação do centro da capital paulista. A família alega que o imóvel nunca foi abandonado, visto que o IPTU e taxa de lixo foram pagos regularmente, e sempre tiveram empregados e seguranças no hotel.

O imóvel foi catalogado no site “Edifícios Abandonados”. No site, há informação de que os seguranças vivem em condições precárias e insalubres, posto que o hotel nunca foi acabado. Os seguranças informam que o proprietário do imóvel faleceu durante o período em que acontecia a construção do hotel, e os herdeiros não entraram em consenso para vender ou acabar a obra, razão pela qual continua inacabada até hoje. Também informaram que, finalmente, os irmãos concordaram em vender o imóvel para a Cohab.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Urbanístico. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Urbanístico da EPM.

### **Ação de Desapropriação**

- Autos Nº 000317875.2012;
- Cohab x Aquarius Hotel;
- Distribuída em 27/01/12;
- Imóvel foi expropriado com o fim de reverter a degradação do centro da cidade e produzir moradias no centro;
- A oferta foi de R\$ 13.650.173,81, mas o imóvel foi avaliado judicialmente em R\$ 48.500.000,00;
- Ante a disparidade de valores, a Cohab desistiu da ação, pois o custo da unidade habitacional se tornou inviável.

### **Ação de Reintegração de Posse**

- Aquarius Hotel Ltda. x Movimento Sem Teto do Centro – MSTC;
- Distribuído em 21/03/14;
- O imóvel foi invadido por membros do MSTC;
- Logo em seguida os proprietários ingressaram com ação de reintegração de posse;
- Recebida a inicial, a liminar foi deferida;
- Durante o cumprimento do mandado ocorreu uma série de dificuldades que retardaram a reintegração na posse;
- Após regular desenvolvimento do processo, a ação foi julgada procedente.

## **1. Introdução**

No caso tratado, podemos constatar que um imóvel erigido no centro do Município de São Paulo ficou sem destinação durante décadas, por mero capricho dos proprietários, que não entraram em consenso sobre vender ou terminar a construção do imóvel. Não há dúvida que o comportamento dos proprietários vai de encontro com a política de desenvolvimento urbano imposta na Constituição Federal e normas infraconstitucionais.

A conduta dos proprietários produziu problemas de grande monta à coletividade, os quais não podem ser simplesmente ignorados, independentemente da omissão do poder público. A concepção de aquisição de imóveis como investimento, com a consequente detenção, vigora há séculos, ante a falta de legislação e políticas públicas que pudessem induzir outra ação, obrigando que fosse dada a devida destinação ao imóvel, e sobrevive, de algum modo, até hoje. Tal concepção acarretou a concentração de propriedades imobiliárias urbanas nas mãos de reduzidíssima parte da população, com a consequente falta de gerenciamento e, em muitos casos, no completo abandono – fenômeno que gerou (e ainda gera) enormes problemas para a cidade.

As normas urbanísticas vigentes não mais toleram tal conduta, ainda mais considerando que o Município de São Paulo não cumpre o seu dever constitucional de garantir o direito à moradia a todos. Não cabe ao Município diretamente fornecer moradia aos

cidadãos, mas, sim, fornecer os meios necessários para garantir esse direito. Contudo, o caso em questão está, entre tantos outros, a demonstrar a má gestão de milhares de imóveis não utilizados, subutilizados ou não edificadas, aliados à especulação imobiliária, que não cumprem a função social e comprometem a função social da cidade.

Este trabalho também tem por fim demonstrar que, independentemente da atuação do poder público municipal, é possível exigir dos proprietários que cumpram o princípio da função social da propriedade.

## **2. Normas sobre Direito Urbanístico**

### **2.1. Constituição Federal**

São princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como consta no artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, incisos I, II, III e IV da CF/88).

O artigo 5º da CF, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, assegura que 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 que se seguem, no texto da lei. O inciso XXII, do mesmo artigo, garante o direito de propriedade, e o inciso XXIII determina que a propriedade atenderá a sua função social. O artigo 6º da CF estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. O artigo 170, incisos II, VI e VII da CF determina que 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 princípios da função social da propriedade e defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação e redução das desigualdades regionais e sociais. O artigo 225 da Constituição Federal prevê que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal ainda conferiu aos entes federados competência para legislar sobre matéria urbanística. O artigo 21, inciso IX, da Constituição Federal, prevê que compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. O inciso XX, do mesmo artigo, atribui à União competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. O artigo 22, incisos II e XXV, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre desapropriação e registros públicos.

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (artigo 23, III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (artigo 23, IV); e proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, VI).

É competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito urbanístico (artigo 24, I). Conforme ressaltado nos parágrafos 1º e 2º do artigo 24, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, e a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Já o artigo 30, inciso II, prevê que compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

É competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (artigo 24, VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (artigo 24, VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direito de valor artístico, estético, turístico e paisagístico (artigo 24, VIII).

Os Estados poderão instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamento de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (artigo 25, parágrafo 3º).

A competência do Município para legislar sobre matéria urbanística está prevista nos artigos 182 e parágrafos 1º, 4º e 30, incisos I, II, VIII e IX. Cabe aos Municípios legislar sobre: assuntos de interesse local (artigo 30, I); suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, II); promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, VIII); e promover a proteção ao patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (artigo 30, IX). Determinou-se também ao Município a elaboração e execução do plano diretor (artigo 182, *caput*, e parágrafos 1º e 4º).

A Constituição Federal destina capítulo à Política Urbana por considerá-la de interesse coletivo, já que o objetivo maior é garantir o bem-estar dos habitantes. Também estabelece princípios e normas sobre a política do desenvolvimento urbano, plano diretor, ordenação urbana, parcelamento urbano, propriedade urbana e sua função social. O texto também fixa os princípios da função social da propriedade, da função social da cidade e assegura o direito à moradia como um direito social. Conjuntamente, estabelece o planejamento ou a reserva de plano, a justa distribuição e ônus derivados da atuação urbanística e a gestão democrática da cidade.

Conforme ensinamentos de Nelson Saule, o capítulo de Política Urbana na Constituição de 1988 consolida cinco princípios: os valores do Estado Democrático de Direito, a Soberania popular e a Cidadania, a Função Social da Propriedade Urbana, a Função Social da Cidade e o Desenvolvimento Sustentável (SAULE JÚNIOR, 1997). Tais princípios, que revelam o anseio pela democratização das cidades e visam garantir a realização dos direitos fundamentais do homem e os objetivos da República, especialmente a garantia do desenvolvimento nacional de forma sustentável, a construção de uma sociedade justa

e solidária, a promoção do bem-estar social e a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, devem balizar as normas urbanísticas de todo o país, por se tratar de mandamento obrigatório.

## 2.2. Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências - é lei de desenvolvimento urbano. Contém normas indutoras da aplicação dos instrumentos constitucionais da política urbana, regras gerais de conduta, para todo território nacional. As diretrizes dispostas no Estatuto da Cidade têm eficácia obrigatória e não podem ser desconsideradas na implantação de políticas públicas. Seu artigo 2º determina que:

*Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:*

*I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;*

*II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;*

*III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;*

*IV – 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;*

*V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;*

*VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:*

*a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;*

*b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;*

*c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;*

*d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;*

*e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;*

*f) a deterioração das áreas urbanizadas;*

*g) a poluição e a degradação ambiental;*

*h) a exposição da população a riscos de desastres naturais; (Incluído pela Medida Provisória nº 547, de 2011).*

*h) a exposição da população a riscos de desastres. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)*

*VII – 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;*

*VIII – 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;*

*IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;*

*X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;*

*XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;*

*XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;*

*XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;*

*XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;*

*XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;*

*XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.*

*XVII – estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais. (BRASIL, 2001).*

As diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade têm como finalidade precípua impulsionar os agentes públicos, na formulação e implementação das políticas urbanas, garantir a função social da propriedade e da cidade, em detrimento do interesse particular dos proprietários. Para tanto, conduz a Administração a tratar a cidade como um todo, com um planejamento único e não parcelar, como até agora ocorre, visto que as consequências de determinadas políticas em parte da cidade acabam afetando não

só o território sobre a qual incidem. Ainda, o planejamento único deve envolver a participação permanente de todos os grupos sociais, a fim de espelhar os anseios de toda a sociedade, com o uso socialmente justo e ambientalmente sustentável da terra urbana.

*A política urbana descrita no art. 2º do Estatuto da Cidade, que procura exatamente estabelecer diretrizes gerais, tem como um de seus objetivos ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade fixadas por determinação constitucional (art. 182 da CF), ou seja, a política urbana descrita na Lei 10.257/2001 estabelece como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. A plenitude apontada pela norma, como já tivemos oportunidade de afirmar, encontra-se satisfeita quando do efetivo respeito aos preceitos trazidos pelos arts. 5º e 6º da CF, agora detalhados pelo Estatuto da Cidade. Isso significa dizer que a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona aos seus habitantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF, art. 5º, caput), bem com quando garante a todos um piso vital mínimo, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, direitos materiais constitucionais fixados no art. 6º, da CF. (FIORILLO, 2012, p. 79).*

O Estatuto da Cidade criou uma série de instrumentos a serem adotados na política urbana municipal, conforme diretrizes por ele traçadas, conferindo aos municípios a implementação de planos diretores participativos, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

### 2.3. Código Civil

O artigo 1.228 do Código Civil prevê:

*Art. 1.228 – 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.*

*§ 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.*

*§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.*

*§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.*

*§ 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. (BRASIL, 2002).*

Como se vê, o Código Civil delinea as obrigações e deveres do proprietário atento aos princípios da função social da propriedade, da cidade e do desenvolvimento sustentável.

### 3. Função social da propriedade

O princípio constitucional da função social da propriedade é de aplicabilidade imediata, como todos os princípios constitucionais, e interfere na estrutura e conceito da propriedade, erigindo-o numa instituição de direito público.

O direito de propriedade só existe se ela atende sua função social, que nem sempre coincide com o interesse do proprietário. A função social integra o direito de propriedade, é fundamento jurídico deste direito e tem como alvo o interesse da coletividade. A propriedade que não atende à finalidade econômica e social a qual se destina não cumpre sua função social.

O artigo 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal, estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Já o artigo 186 prevê os requisitos segundo os quais a propriedade rural atende à sua função social:

*[...] 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. (BRASIL, 1988).*

O legislador constituinte condicionou o direito do proprietário ao atendimento aos múltiplos interesses da coletividade em geral. 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. Assim, o uso da propriedade está condicionado ao atendimento dos anseios sociais referentes às políticas de desenvolvimento urbano e rural.

### 4. Função social das cidades

A cidade não se limita ao local onde se concentra o espaço de trabalho da população, da produção industrial, de troca de mercadorias ou moradia. Ela também é palco de



relações sociais muitas vezes geradoras de conflitos urbanos, os quais, em grande parte, estão relacionados diretamente com o direito urbanístico, por decorrerem da forma de ocupação, uso e transformação do solo.

O Conselho Europeu de Urbanistas elaborou a nova Carta de Atenas, em 1988. Nela assentou-se que a evolução das cidades deve resultar da combinação de distintas forças sociais e das ações dos principais representantes da vida cívica, sendo que o papel dos urbanistas passaria a ser o de proporcionar e coordenar o desenvolvimento.

A função social da cidade é atender às necessidades básicas de seus habitantes e das gerações futuras, fornecendo qualidade de vida aos munícipes, possibilitando o desenvolvimento social e cultural de todos. Para tanto, são indispensáveis políticas públicas que visem à inclusão social, proporcionando moradia digna, educação de qualidade, acesso ao trabalho e ao lazer, com a participação popular. A cidade deve ofertar ao cidadão meios para ascensão cultural e social, de forma a gerar o desenvolvimento da humanidade, garantindo um futuro melhor tanto para o cidadão como às próximas gerações.

A função social da cidade, assim como da propriedade, visa garantir a todos o direito à cidade, incompatível com a exclusão social. Assim, para atender à função social da cidade, cabe ao poder público combater todas as situações de desigualdade econômica e social, com o redirecionamento de recursos e valores, assegurando um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o social, de forma ecologicamente sustentável. O progresso deve vir acompanhado de qualidade de vida.

## 5. Especulação imobiliária

Especulação imobiliária é uma forma pela qual os proprietários de terra recebem uma renda transferida dos outros setores produtivos da economia, especialmente através de investimentos públicos na infraestrutura e serviços urbanos (CAMPOS FILHO, 2001).

A cidade de São Paulo não garante aos seus habitantes o direito à moradia. O déficit habitacional é antigo e decorre de uma série de causas, como a forma como ocorreu a urbanização da metrópole e a ausência de políticas públicas que visassem fornecer moradia aos seus habitantes. O crescimento acelerado da metrópole no século passado, visto com orgulho pela população, acabou redundando em um enorme problema de difícil solução. O processo de industrialização acarretou contingente populacional, que se deslocava da área rural para trabalhar nas cidades. Contudo, não houve preocupação em fornecer moradia para essa população, que ficou relegada à própria sorte. A falta de planejamento e controle do poder público sobre a questão deixou que a especulação imobiliária agisse desenfreadamente, contribuindo, de forma contumaz, para a exclusão social – fonte geradora de uma série de outros problemas complexos, de grande monta, os quais atingem bens protegidos constitucionalmente.

A população necessita de moradia, mas não tem condições de arcar com o alto custo de uma moradia digna. Busca, então, satisfazer a necessidade de acordo com suas condições individuais, ocupando áreas destituídas de interesse econômico, muitas vezes ambientalmente frágeis e sem qualquer infraestrutura. Essa forma de ocupação não proporciona ao morador acesso à saúde, educação e lazer, além de dificultar sobremaneira o acesso ao trabalho em razão da distância a ser necessariamente percorrida. Tais condições prejudicam a qualidade de vida e desenvolvimento do ser humano e de nossa sociedade. Esse fenômeno também gera um enorme custo para a regularização ou

urbanização, pois no caso de ocupação de áreas de risco há necessidade de desocupação e retomada da área com alocação dos ocupantes em outros locais. A colocação de infraestrutura em áreas já ocupadas custa muito mais do que em áreas desocupadas. Além disso, a ocupação desordenada do solo prejudica um planejamento adequado e economicamente viável.

*Um em cada quatro paulistanos vive em uma das 1.565 favelas ou dos 1.128 loteamentos irregulares da cidade. São 3,2 milhões de pessoas – mais do que a população de Salvador (BA), terceira maior cidade do País. Juntos, ocupam 123 quilômetros quadrados – quase 10% do Município - com precária infra-estrutura urbana e à espera de regularização. Nessas áreas, faltam equipamentos e serviços públicos básicos como saneamento, iluminação, ruas asfaltadas, calçadas, locais para esportes, lazer e cultura, muitas vezes, transporte.*

*Nesse imenso emaranhado de casas e barracos, pelo menos 36,5 km<sup>2</sup> estão sobre partes de áreas de mananciais que, por lei, não podem ser urbanizadas. Ali vivem mais de 500 mil pessoas que teriam de ser removidas. A elas se juntam famílias em situação inadequada de coabitação. E o déficit habitacional na capital pode chegar a 1,5 milhão, segundo a Fundação Getúlio Vargas.*

*Se, por um lado, falta infra-estrutura urbana e habitação, o centro tem grande oferta de unidades, serviços e equipamentos públicos, mas não moradores – já são 400 os prédios vazios na região. Há gente que vive em cortiços, mas não se sabe quantos – o único levantamento contou 38 mil pessoas nos bairros do Pari, Barra Funda, Bela Vista, Belém, Brás, Cambuci, Liberdade, Mooca e Santa Cecília. Eles dividem espaços apertados e insalubres, em prédios velhos, sem manutenção e com riscos de desabamento. (OUTRA POLÍTICA, 2008).*

*O número de domicílios vagos na cidade de São Paulo seria suficiente para resolver o atual déficit de moradia. E ainda sobrariam casas. Existem, na capital, cerca de 290 mil imóveis que não são habitados, segundo dados preliminares do Censo 2010. Atualmente, 130 mil famílias não têm onde morar, de acordo com a Secretaria Municipal de Habitação - quem vive em habitações irregulares ou precárias, como favelas ou cortiços, não entra nessa conta.*

*Os recenseadores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) encontraram 3.933.448 domicílios residenciais na capital, onde vivem 11.244.369 pessoas. “Foram contabilizadas 107 mil casas fechadas, que são aquelas em que alguém vive lá e não foi encontrado para responder ao questionário”, explicou a coordenadora técnica do Censo, Rosemary Utida. Já as 290 mil residências classificadas como vazias não têm moradores, diz Rosemary.*

*O Censo de 2000 já mostrava que a capital tinha mais casas vazias do que gente precisando de um lugar para morar, segundo a urbanista Raquel Rolnik, relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para o direito à moradia adequada e professora da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo (FAU) da USP. “Em 2000, tínhamos cerca de 420 mil domicílios vagos para um déficit de 203 mil moradias. Era quase o dobro”, afirma Raquel.*

*O secretário municipal de Habitação, Ricardo Pereira Leite, discorda dessa conta. “Se desse para resolver o problema só distribuindo as casas para quem não tem onde morar, seríamos os primeiros a propor isso”, afirma. Segundo Leite, o número revelado pelo Censo diz respeito à vacância de equilíbrio, o tempo em que um imóvel fica vazio enquanto é negociado.*

*A relatora da ONU avalia que, mesmo que parte desses imóveis precisasse passar por reforma antes de ser destinado à moradia popular, seria possível, pelo menos, reduzir o número de famílias sem-teto. Um dos maiores entraves para a solução do problema, porém, é o preço do solo. “A moradia tem, como função principal, ser um ativo financeiro, e acaba não desempenhando sua função social”, diz a professora da FAU.*

*Segundo ela, o poder público poderia investir não só na construção de casa, mas em subsídio de aluguel. “Infelizmente temos uma inércia e uma continuidade muito grande nessa área. As políticas públicas não tiveram, ainda, força para provar que o pobre não precisa morar longe, onde não há cidade, aumentando os deslocamentos na cidade”, opina Raquel.*

*O direito de morar no centro da cidade, onde há maior oferta de trabalho e de transportes públicos, é uma das bandeiras da Frente de Luta por Moradia (FLM), que ocupou quatro prédios abandonados do centro com cerca de 2.080 famílias em 3 de outubro. Como a Justiça determinou a reintegração de posse de dois desses imóveis, parte dos sem-teto está vivendo na calçada da Câmara.*

*“Os imóveis vazios identificados pelo Censo resolveriam pelo menos 40% do nosso problema”, afirma Osmar Borges, coordenador-geral da FLM. Segundo ele, falta moradia para cerca de 800 mil famílias na cidade. “Falta uma política de habitação que contemple os domicílios vazios. O IPTU progressivo deveria ser usado para forçar o preço a cair”, diz. Borges afirmou que a FLM pretende se reunir hoje com a Superintendência de Habitação Popular da Prefeitura e amanhã com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano (CDHU). (ROLNIK, 2010).*

Marília Passos Apoliano Gomes, ao analisar o problema da especulação imobiliária e seus reflexos no direito à moradia, anotou:

*Uma das maiores causas da segregação sócio-espacial urbana consiste na especulação imobiliária nas cidades. Para citar Fortaleza, ocorre que um número considerável de imóveis permanece inutilizado, vez que neles não é assegurada moradia de ninguém, nem tampouco se desenvolvem atividades comerciais, por exemplo. A única finalidade destes imóveis é agregar valor e, no futuro, serem vendidos a preços muito maiores do que o preço de aquisição, gerando assim enriquecimento a seus proprietários.*

*Estes terrenos vazios, que, conforme dissemos acima, são utilizados apenas com finalidade de agregar valor, poderiam suprir a demanda por moradias se fossem utilizados em políticas habitacionais, haja*

*vista que em algumas cidades o número de terrenos inutilizados ou subutilizados muitas vezes é maior que o déficit habitacional.*

*Conforme pesquisa da Fundação João Pinheiro, em 2000 era de 77.615 unidades o déficit habitacional de Fortaleza, em contraponto ao número de 69.995 imóveis vazios na cidade. Assim, a quantidade de terrenos vazios é muitas vezes proporcional ou até maior do que a necessidade por moradias, fato que demonstra de forma cabal que a falta de moradias não é decorrente de uma escassez real de terras, e sim da concentração das mesmas.*

*Por meio da especulação imobiliária, os espaços vazios na cidade vão sendo ocupados por pessoas de grande poder econômico que, com a propriedade daqueles terrenos, geram cada vez mais concentração de renda e de poder. Com os espaços da cidade diminuindo por conta desta “escassez criada”, da necessidade cada vez maior de terrenos que é agravada e muito pela especulação, aos pobres não sobra onde morar senão nas áreas sócio-ambientalmente frágeis.*

*A segregação sócio-espacial, desta forma, vai progressivamente afastando a maioria da população para as poucas áreas que não interessam ao capital imobiliário: as áreas públicas ou de proteção ambiental, onde os “empreendedores” não poderiam especular ou construir, em virtude de leis ou mesmo de impossibilidades físicas, como é o caso de encostas de morros ou margens de rios.*

*Ocorre que a valorização que é atribuída aos terrenos que permanecem unicamente sendo “especulados” é gerada sobretudo por conta de investimentos públicos, uma vez que o preço dos espaços aumenta conforme a área em que eles se inserem recebe equipamentos e serviços públicos. Assim, os serviços de saneamento básico e asfaltamento, por exemplo, fazem com que os terrenos em torno sejam valorizados, e tal acréscimo de valor se deu diretamente em virtude do gasto de dinheiro público. Ou seja: por meio do investimento dos tributos de todos os municípios, algumas pessoas enriquecem simplesmente por serem donas de terrenos. (GOMES, 2010).*

O Estatuto da Cidade instituiu como uma das diretrizes gerais da política urbana, em seu artigo 2º, VI, “e”, “a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a retenção especulativa do imóvel urbano, que resulta na sua subutilização ou não utilização”.

A Constituição Federal confere ao Poder Público municipal meios para combater a especulação imobiliária, mediante lei específica para área incluída no plano diretor. Ele pode exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado: que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O Código Civil, por sua vez, estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, 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. Também prevê que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Embora a legislação em vigor forneça meios para o combate à especulação imobiliária, os Municípios continuam omissos ou apresentam uma tímida investida contra os especuladores. Grande parte continua refém do mercado imobiliário, admitindo que proprietários obtenham renda apenas com investimentos públicos na infraestrutura e serviços urbanos, sem o emprego de qualquer trabalho ou capital, em prejuízo de outros setores produtivos da economia.

Como já dito, a valorização do imóvel decorre apenas do emprego de capital público que vem da arrecadação de impostos pagos por toda a população, ou seja, o especulador tem lucro com a valorização, mas a população, que arcou indiretamente com o custo, nada recebe; muito pelo contrário, acaba sofrendo reflexamente com o aumento do preço da terra. Desse modo, pode-se dizer que o especulador apropria-se do bem comum, o que é inadmissível, e alcança um enriquecimento ilícito, violando a regra prevista no artigo 884 do Código Civil.

*[...] Ora, não é justo que se invista dinheiro público para promover o ganho privado: ruas pavimentadas, redes de água, esgoto, drenagem etc. custam caro à coletividade e não devem ser implantadas a serviço do ganho particular, mas sim em benefício coletivo.*

*A especulação imobiliária marginaliza (deixa à margem da cidade e da sociedade) muitos e beneficia poucos. Por força da especulação, a população mais pobre se afasta para a periferia, assentando-se muitas vezes em áreas ocupadas irregularmente, que, também pelo fato de serem irregulares, demoram anos para receber os serviços públicos essenciais de saneamento e infra-estrutura urbana.*

*Cria-se uma situação absurda e paradoxal: a cidade tem grande número de lotes vazios em áreas urbanizadas e a prefeitura é continuamente cobrada a urbanizar áreas em que a ocupação foi irregular.*

*Além desses problemas sociais, a especulação imobiliária também favorece a degradação ambiental e dos espaços urbanos, porque promove o desmatamento das áreas verdes remanescentes no perímetro urbano para instalação de novos loteamentos (a especulação alimenta a especulação), o que contribui para o assoreamento dos cursos d'água (principalmente antes da pavimentação das ruas) e para a impermeabilização do solo urbano (com a pavimentação), dois ingredientes para as inundações. Além disso, as áreas de proteção invadidas e o esgoto lançado a céu aberto nas áreas periféricas, dentre outros problemas, ao menos em parte, também têm origem na especulação imobiliária.*

*Enquanto isso, as áreas nobres, que dispõem de todos os serviços públicos instalados, permanecem repletas de lotes vazios por vários anos, à espera de melhor preço. (SANTOS, 2008).*

O ordenamento jurídico veda a especulação imobiliária que produz efeitos nefastos à população, pois aumenta o preço da terra inviabilizando o acesso ao imóvel regular

pelos menos favorecidos. A inviabilidade da moradia digna prejudica o desenvolvimento da sociedade, uma vez que as funções básicas da cidade deixam de ser oferecidas, prejudicando o desenvolvimento cultural, social e físico do cidadão atingido.

## **6. Inércia do poder público**

Como já esclarecido, a especulação imobiliária continua agindo de forma recalcitrante, apesar de a Constituição Federal dedicar um capítulo à Política Urbana, ter como princípio fundamental a cidadania e dignidade da pessoa humana, ter como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, determinar que a propriedade atenderá a sua função social, assegurar como direito social a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição e, ainda, determinar que 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 princípios da função social da propriedade e defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação e redução das desigualdades regionais e sociais.

A especulação imobiliária afronta a função social da propriedade. Contudo, mesmo com a elaboração de leis e de planos diretores municipais, o planejamento urbano deixa a desejar em decorrência da inércia dos gestores públicos municipais, o que vem demonstrar a ineficácia das políticas urbanas, previstas no artigo 182 da Constituição Federal, e na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Em muitos casos, o poder público não só é omissivo como até incentiva os especuladores. O não cumprimento do princípio da função social da propriedade decorre da inaplicabilidade dos princípios e normas constitucionais por parte dos gestores municipais.

## **7. Efetividade do princípio da função social da propriedade urbana**

O princípio da função social da propriedade tem como propósito atender o bem-estar da coletividade, aliado ao interesse particular do proprietário. O interesse particular deve estar conciliado com o interesse público. Não se trata de um conceito estanque, visto que a sociedade está em permanente evolução, dinâmica que altera constantemente os valores e interesses da coletividade. A permanente transformação pode trazer soluções ou problemas, razão pela qual o planejamento deve ser ininterrupto para se adequar às mudanças. É por essa mesma razão que o Estatuto da Cidade estabelece que o plano diretor deve ser revisado de dez em dez anos. As demandas e exigências sociais é que fundamentam o princípio. Trata-se de norma cogente e não mera recomendação, cuja eficácia não fica apenas a critério da autoridade municipal.

Apesar de o artigo 182, § 4º, facultar ao Poder Público municipal a utilização de determinados instrumentos para ver efetivado o princípio da função social da propriedade,

os demais princípios e normas que regem o sistema urbanístico brasileiro impõem a força coativa do princípio da função social da propriedade.

O princípio da função social da propriedade está assegurado constitucionalmente. Desse modo, não atende o princípio da função social o uso da propriedade: que afronte a cidadania e dignidade da pessoa humana; que vá de encontro com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária; que emperre o desenvolvimento nacional; que gere a pobreza, a marginalização e aumente as desigualdades sociais e regionais; que viole o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; que viole o direito à moradia; que agrida o meio ambiente.

Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua princípio como:

*[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compreendendo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2001, p. 771).*

A inércia do poder público não justifica o descumprimento de um princípio constitucional. A propriedade que não cumpre a função social viola um princípio, o que é extremamente grave.

*Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 1994, p. 451).*

Ainda, há de ser considerado que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 10.257/01 prevê que as normas lá estabelecidas são de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. O artigo 2º da mesma lei fixa as diretrizes gerais da política urbana, as quais estabelecem os contornos para o efetivo cumprimento da função social da propriedade. Desse modo, se o uso da propriedade não se dá conforme todo esse regramento, não atende à função social da propriedade.

O plano diretor é indispensável apenas para fins de utilização dos instrumentos previstos no artigo 182, parágrafo 4º, mas nada impede que o cumprimento da função social seja exigido através de outros meios administrativos ou judiciais. Deve ser considerado o ordenamento jurídico como um todo, mediante a aplicação de instrumentos jurídicos diversos, para se fazer valer a efetividade do princípio da função social.

Compelir o proprietário a dar cumprimento à função social do imóvel não é atribuição exclusiva da Administração. A sociedade civil, representada por seus legitimados, também dispõe de meios para dar efetividade, de forma a eliminar condutas que configuram utilização nociva ou abusiva da propriedade.

As condutas comissivas ou omissivas do gestor público que impliquem em ofensa aos preceitos da Constituição Federal, das leis e do Plano Diretor Participativo dos Municípios Brasileiros implicam responsabilização civil, administrativa e até criminal. Contudo, também é de suma importância que a população cobre uma atuação efetiva, conforme as normas urbanísticas, principalmente no que se refere à organização do espaço urbano. A ação civil pública e a ação popular são instrumentos disponíveis, ao alcance dos representantes da sociedade, como forma de executar alguns dos instrumentos que podem ser utilizados para a tutela dessa ordem urbanística.

## 8. Caso prático

Trata-se de imóvel nunca utilizado. Após a construção do imóvel, entraram em vigor a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor do Município, entre outros, mas nada de concreto foi feito em relação à não utilização do imóvel, que permanece sem cumprir sua função social.

O imóvel não utilizado está inserido em área central da cidade, dotada de infraestrutura completa, próximo a milhares de postos de trabalho, grande parte ocupados por trabalhadores que residem em local distante. Não há dúvida ou questionamento de que tal imóvel não atende sua função social. Encontra-se vazio por mero capricho dos proprietários, colaborando sobremaneira para a degradação do centro da cidade, que, logicamente, implica o aumento da criminalidade. A desocupação do imóvel e o aspecto de abandono contribuem para a deterioração da paisagem urbana, que é vista como resultado da ausência do poder público. Como tal, enfraquece os controles impostos pela comunidade, aumenta a insegurança coletiva e fomenta a criminalidade. Abandono, desuso e desordem contribuem para mais desordem.

Conforme a Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory surgiu nos Estados Unidos em 1982, quando a revista *The Atlantic Monthly* publicou os estudos de James Wilson e George Kelling, os quais buscavam demonstrar a relação entre desordem e criminalidade), a desordem é fator de elevação dos índices de criminalidade:

*[...] Há alguns anos, a Universidade de Stanford (EUA), realizou uma interessante experiência de psicologia social. Deixou dois carros idênticos, da mesma marca, modelo e cor, abandonados na rua. Um no Bronx, zona pobre e conflituosa de Nova York e o outro em Palo Alto, zona rica e tranquila da Califórnia. Dois carros idênticos abandonados, dois bairros com populações muito diferentes e uma equipe de especialistas em psicologia social estudando as condutas das pessoas em cada local.*

*Resultado: o carro abandonado no Bronx começou a ser vandalizado em poucas horas. As rodas foram roubadas, depois o motor, os espelhos, o rádio, etc. Levaram tudo o que fosse aproveitável e aquilo que não puderam levar, destruíram. Contrariamente, o carro abandonado em Palo Alto manteve-se intacto.*

*A experiência não terminou aí. Quando o carro abandonado no Bronx já estava desfeito e o de Palo Alto estava há uma semana impecável, os pesquisadores quebraram um vidro do automóvel de Palo Alto. Resultado: logo a seguir foi desencadeado o mesmo processo ocorrido no*



*Bronx. Roubo, violência e vandalismo reduziram o veículo à mesma situação daquele deixado no bairro pobre. Por que o vidro quebrado na viatura abandonada num bairro supostamente seguro foi capaz de desencadear todo um processo delituoso? Evidentemente, não foi devido à pobreza. Trata-se de algo que tem a ver com a psicologia humana e com as relações sociais.*

*Um vidro quebrado numa viatura abandonada transmite uma ideia de deterioração, de desinteresse, de despreocupação. Faz quebrar os códigos de convivência, faz supor que a lei encontra-se ausente, que naquele lugar não existem normas ou regras. Um vidro quebrado induz ao “vale-tudo”. Cada novo ataque depredador reafirma e multiplica essa ideia, até que a escalada de atos cada vez piores torna-se incontrolável, desembocando numa violência irracional.*

*Baseada nessa experiência e em outras análogas, foi desenvolvida a “Teoria das Janelas Quebradas”. Sua conclusão é que o delito é maior nas zonas onde o descuido, a sujeira, a desordem e o maltrato são maiores. Se por alguma razão racha o vidro de uma janela de um edifício e ninguém o repara, muito rapidamente estarão quebrados todos os demais. Se uma comunidade exhibe sinais de deterioração, e esse fato parece não importar a ninguém, isso fatalmente será fator de geração de delitos.*

*Essa teoria na verdade começou a ser desenvolvida em 1982, quando o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, americanos, publicaram um estudo na revista Atlantic Monthly, estabelecendo, pela primeira vez, uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Nesse estudo, utilizaram os autores da imagem das janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se na comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida. O estudo realizado por esses criminologistas teve por base a experiência dos carros abandonados no Bronx e em Palo Alto.*

*Em suas conclusões, esses especialistas acreditam que, ampliando a análise situacional, se por exemplo uma janela de uma fábrica ou escritório fosse quebrada e não fosse, incontinenti, consertada, quem por ali passasse e se deparasse com a cena logo iria concluir que ninguém se importava com a situação e que naquela localidade não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem.*

*Logo em seguida, as pessoas de bem deixariam aquela comunidade, relegando o bairro à mercê de gatunos e desordeiros, pois apenas pessoas desocupadas ou imprudentes se sentiriam à vontade para residir em uma rua cuja decadência se torna evidente. Pequenas desordens, portanto, levariam a grandes desordens e, posteriormente, ao crime.*

*Da mesma forma, concluem os defensores da teoria, quando são cometidas “pequenas faltas” (estacionar em lugar proibido, exceder o limite de velocidade, passar com o sinal vermelho) e as mesmas não são sancionadas, logo começam as faltas maiores e os delitos cada vez mais graves. Se admitirmos atitudes violentas como algo normal no desenvolvimento das crianças, o padrão de desenvolvimento será de maior violência quando essas crianças se tornarem adultas.*

*A Teoria das Janelas Quebradas definiu um novo marco no estudo da criminalidade ao apontar que a relação de causalidade entre a*

*criminalidade e outros fatores sociais, tais como a pobreza ou a “segregação racial” é menos importante do que a relação entre a desordem e a criminalidade. Não seriam somente fatores ambientais (meiológicos) ou pessoais (biológicos) que teriam influência na formação da personalidade criminoso, contrariando os estudos da criminologia clássica. (BRASIL 247, 2013).*

A conduta omissa do poder público e a atitude dos proprietários geram consequências negativas para toda a população do Município, até para as futuras gerações. Caso tivesse sido dada destinação ao imóvel, com a devida utilização, tanto o imóvel como o entorno ganhariam, com a manutenção da vitalidade do local. Do mesmo modo, se o imóvel estivesse sendo utilizado, não teria ocorrido a reintegração na posse do imóvel, em ação movida pelos proprietários contra membros do MSTC, que se deu de forma tumultuada, causando comoção social e desassossego da população que circula pela região, além de demandar auxílio policial – tudo apenas em prol do interesse dos proprietários.

Além disso, há de ser considerado que a não ocupação do imóvel impede que ele tenha a devida destinação, abrigar moradias ou estabelecimentos comerciais, retirando-o do mercado imobiliário, reduzindo o número de ofertas e gerando o aumento de preços.

O poder público compactuou com a atitude dos proprietários, agindo, no mínimo, de forma omissa, permitindo que a situação irregular perdurasse por décadas, sem tomar qualquer providência.

Em 2012, a Companhia Metropolitana de Habitação (Cohab), ajuizou ação de desapropriação do imóvel, com o fim de reverter a degradação do centro da cidade e de produzir moradias no centro. A oferta foi de R\$ 13.650.173,81, mas o imóvel foi avaliado judicialmente em R\$ 48.500.000,00. Ante a disparidade de valores, a Cohab desistiu da ação, visto que o custo da unidade habitacional se tornou inviável.

O artigo 182, § 3º, da Constituição Federal, estabelece que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

### **O que seria justa indenização**

Ora, no presente caso há de ser observado que eventual indenização na ação de desapropriação não pode corresponder ao valor de mercado do imóvel. A função social da propriedade é elemento estruturante do direito de propriedade. O direito de propriedade é assegurado desde que ela atenda à sua função social. O imóvel não cumpre sua função social há décadas. Tal conduta contribuiu para o desmantelamento do centro da cidade, afastou moradores do centro, seja em razão de não disponibilizar o imóvel, seja em razão da deterioração do local.

Os princípios constitucionais da função social da propriedade, da função social da cidade, do direito à moradia, do planejamento ou da reserva de plano, da justa distribuição e ônus derivados da atuação urbanística e da gestão democrática da cidade, todos violados, não podem ser desconsiderados.

Há ainda violação ao princípio da igualdade, visto que a propriedade que atende à função social não pode receber o mesmo tratamento que outra.

## 9. Conclusão

O princípio da função social da propriedade é cogente. O plano diretor é indispensável para aplicação dos instrumentos previstos no artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal, mas não para condicionar a exigência do cumprimento da função social da propriedade.

Os municípios ainda estão reféns do mercado imobiliário e não dispõem de meios para fazer valer o princípio constitucional da função social da propriedade, em razão da ineficiência, omissão ou até mesmo conivência com o proprietário.

A propriedade que não atende sua função social causa problemas de toda espécie para a coletividade, atingindo até as futuras gerações. Regiões da cidade são deterioradas em razão de comportamentos negativos de proprietários, em prejuízo do entorno, atingindo a qualidade de vida e contribuindo para a negação do direito à moradia. A negação do direito à moradia gera a exclusão social, que provoca outros problemas sociais, como pobreza e violência. As normas em vigor dotam os cidadãos de meios legais para exigir o cumprimento da função social da propriedade.

No caso em questão, os proprietários do imóvel deixaram de dar a devida destinação ao imóvel, durante décadas, contribuindo para a deterioração do centro da cidade. Essa conduta ilícita também gerou ações judiciais que provocaram comoção social. A tentativa de desapropriação do imóvel foi frustrada, em virtude do preço avaliado. Contudo, a avaliação não considerou o fato de o imóvel não atender sua função social, imprescindível para se chegar à justa indenização.

## Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. A função social da propriedade. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, 1986.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF. 2002.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2001.

BRASIL 247. *Janelas Quebradas: uma teoria do crime que merece reflexão*. Site. 2 out. 2013. Disponível em: <[http://www.brasil247.com/pt/247/revista\\_oasis/116409/Janelas-Quebradas-Uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%C3%A3o.htm](http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/Janelas-Quebradas-Uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%C3%A3o.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2015.

CAMPOS FILHO, Candido Malta. *Cidades brasileiras: seu controle ou o caos*. 4. ed. São Paulo: Studio Nobel, 2001.

GOMES, Marília Passos Apoliano. Da possibilidade de efetivação do direito fundamental à moradia por meio das Zonas Especiais de Interesse Social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2598, 12 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17112>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

OUTRA POLÍTICA. *Déficit habitacional de São Paulo chega a 1,5 milhões*. Blog. 24 ago. 2008. Disponível em: <<https://outrapolitica.wordpress.com/2008/08/24/deficit-habitacional-de-sao-paulo-chega-a-15-milhoes>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

ROLNIK, Raquel. *Há mais imóveis vazios do que famílias sem moradia em São Paulo*. Carta Capital. Site. 9 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/ha-mais-imoveis-vazios-do-que-familias-sem-moradia-em-sao-paulo>>. Acesso em 16 mar. 2015.

SANTOS, M. B. *Estatuto das cidades: uma arma contra os inimigos*. 2. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2004.

SAULE JÚNIOR, N. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: safe, 1997. p. 43-73.

SAULE JÚNIOR, N. (Org.). *Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

# Tratamento constitucional da autonomia municipal e da função social da propriedade urbana – noções gerais

Fernando Menezes de Almeida<sup>1</sup>  
Professor

## 1. Apresentação

Havendo sido convidado para participar do curso “Direito Ambiental”, realizado pela Escola Paulista da Magistratura em fevereiro de 2016, tenho agora a satisfação de apresentar para publicação a base escrita de minha exposição.

Naquela ocasião, como introdução aos debates acerca do tratamento constitucional das cidades, do urbanismo e da cooperação federativa para a implementação de serviços relacionados ao ambiente urbano, apresentei algumas considerações sobre a inserção dos municípios como entes autônomos da Federação Brasileira, bem como sobre a função social da propriedade urbana.

## 2. A autonomia do município na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, de todas as Constituições que o Brasil já teve, é a que mais atenção dedicou aos municípios, buscando afirmar política e juridicamente sua autonomia de modo mais intenso.<sup>2</sup>

Inicialmente, notem-se os artigos 1º e 18 da Constituição:

*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: [...].*

*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*

Desses dispositivos, dois principais elementos chamam atenção:

(i) O primeiro é a referência do art. 1º à “união indissolúvel dos Estados e Municípios”.

Trata-se de uma afirmação que contém um sentido notadamente político, visando destacar a elevação de relevância política que se buscou conferir aos municípios.

<sup>1</sup> Professor titular da Faculdade de Direito da USP.

<sup>2</sup> Em minha opinião, ao fazê-lo, acabou por gerar verdadeira armadilha, a causar, na prática, amplas dificuldades operacionais para uma real atuação autônoma dos municípios. De todo modo, é inegável o sentido político de valorização da autonomia municipal no texto constitucional. Sobre o tema, manifestei-me em “Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 68 (ano 17), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Desse mesmo artigo, extraio agora algumas ideias apresentadas resumidamente neste tópico.

Com efeito, não há que se cogitar de que esse texto supostamente descrevesse fatos históricos, como se municípios houvessem se unido, juntamente com estados, para formar a República Federativa do Brasil.

Ademais, os municípios, segundo a organização constitucional, inserem-se geopoliticamente no território dos estados, não havendo municípios avulsos (fora dos estados). Assim, não há sentido prático em que municípios se unissem de modo desconectado da união de estados. Dito de outro modo, a união dos estados inevitavelmente leva a uma “união de municípios” no todo federal.

Tratando-se, porém, da Constituição, essa afirmação há de produzir consequências jurídicas. A mais sensível delas é a indicação de uma aparente equiparação de status jurídico de autonomia entre Municípios e Estados.

(ii) Essa ideia é confirmada pelo segundo elemento destacado: o art. 18 explicitamente confere autonomia à união, aos estados (ao distrito federal) e aos municípios – “todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

A partir dessa previsão constitucional, passou-se a afirmar que a Federação brasileira, diversamente do que em regra se passa com as federações, possui três níveis de entes autônomos, compondo o ente soberano “República Federativa do Brasil”: união, estados e municípios (acumulando o distrito federal as competências de estados e municípios).

Nesse sentido, os municípios, desde 1988, passaram a constituir “entes da federação”, autônomos, assim como são os estados e a união.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a Constituição reconhece o chamado federalismo de segundo grau, pois vê os Municípios [...] como plenamente integrantes da estrutura do Estado brasileiro”.<sup>3</sup>

Todavia, a afirmação dos municípios como entes autônomos, integrantes da federação, não significa que a Constituição lhes tenha assegurado todos os elementos presentes no regime jurídico da união e no dos estados.

Por outras palavras, os municípios, assim como os estados, são autônomos, mas o conteúdo da autonomia de cada qual desses tipos de entes da federação é diferente. E as diferenças são dadas pela própria Constituição (p. ex.: formalmente as leis orgânicas dos municípios não serem tratadas como constituições;<sup>4</sup> não terem os municípios poder judiciário; serem os municípios passíveis de intervenção estadual, etc.).

De todo modo, a premissa de raciocínio que ora se quer afirmar, para efeito deste estudo, é a de que os municípios são autônomos por força da Constituição federal; e os contornos dessa autonomia são dados pela própria Constituição federal, não podendo ser alterados por normas do direito infraconstitucional posto pela união, ou pelos estados (nem mesmo pelas constituições estaduais<sup>5</sup>).

O tópico seguinte vai cuidar, justamente, de um dos atributos específicos da autonomia municipal, relativo à sua competência para definição da função social da propriedade urbana.

---

<sup>3</sup> *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 17-18.

<sup>4</sup> Ainda que materialmente sejam norma constitucional, eis que condicionam a validade das demais normas do ordenamento jurídico municipal.

<sup>5</sup> É certo que a Constituição Federal, art. 35, IV, admite que possa haver intervenção estadual nos municípios por descumprimento de princípios fixados nas constituições estaduais. Mas esses princípios, vinculantes dos municípios, não podem modificar os contornos da autonomia municipal, contornos estes já fixados pela Constituição Federal.

### 3. A função social da propriedade urbana na Constituição de 1988

Não sendo o caso de aprofundar neste estudo as múltiplas abordagens sobre o tema – tão amplo quanto relevante – da função social da propriedade, importa, no entanto, destacar um aspecto, eis que muito presente na doutrina brasileira, por vezes influenciando a aplicação do direito.

Trata-se do aspecto, derivado do pensamento, inovador para o direito, formulado por Léon Duguit no início do século XX, por certo se nutrido de outras ordens de pensamento (filosófico, religioso, sociológico...), mas levando, do ponto de vista da teoria do direito, à negação científica da noção de direito subjetivo e propondo sua substituição pela noção de função social.<sup>6</sup>

Aplicando particularmente essa ideia ao caso da propriedade, restou célebre a construção de Duguit: “a propriedade deixa de ser direito subjetivo do proprietário para converter-se em função social do possuidor da riqueza”<sup>7</sup>.

Assim sendo, pode-se concluir, no plano teórico, que a posição individual do proprietário (em relação ao objeto de sua propriedade) somente mereceria tutela do direito (ensejando a situação que, tradicionalmente, dir-se-ia de direito subjetivo) se houver, concretamente, um sentido de função notado como positivo pela sociedade.

Ocorre que tal formulação há que ser entendida no plano abstrato, pelo qual a ciência pretende compreender o fenômeno do direito. É uma formulação voltada ao momento no qual o ordenamento jurídico estabelece critérios para estender ou não a tutela jurídica (ou, na linguagem tradicional, reconhecer um direito subjetivo), no plano da hipótese normativa, às relações que envolvam propriedade.

Daí não decorre que, numa situação real, o descumprimento de função social por parte de um sujeito de direito – um sujeito que efetivamente tenha reconhecido pelo ordenamento jurídico, *a priori*, seu direito de propriedade –, faça com que a tutela jurídica “desapareça” no caso concreto.

Duguit, ou autores que comunguem de seu ponto de vista, não estão sustentando um raciocínio que leve à negativa da tutela jurídica da propriedade, negativa esta construída *a posteriori* quanto ao caso concreto, como que a dizer (o que de plano já soa absurdo): alguém tem propriedade segundo o direito vigente; porém, por verificar-se em concreto um descumprimento da função social da propriedade, deixa de existir qualquer traço de direito a tutelar a situação.

Sobre função social da propriedade, na doutrina urbanística brasileira, ficou célebre a construção sustentada por José Afonso da Silva<sup>8</sup> no sentido de ser a função social da propriedade parte integrante da *estrutura* do direito de propriedade, e não apenas um condicionante do exercício do direito. Assim, a verificação da ausência de função social leva automaticamente à da ausência do próprio direito.

Mais uma vez: análise como essa há que se situar no plano metajurídico da formulação do direito positivo (i.e., no momento em que o legislador, inspirado pela noção de função social, define na hipótese normativa a incidência de tutela jurídica para certas situações) e não no plano da aplicação do direito positivado.

<sup>6</sup> *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: E. de Boccord, 1927. t. I.

<sup>7</sup> *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: F. Alcan, 1912. p. 147.

<sup>8</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 284.

Com efeito, nada, no ordenamento positivo brasileiro, leva à conclusão de que, ante um descumprimento, no caso concreto, da função social da propriedade, impõe-se a supressão total da tutela jurídica da propriedade.

O que se passa é que o descumprimento da função social da propriedade leva a consequências sancionatórias. A sanção pode, no caso extremo, implicar a desapropriação (p. ex.: CF, art. 182, § 4º, ou art. 184), mas não a constatação de uma “não-relação de propriedade”.

Concluindo, assim, essa sequência de argumentos, pode-se afirmar que as consequências do descumprimento da função social da propriedade, no sistema constitucional brasileiro, devem ser buscadas no direito positivo – considerando-se, naturalmente, as normas já postas pela Constituição e as normas infraconstitucionais postas pelos entes estatais competentes –, o que pressupõe abrir-se mão da premissa metajurídica de que uma suposta função social da propriedade, concebida como valor anterior ao direito positivo, deva ser buscada a qualquer custo, impondo-se aos entes estatais uma (metafisicamente incontornável) obrigação de fazê-la cumprir.

No Direito positivo brasileiro, a função social da propriedade urbana é definida pela Constituição (art. 182, § 2º) apenas de modo formal: “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

É, pois, o plano diretor – lei municipal – que irá fornecer, em cada caso, a definição material da função social da propriedade.

Causa estranheza essa opção do constituinte. Seria perfeitamente cabível, e mesmo recomendável, que houvesse uma definição material de abrangência nacional quanto à função social da propriedade urbana, com um enfoque geral que não dependesse das especificidades de cada município,<sup>9</sup> sem prejuízo de complementos específicos na legislação dos entes federativos.

Não se nega ser razoável a Constituição permitir que cada plano diretor estabeleça as exigências fundamentais de ordenação da cidade, direcionando, assim, o modo de atendimento da função social da propriedade urbana de acordo com a realidade local.

Porém, isso não seria incompatível com uma definição constitucional das linhas gerais a serem seguidas pelos municípios nesse mister.

Aliás, tal foi a postura adotada pelo constituinte ao definir, no art. 186, sem prejuízo de regulamentação por lei, os requisitos para o atendimento da função social da propriedade rural.

Entretanto, uma leitura combinada do citado § 2º com o § 4º do mesmo art. 182 da Constituição permite que se infira ao menos um aspecto material da concepção do constituinte acerca da função social da propriedade urbana: o solo urbano não cumpre sua função social se não utilizado, subutilizado ou não edificado.

---

<sup>9</sup> Ao comentar o § 2º do art. 182 da Constituição Federal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho é contundente: “este texto amesquinha o conceito de função social. Reduz esta a mera legalidade. Não se coaduna, por exemplo, com o que está no art. 170, III” (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 195).



Dito de outro modo – e aqui considerando o inciso I, do § 4º, do art. 182 da Constituição – a parcela da função social consistente na utilização ou na edificação da propriedade urbana traduz-se na obrigação, imposta ao proprietário, de parcelamento, edificação e utilização.

Enfim, com essas considerações, espero ter deixado uma contribuição para os debates que se seguirão sobre aspectos mais aprofundados do tratamento constitucional da política urbana no Brasil.



# A Lei Orgânica do Município e a participação em São Paulo

Gabriela de Brelàz<sup>1</sup>  
Professora

**Sumário:** Introdução. 1. Representação, participação e democracia. 2. Metodologia. 3. A Lei Orgânica do Município de São Paulo e a participação local. 3.1 Plebiscito, referendo e iniciativa popular. 3.2 Tribuna popular. 3.3 Conselhos municipais e conselho de representantes. 3.4 Audiências públicas. 3.5 Programa de Metas. 4. A Câmara Municipal de São Paulo. 4.1. Outros mecanismos de participação na Câmara Municipal além dos dispostos na LOMSP. 4.1.1 Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa. 4.1.2 Frente parlamentar. 4.1.3 Fóruns. 4.1.4 *Lobby*. 5. As audiências públicas do orçamento na Câmara Municipal de São Paulo. 5.1 Tipo de reunião/audiência. 5.2 Participantes das audiências públicas do orçamento. 5.3 Funcionamento das audiências públicas do orçamento. 6. Conclusão.

## Introdução

Este artigo tem como objetivo apresentar os mecanismos e espaços de participação presentes na Lei Orgânica do Município de São Paulo (LOMSP), promulgada em 1990, com destaque para uma análise do funcionamento e dos participantes das audiências públicas da Lei do Orçamento Anual (LOA) na Câmara Municipal de São Paulo (CMSP) de 1990 a 2010.

Inicialmente, discutem-se os limites da representação democrática e a participação da sociedade civil como possibilidade para suprir o déficit democrático, partindo-se do princípio de que a participação da sociedade civil é parte e não substituta de uma democracia representativa. Posteriormente, apresentam-se detalhadamente os espaços e mecanismos de participação previstos na LOMSP como, plebiscito, referendo e iniciativa popular, a pouco conhecida tribuna popular, os tradicionais conselhos municipais, os conselhos de representantes “semi-materializados” na forma de conselho participativo municipal, as audiências públicas e o programa de metas. Na seção seguinte, apresenta-se a Câmara Municipal de São Paulo, seu histórico e forma de atuação para então aprofundar em outros mecanismos de participação além dos dispostos na LOMSP como, a Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, as frentes parlamentares, os fóruns e o tradicional mecanismo de influência, o *lobby*.

Discute-se na seção 5, em profundidade, as audiências públicas do orçamento realizadas na Câmara Municipal de São Paulo, cuja obrigatoriedade é prevista na LOMSP.

---

<sup>1</sup> Professora doutora. Escola Paulista de Política Economia e Negócios (EPPEN). Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).

Como essa participação ocorre no legislativo? Quem participa? Quando e onde a sociedade civil participa?

Pode-se afirmar que a participação está institucionalizada na Câmara Municipal de São Paulo? Quais as características da participação que se institucionaliza na Câmara Municipal de São Paulo? Como a representação e a participação se relacionam nestes espaços de participação?

Como base em um estudo de caso longitudinal, explica-se o funcionamento dessas audiências desde sua origem até 2010, enfatizando os tipos de reunião/audiência, as características dos participantes e a dinâmica de funcionamento. Por fim, apresentam-se as conclusões e perspectivas para pesquisas futuras.

Destaca-se que este artigo é parte da tese de doutorado “A institucionalização da Participação na Câmara Municipal de São Paulo: uma análise das audiências públicas do orçamento (1990-2010) (BRELÀZ, 2012; BRELÀZ, ALVES, 2013). Utilizou-se a técnica de estudo de caso – amplamente adotada para a investigação de tópicos ainda pouco analisados, como é o caso da participação da sociedade civil no Legislativo –, incorporando-se elementos da técnica de estudo de campo longitudinal. Do ponto de vista teórico, a tese foi guiada pelo institucionalismo na teoria das organizações, com ênfase nas suas microfundações, enfatizando as explicações culturais e cognitivas, muito ricas para o entendimento do fenômeno da participação. Na análise dos diferentes atores envolvidos no processo de institucionalização e suas diferentes lógicas de participação, as contribuições da teoria de sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann (1998) permitiram identificar quatro subsistemas: poder legislativo, poder executivo, sociedade civil e burocracia da Câmara Municipal.

A dinâmica dos diferentes subsistemas, ao longo dos vinte anos de análise, permite observar um conjunto de variáveis regulativas, normativas e cultural-cognitivas que influenciam o processo de institucionalização da participação. O estudo concluiu que, apesar de institucionalizada, a participação na Câmara Municipal encontra obstáculos para ser exercida na prática, devido a limitações normativas e cultural-cognitivas, que perpassam os diferentes subsistemas, principalmente o poder legislativo. Há dificuldade em institucionalizar a participação na Câmara Municipal de São Paulo, e isso ocorre porque os vereadores fazem parte de um subsistema autopoietico, com valores e normas próprias e que dificulta a entrada do subsistema sociedade civil, que busca participar da discussão do orçamento. Existe certa abertura à participação, mas esta é moldada conforme padrões de conduta já existentes na interação entre parlamentar e sociedade civil, marcada por um forte clientelismo, sedimentando o que este estudo denomina de clientelismo orçamentário, uma participação voltada para o atendimento de demandas pontuais da sociedade civil que se realizam por via de emendas, e não por uma participação voltada à discussão de políticas públicas e de um verdadeiro controle social do orçamento público.

**Palavras-chave:** participação, representação, democracia, audiência pública, Lei Orgânica do Município de São Paulo, Câmara Municipal de São Paulo.

## 1. Representação, participação e democracia

Atualmente, discute-se os limites da democracia representativa e a importância da participação da sociedade civil para suprir um suposto déficit democrático. Nesse contexto, a participação da sociedade civil em diversos espaços e por vários mecanismos é apontada como fundamental para aprofundar a democracia.

Democracia representativa, participativa, deliberativa, entre outros, são diferentes conceitos normativos que possuem uma série de valores e concepções atrelados. As chances de democracia estão diretamente ligadas ao grau de pluralismo da sociedade, ou seja, em sociedades plurais nenhum grupo tem acesso exclusivo ao poder para garantir sua preponderância sobre os demais, pois os diversos grupos em conflito se neutralizam reciprocamente. Os arranjos institucionais entre esses diversos grupos, a relação entre o executivo e o legislativo e também entre os partidos políticos, são fundamentais para explicar o sucesso ou não de uma democracia.

Em relação à crise da representação, Sorj (2000) enfatiza que, no Brasil moderno, os partidos políticos sempre foram limitados em sua função de representação social, em parte pelos grandes períodos de ditadura, pelas mudanças sucessivas no sistema partidário, e em parte pelos limites de uma sociedade com baixa capacidade de absorção de informação, o que gera uma crise no processo representativo. Loureiro (2009) também chama atenção para o tema da crise da representação presente nos debates acadêmicos e nos meios políticos e para o reconhecimento de que as eleições são instrumentos insuficientes de expressão da soberania popular, da responsividade e da representatividade dos governantes. Surgem propostas de reformas políticas que procuram corrigir os problemas dos sistemas eleitorais e partidários e tornar os governantes mais representativos, e por outro lado novas formas de participação popular, para além das eleições e dos partidos.

No campo da democracia representativa, Pitkin (2006), Manin (1997) e Urbinati (2006) são autores com trabalhos seminais para o estudo do papel da representação política. Eles estabelecem as origens da palavra representação, o que se entende por democracia representativa, o que é governo representativo e como a participação faz parte de uma democracia representativa. O trabalho de Hanna Pitkin (2006) contribui para a teoria democrática, pois ajuda a compreender o significado do conceito de representação como palavra, instituição e ideia, desde sua origem latina até a modernidade.

Por representação política entende-se o conjunto de relações estabelecidas entre cidadãos e governantes eleitos, sendo os cidadãos, nas democracias, os detentores da soberania política que autorizam os governantes a agir em seu nome e em nome de seus interesses (ANASTASIA; NUNES, 2006). Dado que a democracia direta é inviável em cidades grandes, com milhões de habitantes e com grande complexidade, em uma democracia representativa os representantes são eleitos pelo povo para representar suas ideias e interesses.

Os modelos de democracia participativa e democracia deliberativa têm sido os principais instrumentos teóricos analíticos de avaliação das experiências participativas no País. Esses modelos enfatizam que decisões de políticas públicas devem ser tomadas por aqueles que serão submetidos a elas, e devem ocorrer por meio de debate público em um espaço plural, de igualdade participativa e de autonomia. A ideia que embasa essas práticas se encontra na concepção de que a democracia não deve reduzir a

política apenas ao mecanismo eleitoral, apontando as limitações da tradicional democracia representativa e sua suposta incapacidade de responder a problemas de exclusão e desigualdade social.

A participação, de acordo com Pateman (1970), pode ocorrer de três formas: (i) simples consulta àqueles que participam; (ii) participação parcial, em que muitos indivíduos participam do processo, mas apenas alguns decidem, e (iii) participação completa, segundo a qual todos participam na decisão final.

Autores como Dagnino e Tatagiba (2007), Nobre (2002), Elster (1998), Pateman (1970), Young (2006) e Luchmann (2007) discutem a importância da participação popular dentro de um contexto de democracia participativa, que ressalta o papel da participação da sociedade civil na discussão de assuntos que a afetam diretamente e como forma de controle social. São atores que atuam individualmente ou como representantes de determinados grupos e interesses da população, discutindo problemas públicos e suas possíveis soluções e participando na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas. Os defensores da democracia participativa, de acordo com Dagnino (2011), defendem que a sociedade civil se engaje em um papel de ativismo político, e as visões mais radicais dentro da corrente defendem que a sociedade não se limite a apenas influenciar aqueles que estão no poder, mas que a sociedade deve também participar do processo de tomada de decisão junto ao Estado.

Por outro lado, Habermas (1996), Avritzer (2002), Dryzek (2000), Cohen (1997) e Gutmann e Thompson (2004) aprofundam a discussão enfatizando a importância do papel de deliberação da sociedade civil na esfera pública, de assuntos que afetam suas vidas. A esfera pública pode ser mais bem descrita como uma rede em que se comunicam informações e pontos de vista (exemplo: opiniões expressando atitudes positivas e negativas); e estas correntes de informação são sintetizadas no processo, formando várias opiniões públicas (HABERMAS, 1996).

A democracia deliberativa tem como essência a ideia da discussão, por parte dos cidadãos, de assuntos de seu interesse, como leis e políticas públicas. A escolha política, para ser legítima, tem de ser o resultado de deliberação entre agentes livres, iguais e racionais. O pressuposto de concepção de democracia deliberativa está organizado em torno de um ideal de justificação política. De acordo com esse ideal, justificar o exercício do poder político coletivo é proceder com base na argumentação pública entre iguais (COHEN, 1997).

Naturalmente, em um processo de abertura à participação, é fundamental entender quem participa e quais os mecanismos de responsabilização desses indivíduos. Lavallo, Houtzager e Castello (2006), ao analisarem a reforma da democracia em busca de um maior aprofundamento dos valores democráticos, destacam a pluralização dos atores de representação e as inovações institucionais que fazem com que a representação política deixe de ser realizada apenas por partidos políticos nas eleições, pois surgem como representantes políticos novos atores que realizam controle social e atuam como representantes de diferentes grupos. Destacam, também, a necessidade de observar a existência de problemas de representação dentro da sociedade civil, questionando a legitimidade dessa participação e representação política exercida por esses atores, já que a associação entre organizações da sociedade e o seu papel de defesa de interesses genuínos tende a não levar em consideração a quem esses interesses representam e à ausência de mecanismos de controle e responsabilização.

No Brasil, a democracia se exerce principalmente por meio da representação dos cidadãos pelos representantes eleitos para atuarem no poder executivo e no poder legislativo. Porém, com a Constituição de 1988, direta e indiretamente surgiram novos mecanismos de participação, que estabelecem a necessidade de convivência da democracia representativa com a democracia participativa (FLEURY, 2006). Esses mecanismos foram, posteriormente, inseridos nos estados e municípios por meio das Constituições Estaduais, Leis Orgânicas dos Municípios e outros mecanismos.

As principais críticas em relação à democracia participativa concentram-se na ideia de que ela restringiria a existência do processo democrático, pois tiraria legitimidade dos representantes eleitos e deixaria a população passível de manipulação pelo governante, que se fortaleceria em conflito com o legislativo (FLEURY, 2006). Contudo, como observado por Young (2006), a participação inclusiva não enfraquece a representação e, nas sociedades de massa, a representação e a participação requerem uma à outra para que haja uma política plenamente democrática. Essa representação dá-se por meio de parlamentares eleitos e de organizações da sociedade civil que representam grupos, interesses e necessidades específicas. Contudo, torna-se fundamental entender como os novos mecanismos participativos funcionam e quais os resultados alcançados nas últimas décadas.

Assim, destaca-se que a participação não substitui a democracia representativa, mas que participação e representação são complementares. A democracia participativa não substitui a democracia representativa e a multiplicação de diversas organizações e grupos de interesse que buscam influenciar e participar ativamente na definição de políticas públicas, é positiva também como forma de controle social.

## 2. Metodologia

Após ampla revisão da literatura e análise dos espaços de participação promovidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Orgânica do Município de São Paulo, identificaram-se poucos estudos que se aprofundassem no entendimento dos espaços de participação junto ao legislativo paulista, pois a grande maioria tem como foco os espaços e mecanismos de participação junto ao poder executivo, como conselhos e orçamento participativo (TATAGIBA, 2004; SANCHEZ, 2004; WAMPLER, 2004) e quando a ênfase é no poder legislativo, as pesquisas enfatizam a relação do lobby e de grupos de interesse no âmbito nacional (MANCUSO, 2008; RODRIGUES, 2006).

A participação dentro do legislativo municipal paulista é complexa e diversificada, e fortemente centrada em procedimentos, crenças e valores e uma linguagem própria do legislativo, que influenciam a forma como a participação se institucionaliza. Há poucos estudos que analisam esse fenômeno. Os dados aqui apresentados são resultantes de uma pesquisa qualitativa que utilizou como técnica o estudo de caso combinado com a pesquisa de campo longitudinal. A técnica de estudo de caso, usada no exame de tópicos recentes e pouco analisados (EISENHARDT, 1989), é amplamente empregada para investigações sobre participação da sociedade civil já que são espaços recentes de participação.

A coleta de evidências deste estudo de caso longitudinal foi feita a partir de documentação (notas taquigráficas das audiências públicas e notícias de jornal), entrevistas e observação direta, partindo dos três princípios para a coleta de dados propostos por Yin (2005): utilizar várias fontes de evidência, criar um banco de dados para o estudo de caso e manter o encadeamento das evidências.

A documentação utilizada neste estudo são as notas taquigráficas das audiências públicas, registros das falas dos atores durante as audiências de discussão do orçamento. De acordo com o artigo 88 do regimento interno da Câmara Municipal de São Paulo (1991), estas são obrigatórias e devem integrar o processo. É importante destacar que foram analisadas as notas taquigráficas das audiências públicas e das reuniões técnicas da discussão do orçamento por dois motivos. Primeiro, porque foi possível identificar relação entre ambos os eventos, pois nas reuniões técnicas havia, em alguns casos, a participação da sociedade civil. Segundo, porque se observou que as reuniões técnicas foram se transformando em reuniões temáticas com o passar do tempo, para depois todas as reuniões serem tratadas como audiências públicas.

A maior parte das notas taquigráficas do período de análise estava disponível junto às pastas dos processos dos projetos de lei de orçamento no arquivo geral na CMSP. Contudo, após a leitura de todas as notas disponíveis, foi possível observar a falta de notas em alguns anos (1990 e 1991). Posteriormente, foi possível completar a base das notas taquigráficas a partir de uma base de dados digital disponível no setor de Taquigrafia e Revisão de todas as notas taquigráficas, desde 1999, e isso ajudou a suprir parte das falhas do arquivo geral. No arquivo geral da Câmara foi possível obter mais de 10 mil páginas de notas taquigráficas e junto à taquigrafia mais de 3.800 páginas de notas taquigráficas que corresponderam a 252 encontros (reuniões técnicas e audiências públicas) para a discussão do orçamento da cidade de São Paulo.

Os arquivos foram analisados em um *software* de análise de dados qualitativos chamado Atlas/Ti, que facilita o processo de geração de teoria, auxiliando na codificação e rotulação, na microanálise dos dados e na identificação e validação de categorias. Com o uso desse software foi possível organizar a grande quantidade de notas taquigráficas, permitindo a codificação e análise dos dados. Após trabalhar as informações de cada audiência, foi feita uma análise anual e quadrienal, ou seja, por período de legislatura (quatro anos), que permitiu a visão sincrônica e diacrônica do estudo longitudinal.

A análise de notícias de jornais, outra importante fonte de evidências dentro do eixo de documentos, foi feita com base na hemeroteca da Câmara Municipal. Buscaram-se notícias sobre as audiências públicas do orçamento e a participação da sociedade civil. Assim, foram selecionadas e analisadas 209 notícias sobre orçamento de 1990 a 2010, sendo a base da hemeroteca da Câmara composta por notícias em papel, ou seja, não digitalizadas, dos seguintes jornais: *Folha de S. Paulo*, *O Estado de S. Paulo*, *Jornal da Tarde*, *Diário de São Paulo*, *Folha da Tarde*, *Diário do Comércio*, *Gazeta Mercantil*, *Agora* (SP) e alguns jornais de bairro. A análise hemerotécnica auxiliou na compreensão do contexto de cada ano face à situação política e econômica da cidade de São Paulo e no esclarecimento da relação entre os subsistemas poder executivo, poder legislativo e sociedade civil.

Foram realizadas 23 entrevistas com parlamentares, ex-parlamentares, assessores, funcionários concursados da Câmara, pesquisadores, membros de organizações da sociedade civil, líderes comunitários e munícipes. O processo de entrevistas foi importante para entender como ocorre a participação na CMSP desde 1990, e a relação entre a representação e a participação neste contexto. As entrevistas foram realizadas seguindo roteiros semiestruturados, pessoalmente e por telefone, sendo a maioria gravada e, posteriormente, transcrita.

As observações diretas foram realizadas em um diário de campo, em 2010, decorrentes da participação passiva em 20 audiências públicas da LOA, reuniões de comissões,



seminários realizados pela Câmara Municipal, entre outros, levando em consideração como ocorrem essas reuniões, como são os diálogos estabelecidos, quem são seus atores e quais são seus objetivos. Foram tiradas fotografias e feitas gravações de voz durante o processo.

### **3. A Lei Orgânica do Município de São Paulo e a participação local**

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços para a participação popular no Brasil por meio de novos mecanismos, que estabeleceram as bases legais para a participação da sociedade civil na deliberação de assuntos de seu interesse e na definição de políticas públicas. A nova Constituição combinou a democracia representativa com formas de democracia direta ou de participação popular ao instituir o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular e as bases para a criação dos conselhos como importantes instâncias de participação. Grande parte dessas inovações foram mimetizadas pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios.

De acordo com Whitaker (2002) e Calderón (2000), o processo de elaboração da Lei Orgânica do Município de São Paulo (LOMSP) foi caracterizado pelo mesmo espírito de democratização que marcou a constituinte federal e a estadual. Houve espaço para participação da sociedade civil por meio de emendas populares, e a Câmara foi palco de uma multiplicidade de pressões de diferentes organizações da sociedade civil, que por meio de milhares de assinaturas procuravam respaldar propostas da população.

Após um período amplo de ditadura militar, essa participação já submergia como resultado do movimento de “Diretas Já” e do processo de democratização que estava se instaurando. Foram acolhidas 668 emendas apresentadas pela sociedade civil e que 88 organizações da sociedade civil se manifestaram por meio de defesa oral em sessões ordinárias da CMSP. O processo de defesa das emendas populares foi uma experiência que revelou a ansiedade das organizações da sociedade civil de participar na elaboração da lei que iria reger a cidade de São Paulo. Naquele momento, tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo eram vistos como instituições com grande descrédito, desta forma a participação da sociedade civil surgia como mecanismo de controle e aperfeiçoamento institucional (CALDERÓN, 2000).

A institucionalização jurídica de novos mecanismos de participação popular na elaboração de leis e políticas públicas, trazida pela LOMSP, esteve alinhada com os artigos referentes à participação popular especificados na Constituição Federal. Podemos citar como importantes contribuições para a participação local o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, a tribuna popular, os conselhos municipais, os conselhos de representantes e as audiências públicas. Nos casos de plebiscito, referendo e iniciativa popular, a Lei Orgânica apresentou-se como uma mimese da Constituição Federal. Em 2008 houve a emenda que incorporou o Programa de Metas. Discutiremos a seguir esses mecanismos.

#### **3.1 Plebiscito, referendo e iniciativa popular**

De acordo com a Lei Orgânica de São Paulo, o poder municipal pertence ao povo, que o exerce pelo sufrágio universal, plebiscito, referendo e iniciativa popular.

## *TÍTULO II – DO PODER MUNICIPAL*

*Art. 5º – O Poder Municipal pertence ao povo, que o exerce através de representantes eleitos para o Legislativo e o Executivo, ou diretamente, segundo o estabelecido nesta Lei.*

*§ 1º – O povo exerce o poder:*

*I – pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto;*

*II – pela iniciativa popular em projetos de emenda à Lei Orgânica e de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros;*

*III – pelo plebiscito e pelo referendo. (SÃO PAULO, 2009, grifo nosso).*

O plebiscito é uma consulta prévia à população – ou seja, antes da criação da norma – sobre um determinado assunto. Em 1993, foi realizado, no Brasil, um plebiscito nacional que estava previsto na Constituição Federal para definição de forma de governo (monarquia constitucional ou república) e sistema de governo (parlamentarismo e presidencialismo), no qual a população optou por manter a forma republicana e o sistema presidencialista. O referendo é a votação da população sobre determinadas normas legais e constitucionais. A população é convocada após a edição da norma para que a ratifique ou não, como foi o caso do referendo nacional sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, realizado em 2005, para aprovar ou não o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826 de 2003). A maioria do eleitorado optou pela não proibição. Desde a promulgação da Lei Orgânica de São Paulo, não foi realizado nenhum plebiscito ou referendo no município.

A iniciativa popular pode versar sobre projetos de emenda à Lei Orgânica e projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros (artigo 5º da Lei Orgânica do Município de São Paulo e artigos 234, § 2º, e 315 a 323 do Regimento Interno da Câmara Municipal). Deve ser assinada por, no mínimo, 5% (cinco por cento) dos eleitores do município no caso de projetos de lei e emendas à lei orgânica e 1% (um por cento) em caso de requerimento para realização de plebiscito ou referendo. A iniciativa popular tem assegurada tramitação especial e urgente dentro Câmara.

### **3.2 Tribuna popular**

A tribuna popular (artigo 27, inciso VIII da LOMSP) foi idealizada como um espaço de participação, onde organizações da sociedade civil poderiam debater, junto a parlamentares, questões de interesse do município. Contudo, uma análise das notas taquigráficas referentes aos pronunciamentos realizados em plenário no período de 1993 a 2008 mostra que essas tribunas ocorreram esporadicamente no início da década de 1990, mas depois não foram realizadas. A tribuna popular foi posteriormente regulamentada pelo Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo:

## *TÍTULO VI – DAS SESSÕES*

### *CAPÍTULO VII – DA TRIBUNA POPULAR*

*Art. 207 – Fica assegurada, conforme previsto no artigo 27, inciso VIII da Lei Orgânica do Município, a instalação da Tribuna Popular,*

na primeira terça-feira do mês, em sessão extraordinária, com até 90 (noventa) minutos de duração, logo após o encerramento da sessão ordinária, no auditório “Pedroso Horta”, salvo motivo de força maior, sempre que, no mínimo, 5 (cinco) representantes de diferentes entidades ou movimentos sociais populares se inscrevam em livro próprio, disponível para tanto junto à Mesa da Câmara, sob responsabilidade do Presidente, para debater com os Vereadores questões de interesse do Município ou proposições em apreciação na Câmara.

§ 1º – Será admitida a inscrição de representante de entidade legalmente constituída há pelo menos 1 (um) ano e com sede nesta cidade e de representante de movimento social popular desde que apresentado por, pelo menos, 500 (quinhentos) cidadãos com domicílio eleitoral na cidade, que se responsabilizarão pelo conteúdo de sua manifestação.

§ 2º – Ao se inscrever, o representante da entidade ou movimento social popular deverá declarar o tema sobre o qual se pronunciará.

§ 3º – A mesma entidade ou movimento social popular poderá inscrever representante para ocupar a Tribuna Popular no máximo uma vez a cada 3 (três) meses, salvo exceção aberta por decisão do Plenário, votada no início do Prolongamento do Expediente da sessão ordinária do dia da instalação da Tribuna Popular, por requerimento subscrito por, no mínimo, 1/3 (um terço) dos Vereadores.

§ 4º – Poderá ser instalada, por indicação da Mesa e com a aprovação do Plenário, mais de uma Tribuna Popular por mês, sempre que o número de inscritos para vir a ocupá-la for superior a 20 (vinte).

Art. 208 – Ressalvado o disposto no artigo anterior, será obedecida a ordem cronológica de inscrição para convocação de representante de entidade ou movimento social popular, devendo a Secretaria da Mesa dar conhecimento prévio com 48 (quarenta e oito) horas de antecedência, àqueles que deverão ocupar a Tribuna Popular.

Parágrafo único – Quando o tema declarado na inscrição de oradores for relativo a proposições em apreciação na Câmara, a Mesa poderá submeter ao Plenário mudanças na ordem de convocação de oradores inscritos.

Art. 209 – O orador inscrito para falar na Tribuna Popular disporá de 15 (quinze) minutos improrrogáveis, para fazer seu pronunciamento.

§ 1º – Os Vereadores poderão apartear o orador ocupante da Tribuna Popular, desde que este conceda o aparte.

§ 2º – O Presidente deverá chamar a atenção do orador quando se esgotar o tempo a que tem direito, bem como poderá interromper o orador que se desviar do tema que declarou no ato de sua inscrição, ou falar sem o respeito devido à Câmara ou a qualquer de seus Membros, advertindo-o, chamando-lhe à ordem e, em caso de insistência, cassando-lhe a palavra, podendo, ainda, suspender a sessão quando não atendido e as circunstâncias o exigirem.

Art. 210 – A Secretaria da Mesa fará publicar, na Imprensa Oficial, com pelo menos 48 (quarenta e oito) horas de antecedência, a instalação da Tribuna Popular, com a lista de inscritos convocados e respectivos temas a serem tratados. (CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2016).

Em entrevista, Aldaíza Sposati, vereadora durante os períodos de 1993 a 2002, afirma ter realizado diversas tribunas populares pleiteadas pela sociedade civil, principalmente para discutir a temática da criança e do adolescente. Para a ex-vereadora, era um mecanismo pouco utilizado na época, mas à medida que um vereador passava a usar, outros vereadores começaram a se interessar pelo espaço. Nos últimos anos, não houve evidência de utilização desse espaço. Grande parte dos membros da sociedade entrevistados nesta pesquisa não conheciam a tribuna popular e aqueles que a conheciam referiam-se a ela como algo pouco utilizado no passado. É importante diferenciar a tribuna popular da tribuna do povo, projeto do ex-vereador Rogerio Farhat, criada pela Resolução nº 01 de 2003 da Câmara Municipal. A tribuna do povo era um evento realizado uma vez por mês para que a população se manifestasse com críticas, sugestões e pedidos.

### 3.3 Conselhos municipais e conselho de representantes

Os conselhos são um importante espaço de descentralização e participação criado pela LOMSP, alinhada com a Constituição Federal, e tiveram sua implantação efetivada em diversas áreas, como saúde, educação, assistência social, entre outras (artigos 200, § 2, artigo 218 e artigo 221). Trata-se de um espaço onde a sociedade pode debater e participar na definição das prioridades e políticas públicas de diferentes áreas. Porém, apesar de importantes espaços institucionalizados de participação, há, hoje, diversos estudos que apontam suas limitações como promotores efetivos da participação.

Em relação ao conselho de representantes, sua criação tinha como premissa básica a aproximação do cidadão com a administração pública em cada área administrativa da cidade, de modo que este pudesse participar no plano local do planejamento municipal, definindo as principais necessidades e prioridades dos cidadãos, além de participar da fiscalização quanto ao uso de recursos públicos, realizando, assim, o importante papel de controle social. Esses conselhos, previstos na Lei Orgânica conforme os artigos 54 e 55, foram regulamentados pela Lei Municipal 13.881/04, mas esta foi declarada inconstitucional. Após a criação de um parecer defendendo a constitucionalidade do Projeto de Lei 13.881/04 (AMICUS CURIAE, 2009) e uma intensa batalha jurídica, foi criada em abril de 2009, na CMSP, uma Frente Parlamentar pela Implementação do Conselho de Representantes, que contou com vereadores e organizações da sociedade civil. Essa frente apresentou um novo projeto de lei ao poder executivo em setembro de 2010, a fim de que este o avaliasse e o apresentasse à Câmara para votação.

Apesar de existir a Frente Parlamentar, havia indícios de que muitos vereadores não eram favoráveis aos conselhos de representantes, pois perderiam poder, já que os conselheiros poderiam substituí-los na representação local, ganhar proeminência política e, eventualmente, substituir os vereadores em eleições futuras. De acordo com Grin (2011), com a implantação das subprefeituras o poder executivo construiu sua coalizão de apoio junto aos vereadores, que não viam com bons olhos o conselho de representantes, já que este fiscalizaria a atuação da Câmara, desta forma pondo em risco a política de alianças que o executivo estava construindo junto ao legislativo.

Em 27 de maio de 2013, foram criados pela Lei Municipal 15.764 os Conselhos Participativos Municipais nas subprefeituras de São Paulo e o Decreto nº 56.208, de 30 de junho de 2015, conferiu-lhe nova regulamentação. Interessante observar que de acordo com esse decreto, artigo 2º, § 3º: “O Conselho Participativo Municipal tem caráter

transitório e subsistirá até que o Conselho de Representantes de que tratam os artigos 54 e 55 da Lei Orgânica do Município possa validamente existir e estar em funcionamento”. Os conselhos são compostos por, no mínimo, cinco conselheiros eleitos no território de cada subprefeitura e por, no mínimo, um conselheiro extraordinário para os imigrantes.

### 3.4 Audiências públicas

As audiências públicas também estão previstas na Lei Orgânica, no artigo 32 sobre o papel das comissões da Câmara Municipal. A essas comissões cabe reunir-se em audiência pública para ouvir representantes de entidades legalmente constituídas, ou representantes de, no mínimo, 1.500 (mil e quinhentos) eleitores do município que subcrevam requerimento sobre assunto de interesse público, sempre que essas entidades ou eleitores o requererem. Além das audiências solicitadas pela sociedade civil, há também as audiências públicas – previstas pela Lei Orgânica e regulamentadas pelo Regimento Interno da Câmara –, pelas quais devem passar determinados projetos de lei, como a lei do orçamento anual e o plano diretor, entre outros, a fim de informar sobre o conteúdo da matéria legislativa e ouvir manifestações da sociedade civil. De acordo com o artigo 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo:

*Art. 41 – A Câmara Municipal, através de suas Comissões Permanentes, na forma regimental e mediante prévia e ampla publicidade, convocará obrigatoriamente pelo menos 2 (duas) audiências públicas durante a tramitação de projetos de leis que versem sobre:*

*I – Plano Diretor;*

*II – plano plurianual;*

*III – diretrizes orçamentárias;*

*IV – orçamento;*

*V – matéria tributária;*

*VI – zoneamento urbano, geo-ambiental e uso e ocupação do solo;*

*VII – Código de Obras e Edificações;*

*VIII – política municipal de meio ambiente;*

*IX – plano municipal de saneamento;*

*X – sistema de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador.*

*XI – atenção relativa à Criança e ao Adolescente. (Acrescentado pela Emenda 17/94). (SÃO PAULO, 1991).*

Conforme regulamentação do Regimento Interno, as audiências públicas devem ser realizadas nos seguintes casos:

#### SEÇÃO X

##### *Das Audiências Públicas*

*Art. 85 – As Comissões Permanentes, isoladamente ou em conjunto, deverão convocar audiências públicas sobre:*

*I – projetos de lei em tramitação, nos casos previstos no artigo 41 da Lei Orgânica do Município;*

*II – outros projetos de lei em tramitação, sempre que requeridas por 0,1% (um décimo por cento) de eleitores do Município;*

*III – assunto de interesse público, especialmente para ouvir representantes de entidades legalmente constituídas e representantes de, no mínimo, 1.500 (um mil e quinhentos) eleitores do Município, sempre que essas entidades ou eleitores o requererem;*

*IV – para atender o previsto no artigo 320 deste Regimento.*

*Parágrafo único – As Comissões Permanentes poderão convocar audiências públicas para instruir matéria legislativa em trâmite e para tratar de assuntos de interesse público relevante, mediante proposta de qualquer de seus membros ou a pedido de entidades interessadas. (CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2009).*

### 3.5 Programa de metas

Em 2008, foi acrescentado pela Emenda 30, à LOMSP o Programa de Metas (artigo 69), que obriga todo prefeito eleito a apresentar em até noventa dias após a posse as prioridades de seu governo, com detalhamento de ações estratégicas, assim como indicadores e as metas quantitativas para cada setor da administração pública municipal, subprefeituras e distritos. Trata-se de um importante documento em que o prefeito se compromete com a população em torno das principais iniciativas que serão implementadas ao longo da gestão. Adicionalmente, o poder executivo fica obrigado a promover o debate público sobre o Programa de Metas mediante audiências públicas gerais, temáticas e regionais, inclusive nas subprefeituras, a divulgar semestralmente os indicadores de desempenho do Programa de Metas e, ao final de cada ano, o relatório da execução do Programa de Metas.

## 4. A Câmara Municipal de São Paulo

As câmaras municipais são espaços de representação política, cerne de uma democracia, onde os vereadores eleitos representam diversos interesses e cidadãos. Elas têm como principais funções elaborar as leis que regem o município, fiscalizar o poder executivo e, em determinados casos, fazer julgamentos.

No caso de São Paulo, a Câmara Municipal nasceu em 1560, seis anos após a fundação da cidade, sendo também conhecida à época por Casa do Conselho. Aos vereadores cabia lidar com a segurança das casas, higiene no comércio de mercadorias, limpeza dos matadouros, entre outras questões de uma cidade. Na época do Brasil Colônia, as câmaras, chamadas Casas de Câmara e Cadeia, eram responsáveis por legislar, fiscalizar as ações nas cidades e exercer poderes judiciais, já que durante os séculos XV e XVIII o presidente da Câmara Municipal era também o juiz ordinário das comunidades. No século XIX, com a independência e a nova constituição administrativa do Brasil Império, a câmara perdeu muito poder. Em 1828, foi feita a Carta de Lei do Império do Brasil (o que equivaleria à Constituição Federal), estipulando que as cidades teriam nove vereadores e as vilas sete, e foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, que tirou as funções judiciais e carcerárias da Câmara. Posteriormente, com a criação da Assembleia Nacional e das Assembleias

Provinciais, as Câmaras Municipais foram colocadas sob a tutela de poderes maiores que limitavam sua ação (SÃO PAULO, 2009). Atualmente, a Câmara Municipal de São Paulo é composta de 55 vereadores, eleitos de quatro em quatro anos, sem limite para a reeleição.

A participação da sociedade civil em uma casa legislativa é vista por alguns parlamentares com certa rejeição, afinal de contas eles são eleitos por milhares de votos para representar os interesses dos cidadãos. Sendo assim, consideram-se os mais adequados para definir o que é melhor para os cidadãos. Em estudo sobre a participação da sociedade civil na Câmara dos Deputados, Burgos (2007, p. 61) afirma haver rejeição ao processo participativo.

*Segundo os entrevistados há a percepção e certo temor por parte de um número de parlamentares de que os processos de participação direta da cidadania, conhecida como democracia participativa, e que tem sua forma mais conhecida nas formas de plebiscito e referendos, é algo que enfraquece a democracia representativa e que, portanto, leva à diminuição ou mesmo perda de poder por parte dos parlamentares, lideranças políticas e dos partidos políticos.*

A participação é fundamental para o aprofundamento da democracia, desde que se minimizem os riscos de tornar o processo pouco participativo e limitado a ouvir um pequeno grupo de vozes. Assim, dentro da ideia de democracia representativa, que incorpora a participação como previsto na Constituição Federal de 1988 e na LOMSP, uma função do legislativo seria a de garantir a participação da sociedade civil para que discuta temas que estão sendo debatidos no parlamento e contribua com opiniões, proposições e estudos. Isso está garantido pela Lei Orgânica e pode ser feito em diferentes espaços, como as audiências públicas, por meio de projetos apresentados à Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, e na relação direta com parlamentares.

A Câmara Municipal possui instâncias que estabelecem sua forma de funcionamento. À Mesa Diretora, composta pelo presidente da Câmara, vice-presidente e secretários, cabe a função geral de administrar a Casa e definir a agenda de prioridades. O plenário da Câmara é o espaço onde os vereadores discutem e votam as questões debatidas. Há também diversas comissões que têm composição partidária proporcional à da Casa Legislativa onde os parlamentares se reúnem: Comissões Permanentes, Comissões Extraordinárias Permanentes e as Comissões Temporárias – Comissões Parlamentares de Inquérito, Comissões de Estudos.

As Comissões Permanentes são colegiados de caráter técnico-legislativo, que analisam as proposições em seus aspectos jurídicos e de mérito, antes de a matéria ser encaminhada para votação em plenário. São os espaços onde semanalmente ocorrem as discussões, pareceres e votações sobre os projetos de lei apresentados. A presidência e a composição das comissões são variáveis que influenciam significativamente sua abertura à participação da sociedade civil. As Comissões Extraordinárias Permanentes têm como função promover debates sobre temas de relevância para a cidade. As Comissões Temporárias são criadas para discutir um determinado assunto e extintas quando atingida sua finalidade ou terminado o prazo. As Comissões Parlamentares de Inquérito têm como incumbência investigar um determinado fato até certo prazo e podem fazer encaminhamentos ao Ministério Público para que este tome as providências necessárias junto aos infratores. As

Comissões de Estudos são constituídas com a finalidade de analisar problemas municipais sempre que sejam sobre um tema referente a duas Comissões Permanentes.

Além das comissões como espaço de discussão, o chamado Colégio de Líderes, ou Reunião de Líderes, encontro dos líderes dos partidos com representação na Câmara, também compõe um importante espaço de discussão entre parlamentares no legislativo, já que aqui se discutem os projetos que entrarão na pauta de discussão e votação em plenário.

#### 4.1 Outros mecanismos de participação na Câmara Municipal além dos dispostos na LOMSP

A participação na Câmara Municipal ocorre de forma diversificada em diferentes espaços. Além dos mecanismos estabelecidos na Lei Orgânica observa-se também a existência das frentes parlamentares, fóruns, o papel do *lobby* e da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa. O quadro abaixo permite entender a diversidade da participação em termos de pessoas, organizações, locais, formas, estratégias e momentos de participação.

**Quadro 1 – Mapeamento da participação na Câmara Municipal de São Paulo**

Quem participa	Organizações da sociedade civil, sindicatos, indivíduos, movimentos sociais.
Onde participa	Audiência pública, reuniões de comissão, <i>lobby</i> junto aos gabinetes, Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, frentes parlamentares, fóruns, tribunas populares (no início da década de 1990).
Como participa	Redes, coalizões, organizações da sociedade civil, individualmente.
Quando participa	Discussão de salários e demissões, revisão do plano diretor, LDO, LOA, projetos de lei variados, entre outros.
Estratégia de participação	Mobilização em frente à Câmara, protesto em audiências públicas, participação passiva nas reuniões ordinárias de comissões, uso de redes e de sistemas de informação, uso da fala em reuniões e audiências.
Por que não participa	Projetos de lei não são de interesse, audiências mal divulgadas e em horários que dificultam a participação, site da Câmara não explica o que será discutido, falta de cultura de participação, sociedade civil não acredita na Câmara, falta de credibilidade.

Fonte: Elaborado pela autora.

##### 4.1.1 Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa

A ideia de legislação participativa nasceu na Câmara dos Deputados em 2001, quando foi criada a primeira Comissão de Legislação Participativa, espaço apartidário que facilita



a participação da sociedade no processo de elaboração legislativa. Qualquer entidade civil organizada como ONGs, sindicatos, associações e órgãos de classe, com exceção de partidos políticos, pode apresentar à Câmara dos Deputados suas sugestões legislativas (exemplo: propostas de leis complementares e ordinárias, sugestões de emendas ao Plano Plurianual ou à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária Anual), assim como pareceres técnicos. Esse espaço significou grande inovação, pois facilitou o processo de elaboração legislativa por parte da sociedade civil, já que não são necessárias as 1,3 milhão de assinaturas requeridas para a realização de uma iniciativa popular (artigo 61 da Constituição Federal). Hoje, esse espaço existe em casas legislativas estaduais e municipais, podendo atuar como importante mecanismo de participação em nível local.

Na Câmara Municipal de São Paulo, esse espaço foi criado pela resolução nº 13, de novembro de 2001, e suas atividades tiveram início em março de 2002 como Comissão Extraordinária Permanente de Legislação Participativa. A Comissão teve como origem um projeto do vereador Ricardo Montoro, sendo uma mimese da que foi criada na Câmara Federal. A Comissão enfatizou que a criação desse espaço facilitaria a participação popular, já que não seria necessária, no âmbito municipal, a manifestação dos cinco por cento da população requeridos para a iniciativa popular, facilitando o processo participativo. Em 2007, essa Comissão foi “anexada” à Comissão de Cidadania e Justiça, passando a se chamar Comissão de Cidadania Justiça e Legislação Participativa (CCJLP). Por meio dessa Comissão, uma associação de moradores, sindicato, ONG pode encaminhar uma sugestão à Câmara. A assessoria jurídica da câmara redige a proposta na forma técnica (projeto de lei, projeto de resolução, projeto de emenda à lei orgânica, entre outros). Posteriormente, o presidente da Comissão indica um relator, que avalia se a sugestão pode ou não ser apreciada pela CMSP e que redige um relatório que será aprovado ou rejeitado na reunião da Comissão. Se a sugestão for rejeitada, ela é arquivada. Se for aprovada, passa pelas demais Comissões da Câmara e depois para o plenário da mesma forma que os projetos de autoria dos vereadores.

#### 4.1.2 Frente parlamentar

As frentes parlamentares são formadas por parlamentares, exclusivamente, mas com grande interação com cidadãos, movimentos sociais e organizações da sociedade civil que buscam mudanças em relação a um determinado tema. São definidos pela Câmara como “Grupos suprapartidários de atuação voltada a uma atividade específica de interesse municipal ou do Parlamento. Têm tratamento autônomo em relação a qualquer Comissão Permanente ou Temporária. Atuam dentro ou fora das dependências da Câmara Municipal, de acordo com seu propósito” (CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2016).

As frentes possuem estatuto disciplinando sua organização, funcionamento e atribuições, e a elas competem realizar encontros e debates com especialistas do segmento e representantes de órgãos governamentais municipais, estaduais, federais e organizações da sociedade civil, visando colher subsídios para orientar ações e políticas públicas referentes a cada tema. Em fevereiro de 2012, havia quatro frentes parlamentares em atuação na CMSP: (i) em Defesa da Zona Leste da Cidade de São Paulo; (ii) para Implantação do Conselho de Representantes da Cidade de São Paulo; (iii) pela Defesa e Incentivo à Moradia Popular na Cidade de São Paulo; (iv) em Defesa das Microempresas, das Empresas de Pequeno Porte, dos Microempreendedores Individuais e das Cooperativas.

Já em maio de 2016, foram identificadas 17 frentes parlamentares em atuação, sendo elas: (i) saúde mental e combate à dependência química; (ii) pela Sustentabilidade na Câmara; (iii) pelo Apoio ao Cooperativismo; de Segurança Pública; (iv) em Defesa e Acompanhamento do Projeto Arco do Futuro; (v) em Defesa da Melhoria das Condições do Transporte Público; (vi) em Defesa da Mobilidade Humana; (vii) pelo Desenvolvimento e Atividade Econômica da Zona Leste da Cidade de São Paulo; (viii) em Defesa das Microempresas, das Empresas de Pequeno Porte, dos Microempreendedores Individuais e das Cooperativas no âmbito do Município de São Paulo; (ix) Cristão em Defesa da Família; (x) em Defesa da Cultura; (xi) para Defesa e Incentivo da Prática da Modalidade Esportiva de Skate no Município de São Paulo; (xii) em Defesa à Política de Fomento à Economia Popular Solidária; (xiii) da Defesa Civil; (xiv) de Apoio à Campanha Nacional que visa Desoneração Tributária de Medicamentos; (xv) de Apoio às Santas Casas de Misericórdia, (xvi) Hospitais e Entidades Filantrópicas na Área de Saúde; (xvii) em Defesa do Fim do Voto Obrigatório.

#### 4.1.3 Fóruns

Foram criados os espaços dos Fóruns que também podem ser definidos como espaços de participação. Atualmente, há dois em atuação na CMSP: (i) Fórum Suprapartidário e (ii) Fórum Municipal de Proteção e Defesa Animal. São espaços, assim como as frentes parlamentares, de discussão de temas relevantes para a cidade. O Fórum Suprapartidário, criado em 2012 pela sociedade civil, constitui-se como espaço de debates para discutir, formular, propor e fiscalizar a execução de políticas públicas visando uma cidade saudável e sustentável. O Fórum Municipal de Proteção e Defesa Animal do Município de São Paulo é um “espaço de articulação distrital de entidades governamentais, não governamentais e membros da sociedade civil, aberto para os temas relacionados à proteção e defesa dos animais” e foi criado em 2015. (CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2016).

#### 4.1.4 Lobby

Dentro dos mecanismos de participação presentes na Câmara Municipal, inclui-se também o *lobby*, ato de influenciar leis e políticas públicas. *Lobby* no Brasil é muito utilizado como sinônimo de pressão, tráfico de influência ou corrupção, sendo visto, geralmente, como prática exclusiva de grandes corporações que utilizam seu poder econômico para atingir determinados objetivos. Entretanto, essa visão é equivocada, pois existem atividades de *lobby* que são realizadas no país sem a violação das leis (OLIVEIRA, 2004; MANCUSO, 2008).

O *lobby* é uma atividade legítima, realizada por indivíduos e grupos de interesse representantes de empresas, organizações da sociedade civil e, inclusive, empresas públicas que buscam trazer seus pontos de vista e influenciar os legisladores e o poder executivo em seu processo de tomada de decisão. Deveria ser regulamentado e feito de forma transparente, acessível aos diferentes grupos, a fim de evitar abusos, atendimento de interesses privados não voltados para o bem público e práticas ilegais, mas isso não ocorreu ainda no país. Ao regulamentar, aumenta-se transparência e a *accountability* e, desse modo, consegue-se maior conhecimento sobre a forma como os atores se relacionam com o sistema político, torna-se mais transparente o processo decisório, diminui-se a assimetria de informações entre grupos de interesse e setores da sociedade menos organizados e com menos recursos, e previne-se a corrupção (GOZETTO, 2015).

As atividades de pressão exercidas por grupos da sociedade civil também devem ser denominadas *lobby*, pois se trata da pressão de um cidadão sobre o governante ou parlamentar em prol de uma causa específica. Vale destacar que diversas organizações fazem parte do que aqui denominamos sociedade civil, por isso é importante dizer que estas defendem interesses específicos e não apenas interesses amplos que poderiam ser facilmente caracterizados como de interesse público, bem comum. Como a conotação da palavra *lobby* é muito negativa no Brasil, muitas organizações da sociedade civil usam os termos “*advocacy*” ou “*advocacy* em políticas públicas” para se referir ao ato de influenciar projetos de leis e políticas públicas, mesmo sendo o sentido de *advocacy*, em sua origem, mais amplo: significa o ato de identificar, adotar e promover uma causa, buscando moldar a percepção pública ou conseguir alguma mudança, não necessariamente por meio de alteração na lei (BRELÀZ; ALVES, 2011).

O *lobby* na CMSP é realizado por municípios, organizações da sociedade civil e sindicatos, em audiências públicas, reuniões de comissões e gabinetes de vereadores. Por exemplo, pode-se observar a atuação de organizações como Voto Consciente, Rede Nossa São Paulo, Movimento Defenda São, sindicatos contra demissões de funcionários públicos e por aumentos de salários, entre outros. Vale lembrar, ainda, a participação de conselheiros de alguns conselhos municipais reivindicando melhorias para suas regiões. E há também municípios que contatam vereadores a fim de fazer reivindicações pessoais. Tudo isso pode ser entendido como uma atividade de *lobby* no sentido de buscar influenciar a elaboração legislativa.

## 5. As audiências públicas do orçamento na Câmara Municipal de São Paulo

### 5.1 Tipo de reunião/audiência

Como já apresentado, a Lei Orgânica do Município estipulou a realização obrigatória de duas audiências públicas para discutir o orçamento com a população. Identificou-se também a realização de outros tipos de encontros, como as reuniões técnicas, com eventual participação da sociedade civil. Desse modo, ao longo dos vinte anos de análise, verificou-se a existência de quatro tipos de encontros envolvendo a participação da sociedade civil na discussão do orçamento: (i) audiência pública geral; (ii) reunião técnica; (iii) audiência pública técnica/audiência pública temática e (iv) audiência pública regional.

As audiências públicas gerais, chamadas, em alguns casos, regimentais, são a primeira e a última audiência de discussão do orçamento e costumam contar com a presença do Secretário de Planejamento ou de Finanças (dependendo do ano de análise), que representa o órgão responsável pela consolidação do orçamento. Essas audiências são abertas a toda a população e têm a obrigatoriedade de serem divulgadas no *Diário Oficial* e em dois jornais de grande circulação, no mínimo. Apenas em dois anos (1994 e 2005) não se verificou, pelas notas taquigráficas, a realização da segunda audiência pública geral. Nos demais há registro das duas audiências gerais, com exceção dos anos 1995 (três audiências públicas gerais) e 1999 (quatro audiências públicas gerais).

As reuniões técnicas foram o principal espaço de discussão do orçamento por temas até 2004. Trata-se de espaços de discussão com os técnicos das pastas, que posteriormente são substituídos pelos secretários municipais. Nas reuniões técnicas não há obrigatoriedade

de abertura à fala da sociedade civil e elas não precisam ser divulgadas em jornais de grande circulação como as audiências públicas. Em suma, trata-se de um espaço de discussão (entre vereadores e membros do executivo) que com o tempo vai se abrindo à participação da sociedade. Ao se analisar as reuniões técnicas nas quais não há fala da sociedade civil, é preciso ter em conta que elas não lhe eram divulgadas, ou seja, não eram um espaço que previa a participação da sociedade. Assim, no período de 1992 a 2000, percebe-se pouca participação da sociedade nas reuniões. Em 2001, essa realidade muda com o início do Orçamento Participativo (OP) e a maior abertura da Câmara aos conselheiros e delegados do OP, já que os vereadores tinham uma forte ligação com suas regiões e, conseqüentemente, não queriam deixar de participar de uma definição de orçamento que afetasse os bairros onde atuavam. Com o tempo, essas reuniões técnicas começaram a ser chamadas reuniões temáticas, até que em 2005 todas as reuniões/audiências temáticas e regionais de discussão do orçamento passarem a ser chamadas audiências públicas.

As reuniões regionais (audiências regionais) surgiram em 1999 e são reuniões de discussão do orçamento nas diferentes regiões de São Paulo (Norte, Sul, Leste, Oeste e Centro) e, em alguns casos, há mais de uma reunião por região. Geralmente, nas reuniões regionais se manifestam os vereadores que possuem votos na região e os subprefeitos. Em 2000, 2001 e 2002 não há registro de audiências regionais, possivelmente porque o governo via o Orçamento Participativo como substitutivo das audiências regionais.

A tabela 1 apresenta o total de 252 audiências/reuniões do orçamento das quais foi possível analisar as notas taquigráficas. Não foram encontradas notas taquigráficas de 1990 e 1991.

**Tabela 1** – Total de audiências públicas e reuniões técnicas de discussão da LOA com notas taquigráficas

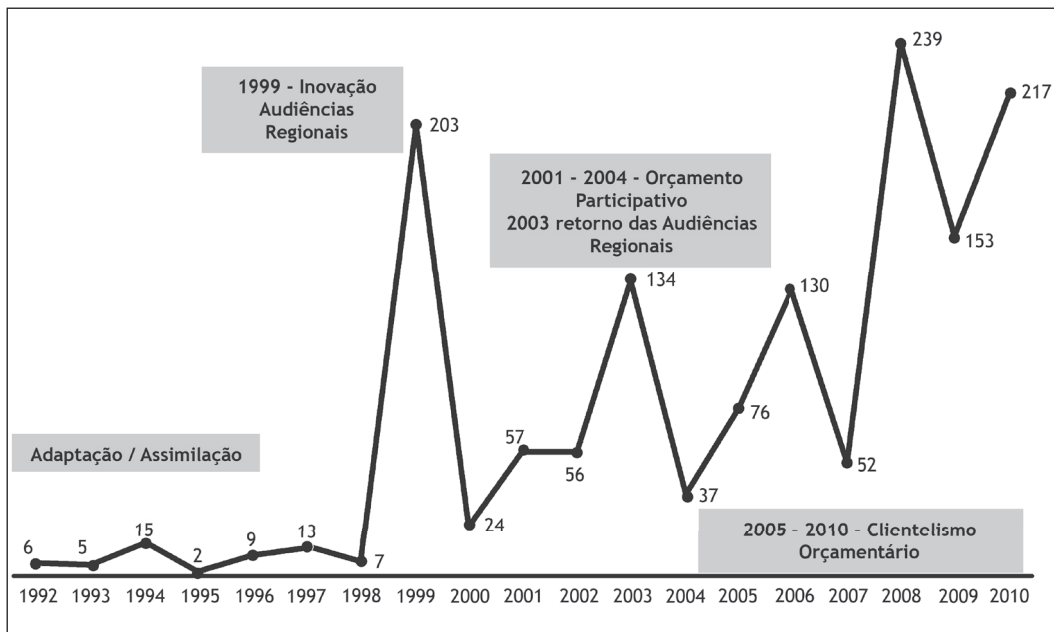
Ano	Audiência Geral	Audiência Regional	Audiência Temática Reunião Técnica	TOTAL
1992	2		9	11
1993	2			2
1994	1		17	18
1995	3			3
1996	2			2
1997	2		9	11
1998	2		6	8
1999	4	14	9	27
2000	2		8	10
2001	2		13	15
2002	2		14	16
2003	2	2	15	19
2004	2	1	1	4
2005	1	3	7	11
2006	2	6	16	24
2007	2		7	9
2008	2	7	16	25
2009	2	5	10	17
2010	2	5	13	20
<b>Total</b>	<b>39</b>	<b>43</b>	<b>170</b>	<b>252</b>

Fonte: Elaborada pela autora.

## 5.2 Participantes das audiências públicas do orçamento

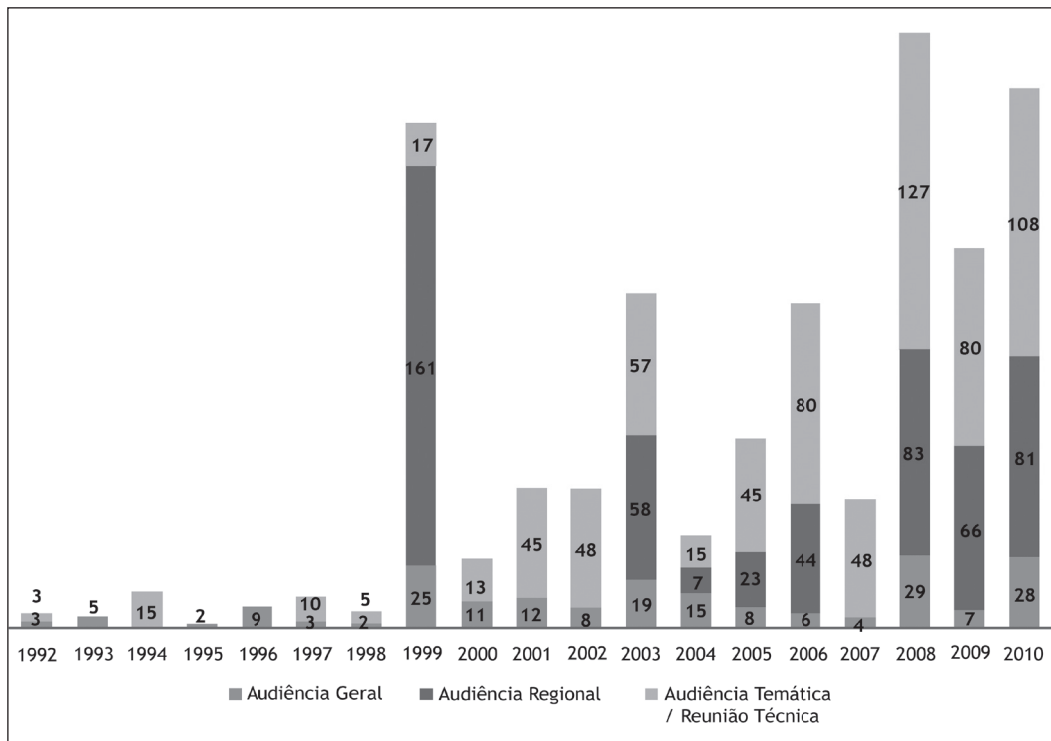
Em todo o período de análise foi possível identificar a fala de 1.435 indivíduos da sociedade civil, distribuídos ao longo dos anos segundo o gráfico 1. Esses são indivíduos que, além de estarem presentes nas audiências, se manifestaram após se inscreverem para falar. Os assessores de parlamentares, que estavam presentes nas audiências e se inscreveram para falar junto à sociedade civil, não fazem parte desse somatório por se considerar que estavam presentes por serem assessores parlamentares e não por serem membros da sociedade civil. Como dito na seção de coleta de dados, esse número não representa o total de falas da sociedade civil nas audiências do orçamento, pois há falhas como erros de gravação em algumas audiências, pessoas falando fora do microfone e páginas ilegíveis, que podem levar o número total de manifestações da sociedade civil a ser subestimado. Contudo, a quantidade de material analisado representa a grande parte do total de audiências ao longo do período analisado e, por ser este um estudo exploratório, os dados encontrados são capazes de fornecer um bom panorama do que é o processo de participação da sociedade nas audiências do orçamento na CMSP.

**Gráfico 1** – Membros da sociedade civil que falaram nas audiências públicas de discussão da LOA



Fonte: Notas Taquigráficas das Audiências Públicas do Orçamento do Município de São Paulo (1992 a 2010).

O gráfico 2 mostra a participação da sociedade de acordo com cada tipo de reunião. Em 1999, com a inovação das audiências regionais, cresce significativamente a participação. Nos anos seguintes, ela também cresce muito nas reuniões técnicas/audiências temáticas.

**Gráfico 2** – Número total de participantes por tipo de audiência/reunião de discussão da LOA

Fonte: Elaborada pela autora

Em relação a quem participa, observa-se uma diversidade de indivíduos e grupos, conforme tabela 2, evidenciando que o subsistema sociedade civil é bastante heterogêneo e, na verdade, composto por outros subsistemas com lógicas, valores e processos autopoieticos próprios, como, por exemplo, os movimentos sociais, a Rede Nossa São Paulo, o Movimento de Resistência do Orçamento Participativo de São Paulo, as associações de bairro, entre outras. Há indivíduos que se apresentam como representantes de mais de uma instituição e isto é levado em consideração, por isso o total da tabela abaixo não coincide com o total de participantes. Por exemplo, há pessoas que se apresentam como sendo de uma organização da sociedade civil ligada à Igreja e também conselheira do Conselho Municipal de Assistência Social; outra pessoa se apresenta como representante de associação de bairro e também do movimento de moradia; outro caso é o de uma pessoa que é do conselho gestor de um hospital e também do Conselho Comunitário de Segurança (Conseg) do seu bairro. Assim, a classificação que se usou para os indivíduos é a forma como estes se apresentam nas audiências públicas. Aqueles que não se apresentam são classificados como munícipes.

Os grupos que mais participaram foram o de munícipes (22,1%), movimentos sociais (14,2%), associações e movimentos de bairro (13%), conselhos (9,9%), organizações da sociedade civil (9,1%), conselheiros e delegados do Orçamento Participativo (8,5%).

Tabela 2 – Atores do subsistema sociedade civil

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total	%	
Associação e Movimento de Bairro	1	4	1	0	0	0	1	48	0	1	3	11	1	4	24	13	27	20	35	194	13,0	
Conselho tutelar	0	0	1	0	2	1	0	0	0	0	0	1	0	2	2	1	1	2	1	14	0,9	
Conselho Saúde								8				2	1	2	2		2	9	6	32	2,1	
Conselho Gestor de Hospital			1								1	3		1	1	1	2	4		14	0,9	
Conselho Municipal da Criança e do Adolescente				1	2	2	1	1	1		4	1		1						14	0,9	
Conselho Municipal da Criança e Adolescente					1			1	1											3	0,2	
Conselho Comunitário de Segurança - Conseg	1							8							4			1	9	23	1,5	
Conselhos (outros)						1		4			7	3	4	5	7		14	6	11	62	4,2	
Conselheiros e delegados do OP	0	0	0	0	0	0	0	0	0	41	13	47	19	5	2	0	0	0	0	127	8,5	
Corpo de Bombeiros	0	0	2	0	0	2	1	4	2	3	1	0	0	0	1	0	0	0	0	16	1,1	
Guarda Civil Metropolitana	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0	4	0,3	
Ex-vereador	0	0	0	0	0	2	0	4	1	0	0	0	0	0	0	1	2	2	3	15	1,0	
Forum em Defesa das Criança e Adolescentes					2	1		1	2			3	1				1			11	0,7	
Lider Comunitario	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	1	1	1	2	0	2	9	0,6	
Movimento de Moradia			4				2	30	5			6		6	21		9	5	3	91	6,1	
Movimento Saúde						1		2						3	3	2		0	1	12	0,8	
Movimento Educação								2									2	5	7	2	18	1,2
Movimentos (outros)								6	1	2	2	7		2	10	2	26	24	9	91	6,1	
Movimento Agenda 21	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	14	1	6	23	1,5	
Movimento (Rede) Nossa São Paulo	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	13	9	8	30	2,0	
Municípe	1	0	3	0	0	1	0	47	4	0	5	32	6	23	22	26	62	27	70	329	22,1	
Fabio Siqueira - Saúde														5	7	1	10	9	12	44	3,0	
Terezinha Barros de Almeida - Jabaquara																	3		5	8	0,5	
Maria do Socorro Alves - Itaquera														1			8	2	5	16	1,1	
Organização da Sociedade Civil	1	1	3	0	2	0	0	21	1	2	8	7	3	7	7	2	16	12	12	105	7,0	
Organização da Sociedade Civil ligada à Organizações Religiosas / Igreja	0	0	0	0	0	0	0	6	1	0	4	4	0	3	1	1	5	4	1	30	2,0	
Partido Político	0	0	0	0	0	0	0	11	0	0	0	1	0	1	0	1	0	0	0	14	0,9	
Servidor publico (ativa e aposentado)	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5	2	2	0	2	0	9	3	0	23	1,5	
Sindicato	0	0	0	1	0	2	1	2	5	6	4	1	0	5	8	0	19	2	18	74	5,0	
Não identificado e outros	2	0	0	0	0	0	1	6	0	2	0	3	0	4	11	0	3	8	5	45	3,0	
TOTAL	6	5	15	2	9	13	7	214	24	57	57	134	37	81	138	54	253	161	224	1491	100,0	

Fonte: Elaborada pela autora

A classificação em movimentos foi dividida em saúde, educação, moradia e outros (exemplo: catadores, mulheres, transporte, emprego). É muito comum os membros de movimentos participarem em grande número das audiências. Por exemplo, nas audiências de habitação, há um grande número de representantes de movimentos de habitação/mutirão. Nas audiências do verde e do meio ambiente, há grande número do movimento de catadores, mesmo esta não sendo a audiência correta, já que a questão de resíduos sólidos é responsabilidade da Secretaria de Serviços. Em relação às associações de bairro, percebe-se sua intensa participação nas audiências regionais. O movimento da criança e do adolescente, por sua vez, pode ser analisado como um subsistema composto pelos conselheiros do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), pelos conselheiros do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA) e pelo Fórum em Defesa das Crianças e Adolescentes, que costumam atuar em conjunto, reforçando suas reivindicações mutuamente. De 1995 a 2005, observa-se sua forte atuação, já que foi o período de consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Os conselheiros e delegados do OP têm sua participação concentrada de 2001 a 2004, anos de realização do OP em São Paulo. Há três munícipes que são assíduos nas audiências e encabeçam o Movimento de Resistência do Orçamento Participativo criado em 2006. É interessante observar como o Movimento de Resistência do OP constitui um subsistema autopoietico, que se reproduz de acordo com a sua própria lógica, pois, mesmo sem haver OP nas gestões seguintes, o grupo continuou realizando eleições para a escolha dos conselheiros. Ao mesmo tempo em que continuam conselheiros, também pertencem ao Movimento de Resistência do OP-SP, criado em 2006, e nele militam como forma de concretizar a luta para a Manutenção do OP na Cidade de SP. Isso ocorre devido à inércia organizacional e à resistência à mudança. Ou seja, no caso desta pesquisa, os ambientes nos quais os subsistemas operam sofrem impactos de diferentes naturezas que promovem a mudança nas organizações/subsistemas, contudo, nem todas mudam e algumas o fazem de forma muito lenta (ALVES; KOGA, 2006).

O ex-vereador Odilon Guedes destaca-se como participante das audiências públicas por ser um grande conhecedor do orçamento. No início de sua participação, o ex-vereador representava o Conselho Regional de Economia e, a partir de 2008, passou a representar a Rede Nossa São Paulo. As ex-vereadoras Ana Martins, Terezinha Martins e Claudete Alves também participam de algumas audiências. Tanto a Rede Nossa São Paulo como o Movimento Agenda 21 tiveram forte atuação a partir de 2008, destacando-se por discutirem as políticas públicas da cidade e por serem suas falas com frequência mais qualificadas e munidas de informações relevantes para a discussão.

As organizações da sociedade civil compõem um grupo significativo (9,1%) e atuam em diversas causas, abrangendo organizações/indivíduos ligados à Igreja, associações de entidades (por exemplo, de comerciantes, de feirantes) e associações esportivas.

A Rede Nossa São Paulo é uma rede de associações que nasceu em São Paulo em 2007 com o objetivo de: “construir uma força política, social e econômica capaz de comprometer a sociedade e sucessivos governos com uma agenda e um conjunto de metas a fim de oferecer melhor qualidade de vida para todos os habitantes da cidade” com o intuito de alcançar uma cidade segura, saudável, bonita, solidária e democrática” (REDE NOSSA SÃO PAULO, 2011). Composta por mais de 600 organizações, nasceu por iniciativa de Oded Grajew, fundador do Instituto Ethos, e foi inspirada no Movimento Bogotá Como



Vamos, na Colômbia. Como uma de suas principais conquistas, pode-se citar a inclusão do Programa de Metas na LOMSP. A Agenda 21 é um movimento resultante da Conferência Eco-92, realizada no Rio de Janeiro para discutir questões ambientais. Trata-se de um programa de ação que busca promover o desenvolvimento levando em consideração proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.

Há uma pequena participação de representantes de partidos políticos, destacando-se a sua atuação em 1999, ano em que se instituem as audiências regionais. Os sindicatos representam 5% do total das falas e os servidores públicos, ativos e aposentados, 1,5%. Não é um grande grupo, mas percebe-se um aumento na atuação dos sindicatos nos últimos anos, e estes usam uma tática igual à dos movimentos. Manifestam-se nas audiências vários integrantes do sindicato a fim de fazer uma forte pressão da classe que representam. Destaca-se nos últimos anos a atuação do SINDISEP, Sindicato dos Trabalhadores na Administração Pública e Autarquias do Município de São Paulo.

### 5.3 Funcionamento das audiências públicas do orçamento

No quadro 2, descreve-se o funcionamento das audiências públicas do orçamento com base no tipo de audiência (geral, temática ou regional), objetivo, local, horário, divulgação oficial e ordem da fala. Costumam estar no início das audiências os assessores da Comissão de Finanças e Orçamento (CFO), responsável pela organização das audiências, o vereador que irá presidir a audiência e alguns membros da sociedade civil. Ao longo da audiência, as pessoas da sociedade civil e outros vereadores continuam chegando. É possível observar que as audiências são abertas, em sua maioria, pelo relator da lei orçamentária ou pelo presidente da Comissão de Finanças e Orçamento, importantes atores nesse processo.

O Plenário 1º de Maio, palco de algumas audiências nos últimos anos, é uma sala imponente, com pé-direito alto e lugar para os 55 vereadores. As mesas são de madeira; as poltronas, forradas de couro; as paredes, cobertas de mármore. Na frente, fica a mesa diretora mais elevada, e atrás dela, bem centralizada, uma grande cruz dourada pende da parede, apesar de o estado ser laico. Assim, quando a sociedade se manifesta, ela o faz olhando para a mesa diretora, onde estão presentes o secretário ou representante da pasta em questão, o vereador que preside a audiência e os demais membros do executivo e vereadores presentes. A cruz transmite a sensação de “proteção” não só à sala, mas aos vereadores e ao executivo, assemelhando-se a uma igreja onde o padre fala e atrás sempre há uma grande cruz, mostrando-o como o enviado de Deus. Ao lado da mesa diretora, fica uma mesa com os assessores (burocratas) da Comissão de Finanças. Trata-se de um detalhe, mas que diz muito sobre a relação estabelecida entre sociedade civil, legislativo, executivo e burocracia nas audiências públicas. De um lado, o sistema sociedade civil, e de outro, num patamar mais elevado, os demais sistemas.

O Salão Nobre, apesar de menos grandioso que o Plenário e com uma definição de espaço mais horizontalizada, também exhibe características imponentes como, por exemplo, o alto pé-direito e as aranhas de cristal. Em relação ao plenário Prestes Maia, também apelidado de Plenarinho, trata-se de uma sala menor e mais simples. Naturalmente, por ser menor, possui menos cadeiras. Assim, reuniões com grande presença da população precisam ser agendadas no Plenário 1º de Maio ou no Salão Nobre.

Quadro 2 – Características das audiências públicas de discussão da LOA

	Audiência Pública			Reunião Técnica
	Geral	Temática	Regional	
<b>Objetivo</b>	Discutir todo o orçamento de forma ampla. Também chamada de audiência regimental.	Discutir o orçamento junto aos secretários e representantes de acordo com diferentes pastas e temas: educação, saúde, Instituto de Previdência do Município, serviço funerário, outros.	Discutir o orçamento das regiões e por subprefeituras junto aos moradores da região.	Discutir o orçamento junto aos secretários e representantes técnicos de acordo com diferentes pastas e temas. São as reuniões que depois se transformam em audiências temáticas.
<b>Local</b>	Câmara Municipal	Câmara Municipal	Equipamentos públicos como escolas e subprefeituras, organizações da sociedade civil	Câmara Municipal
<b>Horário</b>	Durante o dia antes da sessão plenária da Câmara que é as 15hs.	Durante o dia antes da sessão plenária da Câmara que é as 15hs.	Finais de semana e à noite durante a semana.	Durante o dia antes da sessão plenária da Câmara que é as 15hs.
<b>Quem participa</b>	Vereadores, sociedade civil, assessores da comissão de finanças, assessores de vereadores, secretários e/ou técnicos do executivo.	Vereadores, sociedade civil, assessores da comissão de finanças, assessores de vereadores, secretários e/ou técnicos do executivo.	Vereadores da região, presidente da Comissão de finanças, relator da LOA, sociedade civil, subprefeitos e outros membros do executivo.	Vereadores e secretários/técnicos do executivo. Não há previsão de participação da sociedade civil, em muitos casos ela não é convidada e não se abre a palavra para que possa se manifestar
<b>Divulgação oficial</b>	É obrigatória a divulgação no diário oficial e em pelo menos dois jornais de grande circulação. Com a Internet a divulgação passou a ser feita também através do site da Câmara Municipal e em 2010 houve campanha de comunicação em rádio e TV.			Não há obrigatoriedade de divulgar as reuniões técnicas.
<b>Ordem da fala</b>	O vereador que preside a reunião, geralmente, o presidente da Comissão de finanças ou o relator do orçamento abre a reunião e passa a palavra para o secretário ou representante do executivo apresentar o orçamento. Após a apresentação os vereadores fazem perguntas e o secretário responde. Ao final é aberta a palavra à sociedade civil para que se manifeste e após o representante do executivo responde. Em 2010, atipicamente, a sociedade civil se manifestou antes que os vereadores.		No caso das audiências regionais alguns vereadores da região apresentam o orçamento e em outros casos os subprefeitos que o fazem. Há espaço para a fala dos vereadores que comparecem na audiência fazerem uma espécie de apresentação e após a sociedade civil se manifesta. Ao final vereadores e subprefeitos respondem.	Trata-se de uma reunião onde participam vereadores e técnicos/secretários do executivo numa dinâmica de apresentação do orçamento, perguntas dos vereadores e respostas do executivo. Há pouca ou nenhuma participação da sociedade civil.

Fonte: Elaborada pela autora

As audiências regionais costumam ocorrer em espaços que comportam uma quantidade significativa de pessoas. Pelas notas taquigráficas observa-se que, se no início, em 1999, as audiências regionais ocorriam em associações comerciais da região e clubes, nos últimos anos, passam a acontecer em lugares como subprefeituras, espaços ligados a órgãos do executivo. A disposição de móveis repete a da plenária, uma mesa grande que comporta os membros do executivo (subprefeitos) e legislativo (vereadores) com cadeiras em frente para a sociedade civil, geralmente sendo salas mais simples e, em alguns casos, improvisadas.

O ritual do encontro inicia-se da seguinte forma: o presidente da Comissão de Finanças e Orçamento ou relator da LOA abrem a sessão esclarecendo que se trata de uma reunião técnica ou audiência pública (temática, geral ou regional) do projeto de lei que discute o orçamento do ano seguinte. Convida-se o secretário da pasta a ser analisada para se sentar à mesa, assim como alguns de seus assessores ou presidentes de autarquias. O relator/presidente da Comissão explica como funciona a audiência pública, que se baseia em ouvir o secretário sobre a previsão orçamentária para a sua pasta e, posteriormente, responder as perguntas dos vereadores, começando por aqueles que compõem a CFO e depois pelos demais vereadores. Os representantes da sociedade civil que quiserem se manifestar poderão se inscrever e poderão falar após os vereadores (apenas em 2010 houve inversão da ordem). A cada cidadão inscrito é dada a palavra por três minutos. Geralmente, poucos vereadores comparecem às audiências, e é comum o vereador falar quem são os membros do executivo e da sociedade civil (movimentos e associações) que estão presentes, como parte de um ritual formal de apresentação.

O secretário faz sua apresentação de cerca de 15 minutos - percebe-se que nos últimos anos o recurso do Power Point® é cada vez mais utilizado. Uma vez terminada a apresentação, os vereadores começam a perguntar. Às audiências temáticas costumam ir os vereadores que têm mais afinidade com a pasta em questão, por exemplo, nas audiências públicas de saúde, comparecem mais frequentemente vereadores que fazem parte da Comissão de Saúde ou que têm histórico de militância na área, ocorrendo de forma semelhante nas audiências de educação, habitação e assim por diante. Nas audiências de transporte observa-se um grande número de vereadores, já que se trata de um tema polêmico para a cidade de São Paulo, tanto pela questão do valor da tarifa como pelas obras envolvidas (corredores, metrô, monotrilho) e pela relação dos vereadores com prestadores de serviços (companhias de transporte urbano, serviço de ônibus fretado).

O secretário responde às perguntas, posteriormente é feita mais uma rodada de perguntas ou se estabelece uma série de perguntas e respostas diretas entre secretário e vereador. Uma vez terminado esse processo, o vereador que preside a reunião pega a lista de inscritos e chama os inscritos para que se manifestem ao microfone, que costuma ficar na frente da sala. A sociedade civil começa a fazer suas perguntas e colocações. Observam-se três tipos de participantes da sociedade civil: i) aqueles focados em discutir uma política pública ou uma ação específica do orçamento e que possuem conhecimento técnico a respeito, ii) aqueles que fazem demandas pontuais, por exemplo, pavimentação de ruas, equipamentos públicos como Unidades Básicas de Saúde (UBS) em seus bairros, creches, escolas, canalização de córregos. Trata-se de demandas legítimas, já que afeta a vida dos cidadãos, e em muitos casos a ausência dessas melhorias significa grandes transtornos à vida daquele cidadão e iii) aqueles que agradecem o vereador da região, nesse caso muitas vezes os indivíduos vão à audiência a pedido dos próprios vereadores, que, em alguns casos, fornecem o transporte até o local.

O tempo concedido a cada pessoa é, geralmente, de três minutos, e o vereador que preside a reunião tende a levar isso em conta, valendo-se de argumento de autoridade para cortar a fala em alguns casos, e para conceder mais tempo em outros casos. Quando há muitos indivíduos da sociedade civil para falar, esse tempo é reduzido para dois minutos, e quando há poucos inscritos já houve casos de se estender a até cinco minutos.

O controle do tempo da sociedade civil, que chega em alguns casos a ser um abuso de poder por parte dos vereadores, não consta do Regimento Interno da Câmara Municipal. De acordo com a seção X, artigo 86, § 2º a 6º, fala-se em controle de tempo para a fala dos vereadores e não há menção de controle de tempo de três minutos para a fala da sociedade civil. Contudo, na realidade, não existe controle de tempo da fala dos vereadores, que, muitas vezes usam o tempo para fazer discursos políticos. O Regimento Interno fala de direito à réplica e tréplica na discussão dos vereadores, mas esse direito não é dado à sociedade civil. Assim, a sociedade tem o ônus do controle ao ser tratada como o vereador na questão do tempo, mas não tem o bônus do direito à réplica e tréplica. Todos os indivíduos da sociedade civil entrevistados nesta pesquisa acham que a sociedade civil não tem direito à réplica. Segundo o Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo:

*SEÇÃO X – Das Audiências Públicas*

*Art. 86 – Nos casos previstos no artigo 41 da Lei Orgânica do Município:*

*III – a Comissão selecionará para serem ouvidas as autoridades, os especialistas e pessoas interessadas, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites;*

*§ 1º – Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência de diversas correntes de opinião.*

*§ 2º – O autor do projeto ou o convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado.*

*§ 3º – Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.*

*§ 4º – A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido consentimento do Presidente da Comissão.*

*§ 5º – Os Vereadores inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de 3 (três) minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.*

*§ 6º – No caso do inciso III deste artigo, sempre que a audiência versar sobre matéria relativa à criança e ao adolescente, deverá obrigatoriamente ser expedido convite ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. (SÃO PAULO, 2013).*

Pela análise das notas taquigráficas e com base na observação participante nota-se como o controle de tempo é utilizado. É natural que o tempo seja controlado, a fim de

permitir a fala de todos os membros da sociedade civil, mas, como já foi dito, isso não é feito com a fala dos vereadores, que costuma ser longa. O controle também é exercido sobre o conteúdo da fala da sociedade, o que não está de acordo com o intuito da audiência pública, de permitir que a sociedade se manifeste sobre o projeto de lei em questão.

Observou-se no período de 2007 a 2010, por orientação do vereador-relator desde 2007, Milton Leite, uma forte recomendação para que a sociedade civil entregue sua demanda por escrito para que a relatoria possa analisá-la e incluir nas emendas. Apesar de a folha de demanda já existir desde 1999, a forma como o processo é conduzido nos últimos anos é de uma forte insistência para que a sociedade “traga” as demandas por escrito. Mesmo aqueles que apenas querem questionar uma determinada política são orientados a trazer uma ou mais demandas por escrito.

Após a fala da sociedade civil, o secretário/representante do Executivo anota as perguntas e as responde na sequência. Parte das perguntas é respondida e parte não, contudo, o indivíduo que não obteve resposta não pode se manifestar novamente, ou seja, não há réplica. O tempo para as perguntas da sociedade civil geralmente é muito menor do que o tempo de debate entre vereador/secretário e, em muitas audiências, o término da mesma ocorreu mesmo sem todos os inscritos terem se manifestado devido ao avançado do horário da audiência. Assim, mesmo sem responder às perguntas da sociedade civil, muitas audiências terminam devido à limitação do horário.

## 6. Conclusões

Este artigo procurou apresentar os mecanismos e espaços de participação presentes na Lei Orgânica do Município de São Paulo com destaque para uma análise do funcionamento e dos participantes das audiências públicas da Lei do Orçamento Anual na CMSP de 1990 a 2010.

Observa-se à conformidade das audiências públicas à LOMSP e ao regimento interno da CMSP. A Constituição Federal de 1988 estabelece-se como marco para a democracia participativa, mimetizado pela Lei Orgânica do Município de São Paulo, que institui as duas audiências públicas obrigatórias para discutir o orçamento junto à população. O Regimento Interno estabelece poucas normas sobre a realização das audiências públicas, não sendo específico, por exemplo, quanto à fala da sociedade civil. Fica claro, após que a falta de regras e normas em relação ao que é uma audiência pública, para o que serve, quem participa, e como deve ser conduzida deixa tais decisões a critério dos diferentes atores envolvidos (ex: presidente da CFO e relator da LOA). Como esses atores são providos de crenças e valores próprios, há variação na maneira como as audiências são conduzidas (ordem das falas, a agenda de audiências, com definição de horários e a forma como é divulgada), afetando o formato deste espaço participativo. Existe a obrigatoriedade de divulgar as audiências públicas em dois jornais de grande circulação, mas, é uma comunicação que atinge poucos cidadãos.

Quanto ao tema das audiências, observa-se que alguns geram maior mobilização da sociedade civil, como, por exemplo, saúde, educação, habitação, devido à forma como a sociedade civil vem-se mobilizando ao longo dos anos ao redor desses assuntos. Em relação ao tipo das audiências, a realização de reuniões técnicas, no início da década de 1990, mostra que estas tinham baixa participação da população, já que não eram

divulgadas e havia pequena ou nenhuma abertura à fala da população. Com a instituição das audiências regionais, observa-se um marco para o processo participativo na Câmara Municipal, que passa a atingir um maior número de participantes. Posteriormente, a realização do orçamento participativo em 2001 causa mudanças no formato das audiências públicas, que passam a ser um palco de grande exaltação desse tipo de iniciativa e de retomada e ratificação das decisões tomadas pelos cidadãos nas plenárias do OP.

Os membros da sociedade civil participam motivados para terem suas demandas incluídas no orçamento ou para participar na discussão de políticas públicas. A recorrência observada, ano a ano, de demandas que são feitas, incluídas no orçamento e que não são executadas devido ao remanejamento do orçamento diminui a credibilidade do processo e isso faz com que as pessoas deixem de participar, pois acreditam que não traz resultados. No caso daqueles que buscam discutir determinados projetos e políticas públicas, como, por exemplo, o Plano de Mobilidade Urbana, Plano de Metas ou o Programa de Alfabetização de Jovens e Adultos, estes também questionam a capacidade das audiências públicas como espaço de discussão e influência. Adicionalmente, observa-se que o parlamento, como instituição no Brasil, tem baixa credibilidade, o que faz com que a crise de credibilidade influencie ainda mais a participação nas audiências públicas do orçamento.

A linguagem própria do parlamento e do orçamento, o uso da tribuna, do microfone, de espaços imponentes como o Salão Nobre e o Plenário 1º de Maio (com a cruz dourada) imbuem as audiências de valores cognitivos e subjetivos. As audiências podem ser vistas como um teatro onde os atores dos diferentes subsistemas representam verdadeiros scripts. Essa variável está em linha com a teatralização da política, como Schwartzberg (1977) analisa, pois, de acordo com o autor, a política são as pessoas/personagens, e não mais as ideias. A cultura do espetáculo caracteriza-se pela simulação: representação enganosa da democracia e uma farsa da cultura de participação, em que o cidadão crê que participa e que é um ator do sistema político, quando, na verdade, não passa de um espectador. Essa realidade pode ser observada nas audiências públicas, pois a fala, quando consentida, é cedida por muito pouco tempo à sociedade civil que se manifesta e, por inúmeros motivos, suas observações não são levadas em consideração. Muitos dos entrevistados afirmam que as audiências são apenas para “cumprir tabela”, cumprir uma formalidade, mostrando que de fato há uma ilusão de participação, sendo o subsistema sociedade civil muito mais espectador da discussão entre os subsistemas legislativo e executivo do que ator, participe do processo orçamentário nas audiências públicas do orçamento.

Conclui-se que as audiências públicas e o processo de emendas à lei orçamentária constituem o espaço em que se materializa o clientelismo orçamentário (BRELÀZ, 2012). Este pode ser definido como a relação estabelecida entre cidadãos e alguns vereadores no processo de discussão do orçamento, no qual os cidadãos apresentam uma série de demandas e pedidos. Parte dessas demandas é transformada em emendas por alguns vereadores, privilegiando sua base eleitoral e as regiões onde atuam. Muitas dessas emendas são apresentadas pelos vereadores, mas não aprovadas de fato no orçamento (apesar de serem propagandeadas pelos parlamentares). E muitas, mesmo aprovadas, não são realizadas no ano seguinte, instalando-se um ciclo que se repete a cada ano. Observa-se um aumento da participação, mas não de uma participação que busca discutir as políticas públicas e a aplicação do orçamento, mas uma atuação clientelista, conduzida e tutelada pelo subsistema poder legislativo.

Este estudo gostaria de levantar quatro pontos centrais para a futura discussão da participação no processo orçamentário na Câmara Municipal. O primeiro deles refere-se a definir o que é uma audiência pública, a fim de não permitir que a mudança dos atores seja uma variável com tanta influência na dinâmica do processo. O segundo ponto é a necessidade de se trabalhar a questão da pedagogia da participação (PONTUAL, 1994), com cidadãos, membros do executivo, legislativo e burocratas. Contudo, a participação só poderá ocorrer de fato se forem dadas as condições para a sociedade participar, como, por exemplo, uma divulgação ampla da agenda de audiências públicas, realização das mesmas em horários e dias que permitam o comparecimento da população e uma capacitação em relação ao entendimento do orçamento da cidade.

Por último, com os avanços da tecnologia de informação e comunicação, a participação da sociedade civil na CMSP deve ser repensada a fim de permitir canais de diálogo que extrapolem a presença física na CMSP e que permitam aos cidadãos de uma cidade com as dimensões de São Paulo participar não apenas como telespectadores passivos do palco das audiências, mas como cidadãos ativos e com direito à fala, mesmo que à distância.

Esta pesquisa qualitativa procurou contribuir com o debate sobre participação da sociedade civil e representação e para o debate sobre a participação em um espaço pouco estudado, o poder legislativo, por meio de um olhar que buscou inovar em relação aos estudos já existentes.

## Referências

- ALVES, Mario A.; KOGA, Natalia. Brazilian nonprofit organizations and the new legal framework: an institutional perspective. *Brazilian Administration Review*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 68-83, July/Dec. 2006.
- AMICUS CURIAE. 2009. Disponível em: <<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/files/AmicusCuriaeConselhoRepresentantes.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2010.
- ANASTASIA, Fátima; NUNES, Felipe. A reforma da representação. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (Org.). *A reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 17-33.
- AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRELÀZ, Gabriela de. *O processo de institucionalização da participação na Câmara Municipal de São Paulo: uma análise das audiências públicas do orçamento (1990-2010)*. 2012. 314 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – EAESP, Fundação Getúlio Vargas, 2012.
- BRELÀZ, Gabriela de; ALVES, Mario Aquino. Deliberative democracy and advocacy: lessons from a comparative perspective. *Canadian Journal of Administrative Sciences*, n. 28, p. 202-216, 2011.
- BRELÀZ, Gabriela de; ALVES, Mario A. O processo de institucionalização da participação na Câmara Municipal de São Paulo: uma análise das audiências públicas do orçamento (1990-2010). *Revista de Administração Pública* (Impresso), v. 47, p. 803-826, 2013.

BURGOS, Cristiano de C. *O processo de participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas: a experiência da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados de 2001 a 2005*. 2007. 172 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Social e Trabalho) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

CALDERÓN, A. I. *Democracia local e participação popular*. São Paulo: Cortez, 2000.

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA. Cartilha de Orientação. 2. ed. São Paulo, 2006.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BOHAN, James; REGH, William (Org.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 407-437.

DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana (Org.). *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: Argos, 2007.

DAGNINO, Evelina. Civil society in Latin America. In: EDWARDS, Michael (Ed.). *The Oxford handbook of civil society*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 122-133.

DRYZEK, John S. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

EISENHARDT, Kathleen. Building theories from case study research. *Academy of Management Review*, v. 14, n. 4, p. 532-550, 1989.

FLEURY, Sonia. Iniciativa popular. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 94-98.

GOZZETO, Andrea. A quem interessa regulamentar o lobby? In: CONFERÊNCIA ABERJE DE RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS, 3., 2015, São Paulo.

GRIN, Eduardo J. *Caminhos e descaminhos das subprefeituras na cidade de São Paulo no Governo Marta Suplicy (2001-2004)*. 2011. 120 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press, 1996.

LAVALLE, Adrián; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova*, São Paulo, v. 67, p. 49-103, 2006.

LOUREIRO, Maria R. Interpretações contemporâneas da representação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, v. 1, p. 63-93, jan.-jun. 2009.

LÜCHMANN, Lígia H. H. A representação no interior das experiências de participação. *Lua Nova*, São Paulo, v. 70, p. 139-170, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Javerino, 1998.

MANCUSO, Wagner P. *O lobby da indústria no Congresso Nacional: empresariado e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: EDUSP, 2008.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.



NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera S. P.; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004. cap. 1, p. 21-40.

OLIVEIRA, Andréa C. J. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesse no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

PATEMAN, Carole. *Participation and democratic theory*. London: Cambridge University Press, 1970.

PITKIN, Hanna F. Representação: palavras, instituições e idéias. *Lua Nova*, São Paulo, v. 67, p. 15-47, 2006.

PONTUAL, Pedro. Por uma pedagogia da participação popular. In: VILLAS-BOAS, Renata (Org.). *Participação popular nos governos locais. Pólis*, São Paulo, v. 14, p. 63-68, 1994.

SANCHEZ, Felix R. O orçamento participativo em São Paulo (2001/2004): uma inovação democrática. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004. p. 409-470.

SÃO PAULO, 2009. <http://www.camara.sp.gov.br/institucional/historia-da-camara/>

SÃO PAULO (Município). Câmara Municipal de São Paulo. Fórum. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br/atividade-legislativa/foruns/>>. Acesso em: 14 maio 2016.

SÃO PAULO (Município). Câmara Municipal de São Paulo. *Frentes parlamentares instaladas*. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br/atividade-legislativa/frentes-parlamentares/>>. Acesso em: 14 maio 2016.

SÃO PAULO (Município). Câmara Municipal de São Paulo. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br/atividade-legislativa/regimento-interno/>>. Acesso em: 14 maio 2016.

SÃO PAULO (Município). Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 04 de abril de 1990. Publicada no Diário Oficial do Município em 06 de abril de 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.sp.gov.br/Lei-Organica/Lei-Organica.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SÃO PAULO (Município). Resolução n. 2 de 26 de abril de 1991. Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo. Disponível em: <[http://www.camara.sp.gov.br/central\\_de\\_arquivos/homepage/Regimento-Interno-2010-03-18.pdf](http://www.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/homepage/Regimento-Interno-2010-03-18.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2016.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gerard. *O Estado espetáculo*. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

TATAGIBA, Luciana. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004. p. 323-370.

URBINATI, Nadia. *Representative democracy: principles and genealogy*. Chicago: Chicago University Press, 2006.

WAMPLER, Brian. Instituições, associações e interesses no orçamento participativo de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: UNESP, 2004.

WHITAKER, Francisco. Iniciativa popular de lei: limites e alternativas. In: BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHE, Fábio; VANNUCHI, Paulo (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 182-200.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. São Paulo: Artemed, 2005.

YOUNG, Iris M. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, v. 67, p. 139-190, 2006.

# A importância do plano diretor e da legislação urbanística na resolução de questões referentes ao desenvolvimento urbano<sup>1</sup>

*José Antonio Aparecido Junior*  
Procurador do Município de São Paulo

**Sumário:** 1. Apresentação e considerações sobre o Recurso Extraordinário n. 607.940-DF; 2. O plano diretor como diploma de referência da legislação urbanística municipal; 3. A legislação urbanística e a regulação do meio ambiente urbano; 4. Gestão democrática das cidades; 5. Controle da Administração Pública, desenvolvimento dos instrumentos urbanísticos e considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1. Apresentação e considerações sobre o Recurso Extraordinário n. 607.940-DF

Vou contar a história desde o início: o então governador do Distrito Federal (o Distrito Federal tem tido muita sorte com seus governadores), Joaquim Roriz, resolveu ajudar o pessoal que estava construindo junto ao lago Paranoá em desacordo com o Plano Diretor de Brasília. A proposta da lei, interessante notar, não foi regular o problema de habitação ou a questão urbanística que ocorre em Ceilândia ou Taguatinga, cidades-satélites da Capital Federal, mas, sim, cuidar do problema das mansões construídas ao redor do lago Paranoá, em loteamentos e edificações muitas vezes irregulares – e quando digo cuidar do problema não falo que a lei versou sobre a necessária preservação ambiental do lago, que fique bem claro. Bem, para tratar esta “importante questão social”, foi editada a Lei Complementar Distrital n. 710/2005. A lei fala que é possível estabelecer, em Brasília, planos de urbanização que independem da observância do Plano Diretor da cidade.

A coisa fica assim: o Plano Piloto de Brasília é Patrimônio da Humanidade, e foi editada lei que atesta que a legislação urbanística não precisa obedecer ao plano diretor que contempla – e evidentemente protege – este Plano Piloto. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios propôs uma ação direta de inconstitucionalidade, que foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Foi interposto, então, Recurso Extraordinário contra essa decisão, o RE 607.940-DF, para o qual foi reconhecida a repercussão geral, por decisão do então Ministro Ayres Brito. O tema em questão é justamente o reconhecimento do plano diretor como norma de referência para a legislação urbanística dos municípios. Olhem que interessante: nós temos o art. 182 da Constituição Federal, que determina expressamente isso em seu § 1º – que o

---

<sup>1</sup> Tema apresentado no painel “Direito ao meio ambiente equilibrado e direito ao desenvolvimento” do curso “Discutindo o Direito Urbanístico a partir de casos complexos”, promovido pela Escola Paulista da Magistratura nos dias 13 e 14 de maio de 2015.

plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, e o recurso extraordinário discute exatamente isso<sup>2</sup>.

## 2. O plano diretor como diploma de referência da legislação urbanística municipal

Se a questão é tão óbvia, qual o problema? O problema é que o plano diretor, a despeito de haver determinação constitucional de que é o índice de aferição da função social da propriedade, é o diploma legal que faz valer a função social da propriedade no Município (tudo isso quem diz é a Constituição Federal), ele é uma lei, uma lei municipal (ou, claro, distrital, como ocorre no Distrito Federal). Ele é lei municipal específica, com matéria dedicada pela Constituição Federal e pelas constituições estaduais (inclusive, a meu ver, ela tem uma reserva que permite tratar de direito urbanístico, tem esta condição exclusiva, o que faria revogar disposições divergentes até mesmo da lei orgânica do Município)<sup>3</sup>, que se coloca como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, e dele advém normatizações, não raro novas leis que preveem ordenamentos urbanísticos dele derivados.

<sup>2</sup> O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu o tema como de repercussão geral em decisão publicada no DJU de 08/06/2011. A ementa da decisão é a seguinte: CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE PROJETOS URBANÍSTICOS OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DOS MUNICÍPIOS. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à obrigatoriedade do plano diretor como instrumento da política de ordenamento urbano." A questão processual é assim ementada: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 182, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de seguir o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, a fim de se definir a constitucionalidade, ou não, da Lei Complementar Distrital nº 710/2005, que dispõe sobre Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU, para fins de estabelecimento de condomínios fechados, de forma isolada e desvinculada do plano diretor". Em medida cautelar decidida neste feito, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão já paradigmático, assim se manifestou: "QUESTÃO DE ORDEM NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.383 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. AYRES BRITTO. REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. LÍMINAR QUE CONFERIU EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REFERENDO DA TURMA. INCISOS IV E V DO ART. 21 DO RI/STF. PLANO DIRETOR: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO E DE EXPANSÃO URBANA DAS CIDADES COM MAIS DE VINTE MIL HABITANTES. LEI QUE PERMITE A CRIAÇÃO DE PROJETOS URBANÍSTICOS DE FORMA DESVINCULADA DO PLANO DIRETOR. POSSÍVEL OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A Carta Magna impôs a concretização da política de desenvolvimento e de expansão urbana das cidades com mais de vinte mil habitantes por meio de um instrumento específico: o plano diretor (§ 1º do art. 182). Plausibilidade da alegação de que a Lei Complementar distrital 710/05, ao permitir a criação de projetos urbanísticos "de forma isolada e desvinculada" do plano diretor, violou diretamente a Constituição Republicana. Perigo da demora na prestação jurisdicional que reside na irreversibilidade dos danos que decorrerão do registro de áreas, para fins de parcelamento, com base na mencionada lei. Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva do efeito suspensivo ao apelo extremo."

<sup>3</sup> De uma maneira um pouco mais refletida: a Constituição Federal, em seu art. 29, assevera que o ente federativo Município reger-se-á por lei orgânica, que atenderá aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na do seu Estado, sendo garantida sua autonomia pelo art. 34, VII, "c" da Carta Magna. Dispõe tal ente, portanto, de capacidade de auto-organização, capacidade de autogoverno, capacidade normativa própria e capacidade de autoadministração. A despeito de sua relevância, a lei orgânica do Município não é formalmente equiparável a uma constituição. Eventuais disposições de leis municipais que discrepem de seu texto não podem ser objeto de sindicância via controle abstrato de conteúdo, limitando-se o controle de validade de tais normas realizado tão somente em sede formal: será ilegal o diploma que promoveu alteração da lei orgânica sem que tenha seguido formalmente o procedimento de alteração nela previsto, assim como será ilegal o diploma que, ainda que não tenha promovido formal alteração da lei orgânica, dispôs de maneira diversa acerca de matéria nela disciplinada. Tal controle, contudo, será realizado incidentalmente. É importante destacar que a lei orgânica, que formalmente deverá conter as disposições previstas no art. 29 da Constituição Federal, tem campo precípua de atuação em matéria de organização do Município. Tais matérias, se não exclusivas da lei orgânica no ordenamento municipal, deverão, sem dúvida alguma, atender às suas disposições. O Município ainda detém competências outras previstas no texto da Constituição Federal, especialmente as dispostas no art. 30 (competências materiais), devendo tais ser interpretadas e balizadas tendo em vista o poder-dever do Município de regular assuntos de predominante interesse local. Uma destas competências, como já asseverado, é a de editar a lei do Plano Diretor. A lei do Plano

Toda legislação urbanística municipal tem de ter como referência material o plano diretor, que é o veículo principal do planejamento urbano na cidade. Pois bem, o plano diretor, formalmente veiculado por lei, é importante, tem de ser referência. O problema é que no nosso sistema jurídico não se admite a inconstitucionalidade reflexa, e uma lei que é evidentemente aberrante, contrária ao plano diretor, ainda que malfira o planejamento solene, formal da elaboração do plano diretor, diploma fundamental de ordenamento urbanístico do Município, não pode ser contrastada via controle concentrado, via ação direta de inconstitucionalidade.

Isso gera uma situação muito pitoresca. O plano diretor, elaborado em um processo de ampla participação, extremamente solene, planeja a cidade, nos termos do Estatuto da Cidade, por 10 anos (é o prazo máximo, mas ninguém se anima a ter tanto trabalho em menos tempo), e em tese nada impediria outra lei, que eventualmente não cumprisse qualquer destas formalidades, vir e laborar em desacordo com este planejamento. Vejam: não que o planejamento urbanístico previsto no plano diretor seja intocável – aliás, é da característica do planejamento urbanístico esta mutabilidade. O que não pode acontecer, ao menos a meu ver, é que este planejamento seja contrariado pontualmente, em alterações legislativas que não reconheçam a necessidade de o desenvolvimento urbano ser coordenado e coerente.<sup>4</sup> Só para informar, o julgamento deste processo está em andamento, e já temos quatro votos contrários à

---

Diretor é materialmente extravagante à lei orgânica, uma vez que veicula normatização que não compete a este diploma legal. Com efeito, a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que, em seu art. 30, inc. VIII, atesta caber ao Município promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, elege este específico diploma legal para veicular as exigências fundamentais de ordenação da cidade, essenciais à caracterização da função social da propriedade em solo urbano e definidoras da política de desenvolvimento do Município. Corroboram esta tese as disposições da lei geral editada pela União em matéria de direito urbanístico, o já Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/01). Nesta, o Plano Diretor é apresentado como o instrumento que assegurará “o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”, sendo ainda o vetor de implantação das diretrizes gerais de política urbana que veicula (art. 39). É criada, assim, uma espécie de reserva material de lei para este diploma normativo no tocante às competências municipais, sendo certo que a lei a ser editada veiculará o plano de atuação do Poder Público em sua política de desenvolvimento urbano. Tal argumentação não pretende afastar a condição da lei orgânica do Município como referência de validade de legislação municipal ordinária. Tal status, que, como visto, foi concedido expressamente pelo constituinte originário, é confirmado pelas disposições constitucionais que regem seu processo de elaboração (e, conseqüentemente, de alteração): votação em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e quorum de aprovação de dois terços dos membros da Câmara Municipal. O que se pretende afirmar é que o encargo constitucionalmente imputado de diploma normativo que tem por escopo veicular a política de desenvolvimento urbano do Município alça a lei do Plano Diretor a uma especial condição: em razão de sua função e por deter a especial característica de significar uma política de planejamento urbanístico positivada em lei, a proteção do sistema jurídico a seus dispositivos vai além do cotejo meramente formal. Ao contrário da lei orgânica, essencialmente estruturadora do ente municipal, a lei do Plano Diretor veicula um plano urbanístico, isto é, o registro do conjunto consolidado de medidas que visam a objetivos determinados e fins pretendidos em termos de desenvolvimento urbano. De fato, ainda que não haja qualquer impedimento a que a lei orgânica ou leis especiais disponham sobre regramento de ordenação urbanística da cidade, parece ser estreme de dúvida que tais diplomas deverão observar as disposições do planejamento urbanístico veiculadas por intermédio da lei do Plano Diretor, isto é, a reserva material de legislação urbanística atribuída à lei do Plano Diretor faz com que disposições sobre tal matéria presentes na lei orgânica ou em leis especiais devam ser consonantes às disposições àquele diploma legal. De fato, se lógica e cronologicamente a lei orgânica é anterior ao Plano Diretor (a lei orgânica “inaugura” a ordem jurídica municipal), qualquer disposição de seu texto, que represente contradição com o planejamento urbanístico positivado por aquele diploma, confeccionado nos termos previstos no Estatuto da Cidade e sob a égide da ampla participação popular, deverá ser considerada revogada – e, com maior razão, tal conclusão se aplica a leis urbanísticas especiais ou extravagantes antes dele editadas.

<sup>4</sup> Outra observação importante: não raro leis derivadas do plano diretor (como leis de operação urbana, por exemplo) alteram parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo nele previstos. Tais alterações, contudo, são realizadas para dar aplicação do plano diretor (as leis de operação urbana, para permanecer no mesmo exemplo, tem de estar previstas no plano diretor), são coerentes com o planejamento urbanístico fundamental da cidade. Situação distinta, como apontado, são as leis pontuais que simplesmente contrariem este planejamento.

tese (Ministros Teori Zavascki (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber), com um único voto favorável, do Min. Marco Aurélio.

### 3. A legislação urbanística e a regulação do meio ambiente urbano

Todo esse introito serve para dizer que no julgado trazido para nossa discussão, referente ao Município de Guarulhos, eu senti muita falta da referência a esta norma, ao plano diretor, a norma de referência do direito urbanístico municipal. É evidente que o meio ambiente tem de ser protegido, este é um pressuposto de atuação do Poder Público e não há como atuar de forma descasada deste ponto, mas tendo em vista estas funções que a Constituição Federal atribui ao plano diretor, à ordem urbanística, sob toda a normatização que vem estruturada pelo Estatuto da Cidade, bem como considerando os princípios e instrumentos de direito urbanístico, eu senti falta desta abordagem. Eu não acho que seja razoável ou possível analisar uma questão como a trazida, de tamanha amplitude e impacto no território urbano de um Município, sem referir o plano diretor, sem abordar como o Município regulamentou o tema nesta sua lei.

Quando foi elaborado o Plano Diretor de Guarulhos, certamente esta área foi diagnosticada como de preservação ou conservação, e tal informação certamente foi registrada naquele diploma legal – parte relevante do planejamento urbanístico é de diagnose, de análise das condições geográficas do sítio a ser planejado. É fato, ainda, que nós não temos essa informação no problema, não sabemos o que aconteceu, e isso está faltando na análise do caso como foi trazido.

No caso analisado, o empreendedor obteve as licenças urbanísticas, o que indica que provavelmente ele tinha condições, em tese, previstas pelas leis municipais para edificar nos termos em que pleiteou – sempre lembrando que, hoje em dia, em tese, é possível denegar licenças de edificações ou empreendimentos em razão do impacto urbanístico, tendo por base a teoria da propriedade urbanística. No caso analisado, o empreendedor também detinha todas as licenças ambientais emitidas pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – a CETESB, e, a despeito de ter todas as licenças, ele sofreu a ação.

Quero destacar que não é possível dizer que a decisão seria diferente se fosse usado o repertório do direito urbanístico. O que deve ser salientado, contudo, é que nós temos em mãos um manancial (com o perdão da expressão) de instrumentos, de institutos que tem por objeto específico regular a vida na cidade, e não podemos desprezar isto na análise jurídica de casos que envolvem o meio ambiente urbano. Nós temos de começar a utilizar esses instrumentos, até mesmo para evoluir em sua conceituação e desenvolvê-los para sua aplicação.<sup>5</sup> O município de Guarulhos, e se alguém for de lá me perdoe, só estou relatando um fato, urbanisticamente tem muitos problemas. Era uma cidade relativamente pequena, ainda que pertencente à região metropolitana de São Paulo, e então foi construído o aeroporto internacional. Com isso, a cidade explodiu demograficamente, e hoje é, em sua maior parte, irregular, com o crescimento explosivo

---

<sup>5</sup> O desenvolvimento dos instrumentos urbanísticos caminha *pari passu* com o desenvolvimento dos métodos de planejamento urbano. Em verdade, hoje é essencial que o planejamento urbanístico seja realizado conjuntamente com a análise econômica das medidas propostas pelo plano, e com a elaboração dos instrumentos urbanísticos suficientes a implantar o plano no custo estimado. Este tripé – urbanístico/econômico/jurídico – é que permitirá que o desenvolvimento urbano de fato possa ocorrer nos termos idealizados. Quanto mais específico o planejamento urbanístico (por exemplo, o realizado em um plano de operação urbana consorciada), mais aderente às transformações desejadas será o estudo econômico e mais “taylor-made” serão os instrumentos urbanísticos destinados à transformação ou requalificação do território.

tendo acontecido sem qualquer planejamento, sem que o Poder Público tivesse qualquer condição de ordenar o desenvolvimento urbano.

A opção por escolher um caso no município de Guarulhos, então, é até uma provocação interessante, pois chega um momento em que a política de desenvolvimento urbano tem de ponderar a interface entre a legislação urbanística e a legislação ambiental – não se trata, repita-se, de esquecer a normatização ambiental, mas a cidade tem de se organizar, e para isso utilizar os instrumentos que a legislação urbanística dispõe. Nós não podemos abandonar a mediação da legislação urbanística para resolver as questões de direito urbanístico – os princípios constitucionais do meio ambiente são aplicáveis, mas é preciso lembrar que o art. 182 é princípio constitucional estabelecido,<sup>6</sup> todas as constituições estaduais repetem este dispositivo, de uma maneira ou de outra, o que mostra que o País deseja que o ordenamento jurídico urbanístico se desenvolva com base nesta proposta estruturadora. Então, o recado final acaba sendo o seguinte: precisamos olhar para o meio ambiente e atentar aos princípios ambientais, mas precisamos também olhar para o meio ambiente urbano de acordo com os institutos e instrumentos pertinentes ao direito urbanístico, o que garante, além de uma aderência maior ao tema tratado, que estes instrumentos e institutos sejam burilados, descobertos em sua essência. O direito urbanístico está acontecendo agora, está em evolução, e com suas características de gestão democrática e participação popular, ele depende do dia a dia para ser revelado. A descoberta do real significado do direito urbanístico compete a nós.

#### 4. Gestão democrática das cidades

No tocante à licença concedida pela Prefeitura de Guarulhos - lembrando que nós não temos os dados que levaram à concessão da licença -, e a responsabilidade da Administração Pública que emite esta autorização, vou explicar mais detalhadamente. Guarulhos é hoje a 12ª cidade em população do país e comemorou, há pouco tempo, a instalação de sua primeira estação de tratamento de esgoto... Basicamente, mais de um milhão de pessoas residem no município, que tem muitas indústrias, e somente agora parte de seu esgoto não será jogada diretamente no rio Tietê. Isso só confirma que a situação ambiental do Brasil, especialmente nas grandes cidades, é realmente catastrófica, e todo trabalho para melhorar é necessário, e isto inclui a implantação de infraestruturas que permitam mitigar o problema, a elaboração de legislação rigorosa e, isto é importante, uma das providências a adotar é trazer a população, os interessados, ao debate sobre o tema – devemos lembrar que a gestão democrática das cidades não é mais opção de quem administra, e sim dever imposto pelo Estatuto da Cidade,<sup>7</sup> e é imprescindível trazer a população para discutir, para ajudar a evoluir para a solução destes problemas.

<sup>6</sup> Lembre-se que o art. 225 da Constituição Federal também é princípio constitucional estabelecido, repetido, também com algumas peculiaridades de redação, nas constituições estaduais. A linha de argumentação desenvolvida neste ponto pretendeu tão somente destacar que é preciso aplicar a normatização de direito urbanístico, e não a de que se deve afastar a normatização ambiental – não se aplica uma ou outra normatização, mas ambas, de forma harmônica, conformando-se o que Engisch denomina de “hipótese legal” aplicável ao caso concreto (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.).

<sup>7</sup> Na Lei n. 10.257/01: Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [...] Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes 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

A gestão democrática promove, ainda, o cada vez mais relevante controle social da Administração Pública. Com o perdão da brincadeira, eu me lembro, toda vez que tenho a alegria de comparecer a eventos como este, do filme *Feitiço do Tempo*. Naquele filme, o protagonista chutava a casa da marmota e, como castigo, todos os dias acordava no mesmo dia. Então, cada vez que temos esta discussão, vem ao debate a responsabilidade da Prefeitura, de como a Administração Municipal trabalha mal e lentamente. Bem, é inegável que a Prefeitura tem sua responsabilidade, e ninguém vai dizer o contrário – é preciso ponderar, contudo, que a Prefeitura, assim como o Judiciário e o Ministério Público, tem problemas estruturais, de carência de servidores e de meios de atuação. Isso é um dado do problema, bem como devem ser assim considerados (e também combatidos) os desvios de conduta e a incompetência. Há também o problema da quebra de continuidade do trabalho por acabar a gestão, o que é especialmente impactante no planejamento, inclusive o urbanístico – por isso, é importante que o plano diretor tenha sido estruturado com bases verdadeiras, e represente um horizonte de desenvolvimento urbano realista, com possibilidades efetivas de implementação. Quanto maior a aderência do planejamento urbanístico à realidade, maior a possibilidade de que este planejamento seja exigido pela população, independentemente de quem seja o governante atualmente eleito.

## 5. Controle da Administração Pública, desenvolvimento dos instrumentos urbanísticos e considerações finais

Especificamente falando sobre o controle da Administração, não há dúvida que este processo – o licenciamento urbanístico – tem como elemento intrínseco a participação dos interessados. Ocorre que não podemos esquecer que a cidade é multipolar – não há só o mercado e os movimentos de moradia, há inúmeros interessados –, e estas relações são levadas para a Administração Pública, que tem de ponderar estes interesses e revelar o interesse público preponderante. Não é tarefa fácil, e nem há uma fórmula mágica que garanta que sempre será tomada a melhor decisão, mas o que é importante é que a Administração publicize seus procedimentos, procedimentalize seus processos e fundamente suas decisões – a soma destes elementos diminui a possibilidade de decisões que

---

urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; V – (VETADO). Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III 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. Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

A gestão democrática das cidades positivada no Estatuto da Cidade promove a participação dos interessados em todos os processos decisórios de caráter relevante na política de desenvolvimento urbano do Município, sem que tenha, e isso é importante destacar, o condão de substituir o dever de decidir e conduzir processos da Administração Pública. É importante, também, falar em “participação de interessados” ao invés do consagrado uso “participação popular”: a uma, porque usar a expressão “participação popular” esconde o real espectro de agentes que comparecem à arena pública no processo de gestão democrática das cidades (população, grupos de pressão, empresários, entidades de classe etc.); a duas, porque “participação de interessados” revela outro aspecto deste procedimento, negligenciado pela maioria da doutrina: é preciso dar voz aos que efetivamente não participam. É usual que entidades organizadas assumam o controle de processos de gestão democrática, elidindo a participação de particulares que se apresentam fora destes grupos – é necessário que a Administração Pública pondere esta realidade, e que tome suas decisões de forma isonômica e razoável.



desatendam ao interesse público. É claro que mesmo dentro desse processo há muitas facetas, que têm de ser ponderadas – por exemplo, tenho um amigo que assevera que as audiências públicas podem ser o cavalo de Troia da Administração Pública: pode haver interesses cooptados, a pauta pode ser direcionada, e o resultado destas condições cria uma política pública falsamente legitimada pela sociedade. A participação popular, melhor dizendo, a participação dos interessados, tem de ser trabalhada, e novos meios de obtenção das informações participativas têm de ser criados. Não há mais planejamento urbanístico sem gestão democrática, e o aprimoramento dos mecanismos de participação é fundamental.

No tocante aos instrumentos, também temos de evoluir. Por exemplo, existe o Estudo de Impacto de Vizinhança. É um instrumento que, hoje, no município de São Paulo, é utilizado, e que funciona de maneira adequada de acordo com a normatização pela qual é regido.<sup>8</sup> Esse instrumento deve ser aprimorado com a nova lei do parcelamento, uso e ocupação do solo,<sup>9</sup> e a edição dos novos planos regionais, que talvez possibilitem entender as áreas de adensamento construtivo, de impacto urbanístico concentrado, nas quais a repetição de empreendimentos semelhantes acaba por sobrecarregar o espaço urbano – parece ser inquestionável que deve haver um instrumento que possibilite o controle sobre este tipo de empreendimentos, e parece que o Estudo de Impacto de Vizinhança é o mais adequado a esta tarefa. Isso tem como pressuposto a necessidade de controlar efetivamente o desenvolvimento urbano – se existem as ilhas de calor e os locais de engarrafamento “com hora marcada”, por exemplo, temos de pensar como faremos para desenvolver a cidade sem que estes problemas ocorram – desenvolver o direito urbanístico também é isso, é cogitar como podem ser criados novos mecanismos, ou como adaptar os mecanismos já existentes, para o bem da cidade como um todo.

<sup>8</sup> O termo “adequado”, evidentemente, refere-se muito mais ao aspecto formal. As consequências da falta de instrumentação jurídica que permita o controle de impactos urbanísticos cumulativos parece ser evidente.

<sup>9</sup> A palestra ora reproduzida foi realizada antes da edição da Lei n. 16.402, de 16 de março de 2016 (a nova Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo do Município de São Paulo), com alguns avanços neste ponto. Por exemplo, em seu art. 108, este diploma estabelece que a elaboração do EIV/RIV para Operações Urbanas Consorciadas não dispensará a elaboração de EIV/RIV para empreendimento inserido no perímetro da respectiva Operação Urbana Consorciada (§ 3º), bem como estabelece que a elaboração do EIV/RIV deverá englobar a elaboração do Estudo de Impacto de Trânsito e Transportes (EITT) e respectivo Relatório de Impacto de Trânsito e Transportes (RITT), nos casos de empreendimentos que também sejam enquadrados em Polos Geradores de Tráfego (PGT) (§ 4º).

## Referências bibliográficas

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Do solo criado* – outorga onerosa do direito de construir: instrumento de tributação para ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. *Propriedade urbanística e edificabilidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, v. 191-A, 5 out. 1988. p. 1.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. *Diário Oficial Eletrônico*, 11 jul. 2001. p. 01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 607.940 - Distrito Federal, Relator Min. TEORI ZAVASCKI.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Manole: São Paulo, 2004.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEDAUAR, Odete; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Estatuto da Cidade* – comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

# A propriedade urbanística e as licenças ambientais e urbanísticas<sup>1</sup>

*José Antonio Aparecido Junior*  
Procurador do Município de São Paulo

**Sumário:** 1. Apresentação: direito urbanístico, o fato social e a importância de discutir casos concretos; 2. Propriedade urbanística e a não inerência do direito de construir à propriedade; 3. Direito de construir e direito de protocolo; 4. Vinculação da licença urbanística e legalidade na Administração Pública; 5. Impactos urbanísticos cumulativos e considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1. Apresentação: direito urbanístico, o fato social e a importância de discutir casos concretos

A existência de um evento para discutir o direito urbanístico baseado em casos concretos, que referem a efetiva aplicação do direito urbanístico, é uma ocasião muito rara – o que temos em eventos realizados sobre o tema, na literatura de direito urbanístico em geral, e mesmo o que se ensina na academia, é o direito urbanístico tratado no nível principiológico, centrado na revelação de seus grandes institutos e nos lineamentos gerais de seus mais importantes instrumentos.<sup>2</sup>

Embora esse conhecimento seja imprescindível (e a exemplo do que acontece com a maioria das questões jurídicas, diga-se), somente quando há um trabalho prático, de aplicação do direito urbanístico, é que as questões mais relevantes e intrincadas se apresentam. E é em sua aplicação que temos condição de compreender como este é um direito que pretende regular um objeto eminentemente conflituoso, que lida com interesses múltiplos havidos na cidade – interesses estes em sua maioria legítimos, o que torna a construção das soluções jurídicas para os casos concretos muitas vezes extremamente dificultosa. Mais que isso: nós temos na cidade tantos interesses que se contrapõem e se complementam, que a construção do direito urbanístico se identifica com a própria discussão sobre o desenvolvimento da cidade<sup>3</sup>. O direito urbanístico é

<sup>1</sup> Tema apresentado no painel “Licenças Ambientais e Urbanísticas – efeitos cumulativos e o que fazer com a construção irregular” do curso “Discutindo o Direito Urbanístico a partir de casos complexos”, promovido pela Escola Paulista da Magistratura nos dias 13 e 14 de maio de 2015.

<sup>2</sup> Talvez a mais importante obra de direito urbanístico existente no Brasil seja o livro “Direito Urbanístico Brasileiro”, do Professor José Afonso da Silva, da Universidade de São Paulo (atualmente em sua sétima edição). O livro estabelece o campo científico de estudo do direito urbanístico no País, e estrutura um método eficaz para sua compreensão.

<sup>3</sup> O princípio da Gestão Democrática das Cidades é muito importante para o direito urbanístico, sendo diretriz do Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), que impõe verdadeiro modelo de governança à ordem jurídica urbanística. O texto do Estatuto da Cidade reconhece a multipolaridade de interesses legítimos no ambiente urbano, e relaciona a gestão democrática à participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Isso delimita perfeitamente o instituto em termos de direito urbanístico, especialmente porque o Capítulo IV daquele diploma legal trata de veicular as

um direito novo, fortemente influenciado pela faceta da consensualidade na Administração<sup>4</sup>, desde o momento em que é idealizado, desde que se propõe o planejamento urbanístico até o momento de sua implantação. Este é um direito elaborado a partir da realidade, não é um direito do gabinete, idealizado a partir de conceitos meramente formais. Para a construção e aplicação do direito urbanístico é muito importante o fato social, a realidade que se pretende regular por seus dispositivos – fala-se até em um princípio deste ramo do direito que expõe tal condição, o da “coesão dinâmica das normas urbanísticas<sup>5</sup>”.

É evidente que tal condição – a relevância da realidade fática para a construção das normas jurídicas urbanísticas – não afasta a importância da mediação legal para a solução das questões jurídicas referentes à aplicação desse direito. Ao contrário, tal só confirma a relevância das disposições do ordenamento jurídico, uma vez que é a partir da lei (em sentido amplo) que os atores que participam da arena urbana poderão, de forma eficiente, realizar seus pleitos e promover o controle social do planejamento urbanístico e da aplicação da legislação urbanística. Discutir os casos concretos de direito urbanístico, deste modo, auxilia na inteligência de todo este processo de construção da solução jurídica legalmente possível e urbanisticamente mais adequada ao caso concreto.

## 2. Propriedade urbanística e a não inerência do direito de construir à propriedade

Bem, vou seguir a proposta de encaminhamento feita pelo Dr. Alexandre, e inicio minha fala debatendo a primeira pergunta, que já é absolutamente provocadora: o direito de construir é inerente à propriedade<sup>6</sup>? O verbo não está errado: o que proponho

---

maneiras pelas quais esta participação dos interessados se dará, denominando-os “instrumentos”. A lei fala de órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. A par da participação construtiva de consensos nos processos decisórios da Administração Pública, também integra a gestão democrática a atuação dos interessados provocando o controle interno e externo dos atos do Poder Público, de modo a tentar obrigar a correção de decisões já adotadas ou em fase de construção. Essa realidade é tanto mais presente quanto menor o diálogo estabelecido entre a Administração Pública e a sociedade – a consensualidade tende a diminuir a litigiosidade e, portanto, o acionamento dos órgãos de controle.

<sup>4</sup> A consensualidade é modo de atuação estatal que reconhece que a simples imposição de vontade por parte do Estado, sem a oitiva e o diálogo com os interessados, significaria, em última análise, fulminar de forma irrazoável parcelas de interesse público, a que tem por função primordial promover. Com efeito, ainda que ouvidas e ponderadas as razões e argumentos daqueles que serão influenciados pelo ato administrativo, haverá, com a final decisão administrativa, malferimento de determinados interesses – o que ocorre é que a busca da consensualidade, baseada em procedimentos formais e abertos de participação e interação, revelará de maneira mais adequada o interesse público a ser tutelado, mesmo que em detrimento de outros que legitimamente se apresentem à apreciação na arena de debates.

A consensualidade na Administração Pública revela-se um método alternativo de procedimento administrativo, tendente a maximizar a eficiência no exercício de suas funções. Tal constatação equivale a dizer que não adotar a consensualidade gerará, em maior ou menor grau a depender do tema tratado em concreto, prejuízos à Administração e aos administrados – em outras palavras, parece ser defeso ao corpo administrativo não atuar consensualmente nas hipóteses em que este modo de agir se mostrar evidentemente mais útil aos fins colimados ao Poder Público. Tal conclusão é altamente impactante no campo de atuação dos agentes públicos e particulares envolvidos na formação e aplicação da política de desenvolvimento urbano, e é o substrato material da diretriz da gestão democrática das cidades.

<sup>5</sup> O princípio da coesão dinâmica das normas de direito urbanístico informa que as normas de direito urbanístico têm de ser compreendidas, tendo em vista tanto a realidade transformada quanto a transformar, isto é, a hipótese legal (Engisch) da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto tem de considerar o significado do comando normativo dentro do plano urbanístico, e tendo em vista os objetivos já alcançados e a alcançar pelo plano.

<sup>6</sup> A inerência do direito de construir à propriedade advém da visão clássica do instituto. Para tal linha de entendimento, a propriedade contém um feixe de direitos incontrastáveis (usar, gozar, fruir e reivindicar), condição esta advinda da necessidade de a legislação proteger o patrimônio privado como meio da preservação da paz social. Desse modo, a propriedade imobiliária

agora é o debate sobre este tema, uma vez que a resposta a esta indagação está longe de ser algo já pacificado. Nesta linha de ideias, eu me proponho a percorrer um caminho que, de alguma forma, consiga ilustrar satisfatoriamente tanto o meu ponto de vista como as objeções a tal visão ainda existentes.

Pois bem. A Constituição Federal garante tanto a propriedade quanto a sua função social. Não há mais propriedade sem função social, ela é integrada por este elemento, não é algo externo ao instituto – a propriedade é conformada pela função social. E como pode ser aferido o cumprimento da função social da propriedade? A Constituição Federal diz, de maneira expressa, no art. 182: para saber se a função social da propriedade urbana naquela cidade é cumprida, o parâmetro normativo formal a observar é o plano diretor<sup>7,8</sup>. Parece, felizmente, que as pessoas em geral, e em especial os aplicadores do Direito, estão começando a se dar conta de que esta lei, a lei do plano diretor, representa a consolidação solene de um sistema de planejamento urbanístico estruturado a partir da Constituição Federal.

Vamos dar um passo atrás. Outra coisa determinada pela Constituição Federal foi a elaboração de uma norma geral de direito urbanístico,<sup>9</sup> e veio o Estatuto da Cidade – imagino que aqui todos saibam disso, e não vou me alongar neste ponto. O Estatuto da Cidade tem as diretrizes de política urbana que, na minha opinião, não se confundem com princípios. Estas, as diretrizes de política urbana, são normas obrigatoriamente aplicáveis na hipótese concreta em que se apresenta a condição de sua incidência – os princípios são ponderáveis, afastáveis.<sup>10</sup> A construção da política de desenvolvimento

tem garantida a possibilidade de edificação, podendo os regulamentos urbanísticos somente condicionar este direito (quantidade, modo etc.). A teoria da imanência do direito de construir da propriedade é afastada pela noção de conformação da propriedade urbana pela legislação urbanística. Neste caso, a função social da propriedade (obrigatória nos termos constitucionais) pode indicar até mesmo a impossibilidade de edificação no lote urbano. O tema é desenvolvido a seguir.

<sup>7</sup> Na Constituição Federal: 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: XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...] 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: III – função social da propriedade; [...] 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>8</sup> Sobre o tema, nosso “Plano Diretor como parâmetro de aferição de validade material das leis urbanísticas municipais”, publicado na Revista dos Tribunais (São Paulo, impresso), v. 2, n. 5/6, p. 71-96, 2014. A dificuldade, que não cabe abordar neste estudo, é como de fato realizar o controle da compatibilidade da legislação urbanística municipal com este diploma legal, especialmente em seu caráter abstrato.

<sup>9</sup> Na Constituição Federal: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

<sup>10</sup> Tampouco as diretrizes de política urbana (ou diretrizes urbanísticas) são perfeitamente classificáveis como regras jurídicas, ao menos no sentido estrito exposto por Dworkin. Segundo o autor, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.). As diretrizes urbanísticas geralmente representam juízos de valor, extraídos do diagnóstico do território a transformar – dizem respeito ao que é bom ou ruim para o desenvolvimento urbano mais se aproximando do conceito de “policies” do mesmo Dworkin, isto é, “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)” (DWORKIN, op. cit., p. 36). A necessidade de ampla valoração do significado da diretriz urbanística acaba aproximando seu conceito do de princípio jurídico, sem que, como afirmado, ela possa ser ponderada e afastada de acordo com a interpretação da norma.

urbano de cada município tem de considerar as diretrizes de política urbana previstas nessa lei federal, que revelam o que parece ser a principal função do Estatuto da Cidade: ser uma cartilha para a elaboração da lei do plano diretor pelos diversos municípios brasileiros, que de fato se encontram nos mais variados níveis de reflexão sobre as suas questões urbanísticas e de elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano.<sup>11</sup> Ela, a lei do plano diretor, obedecendo as diretrizes de política urbana do Estatuto da Cidade, tem uma tarefa muito especial: distribuir potencial construtivo pelo sítio urbano.<sup>12</sup> Nesta linha de ideias, diga-se, o plano diretor de São Paulo traz uma disposição de fundamental importância: o potencial construtivo adicional é bem dominical de propriedade da Prefeitura Municipal, com funções urbanísticas e socioambientais.<sup>13</sup> Embora tal disposição, em tese, somente explicitamente algo já estruturado pelo ordenamento jurídico-urbanístico nacional, é algo de fundamental importância como enunciação expressa, em texto positivo da lei do plano diretor da maior cidade do país, desta condição jurídica deste bem – evidencia-se que este é um tema a ser observado e trabalhado.

Retornando, a realidade que a legislação paulistana explicitou e que, ainda que implicitamente, é presente em todos os municípios brasileiros, é a de que a distribuição das propriedades construtivas pelo sítio urbano é dada pela lei do plano diretor, conformando, assim, a propriedade urbanística. Isso também é interessante: é a legislação municipal que definirá os atributos das propriedades imobiliárias urbanas (potencial construtivo, taxas de ocupação, gabaritos de altura etc.), a partir dos quais serão constituídos os direitos edilícios de cada lote.<sup>14</sup> Isso significa que o plano diretor pode agir arbitrariamente, determinando a seu bel-prazer a intensidade e forma da ocupação urbana, de maneira autoritária? Evidentemente que não. Novamente, tratamos aqui de construção do direito urbanístico, da definição da propriedade urbanística realizada pelo plano diretor ou por legislação dele decorrente e a tal consoante, tendo por base o

<sup>11</sup> O Estatuto da Cidade é estruturado para que os municípios brasileiros elaborem uma política de desenvolvimento urbano, obedecendo os preceitos fundamentais dos textos da Constituição Federal e das constituições estaduais, condizente ao seu conteúdo. Traz, assim, uma estruturação mínima para a elaboração do plano diretor, com conteúdo obrigatório do diploma legal, orienta a formulação da legislação e da gestão democrática etc. Dizer que o Estatuto da Cidade é uma cartilha não tira a importância deste diploma – ao contrário, haja vista o grande desnível de informações existente entre os diversos municípios brasileiros, é essencial que haja uma norma jurídica que oriente a elaboração dos planos diretores.

<sup>12</sup> O potencial construtivo de um lote é um valor, em metros quadrados, obtido por intermédio da multiplicação de sua área pelo seu coeficiente de aproveitamento. Assim, em um lote de 1.000 m<sup>2</sup> (mil metros quadrados), que tenha o coeficiente de aproveitamento 1,5 (um e meio), o potencial construtivo será de mil e quinhentos metros quadrados.

<sup>13</sup> Na Lei Municipal n. 16.050/2014: Art. 116. O potencial construtivo adicional é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais.

<sup>14</sup> As características principais da propriedade urbanística podem ser assim resumidas: a) a propriedade tradicional traduzia-se simplesmente no plano horizontal. A propriedade urbanística apresenta uma terceira dimensão. É uma propriedade cúbica, ou seja, o proprietário só pode construir acima e abaixo do solo de acordo com o plano urbanístico, sendo certo que a altura e a profundidade passam a constituir valores intrínsecos dessa propriedade; b) a propriedade urbanística tem destinação específica, isto é, o plano urbanístico positivado pela lei urbanística determina o uso que se pode dar ao terreno – residencial, comercial, etc. – ou ainda o número de habitações que podem ser construídas; c) a propriedade urbanística possui, também, um caráter temporal – seu conteúdo é dado pelo plano e, como o plano é mutável, segue-se que também ela é mutável; d) a propriedade urbanística implica também em obrigações de fazer, podendo, inclusive, constranger o proprietário a edificar, sob pena de ser expropriado pelo Poder Público; e) a propriedade urbanística recebe a sua forma do plano diretor; f) a propriedade urbanística está intimamente vinculada aos serviços públicos que a servem, de tal forma que o seu proprietário é obrigado a custeá-los, ainda que deles não se utilize. (PINTO, Victor Carvalho. *Regime jurídico do Plano Diretor*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/150>>. Acesso em: 17 ago. 2016).

planejamento urbanístico realizado com bases técnicas e, ao mesmo tempo, sob as luzes da gestão democrática das cidades.<sup>15</sup>

O que parece ser importante destacar, neste passo, é que, ao final das reflexões sobre as destinações e potencialidades edilícias dos imóveis urbanos, virá à mesa o debate sobre a isonomia, sendo certo que no planejamento urbanístico – como, de resto, em qualquer lei ou ato administrativo – as discriminações arrazoadas não são admitidas. Este princípio, que é princípio expresso da Administração Pública, deve sempre ser observado, e a legislação urbanística (que, reitera-se, tem de refletir o planejamento urbanístico) deve atentar a esta condição. Em termos de desenvolvimento urbano, a observação dessa condição básica faz com que as disposições da legislação urbanística, mais que passíveis de aprovação sob o teste da validade formal, sejam aplicáveis com menos conflitos, com mais eficiência.

Voltando à indagação inicial, a pergunta é se o direito de construir é inerente à propriedade: a minha resposta é não. E não estou falando sequer de situações como as das áreas de preservação permanente, ou de faixas de segurança de equipamentos de infraestrutura, e sim de distribuição do bem jurídico potencial construtivo pela lei urbanística, que conforma a propriedade imobiliária. No mais, se ainda é difícil fazer valer este conceito, se ainda é de certa forma ousado defender em juízo desta tese de que o direito de construir não é inerente à propriedade, eu já não tenho dúvida em dizer que é possível defender sem maiores dificuldades que é o plano diretor que distribui o potencial construtivo pela cidade, pois representa a consolidação de seu planejamento urbanístico. Eu repito: no tocante à inerência do direito de construir, a ideia contrária, de razão civilista, ainda é muito forte, e a chance de êxito em uma ação baseada neste fundamento ainda não é das mais animadoras, mas é tudo um processo, e estamos evoluindo. Por ora, fica o recado: não há dúvida de que existe um direito de construir advindo da propriedade imobiliária urbana, mas este direito será definido pela legislação urbanística.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> O planejamento urbanístico caracteriza-se como uma atividade pública de diagnose da situação do sítio urbano a ser planejado e de prognose sobre a evolução futura dos processos urbanísticos, assim considerados os modos pelos quais a cidade tende a desenvolver-se e evoluir, espacial e socialmente. O resultado desse trabalho é o formalmente chamado “Plano Urbano”, ou “Plano Urbanístico”, que será positivado pela lei urbanística – o mais importante processo de planejamento urbanístico é o que resulta na elaboração do plano diretor, mas cada intervenção de caráter urbanístico deve ter seu planejamento (cada operação urbana consorciada, por exemplo). No momento da realização do planejamento urbanístico, o Poder Público detém um quadro de situações físicas, sociais e ambientais do território do Município que acarreta necessariamente uma série de condicionantes no que tange às futuras definições a serem consolidadas no plano urbanístico. Não há, assim, uma ampla liberdade de realizar o planejamento urbanístico baseado em razões exclusivamente técnicas ou de cunho estruturante, uma vez que este sofrerá o influxo de informações e critérios influenciados pela realidade físico-social do sítio planejado e dos valores sociais a serem ponderados antes das escolhas. Deverão ser levados em consideração, ainda, o regramento jurídico já incidente e as diretivas colhidas nos necessários processos de participação popular. O reconhecimento e a ponderação de tais elementos garantirão que o futuro plano urbanístico detenha condições mínimas de cumprir as funções que lhe são cometidas, sendo vedadas, como apontado, as discriminações dezarrazoadas (isto é, desvinculadas de justificativas em termos de planejamento) em termos de potencialidades urbanísticas do sítio urbano.

<sup>16</sup> O ordenamento urbanístico parece identificar o denominado “direito de construir” com o potencial construtivo básico dos imóveis urbanos. Desse modo, se a edificação abaixo do coeficiente de aproveitamento mínimo submete o proprietário a possíveis sanções aplicáveis pelo Poder Público, e a edificação acima do potencial construtivo básico depende em regra (e, no mínimo) de contrapartida do proprietário, o aproveitamento do terreno até seu coeficiente de aproveitamento básico, obedecidos os demais parâmetros urbanísticos aplicáveis, integra o feixe de direitos da propriedade imobiliária urbana. Sob o ponto de vista defendido neste trabalho, contudo, a nova lei urbanística, baseada em planejamento urbanístico realizado com participação dos interessados, poderá alterar esse coeficiente de aproveitamento básico, até mesmo realizando sua diminuição. Nesse caso, em tese, não haverá qualquer direito de indenização ao proprietário do lote afetado o que, mais uma vez, parece confirmar a assertiva de que o direito de construir não é inerente à propriedade imobiliária.

### 3. Direito de construir e direito de protocolo

Quando se adquire, considerando o já exposto, o direito de construir? Há dois momentos em que se pode falar sobre o tema: aquele em que a lei determina as potencialidades edilícias do terreno (coeficiente de aproveitamento mínimo, básico e máximo), que não interessa neste ponto, e aquele em que é obtido o alvará de construção no lote. No tocante a esse aspecto, a pessoa que detém a propriedade de solo urbano solicita a expedição da licença tendo em vista determinados parâmetros urbanísticos previstos em lei, e tem a expectativa de que, ao final do processo administrativo, preenchidos todos os requisitos formais, obterá seu alvará. Nesta situação, repita-se, há o direito a edificar nos termos especificados no alvará. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou esclarecendo que ocorre a incorporação do direito de executar a obra prevista na licença edilícia ao patrimônio do munícipe no momento em que tal é efetivamente iniciada, quando é fixado o primeiro tijolo da construção.<sup>17</sup> É uma questão ainda a discutir, mas, por enquanto, é o que está lá, e serve como parâmetro para o debate.

Objetivamente, o direito de protocolo é um mecanismo que pretende garantir que processos já protocolizados e ainda não decididos, e que são apanhados no momento da transição da legislação urbanística, possam ter a opção de ser avaliados nos termos da legislação revogada. Isso – a pretensão de ser avaliado nos termos da lei não mais vigente – pode ocorrer por variadas razões, sendo a mais comum, como é intuitivo, a de que na legislação anterior as possibilidades de aproveitamento do terreno eram mais amplas ou mais adequadas ao pretendido pelo empreendedor. Não por outra razão, e aqui cabe um testemunho pessoal, no momento da entrada em vigor da antiga lei de parcelamento, uso e ocupação do solo de São Paulo<sup>18</sup>, houve uma enxurrada de pedidos de alvará, sem qualquer fundamento, simplesmente para tentar assegurar o direito de protocolo. Muitos pedidos eram feitos sem a documentação necessária, aditando-se tais, posteriormente, para mais perfeitamente adequá-los ao real desiderato dos proprietários – isso gerou tantos transtornos e problemas (a seguir especificados) que, quando da última revisão do plano diretor do Município de São Paulo, houve a proposta de simplesmente acabar com o direito de protocolo, que acabou não sendo mantida.

O direito de protocolo, como se verifica, é caso de ultratividade de lei revogada, uma questão de direito intertemporal.<sup>19</sup> A lei nova reconhece que aqueles que solicitaram a expedição de licença na vigência da lei revogada têm direito a usar o antigo regime jurídico – é preciso, repita-se, haver previsão expressa da lei. Hoje, o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo admite o direito de protocolo somente para

<sup>17</sup> O caso paradigmático é o RE 140436/SP – SÃO PAULO, que teve como Relator o Min. CARLOS VELLOSO (Julgamento em 25/05/1999), e que tem a seguinte ementa: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO. I – Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público. II. – R.E. não conhecido.

<sup>18</sup> Lei n. 13.885, de 25 de agosto de 2004.

<sup>19</sup> Sobre o tema do direito urbanístico intertemporal, vide APPARECIDO JUNIOR, J. A. O uso tolerado: regra de transição isonômica no plano urbanístico. *Revista Fórum Municipal & Gestão das Cidades*, v. 2, p. 28-37, 2013.



projetos de licenciamento de obras e edificações<sup>20</sup>, o que é menos permissivo que na lei anterior, que falava de procedimentos administrativos em vigor<sup>21</sup>, conceito indesejavelmente mais amplo e impreciso.

Do ponto de vista do planejamento urbanístico, o direito de protocolo pode converter-se numa situação altamente indesejada, pois permite a perpetuação de condições jurídicas não mais condizentes com a política de desenvolvimento urbano vigente, isto é, o instituto pode atrasar ou mesmo inviabilizar (a depender dos processos pendentes de aprovação) a efetiva implantação do planejamento urbanístico positivado em lei para determinadas regiões do Município. Ele, ainda, pode ter como outro efeito colateral algo muito ruim, que é a implantação de um específico balcão da Prefeitura onde, infelizmente, é possível que alguns servidores mal-intencionados se especializem em “dar o jeitinho”, obtendo vantagens indevidas em razão da viabilização da aprovação de processos de licenciamento edilício. Recentemente, no Município de São Paulo, houve a notícia da prática de tais procedimentos, e isso foi parar em todos os jornais – criou-se uma situação em que este “balcão” foi supostamente a fonte de fortuna para alguns, especialmente pela utilização do direito de protocolo, com mecanismos de reorganizar as filas de pedido e, principalmente, de promover ajustes nos projetos apresentados na vigência da lei revogada e ainda não decididos, para que fosse possível auferir ao máximo as vantagens urbanísticas que o antigo ordenamento propiciava e não mais disponíveis na legislação atualmente vigente.

É claro que há a outra face da moeda, casos em que o direito de protocolo seria em tese “justificável”, em razão da incapacidade da Administração Pública em promover a análise do processo em tempo razoável, sendo de integral responsabilidade da Prefeitura a impossibilidade de emissão da licença originalmente pleiteada e então autorizada pela lei e não mais permitida. Tal condição poderia, em tese, gerar a demanda pelo estabelecimento de uma disposição normativa que, de alguma forma, garantisse a avaliação do processo nos termos da lei revogada. Sob este aspecto, parece ser importante lembrar que não é de boa medida propor soluções para questões concretas submetidas à Administração a partir das patologias do processo administrativo. Tanto o “balcão” do

<sup>20</sup> No atual Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal n. 16.050/2014): Art. 380. Os processos de licenciamento de obras e edificações, protocolados até a data de publicação desta lei, sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado, a qualquer tempo, optando pela análise integral nos termos desta lei. Parágrafo único. Os processos de licenciamento de obras e edificações referidos no “caput” serão indeferidos: I – nos casos previstos no Código de Obras e Edificações – COE, Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, e alterações posteriores; II – se for requerida a modificação da versão do projeto constante do processo em análise na data de promulgação desta lei para alguma das seguintes finalidades: a) alteração de uso, categoria de uso ou subcategoria de uso; b) acréscimo superior a mais de 5% (cinco por cento) nas áreas computáveis ou não computáveis; c) alteração em mais de 5% (cinco por cento) na taxa de ocupação. No Projeto de Lei n. 466/2015, que dará origem ao novo COE, constam as seguintes disposições: Art. 59. O pedido deve ser indeferido nas seguintes situações: I – ausência da documentação exigida ou projeto apresentado com insuficiência de informação de modo a impedir a análise e decisão do pedido; II – projeto com infrações insanáveis frente ao disposto no PDE e na LPUOS; III – não atendimento ao “comunique-se” no prazo concedido; IV – não atendimento à NEC [notificação de exigências complementares] no prazo concedido; V – não atendimento à IEOS [Intimação para Execução de Obras e Serviços] no prazo concedido; VI – alteração do uso do projeto de edificação.

<sup>21</sup> Na Lei Municipal de São Paulo n. 13.885/2004: Art. 242. No caso de expedientes administrativos ainda sem despacho decisório em última instância, protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta lei, os interessados poderão optar pela aplicação da legislação vigente à data do seu protocolamento. Parágrafo único. Nos expedientes administrativos a que se refere o “caput”, um eventual acréscimo na área do terreno que constou do projeto originalmente apresentado, com a incorporação de novos lotes, só será admitida desde que para a área correspondente ao acréscimo seja aplicado o coeficiente de aproveitamento básico, que só poderá ser ultrapassado através de outorga onerosa do direito de construir, nos termos do PDE e desta lei.

servidor corrupto quanto a “injustiça” da não apreciação em prazo razoável do pedido realizado perante o Poder Público são consequências do funcionamento ineficiente da burocracia estatal. Reconhecer estas falhas deve ter por consequência o aprimoramento dos processos decisórios da Administração Pública, de modo a garantir a todos os munícipes a condição isonômica da adequada prestação estatal. Eventuais casos em que evidentemente houve prejuízo ao particular pelo exclusivo atuar ineficiente da Administração Pública poderão ser levados, em última instância, à apreciação do Poder Judiciário.

#### 4. Vinculação da licença urbanística e legalidade na Administração Pública

A propriedade urbanística, como já dito, tem entre suas finalidades a de fazer cumprir as funções sociais da cidade. A cidade tem o plano diretor, e os planos dele derivados e a ele referentes (planos urbanísticos de instrumentos como operações urbanas consorciadas, concessões urbanísticas etc., e, eventualmente, como no caso do Município de São Paulo, o plano urbanístico da lei de parcelamento, uso e ocupação do solo), que vão propiciar a implantação do planejamento urbanístico fundamental do município previsto no plano diretor. Essa sistemática deve ser necessariamente observada, até mesmo para haver coerência e funcionalidade no desenvolvimento urbano.

Pois bem, se o potencial construtivo adicional só vai ser utilizado se atendidas as funções urbanísticas e socioambientais, então é possível afirmar o seguinte: se o munícipe atende aos requisitos legais em seu pedido, isto é, se ele preenche os condicionantes exigidos em lei para obter a sua licença, com a expedição do correspondente alvará, ele tem, em princípio, o direito subjetivo a obter esta autorização, com o dever correspondente da Administração Pública de emitir o ato administrativo a tanto. A pergunta a ser feita, contudo, é quais são estes requisitos, isto é, o que integra o rol de condições necessárias a se constituir o direito à obtenção da licença edilícia.

Se o Estudo de Impacto de Vizinhança<sup>22</sup> – o EIV – for exigível pelas características do empreendimento e ele indicar a sua inadequação em termos do planejamento urbanístico, haja vista as contrapartidas não se apresentarem capazes de mitigar adequadamente o impacto do empreendimento e este acabar tendo um efeito predominantemente negativo em termos urbanísticos, então é possível concluir, em tese, que a legislação urbanística pode autorizar o Poder Público a negar a licença pleiteada, sob o fundamento da impossibilidade de obrigar a cidade a suportar as cargas urbanísticas advindas de sua implantação. Observe-se: em que pese exista a previsão legal que em abstrato garanta

---

<sup>22</sup> O Estatuto da Cidade exige o Estudo de Impacto de Vizinhança para a expedição de licença ou autorização para a execução de empreendimentos de importante impacto ambiental, assim relacionados pela lei municipal (arts. 36 a 38 da Lei 10.257/01). A licença fica condicionada à realização de um estudo que contemple os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades. Em outros termos, a permissão para execução de determinados empreendimentos será dependente da avaliação e possibilidade de mitigação dos seus impactos urbanísticos na cidade. Devem ser ponderados, nesse estudo, questões como adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, geração de tráfego e demanda por transporte público, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural etc. O EIV tem por objeto mediato avaliar os efeitos advindos do empreendimento ou atividade realizados a partir da expedição do alvará pela municipalidade, sendo certo que tais efeitos podem ser negativos ou positivos aos direitos e interesses da vizinhança. Caso os efeitos sejam negativos, o governo municipal pode eventualmente não permitir o empreendimento - tal é a caracterização do EIV como forma de limitação administrativa que materializa instrumento de política urbana para o desenvolvimento social da cidade. Em outras palavras, a função ambiental do potencial construtivo é tal que mesmo a utilização do coeficiente de aproveitamento básico do lote é sujeita à avaliação ambiental, dentro de determinadas condições.

a possibilidade de edificação ou uso daquele tipo naquele espaço urbano (por exemplo, o zoneamento comporta o uso, há potencial construtivo disponível), isto tem de ser interpretado sob as luzes da função social da propriedade e das funções sociais da cidade. Desse modo, mesmo que providenciados os elementos formais necessários à realização do ato administrativo da expedição da licença edilícia, inclusive a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental<sup>23</sup> ou o Estudo de Impacto de Vizinhança, ainda há um caminho a percorrer, no qual será utilizada certa parcela de discricionariedade técnica (não arbitrariedade técnica), na formação da convicção administrativa. A implantação de grandes edificações e polos de serviços, com significativo impacto urbanístico, ou mesmo a de sucessivos empreendimentos que possam proporcionar impacto urbanístico cumulativo, deve considerar este aspecto. Destaque-se: a discricionariedade técnica deve ser exercitada com base em parâmetros objetivos, com ampla fundamentação e possibilidade de participação dos interessados na instrução processual, sob pena de poder converter-se em arbitrariedade e, conseqüentemente, em conduta ilegal da Administração Pública.

A propósito deste ponto, o que hoje pode ser considerado “legalidade”, qual o conteúdo deste princípio jurídico? Legalidade, sem dúvida, é dever inafastável da Administração Pública, mas, hoje, parece ser importante entendê-la sob um ângulo um pouco mais amplo, como correspondente à “juridicidade”<sup>24</sup>. Mesmo o Estatuto da Cidade trata desse ponto, ao estabelecer que os instrumentos de transformação urbana são os constantes naquela lei além de outros dele decorrentes – a concessão urbanística<sup>25</sup>, por

<sup>23</sup> Não é incomum que a lei urbanística assinala que a aprovação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA não afasta a necessidade da realização do Estudo de Impacto de Vizinhança. Entende-se que o EIA tem objeto distinto e mais amplo que o EIV. No Plano Diretor Estratégico de São Paulo (Lei n. 16.050/2014): Art. 151. A construção, ampliação, instalação, modificação e operação de empreendimentos, atividades e intervenções urbanísticas causadoras de impactos ambientais, culturais, urbanos e socioeconômicos de vizinhança estarão sujeitos à avaliação do Estudo de Impacto de Vizinhança e seu respectivo Relatório de Impacto de Vizinhança (EIV/RIV) por parte do órgão municipal competente, previamente à emissão das licenças ou alvarás de construção, reforma ou funcionamento. [...] § 5º A elaboração do Estudo e Relatório de Impacto de Vizinhança não substitui a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. § 6º Fica mantida a exigência de elaboração de EIV/RIV para empreendimentos, atividades e intervenções urbanísticas, mesmo que estejam inseridos em áreas de Operações Urbanas Consorciadas e Áreas de Intervenção Urbana que já tenham sido licenciadas por meio de EIA/RIMA ou outro instrumento de licenciamento ambiental.

<sup>24</sup> O princípio da legalidade é reconhecido como um dos pilares de sustentação do denominado “regime jurídico de direito público”. Hoje em dia, parte importante da doutrina nacional fala da “crise do princípio da legalidade”, advindo principalmente da constatação de que a lei formal, produto do parlamento, não consegue acompanhar o ritmo das mudanças sociais e tende a regular de maneira pouco satisfatória os temas que aborda, cabendo ao Executivo editar normas jurídicas que regulem a conjuntura social, sendo papel da lei, doravante, cuidar das questões estruturais. Essa condição permite, por sua vez, identificar o fenômeno da “delegificação”, que consiste exatamente na regulação de setores ou matérias por intermédio de produção normativa não legislativa – é o caso dos regulamentos editados pelas agências reguladoras, por exemplo. O que parece ser importante destacar: tal fenômeno não pode ser relacionado com qualquer possibilidade da volta do primado da arbitrariedade ou da subjetividade na atuação estatal - não haver lei em sentido formal não significa que não haja normatização, ou que não deva haver transparência na gestão e responsabilidade do administrador. O direito urbanístico, por ser um novo e dinâmico ramo da ciência jurídica, está lançado no centro deste debate. De fato, ao mesmo tempo em que não há discussão acerca da necessidade de que temas como a conformação da propriedade urbanística e os índices de aproveitamento, uso e ocupação do solo têm de ser objetivamente definidos por lei formal, a participação dos interessados e a gestão democrática tendem a condicionar a formação de normas jurídicas aplicáveis a casos concretos. Essa participação, ainda, pressupõe que assuntos referentes a direito urbanístico serão debatidos pela sociedade, que atingirá consensos para a definição de pautas legislativas e administrativas tanto de legislação estruturante como de formação de políticas públicas de desenvolvimento urbano. Isso significa que há um amplo espaço de atuação administrativa *praeter legem* (e não apenas *secundum legem*), criando-se, de maneira amplamente motivada e transparente, e por intermédio de processos públicos e formais, normatizações específicas em hipóteses que, sob uma visão clássica, seriam destinadas à regulação exclusiva por lei.

<sup>25</sup> O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou constitucional a legislação sobre concessão urbanística do Município de São Paulo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, e teve por objeto exclusivo o pedido de declaração de constitucionalidade conforme de um dispositivo da Lei Municipal n. 14.917/2009, de forma que fosse garantida a realização de audiências públicas durante a fase do processo legislativo na Câmara Municipal (ADI n. 9031477-73.2009.8.26.0000).

exemplo, não integra o rol de instrumentos jurídico-urbanísticos do Estatuto da Cidade. O desafio do Poder Público, nesta linha de ideias, é trabalhar juridicamente na construção da política de desenvolvimento urbano, dando azo às funções sociais da propriedade urbanística e das cidades. No caso da edificação que seria destinada a hotel e que está sem uso há décadas, como narrado no caso trazido anteriormente, o Poder Público tem de ter condições, instrumentos, de negociar com o proprietário e propor soluções juridicamente viáveis de aproveitamento – teria, por exemplo, de poder propor ao proprietário que ele transferisse a propriedade ao Município, para que fossem construídas habitações de interesse social, com o compromisso de que o antigo dono ficaria com algumas unidades para revenda, obtendo algum lucro ao final do procedimento. Isso incentivaria o proprietário a realizar a transação, disponibilizaria unidades habitacionais para atendimento à fila de atendimento da Prefeitura e, finalmente, daria função social ao imóvel. E por que não acontece? Qual o problema?<sup>26</sup> O problema é que qualquer atuação do Poder Público, que saia da bitola estritamente legalista, é atacada – a produção de conhecimento administrativo que preveja soluções criativas, inovadoras (sempre dentro das possibilidades juridicamente aceitáveis), é atacada. Sempre que há a proposta de fazer algo diferente, inicia o bombardeio, que atrasa ou paralisa essas iniciativas – neste passo, é preciso lembrar que o tempo é um fator muito importante no planejamento urbano, existe um custo de oportunidade que é muito relevante.

Em síntese, então, é possível afirmar o seguinte: a legalidade não pode ser afastada, mas não é possível deixar de buscar soluções juridicamente aceitáveis que não estejam expressamente previstas em lei. É imprescindível que espaços de debate como este, nesta casa, sejam utilizados para avançar nestas ideias. É importante criar mesas de negociação, com pessoas juridicamente capazes e autorizadas a transigir discutindo possibilidades de ajustes que evitem o litígio. O debate sobre a política pública é legítimo, mas nunca podemos perder de vista que ela, a política pública, é idealizada devido a uma questão socialmente relevante e que, por tal razão, é preciso não perder de vista que ela deve ser, ao final, efetivamente implantada, sob pena de imenso custo social. Levar 20 anos discutindo se a função social de determinada propriedade está sendo ou não cumprida inviabiliza definitivamente sua utilização, prejudicando qualquer política de desenvolvimento urbano e a própria função social da propriedade, nos termos inicialmente discutidos. É preciso realizar ajustamentos de conduta, cartas de intenção, tudo o que é juridicamente possível para viabilizar a solução da questão colocada.

<sup>26</sup> O pressuposto do problema, não citado na fala, é que o instrumento que em tese seria hábil a realizar esta transação é o consórcio imobiliário, que vem desta maneira disciplinado no Estatuto da Cidade: Art. 46. O Poder Público municipal poderá facultar ao proprietário de área atingida pela obrigação de que trata o caput do art. 5º desta Lei, a requerimento deste, o estabelecimento de consórcio imobiliário como forma de viabilização financeira do aproveitamento do imóvel. § 1º Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio da qual o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas. § 2º O valor das unidades imobiliárias a serem entregues ao proprietário será correspondente ao valor do imóvel antes da execução das obras, observado o disposto no § 2º do art. 8º desta Lei. Observa-se que, de acordo com a lei federal, o proprietário não pode ter qualquer lucro imobiliário na transação. Isso gera uma condição em que ele tem de aceitar se associar ao Poder Público, contar com a finalização das obras por parte do Estado e com a possibilidade de que este será extremamente cuidadoso no momento de retribuir o patrimônio inicialmente disponibilizado – tudo isso para sair do consórcio exatamente com valor inicial de seu bem. Parece ser preferível, apesar dos conhecidos problemas, ser desapropriado a integrar o consórcio imobiliário nestes termos.

## 5. Impactos urbanísticos cumulativos e considerações finais

No tocante à hipótese de impactos cumulativos por empreendimentos realizados em série, que em seu conjunto causem um impacto urbanístico relevante, este tema é mesmo muito interessante. Infelizmente não há, contudo, uma regulação positiva da que sejam impactos urbanísticos cumulativos. Tampouco o urbanismo consegue definir com clareza como realizar este controle, que ganha importância nos estudos de capacidade de suporte do território para fins de adensamento construtivo e populacional. O que parece ser consenso – e serve unicamente como ponto de partida para a discussão – é que o mecanismo deve ter o objetivo de promover a mitigação de impactos urbanísticos gerados por empreendimentos que isoladamente não foram considerados geradores de impacto urbanístico, mas que, concentrados numa determinada área, acabaram por gerar este fenômeno, especialmente em vizinhanças residenciais.<sup>27</sup> Houve a tentativa de inserir na minuta da nova lei de parcelamento, uso e ocupação do solo de São Paulo algo referente a isso, mas não prosperou. Talvez, no momento da elaboração dos planos regionais, haja este planejamento mais específico para as regiões, possibilitando, inclusive, nos termos já expostos, denegar licenças urbanísticas que contrariem as disposições nele expostas com base na prevenção de impactos urbanísticos cumulativos.

Para finalizar, gostaria de deixar uma mensagem: acho que devemos considerar que o paradigma está mudando, que todos estamos reaprendendo a ler a legislação urbanística, identificando o que é a propriedade urbanística. Discussões como as apontadas em minha fala e outras, como a do direito adquirido em face da legislação urbanística, estão em voga, e devem ser mesmo trazidas a lume. É fato que o mercado imobiliário se organiza de acordo com as regras que são postas e que, por tal razão, sempre tentará influenciar na formação destas regras, mas não podemos esquecer, por outro lado, que é este capital privado que de fato constrói a cidade, e movimenta a importante indústria da construção civil. Cumpre, desse modo, tecer estratégias de desenvolvimento urbano a partir da discussão havida na participação dos interessados, com o maior influxo possível de informações e questionamentos, possibilitando que a atuação do capital privado na implantação dos empreendimentos imobiliários tenha como resultado global uma cidade socialmente mais justa e urbanisticamente mais equilibrada. Essa metodologia de atuação consensual e participativa pode até ter patologias, como o risco de captura de interesses de grupos ou do próprio poder público durante a elaboração do planejamento urbanístico ou da confecção das leis urbanísticas, mas tais não afastam os pontos positivos, que amplamente superam os problemas deste tipo de processo, que permite a construção constante da legalidade, do regime jurídico incidente sobre o solo urbano. Os objetivos deste planejamento, positivados em lei, vão sendo paulatinamente alcançados, adaptados ou revistos, até que se chegue num momento em que, com a prática reiterada de normatização, controle e consensualidade, a cidade acabe por se modificar positivamente.

<sup>27</sup> Há, no Município de São Paulo, legislação que procura mitigar os efeitos advindos da instalação de atividades que se caracterizem como polos geradores de tráfego (Lei n. 15.150/2010). A normatização, contudo, traz problemas de duas ordens: primeiramente, não permite que a Administração pondere de forma conjunta acerca da instalação de diversos empreendimentos em uma determinada região, sejam eles caracterizáveis ou não como polos geradores de tráfego. Ao mesmo tempo, não traz mecanismos que impeçam a implantação de polos geradores de tráfego considerando não só o empreendimento em si, mas o efeito acumulado do histórico de adensamento construtivo e habitacional em região específica. Sobre o tema do impacto cumulativo de empreendimentos imobiliários e a crítica à lei de Polos Geradores de Tráfego: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. Efeitos cumulativos no licenciamento ambiental e urbanístico – a nova fronteira do direito de construir. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; Araújo, Alexandra Fuchs de (Coord.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável* – da formulação de políticas públicas à sua aplicação. São Paulo: Quartir Latin, 2016. p. 137-155.

## Referências bibliográficas

- APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O uso tolerado: regra de transição isonômica no plano urbanístico. *Revista Fórum Municipal & Gestão das Cidades*, v. 2, p. 28-37, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, v. 191-A, 5 out. 1988. p. 1.
- BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. *Diário Oficial Eletrônico*, 11 jul. 2001.p. 1.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 140436/SP – São Paulo, Relator Min. CARLOS VELLOSO, j. em 25/05/1999.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; Araújo, Alexandra Fuchs de (Coord.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável – da formulação de políticas públicas à sua aplicação*. São Paulo: Quartir Latin, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- PINTO, Victor Carvalho. *Regime jurídico do Plano Diretor*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/150>>.
- SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9031477-73.2009.8.26.0000, Relator ELLIOT AKEL, j. em 17/10/2012.
- SÃO PAULO (Município). Lei n. 13.885, de 25 de agosto de 2004. Estabelece normas complementares ao Plano Diretor Estratégico, institui os Planos Regionais Estratégicos das Subprefeituras, dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordena o uso e ocupação do solo do Município de São Paulo. *Diário Oficial do Município de São Paulo*, São Paulo, 6 out. 2004. p. 1.
- SÃO PAULO (Município). Lei n. 15.150, de 06 de maio de 2010. *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*, São Paulo, 7 maio 2010. p. 1.
- SÃO PAULO (Município). Lei n. 16.050, de 31 de julho de 2014. Plano Diretor Estratégico. *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*, São Paulo, 1 ago. 2014. p. 1.
- SILVA, Jose Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

# Limites ao adensamento demográfico na cidade de São Paulo: efeitos da lei de zoneamento no bem-estar de seus habitantes

*Rafael Tocantins Maltez*  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O bem-estar humano. 3. Adensamento, qualidade de vida e natureza humana. 4. Zoneamento, modelo de assentamento urbano e desenvolvimento urbano. 5. A Lei n. 12.402/2016. 6. Conclusão. Referências.

## 1. Introdução

Há estreita relação entre o bem-estar dos habitantes de uma cidade e seu adensamento demográfico. Quanto mais pessoas existem em um mesmo espaço, estabelecem-se as condições para um decréscimo proporcional em seu bem-estar. Para a vida digna e em harmonia são necessários espaços mínimos de vivência e convivência. Alto índice de concentração demográfica causa mal-estar, violência e promiscuidade.

A política urbana tem papel central na garantia de boa vida que deve reinar nas cidades, no que concerne aos espaços mínimos dignos. Os instrumentos decisivos para implantação e execução da política urbana e do controle do adensamento são o plano diretor e a lei de zoneamento. O controle do uso do solo urbano, por conseguinte, é uma das mais prementes necessidades dos nossos dias, “em que o fenômeno da urbanização dominou todos os povos e degradou as cidades, dificultando a vida de seus moradores, pela redução de espaços habitáveis [...]”<sup>1</sup>.

Dentro desse contexto, o presente artigo pretende analisar aspectos do adensamento demográfico em face da nova lei de zoneamento da cidade de São Paulo, Lei n. 16.402, de 22 de março de 2016. Para tanto, será necessário abordar os efeitos do adensamento demográfico na qualidade existencial do ser humano, o conceito de desenvolvimento urbano, o lugar jurídico do bem-estar no contexto da cidade e examinar em que medida a nova lei de zoneamento do município de São Paulo reúne condições ou não de proporcionar bem-estar aos cidadãos no que concerne ao adensamento populacional.

## 2. O bem-estar humano

O bem-estar humano, um dos valores mais caros amparados pelo ordenamento jurídico pátrio, decorre diretamente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal) e é um dos fatores que proporcionam a qualidade de vida (art.

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 126.

225, *caput*, da Constituição Federal), sendo, igualmente, objetivo da política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*, da Constituição Federal).

O legislador originário de 1988, como se vê, preocupou-se com o bem-estar daqueles que vivem nas cidades. Em outras palavras, o bem-estar nas cidades foi alçado à categoria constitucional. A intenção é estabelecer que a cidade deve ser um espaço estruturado, organizado e administrado de forma a proporcionar bem-estar àqueles que nela vivem, por expresso mandamento constitucional.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por seu turno, estabelece normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem-estar dos cidadãos (art. 1º, parágrafo único) e acentua o caráter coletivo da propriedade, e não somente individual, uma vez que o seu uso passa a ter de observar a função socioambiental, a qual impõe o bem-estar de todos.

A importância dada pelo ordenamento jurídico ao bem-estar é reforçada por outros diplomas como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981) – qualificou como poluição a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem o bem-estar da população (art. 3º, inc. III, “a”) – e a Resolução Conama n. 1/1986 – considera impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente afetem o bem-estar da população (art. 1º, inc. I). Até o Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), responsável por um dos maiores retrocessos ocorrido na legislação ambiental, encarregou-se de positivar o bem-estar da população ao conceituar a Área de Preservação Permanente (APP)<sup>2</sup>.

Percebe-se, assim, que o bem-estar do homem é um valor que deve ser considerado nas políticas públicas de desenvolvimento urbano. Mas não é suficiente. Todas as regras jurídicas devem com ele guardar compatibilidade, pois se trata de valor constitucional, de natureza coletiva, essencial à sadia qualidade de vida.

De fato, o bem-estar está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e à qualidade de vida, postulados que visam garantir a incolumidade físico-psíquica das pessoas no que diz respeito às suas principais atividades, ao desenvolvimento de seus projetos, enfim, à realização como ser humano, com o condão de atingir a plenitude existencial e a eudaimonia. O bem-estar passa, portanto, a orientar não apenas o uso da propriedade, mas também a ocupação do solo urbano e o direito de construir.

Nesse quadro entra em cena o urbanismo, que “tem seus objetivos ampliados para alcançar não somente as quatro funções do homem (habitação, trabalho, recreação e circulação), mas também sua melhor qualidade de vida no contexto urbano”<sup>3</sup>.

O zoneamento, bem sabemos, é uma das manifestações do urbanismo cuja realização adequada depende do planejamento urbanístico municipal, o qual visa justamente “transformar a organização do solo no sentido da melhoria da qualidade de vida da população local”<sup>4</sup>, vale dizer, visa ao bem-estar.

<sup>2</sup> Lei n. 12.651/2012. “Art. 3º [...] II – APP. área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”

<sup>3</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano e urbanístico*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 31.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 138.



### 3. Adensamento, qualidade de vida e natureza humana

A vida com qualidade é direito fundamental, inscrito no art. 225, *caput*, da Constituição Federal.<sup>5</sup> Um dos fatores que contribuem para a sadia qualidade de vida é, sem dúvida, o bem-estar. Não é possível desvincular a execução da política urbana (em relação a qual o zoneamento é um dos matizes) do conceito de bem-estar. O bem-estar está intimamente relacionado ao adensamento populacional.

Não obstante as discussões acerca da origem da vida, se existe mesmo um Deus, Criador de todas as coisas, se tudo surgiu do nada ou se não houve ponto de início – assunto que extrapola o escopo destes escritos –, o fato é que a ciência considera o ser humano uma espécie animal. Desse entendimento não se afasta Schweriner ao afirmar que: “nós, em última análise, também somos animais (mais ou menos racionais)”<sup>6</sup>. O pensamento de Morris ratifica a assertiva: “Uma vez monstruosos, outras imponentes, mas sempre animais. Preferimos pensar em nós próprios como anjos que caíram do céu, mas a verdade é que não passamos de macacos que se puseram de pé”<sup>7</sup>.

Apesar de todo o desenvolvimento tecnológico, da complexidade das sociedades e da cultura, do ritmo frenético, do confinamento em caixas (as quais nominamos apartamento), da impessoalidade das relações e da superpopulação a produzir comunidades de estranhos, “a mudança não foi total. Alguns de nossos padrões mais antigos sobreviveram”<sup>8</sup>, mesmo que de forma levemente disfarçada<sup>9</sup>. Desta feita, “por mais extraordinárias que sejam nossas realizações, continuamos, ainda assim, animais, sujeitos a todas as regras habituais da biologia”<sup>10</sup>. Significa dizer que apesar de todos os nossos progressos e avanços ainda continuamos, do ponto de vista biológico, com algumas das necessidades de nossos ancestrais primatas.

A concepção, mesmo que de forma desordenada, das nossas cidades e vilas ainda é dominada pela antiga necessidade de o ser humano se distribuir, em grupos, por pequenos territórios familiares.

O adensamento demográfico, com a concentração de muitas moradias justapostas em espaços incompatíveis, afeta o lado biológico do ser humano e, portanto, o seu bem-estar.

Não há dúvida que houve significativo desenvolvimento científico<sup>11</sup> e tecnológico, os quais evoluem em velocidade cada vez maior. Em poucos séculos, a habitação do ser humano passou de cabanas de barro a arranha-céus. Se, por um lado, as grandes cidades proporcionam toda sorte de comodidades em relação à vida primitiva, por outro, enfrenta-se o problema do superpovoamento, que leva o homem contemporâneo a viver em um ambiente diverso daquele que o originou e evoluiu por milênios, tornando-se

<sup>5</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

<sup>6</sup> SCHWERINER, Mário Ernesto René. *Comportamento do consumidor: identificando necejos e supérfluos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 29.

<sup>7</sup> MORRIS, Desmond. *O animal humano*. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 6.

<sup>8</sup> MORRIS, Desmond. *O animal humano*. p. 64.

<sup>9</sup> MORRIS, Desmond. *O animal humano*. p. 65.

<sup>10</sup> MORRIS, Desmond. *O animal humano*. p. 186.

<sup>11</sup> Entretanto, o conhecimento científico não ajudou no grau de humanização do nosso mundo, como já advertia Jung. Cf. JUNG, Carl Gustav et al. *O homem e seus símbolos*. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p. 95.

um anônimo na multidão, ceileiro de uma contrapartida de crimes, loucura, crueldade e desespero.<sup>12</sup> A agressividade, nesse contexto, é inflada à medida que a concentração da população humana aumenta, como registram as aterradoras proporções atuais, e já devidamente demonstrada em experiências científicas. A aglomeração excessiva, por sua vez, produz uma agitação social que pode despedaçar as nossas organizações comunitárias muito antes de morrermos de fome, seja agindo diretamente contra qualquer progresso de controle intelectual, seja aumentando de maneira bárbara as possibilidades de explosão emocional.<sup>13</sup>

A espécie humana não está adaptada a viver em metrópoles nem em megalópoles<sup>14</sup>; “nós não evoluímos para viver em monstruosas aglomerações de milhares de indivíduos. O nosso comportamento foi concebido para agir em pequenos grupos tribais [...]”<sup>15</sup>. As restrições territoriais, em consequência, “podem atingir uma intensidade quase insuportável, a ponto de poderem explodir subitamente através de uma vaga de agressão recalcada, com uma selvageria absolutamente anormal”<sup>16</sup>. Por outro lado, se a dimensão da cidade ultrapassa o limite do razoável, “então impera o caráter esquizoide da personalidade humana. Os traços distintivos de um tal sistema de comportamento são então: o anonimato, a superficialidade, o caráter transitório das relações sociais urbanas, a anomia, a falta de participação”. O adensamento excessivo acaba reforçando a diferenciação interna, pois, “paradoxalmente, quanto mais próximos estamos fisicamente, tanto mais distantes são os contatos sociais, a partir do momento em que se torna necessário só se comprometer parcialmente em cada um dos relacionamentos”<sup>17</sup>.

Nesse contexto, o relativismo, a insensibilidade e a secularização da sociedade passam a predominar, indiferentes “a tudo o que não esteja diretamente ligado aos objetivos egoísticos de cada indivíduo”, e isso pode ser constatado em distintas situações, por exemplo, “a naturalidade com que se desvia o andar ao se defrontar com pessoas dormindo no passeio, à plena luz do dia, a selvageria individual com vistas a evitar o controle social, a agressividade à flor da pele”<sup>18</sup>.

Ademais, o adensamento traduzido na verticalização da cidade pode provocar problemas relacionados à circulação do ar e à luminosidade solar, “importantes para o resguardo da qualidade de vida urbana e o bem-estar”, notadamente porque ambientes com pouca luminosidade podem causar manifesto dano à saúde humana<sup>19</sup>. Mas não é só. A aglomeração excessiva exige mais e mais normas jurídicas de convivência, limitando a liberdade do ser humano. Quando mais pessoas vivendo num mesmo espaço, há mais necessidade de normas limitando seus direitos, fator que reduz o bem-estar.

Nas grandes cidades, percebe-se que a ausência de preocupação com o conhecimento biológico do ser humano e suas respectivas necessidades por parte dos administradores públicos, entrelaçada com a questão do adensamento populacional,

<sup>12</sup> MORRIS, Desmond. *O animal humano*. p. 82.

<sup>13</sup> MORRIS, Desmond. *O macaco nu: um estudo do animal humano*. Tradução de Hermano Neves. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 187-188.

<sup>14</sup> “Só um idiota poderia negar que existe um limite para o número de pessoas que nosso planeta consegue suportar. A questão é: será que o número é sete bilhões (nossa população atual), dez bilhões ou 28 bilhões? Acho que já ultrapassamos o número. Bastante.” EMMOT, Stephen. *10 bilhões*. Tradução de Kvieta Brezinova de Morais. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013. p. 193.

<sup>15</sup> MORRIS, Desmond. *O macaco nu: um estudo do animal humano*. p. 196.

<sup>16</sup> MORRIS, Desmond. *O macaco nu: um estudo do animal humano*. p. 204.

<sup>17</sup> CASTELIS, Manuel. Apud NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

<sup>18</sup> NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. p. 185-186.

<sup>19</sup> SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 116-117.

pode comprometer o bem-estar e, conseqüentemente, a qualidade de vida, refletida em problemas de saúde, inclusive psicológicos, e sociais. Ao que tudo indica, há preponderância do aspecto econômico em detrimento da qualidade de vida.

Com esses problemas em mente, pode-se dizer que a lei de zoneamento da cidade de São Paulo fez vista grossa às reais necessidades de seus habitantes no que tange ao adensamento humano, acarretando piora da qualidade de vida.<sup>20</sup>

#### 4. Zoneamento, modelo de assentamento urbano e desenvolvimento urbano

A política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da Constituição Federal).

O propósito de toda política urbana é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (art. 2º do Estatuto da Cidade). Objetiva também ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana mediante, entre outras diretrizes, o planejamento da distribuição espacial da população 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, da Lei n. 10.257/2001).

Desenvolvimento urbano não significa crescimento urbano. Em regra, desenvolvimento refere-se à qualidade e crescimento tem de ver com a quantidade. A política urbana não tem como meta o crescimento da cidade. Nem poderia. Se o planeta é finito, não há como crescer infinitamente. O relatório do Clube de Roma intitulado “Os limites do crescimento”, de 1972, já previa que a busca indefinida do crescimento é incompatível com os “fundamentos” do planeta.<sup>21</sup> O que se objetiva é a qualidade de vida e as funções sociais da cidade.

Para a aplicação de qualquer política de desenvolvimento urbano, o zoneamento urbano se revela como instrumento adequado ao propósito de garantir bem-estar aos habitantes da cidade, o que significa afirmar a necessidade de ordenar os respectivos espaços ambientais em relação ao uso e ocupação do solo urbano por meio do planejamento urbanístico.

*A ordenação do uso e ocupação do solo é um dos aspectos substanciais do planejamento urbanístico. Preconiza uma estrutura mais orgânica para as cidades, mediante a aplicação de instrumentos legais de controle do uso e da ocupação do solo - com o quê se procura obter uma desejável e adequada densidade populacional e das edificações nos aglomerados urbanos.*<sup>22</sup>

<sup>20</sup> “Toda a ciência aponta para o inevitável: estamos em apuros. E o problema é muito sério. Neste exato momento, caminhamos em terreno completamente desconhecido conforme a nossa população continua a crescer em direção aos dez bilhões. Mas se há algo que podemos prever é que as coisas vão piorar.” EMMOT, Stephen. *10 bilhões*. p. 117.

<sup>21</sup> Como adverte Serge Latouche, vivemos numa “sociedade de crescimento – ou seja, de uma sociedade fagocitada por uma economia cuja única finalidade é o crescimento pelo crescimento”. (*Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. XIII-XIV).

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 235.

O termo “zoneamento” tem relação com as regras de uso do solo, e a expressão “modelo de assentamento urbano”, com as regras de ocupação. Em sentido amplo, entende-se por “zoneamento do solo” o “instrumento legal utilizado pelo Poder Público, para controlar o uso da terra, as densidades de população, a localização, a dimensão, o volume dos edifícios e seus usos específicos, em prol do bem-estar geral”; ou, ainda, “divisão de uma comunidade em zonas para o fim de regular o uso da terra e dos edifícios, a altura e o gabarito das construções, a proporção que estas podem ocupar e a densidade da população”<sup>23</sup>.

O “zoneamento” pode desdobrar-se em três aspectos: destinação da terra, uso do solo ou características arquitetônicas. O primeiro poderá ser instrumento de divisão do solo do município em “zona urbana, zonas urbanizáveis, zonas de expansão urbana e zona rural”. O segundo alude à divisão do território do município em “zonas de uso” – o que consubstancia o “zoneamento de uso”. Quanto ao terceiro aspecto, trata-se de fixação das características que as construções deverão ter em cada zona (zoneamento arquitetônico).<sup>24</sup>

É importante salientar que o “zoneamento do uso do solo” representa um dos principais instrumentos do planejamento urbanístico municipal; um plano urbanístico especial (plano de zoneamento) que visa realizar, na prática, as diretrizes de uso estabelecidas no plano diretor.

Em ligeira lição, zoneamento urbano consiste na repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo sua precípua destinação de uso e ocupação do solo”<sup>25</sup>; constitui “um procedimento urbanístico que tem por objetivo regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas, no interesse do bem-estar da população”. Para ser legítimo, o zoneamento “há de ter objetivos públicos, voltados para a realização da qualidade de vida das populações”<sup>26</sup>. Por meio do zoneamento, “fixam-se critérios de permissão de maior ou menor intensidade de uso nas diversas zonas, o que proporciona o estabelecimento das densidades desejáveis de população e de edificação [Grifo do autor]”<sup>27</sup>.

Verifica-se, portanto, que o zoneamento é instrumento adequado para se atingir o bem-estar por meio da regulação e do estabelecimento de critérios de adensamento humano.

A “ocupação do solo” refere-se ao modo de povoamento do território. Em termos urbanísticos, consubstancia:

*[...] a relação entre a área do lote e a quantidade de edificação que se coloca dentro dele. Constitui, pois, a implantação do edifício no lote, que se subordina a normas adequadas, visando a favorecer a estética urbana e assegurar a insolação, a iluminação e a ventilação, no que se relaciona com a estrutura da edificação, mas que tem objetivos urbanísticos de alcance bem mais importante: realizar o equilíbrio da densidade urbana – que considera dois problemas: a densidade populacional e a densidade de edificação [Grifo do autor].<sup>28</sup>*

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 235-236.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 236-237.

<sup>25</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. p. 127.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 238.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 241.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 247-248.

A densidade populacional alude à distribuição da população no solo urbano, relacionando habitante com área urbana, área urbanizável, área urbana global ou líquida. Densidade de edificação, por sua vez, refere-se à quantidade de edificações (metros quadrados de área construída) relacionada à área do terreno (coeficiente de aproveitamento, taxa de ocupação). O controle, tanto de uso como de ocupação do solo, visa garantir densidades edilícia e populacional compatíveis com a infraestrutura e os equipamentos de cada área considerada, sempre tendo em vista o bem-estar dos habitantes da cidade.

No Brasil, entre outros instrumentos (como as cotas-parte), “controla-se a densidade indiretamente, através do controle da densidade edilícia. Seus instrumentos são os limites de ocupação do terreno (taxa de ocupação) e de seu aproveitamento (coeficiente de aproveitamento)”<sup>29</sup>.

A finalidade do regime urbanístico do solo é, portanto, assegurar a concentração equilibrada de atividades e de pessoas no território do município, mediante controle de uso e aproveitamento do solo, em consonância com a função social da propriedade, que tem como escopo o uso racional do solo quanto à manutenção de uma densidade adequada ao bem-estar da população.<sup>30</sup>

## 5. A Lei n. 16.402/2016

A nova lei de zoneamento da cidade de São Paulo (Lei n. 16.402/2016) elencou como diretrizes do parcelamento, uso e ocupação do solo: (i) qualificação do adensamento demográfico, intensificação das atividades econômicas, diversificação do uso do solo e qualificação da paisagem ao longo dos eixos de estruturação da transformação urbana; (ii) limitação e condicionamento da instalação de empreendimentos de médio e grande portes, tendo em vista as condições urbanísticas do seu entorno, de modo a proporcionar melhor equilíbrio entre áreas públicas e privadas, melhor interface entre o logradouro público e o edifício, compatibilidade entre densidade demográfica e infraestrutura existente e maior continuidade, capilaridade e conectividade do sistema viário;

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 248. Segundo o autor: “A taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento (também denominados índice de ocupação e índice de utilização, respectivamente) são dois instrumentos básicos para definir uma distribuição equitativa e funcional de densidades (edilícia e populacional) compatíveis com a infraestrutura e equipamentos de cada área considerada. Pelo primeiro desses índices urbanísticos, estabelecem-se os limites de ocupação do terreno, isto é, define-se a área do terreno que será ocupada pela edificação. Equivale, pois, à superfície de terreno edificável. Pelo segundo, define-se o grau de aproveitamento do terreno, isto é, fixa-se a quantidade de edificação, em metros quadrados, que pode ser construída na superfície edificável do terreno. Não se trata, aqui, do volume de ocupação ou volume de edificabilidade, que seria o número de metros cúbicos que a edificação pode atingir por metro quadrado de superfície do terreno. Este não é ainda um índice utilizável, embora talvez venha a ser de grande importância no futuro do direito urbanístico, como referimos mais adiante. O coeficiente de aproveitamento correlaciona metros quadrados de construção com metros quadrados do terreno. De fato, o coeficiente de aproveitamento é a relação existente entre a área total da construção e a área do lote. Se se quer implantar no terreno uma construção com área correspondente à do terreno, então, o coeficiente de aproveitamento é igual a 1,0 [...]. A taxa de ocupação, como vimos, refere-se à superfície do terreno a ser ocupada com a construção. É um índice que estabelece a relação entre a área ocupada pela projeção horizontal e a área do lote. Trata-se de índice nunca superior a 10, pois este significa que toda a superfície do terreno será ocupada pela construção em projeção horizontal, enquanto a taxa de 0,5 significa que o terreno será ocupado numa superfície de 50% da sua área. A correlação entre os dois índices está no fato de que o coeficiente de aproveitamento máximo do lote será empregado dentro dos limites demarcados pela taxa de ocupação máxima, de tal sorte que, aumentando-se o primeiro, a metragem quadrada da construção a mais ocasionará sua elevação vertical, enquanto o aumento da taxa de ocupação permitirá construções mais baixas, mas sacrificará espaços livres dentro do lote [Grifo do autor]”. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 250-251.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 165-166.

(iii) adequação do uso do solo aos modos de transporte não motorizados, em especial à adoção de instalações que incentivem o uso da bicicleta; (iv) instalação de atividades econômicas e institucionais e de uso residencial em conformidade com o desenvolvimento sustentável (artigo 2º, incisos I, VI, VII e XII).

Apesar dessas nobres diretrizes, o restante da lei permite novos projetos imobiliários nas zonas de eixo em edifícios com vagas de garagem, vale dizer, onde estão localizadas linhas de trem, metrô e corredores de ônibus. Espaços antes vazios agora podem ser ocupados por prédios residenciais. Novas regras, válidas por três anos, não contidas no projeto discutido, foram criadas e, com base nelas, as construtoras poderão criar uma vaga de estacionamento para cada sessenta metros quadrados de construção. Outra alteração feita às vésperas da votação definitiva permite a construção de apartamentos maiores que os previstos anteriormente. O texto final também libera os chamados “puxadinhos” na periferia – em lotes de até 250 metros quadrados, que misturem residência e comércio, passando a ser permitidos imóveis de até três pisos (comércio no térreo e dois andares residenciais). Portanto, nas avenidas, nessas zonas de eixo, é permitida a edificação de apartamentos maiores e com mais de uma vaga de garagem, prédios com o dobro de altura, além da possibilidade de quadruplicar o limite de construção de prédios comerciais, residenciais e equipamentos públicos, que correspondem a 8% do território da capital. Essas regras foram incluídas no projeto cinco dias antes da respectiva votação. Houve modificação do projeto original, que visava diminuir o número de garagens nas áreas centrais para tirar carros das ruas, evitar a poluição, melhorar o trânsito, com vistas a promover o bem-estar da população. Contudo, na fase de discussão na Câmara, essa mudança foi feita para incentivar a venda de imóveis, em alegado momento de crise, em detrimento da qualidade de vida. Mas não é só. Houve violação à Constituição Federal e ao Estatuto da Cidade.

No ponto, é oportuno mencionar a advertência de Afonso da Silva, referindo-se ao plano diretor, pensamento que se aplica perfeitamente à lei de zoneamento em exame: “devem ser evitadas emendas que o desfigurem, lhe quebrem a coerência ou o tornem inexecutável, ou de mera satisfação de interesse individual ou em detrimento do interesse público”<sup>31</sup>. Foi o que ocorreu. O escopo das mudanças foi unicamente atender ao lucro fácil e imediato das construtoras, em detrimento do bem-estar humano.

Chama atenção o fato de a lei de zoneamento da cidade de São Paulo trazer mais do mesmo, em tempos da maior crise ambiental já vivida pela humanidade; ou seja, a lei continuou com o padrão de legitimar a especulação imobiliária e de autorizar um crescimento infinito em um mundo finito<sup>32</sup>, perpetuando, inexoravelmente, os mesmos resultados catastróficos que tivemos no passado. Não se pode esperar resultados diferentes fazendo a mesma coisa e, no caso concreto, dar continuidade à especulação

<sup>31</sup> AFONSO DA SILVA, José. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 145.

<sup>32</sup> “Esse sistema baseado na desmedida nos conduz ao impasse. É uma esquizofrenia que coloca o teórico diante de uma situação paradoxal: ele tem simultaneamente a impressão de chover no molhado e a sensação de pregar no deserto. Dizer que um crescimento infinito é incompatível com um mundo finito e que tanto nossas produções como nossos consumos não podem ultrapassar as capacidades de regeneração da biosfera são evidências facilmente compartilháveis. Em compensação, são muito menos bem-aceitas as consequências incontestáveis de que essas mesmas produções e esses mesmos consumos devem ser reduzidos (em cerca de dois terços na França), e que a lógica do crescimento sistemático e irrestrito (cujo núcleo é a compulsão e a adição ao crescimento do capital financeiro) deve, portanto, ser questionada, bem como nosso modo de vida. Quanto à designação dos principais responsáveis, ela parece francamente blasfematória.” LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. p. XIV-XV.

imobiliária<sup>33</sup>, sem compromisso com o bem-estar; ao contrário, incentivar a verticalização da cidade, a política de uso de automóveis, além de acirrar a degradação ambiental, inclusive no que tange à biodiversidade e à poluição. Em rigor, a nova lei de zoneamento promove o crescimento infinito da cidade quando a exigência é justamente o decréscimo, denotando que o Poder Público trafega na contramão de uma nova mentalidade de administração urbanística.

Nessa linha, a lei de zoneamento admite mais e mais construções, inclusive com mais vagas para veículos para fins habitacionais, em uma cidade que não suporta mais adensamento, antes mesmo de aproveitar espaços disponíveis para essa finalidade e quando se sabe que o propósito do zoneamento é justamente o oposto: proporcionar melhor qualidade de vida aos habitantes das cidades e não agravar sua condição existencial, ferindo sua dignidade e o direito fundamental à qualidade de vida e ao bem-estar. E não é demais lembrar que a cidade de São Paulo é a primeira macrometrópole do Hemisfério Sul; uma mancha urbana que cresceu a ponto de emendar São Paulo a Campinas, uniu 65 municípios e, hoje, abriga 12% da população brasileira<sup>34</sup>.

Pesquisa realizada pela Prefeitura de São Paulo (de dezembro/2014, mas com dados referentes a 2010) aponta que o município de São Paulo possui 7,5% dos domicílios particulares vagos<sup>35</sup>, denotando que existe real possibilidade de se atenuar o déficit de moradia. Por bairro, em 2010 (números mais recentes), o índice de imóveis vagos era o seguinte: Bela Vista (9,8%), Bom Retiro (9,1%), Brás (13,5%), Cambuci (8,4%),

<sup>33</sup> A especulação imobiliária consiste na formação de estoques de bens imóveis na expectativa de que seu valor de mercado aumente futuramente, vale dizer, pode referir-se à construção de prédios sem necessidade e não somente à manutenção de terreno vazio subutilizado esperando a valorização advinda do crescimento da cidade. A própria especulação pode representar a construção de mais prédios justamente para provocar o crescimento da cidade de forma a auferir um lucro indevido, quando esse crescimento se dá em prejuízo do bem-estar dos habitantes.

<sup>34</sup> “A região metropolitana de São Paulo é a maior do país e uma das 20 maiores do mundo. Em 2010, ano do mais recente levantamento demográfico, as 39 cidades da região metropolitana somavam uma multidão de quase 20 milhões de pessoas, superior à população de um país como o Chile. Apenas a cidade de São Paulo, no Censo 2010, tinha cerca de 11,3 milhões de habitantes (tem mais gente na capital paulista do que em toda a Grécia ou todo Portugal!). Nas últimas décadas, a Grande São Paulo tem crescido a passos largos. Entre 1980 e 2010, sua população aumentou 58%, bem acima do crescimento registrado na capital, que foi de 37%. Do ponto de vista social, a expansão urbana gera maior segregação de acordo com a renda. As perdas com transporte coletivo insatisfatório nas nove maiores regiões metropolitanas do Brasil chegam a 2,5% (PIB). O custo dos congestionamentos no Rio de Janeiro e São Paulo, as duas maiores regiões metropolitanas, ultrapassou R\$ 98 bilhões em 2013. Nos 39 municípios da região metropolitana de São Paulo, os congestionamentos atingiram, em média, 300 km por dia em 2013 e o custo relacionado foi de R\$69,4 bilhões. O valor equivalente a 7,8% do PIB metropolitano (Firjan, 2014). Um estudo feito pelo Instituto de Saúde e Sustentabilidade mostra que a má qualidade do ar foi responsável por quase 100 mil mortes no estado de São Paulo entre 2006 e 2011. Os veículos são os maiores vilões, respondendo por 90% da poluição. E quanto maior a lentidão do trânsito, mais letal se torna o ar. A pesquisa estima um excesso de 7 mil mortes prematuras por ano na região metropolitana e 4 mil na capital, decorrentes do impacto da poluição na saúde das pessoas, além da redução de 1,5 ano de vida. Para piorar, o crescimento da região metropolitana em São Paulo tem ocorrido às custas das periferias onde se encontram importantes áreas de preservação ambiental, indispensáveis para o sustento da própria cidade. Os impactos da expansão urbana sobre áreas naturais são significativos. A terra sustenta uma série de ecossistemas e funções, incluindo a produção de alimentos, habitats para as espécies naturais, retenção e armazenamento de água. Não se pode esquecer que a expansão das cidades é marcada por um substancial consumo de recursos naturais. O uso da terra e solo causam particular preocupação, uma vez que são recursos não renováveis em sua maioria. A má ocupação transforma drasticamente as propriedades da terra, reduzindo a sua capacidade de desempenhar funções essenciais no ciclo hidrológico. Um dos impactos mais evidentes é a perda de permeabilidade à água por conta dos processos de asfaltamento de ruas e estradas, que diminui dramaticamente a recarga das águas subterrâneas e afeta a drenagem das águas de chuva. Tal situação se dá às custas de áreas verdes que ajudam a garantir o adequado funcionamento de ecossistemas e suas funções tão necessárias às cidades. Em essência, a ocupação urbana descontrolada realmente a concentração de renda, a exclusão social e a degradação ambiental.” (BARBOSA, Vanessa. *A última gota*. São Paulo: Planeta, 2014).

<sup>35</sup> SÃO PAULO (Município). Prefeitura do Município de São Paulo. Vacância domiciliar cai 30% entre 2000 e 2010. *Informes Urbanos*, São Paulo, n. 23, dez. 2014. Disponível em: <[http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes\\_urbanos/pdf/35.pdf](http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes_urbanos/pdf/35.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2016.

Consolação (9%), Liberdade (10%), Pari (9%), República (11,6%), Sé (11,7%), Santa Cecília (7,5%), Via Mariana (9,1%) e Pinheiros (10%). Com efeito, pesquisas internacionais consideram que o percentual médio do estoque habitacional necessário para o funcionamento “natural” do mercado de moradias estaria em torno de 5%<sup>36</sup> a 6,5%<sup>37</sup>.

Segundo informações cadastradas no Sistema de Gerenciamento de Imóveis - SGI existem 2.626 imóveis da Fazenda do Estado no município de São Paulo, assim distribuídos por tipo de ocupação: ocupados: 1.853 (70,56%); vagos: 670 (25,51%); parcialmente ocupados: 96 (3,66%); invadidos por terceiros: 7 (0,27%).

Houve solicitação de informação ao Município de São Paulo sobre a quantidade ou a porcentagem de imóveis municipais desocupados. A Chefe de Gabinete SMDU – Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano apresentou a seguinte resposta: “Prezado Rafael, O processo de mapeamento de áreas públicas, bem como a integração e complementação dos bancos de dados sobre o assunto, está em andamento, não sendo possível precisar a informação solicitada. Atenciosamente”.

Desses dados, depreende-se que antes mesmo de promover o aproveitamento dos espaços disponíveis<sup>38</sup>, a lei de zoneamento da cidade de São Paulo autoriza novas e desnecessárias construções destinadas à habitação, as quais vêm comprometer o bem-estar da população na medida em que: aumentam o adensamento pela migração; incrementam a demanda por recursos que já são escassos na capital, como, por exemplo, água e energia; agravam a situação do trânsito, dos transportes públicos; aumentam a poluição em todas as suas formas, incluindo a sonora e a visual, e comprometem a salubridade de caráter fitossanitário, zoossanitário e antropossanitário, esta, aliás, é valor que ascende em importância, principalmente em razão do adensamento das populações<sup>39</sup>.

Por meio da lei de zoneamento, não se pode simplesmente autorizar a construção de mais empreendimentos imobiliários para privilegiar o lucro fácil e imediato, em detrimento do bem-estar da coletividade, tanto mais que o Município de São Paulo sequer tem a informação da quantidade de imóveis públicos desocupados. Os espaços devem ser utilizados e ocupados para fins de promoção da qualidade de vida e não para mera especulação imobiliária. O zoneamento “não terá por objetivo satisfazer interesses particulares, nem de determinados grupos”<sup>40</sup>. É certo que o solo urbano privado existe para receber edificações, contudo, há um mínimo de comprometimento admissível da área, de modo a não prejudicar “a aeração, a insolação, a funcionalidade e a estética do conjunto urbano”<sup>41</sup>, vale dizer, o bem-estar dos habitantes. Por outro lado, passou o

<sup>36</sup> Belskya (1992) apud SÃO PAULO (Município). Prefeitura do Município de São Paulo. Vacância domiciliar cai 30% entre 2000 e 2010. *Informes Urbanos*, São Paulo, n. 23, dez. 2014. Disponível em: <[http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes\\_urbanos/pdf/35.pdf](http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes_urbanos/pdf/35.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2016.

<sup>37</sup> JUD; FREW (1990) apud SÃO PAULO (Município). Prefeitura do Município de São Paulo. Vacância domiciliar cai 30% entre 2000 e 2010. *Informes Urbanos*, São Paulo, n. 23, dez. 2014. Disponível em: <[http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes\\_urbanos/pdf/35.pdf](http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes_urbanos/pdf/35.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2016.

<sup>38</sup> Mesmo que muitas dessas unidades estejam em prédios antigos, com problemas relativos a condições de segurança, pois construídos em outros tempos, não atendendo a padrões mínimos no que toca, por exemplo, a rotas de fuga em caso de incêndio, um motivo a mais para que se aproveitem esses prédios, ante o argumento utilizado que a construção civil fomenta a economia. Que seja feita em prédios já existentes, com respectiva melhora, atualização e modernização.

<sup>39</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*: instrumentos para um futuro melhor. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 68.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 238.

<sup>41</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*: instrumentos para um futuro melhor. p. 98.



tempo de estabelecer uma política de decrescimento<sup>42</sup> para o município de São Paulo, pois a questão se encontra no plano de princípios maiores de uma vida digna, em que o interesse econômico cego, voraz e parasitário não pode prevalecer sobre o interesse comum da sobrevivência e da qualidade de vida da humanidade. Não só a sociedade de crescimento não é desejável, como não é sustentável. Se o crescimento produzisse mecanicamente o bem-estar, viveríamos, hoje, em um verdadeiro paraíso. Contudo, “o que nos ameaça é bem mais o inferno”<sup>43</sup>. Em suma, o modelo atual de crescimento, perpetrado inclusive pela lei de zoneamento da cidade de São Paulo, sacrifica o bem-estar de sua população e só poderá ser considerado um negócio rentável se seu peso recair sobre a natureza, as gerações futuras, a saúde dos consumidores, as condições de trabalho dos assalariados e, mais, sobre os países do Sul. Uma ruptura desse ciclo é necessária<sup>44</sup>.

*A qualidade de vida é de suma importância para uma vida digna e sadia, e caracteriza-se por organização e disposição do tempo, bom relacionamento social, prática de atividades esportivas, tranquilidade, equilíbrio natural, educação, saúde, alimentação etc., bem-estar e dignidade humana.*<sup>45</sup>

Qualidade de vida, bem-estar, dignidade da pessoa humana, meio ambiente e planejamento estão intimamente associados.<sup>46</sup> A urgência é, pois, estabelecer uma nova visão de administração pública da cidade, a qual deve passar por um adequado planejamento. Essa ideia de planejamento, conforme o relato de Nalini:

*[...] só foi surgir na gestão do Prefeito Anhaia Mello, que pretendeu controlar a desordem baseado em três linhas de força: ‘estabelecer um limite claro e preciso além do qual não poderia haver expansão urbana (a urban fence, como é denominada no estudo); fixar uma altura máxima para os edifícios comerciais, um coeficiente e densidade máximos para o uso residencial e mapear e fiscalizar a cidade clandestina, impedindo sua reprodução’.*<sup>47</sup>

Segundo o autor, Anhaia Mello, nos idos de 1951, já defendia a necessidade de controle do crescimento infinito da cidade de São Paulo.

<sup>42</sup> Quem desenvolve de maneira brilhante o conceito de decrescimento é o economista Serge Latouche. Para o autor, o decrescimento “tem como principal meta enfatizar fortemente o abandono do objetivo do crescimento ilimitado, objetivo cujo motor não é outro senão a busca do lucro por parte dos detentores do capital, com consequências desastrosas para o meio ambiente e portanto para a humanidade. Não só a sociedade fica condenada a não ser mais o instrumento ou o meio da mecânica produtiva, mas o próprio homem tende a se transformar no refúgio de um sistema que visa a torná-lo inútil e a prescindir dele (*Pequeno tratado do decrescimento sereno*, p. 4-5).

<sup>43</sup> LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. p. 25.

<sup>44</sup> LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. p. 40-41.

<sup>45</sup> SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. p. 50.

<sup>46</sup> SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. p. 59.

<sup>47</sup> NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. p. 165-166.

*Pioneiro, Anhaia Mello teve a coragem de contrariar o pueril e inconsequente dístico 'São Paulo não pode parar' por um responsável 'São Paulo tem que parar'. Foi o que deixou claro em conferência proferida na FAU – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP, em 1951: 'Será preciso substituir de qualquer forma a vontade d'acceleration pela vontade de freinage, a mentalidade paleotécnica pela neotécnica. A excelência das cidades não se mede pelo número de habitantes. É preciso limitar o crescimento da cidade em extensão e em altura, reduzindo drasticamente os gabaritos que os códigos permitem.'*<sup>48</sup>

O planejamento é, como mencionado, o instrumento adequado para controle do adensamento populacional, de modo a permitir “que seja preservada a qualidade de vida e o bem-estar dos habitantes da urbe”<sup>49</sup>.

O Estatuto da Cidade, vale lembrar, é umas das leis que regulamentam a questão do adensamento por meio do instrumento de desenvolvimento da política urbana “Estudo de Impacto de Vizinhança”<sup>50</sup>, o que demonstra a preocupação do legislador infraconstitucional com o bem-estar dos habitantes da urbe no sentido de protegê-los contra os efeitos negativos da concentração anormal de pessoas nas cidades.

*O estudo de impactos de vizinhança, além de importante instrumento da política urbana, constitui verdadeira limitação administrativa à medida que resguarda, em prol dos habitantes das cidades, a segurança, o sossego e a saúde, contribuindo para o bem-estar e a qualidade de vida de todos.*<sup>51</sup>

Pelo exposto, verifica-se que a cidade de São Paulo não está bem com o adensamento populacional promovido pela especulação imobiliária, amparado pela nova lei de zoneamento. O espaço urbano, sem demora, precisa ser humanizado e devolvido às pessoas como substrato de uma nova mentalidade e de uma política de decrescimento não sujeita a tantos prejuízos pela entrega a um pequeno número de pessoas que não se preocupa com as consequências de seus atos. São Paulo não tem mais como crescer; não cabem mais veículos nas ruas, a poluição passou dos limites do tolerável<sup>52</sup>, pouco resta de Mata Atlântica, há a crise hídrica.

Especificamente quanto ao adensamento demográfico, adverte Nalini: “A restrição de espaço gera consequências alarmantes, [como] a deterioração da conduta social, o pansexualismo tendente à indiscriminação e a clara decadência nas pautas das crianças”<sup>53</sup>. E reforça:

<sup>48</sup> NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. p. 165-166.

<sup>49</sup> SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. p. 112.

<sup>50</sup> “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; [...]”

<sup>51</sup> SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. p. 103.

<sup>52</sup> Em consequência direta da poluição, na Grande São Paulo, morrem por dia 12 pessoas; de cada 15 ataques do coração registrados na Grande São Paulo um é causado diretamente pelo acúmulo de poluição no organismo, cerca de 15% dos casos de asma são causados pela poluição. De pneumonia, 12% de cada vinte casos de câncer de pulmão registrados na região, pelo menos um é causado pela ação de poluentes. Pelo simples fato de se viver na cidade de São Paulo, há redução da expectativa de vida em um ano e meio. MEGACIDADES. *Revista Grandes Reportagens*. O Estado de São Paulo, agosto 2008. p. 80-81.

<sup>53</sup> NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. p. 113.

*A superpopulação já se tornou ameaça à sobrevivência da espécie humana. A humanidade já superou o limite conhecido como capacidade de continuidade da espécie. Mais ainda, não é mero crescimento demográfico. É o crescimento em consumo, irracional e ecocida, baseado na rápida exaustão dos recursos naturais. O descaso em relação à natureza reforça a revisita ao tema freudiano de pulsão de morte. A espécie optou pelo ecocídio, pois destrói cada vez mais rapidamente seu entorno.*<sup>54</sup>

A qualidade de vida e o bem-estar da população urbana, por si sós, justificam restrições em relação ao direito de construir, pois viver em uma cidade com adensamento populacional compatível com a natureza biológica do homem certamente traz efeitos positivos para o próprio jeito de ser e de viver.

## 6. Conclusão

O bem-estar considerado no espaço da cidade tem regulação constitucional (art. 182) e infraconstitucional (art. 3º, inc. III, a, da Lei n. 6.938/1981 e art. 1º, inc. I, da Resolução Conama 1/1986).

A política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182). O propósito da política urbana é, pois, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (art. 2º da Lei n. 10.257/2001).

Essas proposições evidenciam forte intervenção do Poder Público na propriedade privada, a qual sofre modificação no núcleo de sua clássica definição. No direito tradicional, o proprietário pode usar, gozar e dispor de sua propriedade como bem entender. Hoje, a situação se modificou. A propriedade deve cumprir sua função socioambiental, vale dizer, o direito de propriedade sofre limitações, pois deve atender, além dos interesses do proprietário, também aos interesses da coletividade<sup>55</sup>.

O bem-estar humano sempre deve ser colocado em primeiro lugar, afinal é objetivo da política de desenvolvimento urbano. Como a propriedade tem de observar a função socioambiental, não pode comprometer o bem-estar. Se existe mal-estar na cidade de São Paulo, por conta do adensamento que atenta somente para fatores econômicos sem dar a necessária atenção a graves problemas como falta de água, caos no trânsito, poluição, não pode a lei de zoneamento permitir a construção de mais edifícios com vagas de garagem porque, além de não melhorar o bem-estar, agrava a qualidade de vida.

Não custa lembrar que existe uma escala de valores a ser observada: primeiro, garantir a função ecológica, já seriamente degradada na cidade de São Paulo; segundo, depois de resolvida a questão do equilíbrio ecológico, há que se promover o bem-estar da população; terceiro, uma vez garantida a satisfação dos seres vivos, pode-se voltar a atenção para o último valor que é a exploração econômica da propriedade. Afinal, não

<sup>54</sup> NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. p. 113.

<sup>55</sup> A nova concepção de propriedade teve repercussão no Código Civil de 2002, o qual estatui, no seu art. 1.228, § 1º, que: "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."

se concebe uma lei de zoneamento que atrepele escalas de valores, antes mesmo de se preservar a função ecológica dos bens ambientais (como, por exemplo, água potável). Só com a garantia de que as necessidades dos seres vivos serão supridas, como o bem-estar, é que se poderá autorizar o fomento da atividade econômica. Também não se pode admitir a autorização dada pela lei de zoneamento para a construção de prédios em cidade com baixíssimo bem-estar humano, resultado de adensamento populacional, poluição, falta de água, trânsito caótico, falta de iluminação, de ventilação, para citar alguns exemplos. Se não existe água para quem já habita a cidade, não há como permitir a edificação de mais moradias. Existem inúmeros imóveis particulares e públicos desocupados, que deveriam ser aproveitados antes de se autorizarem novas construções. Não se pode ocupar a cidade toda com edifícios. A cidade precisa de respiro, de áreas sem prédios, de áreas verdes, a fim, inclusive, de melhorar o microclima e de permitir a drenagem natural, incrementando, dessa forma, o bem-estar da população.

## Referências

- BARBOSA, Vanessa. *A última gota*. São Paulo: Planeta, 2014.
- EMMOT, Stephen. *10 bilhões*. Tradução de Kvieta Brezinova de Moraes. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.
- JUNG, Carl Gustav et al. *O homem e seus símbolos*. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2009.
- MEGACIDADES. *Revista Grandes Reportagens*. O Estado de São Paulo, agosto 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MUKAI, Toshio. *Direito urbano e urbanístico*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos para um futuro melhor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MORRIS, Desmond. *O animal humano*. Lisboa: Gradiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *O macaco nu: um estudo do animal humano*. Tradução de Hermano Neves. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SÃO PAULO (Município). Prefeitura do Município de São Paulo. Vacância domiciliar cai 30% entre 2000 e 2010. *Informes Urbanos*, São Paulo, n. 23, dez. 2014. Disponível em: <[http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes\\_urbanos/pdf/35.pdf](http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/informes_urbanos/pdf/35.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2016.
- SCHWERINER, Mário Ernesto René. *Comportamento do consumidor: identificando necessidades e supérfluos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUZA, Demétrius Coelho. *O meio ambiente das cidades*. São Paulo: Atlas, 2010.

# Gestão de riscos de desastres e políticas públicas urbanas

## Estudo de caso: a enchente de São Luiz do Paraitinga

*Renata Martins de Carvalho<sup>1</sup>*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Resumo:** este trabalho propõe uma reflexão a respeito das estratégias de planejamento urbano e ações de prevenção de desastres para o desenvolvimento sustentável das cidades. O aumento da magnitude dos desastres naturais no Brasil está relacionado, especialmente, às variações do clima e à ocupação desordenada do solo urbano, em decorrência do acelerado processo de urbanização do País. A análise das causas e consequências da enchente de grandes proporções que atingiu a cidade de São Luiz do Paraitinga, adotada como paradigma neste estudo, demonstra que a integração da política de proteção de riscos com as demais políticas públicas urbanas deve ser articulada através do Plano Diretor, instrumento de implantação do desenvolvimento sustentável das cidades. E nos moldes das diretrizes do Estatuto da Cidade, o Poder Público Municipal assume papel central para a gestão urbanística sustentável e a implementação de cidades resilientes.

**Palavras-chave:** gestão de riscos de desastres e políticas públicas.

**Abstract:** this study presents a thinking regarding urban planning strategies and actions of disaster prevention to sustainable development. The increase of natural disasters magnitude in Brazil is related, specially, to climate variations and disorderly occupation of urban soil, in result of hasty Brazil's urbane process. The analysis of the causes and consequences of São Luiz do Paraitinga's big floods, taken as a paradigm to this study, shows that the "Plano Diretor" – municipal legal instrument responsible for implement sustainable development in the city – must promote the integration of the Risk Protection Policy with other existing urban public policies. And according to the "Estatuto da Cidade", the municipal government plays a central role for sustainable urban management and implementation the disaster's proof cities.

**Keywords:** disaster risk management – public policies.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Civil – Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito. Mestre em Direito do Estado (subárea Direito Urbanístico e Ambiental) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil – Universidade de Taubaté. Bacharel em Arquitetura e Urbanismo – Universidade Católica de Santos.

## 1. Introdução

A frequência e a magnitude dos desastres naturais no Brasil (enchentes, deslizamentos de terra, enxurradas, secas, vendavais, incêndios florestais, etc.), o número de pessoas afetadas e a recorrência destes eventos nas cidades brasileiras motivaram este estudo, que teve por objetivo a reflexão sobre a gestão dos riscos de desastres à luz da política pública de desenvolvimento urbano.

O Brasil atualmente é uma das sociedades mais urbanizadas do mundo, com cerca de 84% da população vivendo nas cidades, e segue a tendência mundial do crescimento dos efeitos negativos dos desastres, como resultado do aumento da população em áreas de risco em decorrência do modelo inadequado de desenvolvimento socioeconômico, da urbanização sem planejamento, da evolução da condição demográfica, da degradação do meio-ambiente, entre outros fatores.

As pessoas mais vulneráveis aos efeitos imediatos dos desastres naturais são, na maioria das vezes, as economicamente hipossuficientes, com condições de vida precária em termos de bem-estar e desprovidas do acesso aos direitos sociais básicos (moradia adequada e segura, saúde básica, saneamento básico, água potável, educação, emprego e renda mínima, alimentação adequada, etc.). E os efeitos negativos dos desastres agravam ainda mais a vulnerabilidade das suas condições existenciais, submetendo-as a um quadro de maior indignidade.

A capacidade de prever os fenômenos naturais de grande escala é fundamental para os aspectos estratégicos de prevenção, mitigação e preparação para a redução dos riscos de desastres, assim como a necessidade de estudar as vulnerabilidades e de reconhecer a importância da gestão de riscos, da gestão urbanística e da gestão do meio ambiente, de forma integrada e articulada, com a implementação do Plano Diretor, ou seja, de um instrumento jurídico eficaz para estabelecer a política pública urbana e as diretrizes das políticas públicas setoriais, ou seja, de planejamento urbano, de meio ambiente, de prevenção de desastres, de habitação, de regularização fundiária, de saneamento, de resíduos sólidos, etc.

## 2. A problemática urbana

Os resultados do último Censo Demográfico realizado no ano de 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>2</sup>, demonstram que o Brasil possui uma população residente de 190.755.799 (cento e noventa milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e setecentos e noventa e nove) habitantes, dos quais 160.925.804 (cento e sessenta milhões, novecentos e vinte e cinco mil e oitocentos e quatro) habitantes vivem em áreas urbanas, dado que expressa o crescimento da população urbana, nos últimos 100 (cem) anos, que saltou de 10% (dez por cento) para 84% (oitenta e quatro por cento).

O referido censo do IBGE identificou também que, no Brasil, existem 6.329 (seis mil, trezentos e vinte e nove) aglomerados subnormais, assim entendidos aqueles representados por favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, mocambos,

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

palafitas, cortiços, entre outros assentamentos irregulares, onde residem 11.425.644 (onze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil e seiscentos e quarenta e quatro) habitantes, que formam cerca de 3,2 milhões de famílias. E, segundo dados oficiais divulgados pelo Ministério das Cidades, existem mais de 13 milhões de domicílios urbanos irregulares,<sup>3</sup> em 5.562 municípios, sendo 4.074 municípios até 20.000 habitantes e 1.487 municípios de 20.000 habitantes a mais de 500.000 habitantes.

Essa problemática urbana surgiu como resultado do êxodo rural e do rápido processo de industrialização e urbanização que produziu a segregação socioespacial, a degradação ambiental e um crescente déficit habitacional nas cidades brasileiras, que implicou em um modelo de desenvolvimento fundado na produção de desigualdades.

O processo de urbanização do País, que se acelerou intensamente a partir da década de 1950, não foi acompanhado de políticas de desenvolvimento urbano preocupadas em prover moradia para toda a população. Sem condições de adquirir no mercado legal uma residência, importantes parcelas da população mais pobre ocuparam aqueles terrenos menos valorizados em função de restrições à ocupação legal, seja devido à situação de risco potencial, seja devido à necessidade de preservação ambiental. Assim, os assentamentos precários se implantaram e se expandiram, com ocupação de áreas de elevada declividade e margens de rios, gerando um quadro urbano de extrema vulnerabilidade a deslizamentos de encostas, inundações e enxurradas.

No que diz respeito às inundações e enxurradas, é importante destacar sua relação com as ocupações nas cidades que, em sua maioria, se deram em áreas ribeirinhas (leito maior dos rios), principalmente nos lugares em que é baixa a frequência de enchentes. Com o expressivo aumento da superfície impermeabilizada nas cidades, provocado pelas ocupações, e sua contribuição para o aumento da área de enchente, houve o aumento da frequência e a intensificação das inundações. Colabora ainda com o problema a alteração na cobertura vegetal em áreas rurais, que acarreta a modificação da dinâmica das águas na bacia e os condicionantes do ciclo hidrológico, impactando os rios quanto à quantidade e a qualidade da água e ainda provocando assoreamento.<sup>4</sup>

Quanto aos deslizamentos, o aumento de ocorrências de desastres é, em sua maioria, derivado da ocupação inadequada de áreas de risco geológico potencial. A ocupação de áreas íngremes por assentamentos precários, caracterizados pela ausência de infraestrutura urbana (principalmente sistemas de drenagem), a execução de cortes e aterros instáveis (sem estruturas de contenção de taludes), os depósitos de lixo nas encostas e a fragilidade das construções, potencializam a fragilidade natural dos terrenos, o que resulta em áreas de risco sujeitas a deslizamentos, principalmente nos períodos chuvosos mais intensos e prolongados.<sup>5</sup>

Entre os vários fatores que contribuíram para a construção desse cenário, assume relevo a ausência de práticas de planejamento urbano, ou seja, de uma política de desenvolvimento urbano preocupada em prover moradia para a população, especialmente, de baixa renda, sem condições de adquirir no mercado legal.

Assim, na década de 1970 os efeitos nocivos da urbanização desigual começaram a ser percebidos e discutidos com a articulação do Movimento Nacional pela Reforma

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/regularizacao-fundiaria.html>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.uftm.edu.br/proplan/images/PPA\\_2012\\_2015.pdf](http://www.uftm.edu.br/proplan/images/PPA_2012_2015.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2014.

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.uftm.edu.br/proplan/images/PPA\\_2012\\_2015.pdf](http://www.uftm.edu.br/proplan/images/PPA_2012_2015.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2014.

Urbana através da agenda da regularização fundiária urbana e ganhou impulso no âmbito do processo de democratização do país, consolidando-se com a Constituição de 1988, que incorporou o capítulo da Política Urbana (artigos 182 e 183), com o reconhecimento dos principais alicerces da reforma urbana, ou seja, a gestão democrática das cidades, a função social da propriedade e o direito à cidade e à moradia.

Sob a nova ordem constitucional, a agenda da reforma urbana se consolidou com a aprovação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que estabeleceu uma nova ordem jurídico-urbanística e dispôs sobre os instrumentos urbanísticos, tributários e jurídicos para regular “o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental” (art. 2º), ou seja, para que a propriedade atenda a função social.

No ano de 2003, com a criação do Ministério das Cidades, o Governo Federal acenou com novas perspectivas para o tratamento das questões relacionadas ao desenvolvimento urbano e com diversas ações, dentre as quais cabe destacar a formatação das políticas públicas de regularização fundiária e habitação, de resíduos sólidos e de prevenção de desastres. E, como marco jurídico das referidas políticas públicas foram aprovadas a Lei nº 11.977/2009 (modificada pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011) que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a Lei nº 12.608/2012.

### **3. A Lei nº 12.608/2012**

O marco jurídico da política pública de proteção de riscos e minimização de desastres é a Lei nº 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC); dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC); autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres.

A função primordial da referida lei, portanto, é a criação de um sistema nacional de defesa civil e a definição das ações de mitigação, preparação, resposta e recuperação em caso de desastres naturais, expostas entre os objetivos da PNPDEC (artigo 5º).

A lei está dividida em três partes, a primeira relativa à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, na qual estão dispostos os objetivos e as diretrizes da referida política pública, as competências específicas dos entes federados e a competência comum. Entre as diretrizes da política nacional, a atuação articulada dos entes federados para a redução de desastres; a participação da sociedade civil e o planejamento com base em pesquisas e estudos sobre áreas de risco e incidência de desastres, englobando também as bacias hidrográficas como unidade de análise das ações de prevenção de desastres relacionados a corpos d’água. E, no parágrafo único do artigo 3º, como diretriz de relevo, a integração da PNPDEC às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, infraestrutura e demais políticas setoriais tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável.

A segunda parte da lei trata do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e dispõe sobre os órgãos e entidades de proteção e de defesa civil.



A terceira parte estabelece disposições gerais, entre as quais, a adaptação da ordem urbanística aos riscos de desastres, objeto de análise neste estudo; a criação de sistema de informações de monitoramento de desastres e a vinculação dos programas habitacionais dos entes federados à prevenção dos desastres.

Para Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena<sup>6</sup> a referida lei

*[...] além da criação de um sistema nacional de defesa civil, sob o ponto de vista legislativo, do estabelecimento de competências e da opção clara por uma principiologia de base cautelar e antecipatória, a Lei nº 12.608/12 determina prioridade de atuação dos entes federados em algumas áreas específicas. Essas, por sua vez, conectam-se às questões sociais, econômicas e urbanísticas subjacentes aos desastres. Nesse contexto, destacam-se os programas sociais de habitação dos entes federados que passam a ter de priorizar em seus planos de gestão a realocação de comunidades atingidas e de moradores de áreas de risco<sup>7</sup>, e a hipótese de transferência de recursos da União como incentivo aos Municípios que adquirirem terrenos destinados a programas de habitação de interesse social.<sup>8</sup>*

Portanto, além da natureza preventiva da PNPDEC, a gestão de desastres tem caráter multidisciplinar e como ponto crucial para a implementação eficaz da referida política pública é indispensável sua integração com as demais políticas públicas setoriais e, sobretudo, com a de desenvolvimento urbano, pois a ocupação irregular do solo é fator determinante de situações de risco em casos de desastres naturais (ex.: inundações, enxurradas, deslizamentos, etc.).

No âmbito das ocupações irregulares em áreas de risco, a Lei nº 12.608/2012 dispõe no artigo 4o, inciso XI, sobre a realocação da população residente em áreas de risco e áreas ambientalmente vulneráveis. Todavia, a referida diretriz se contrapõe com a diretriz prevista na Lei nº 11.977/2009, que é o marco jurídico da política pública de regularização fundiária em áreas urbanas e define a regularização fundiária de interesse social aplicável a assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda.

A lei mencionada, entre os princípios fundamentais, prevê a ampliação do acesso a terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental. E para viabilizar tal objetivo, entre outras medidas inovadoras, estabelece regras para a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanentes (APPs) urbanas, ou seja, em áreas ambientalmente vulneráveis, para as ocupações irregulares anteriores a 31 de dezembro de 2007 e desde que elaborados estudo técnico e projeto de regularização fundiária que atenda às exigências delineadas no § 1º e § 2º do artigo 54.

<sup>6</sup> Direito dos Desastres. p. 45.

<sup>7</sup> Art. 14, Lei 12.608/12. Os programas habitacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios devem priorizar a realocação de comunidades atingidas e de moradores de áreas de risco.

<sup>8</sup> Art. 16, Lei 12.608/12. Fica a União autorizada a conceder incentivo ao Município que adotar medidas voltadas ao aumento da oferta de terra urbanizada para utilização em habitação de interesse social, por meio dos institutos previstos na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, na forma do regulamento.

Neste contexto, o aparente conflito entre as duas políticas públicas setoriais – de prevenção de desastres e de regularização fundiária –, deve ser equacionado à luz das diretrizes da política de desenvolvimento urbano previstas na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), bem como deve ser objeto de análise e propostas durante a elaboração e a implementação do Plano Diretor, nas cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, nos termos do inciso VI do artigo 41, da mencionada lei, que estabelece a obrigatoriedade da elaboração e aprovação do Plano Diretor.

#### 4. O Plano Diretor

A Lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, reúne instrumentos urbanísticos, tributários e jurídicos para regular “o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental” (art. 2º), para que os Municípios tornem efetivos os princípios da função social da propriedade e da gestão democrática.

Como instrumento básico e central da política de desenvolvimento e expansão urbana estabelece o Plano Diretor, também previsto na Constituição Federal, que tem como principais atribuições à definição da política urbana para o Município; da política de uso e ocupação do solo; das diretrizes para as diversas políticas públicas setoriais (de habitação, regularização fundiária, saneamento, transporte, meio ambiente, prevenção de riscos, de resíduos sólidos, educação, cultura, saúde, etc.) e do sistema de planejamento participativo no Município.

O Plano Diretor, segundo Hely Lopes Meirelles,<sup>9</sup> é o “complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local”.

Assim sendo, o plano diretor é a principal ferramenta do Poder Público Municipal para a execução da política de desenvolvimento urbano, expressão que abrange, conforme interpretação do *caput* do artigo 182 da Constituição Federal, a ordenação do território, de forma a proporcionar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (moradia, lazer, circulação, trabalho) para o bem-estar de seus habitantes.

Portanto, o Plano Diretor não é somente um documento técnico elaborado por profissionais habilitados (ex.: urbanistas, arquitetos, engenheiros, sociólogos, etc.), mas também um documento político-social, pois elaborado com a efetiva participação da sociedade civil, através das audiências públicas de realização obrigatória.

O conteúdo mínimo do Plano Diretor está previsto no artigo 42, do Estatuto da Cidade e, com a aprovação da Lei nº 12.608/2012 foram introduzidos os artigos 42-A e 42-B, ambos estabelecendo novos requisitos para o Plano Diretor, diretamente relacionados à gestão dos desastres, em conformidade com a política nacional de proteção e defesa civil, entre os quais cabe destacar o mapeamento obrigatório das áreas de risco para os Municípios que fazem parte do cadastro nacional; planejamento de ações de prevenção

---

<sup>9</sup> *Direito Municipal Brasileiro*. p. 73.

e realocação de populações de áreas de risco e diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos irregulares, nos termos da Lei nº 11.977/2009.

O Estatuto da Cidade estabeleceu um prazo de 05 (cinco) anos, a partir de 2001, aos Municípios inseridos nas hipóteses dos incisos I a V do artigo 41, para a elaboração dos planos diretores (estendido depois para mais dois anos) com a obrigatoriedade da participação da população no processo de elaboração (artigo 41).<sup>10</sup>

Com a aprovação da Lei nº 12.608/2012 foi introduzido o inciso VI, no artigo 41, estabelecendo nova hipótese de obrigatoriedade do Plano Diretor, ou seja, para as cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. E, também, foi introduzido o artigo 42-A, § 4º, no Estatuto da Cidade, dispondo que os Municípios enquadrados no inciso VI do artigo 41 acima mencionado, e que não tenham Plano Diretor aprovado, terão o prazo de 05 (cinco) anos para seu encaminhamento para aprovação pela Câmara Municipal, ou seja, até o ano de 2017.

Portanto, a adequação da política de desenvolvimento urbano é fundamental para a implementação da política nacional de proteção e defesa civil e, a corroborar esse entendimento, como decorrência da Lei nº 12.608/2012, entre as diretrizes da política urbana previstas no Estatuto da Cidade foi introduzido o inciso VI, no artigo 2º, de modo que a política urbana tem também como objetivo a ordenação e controle do uso do solo de forma a evitar “a exposição da população a riscos de desastres”.

Nesse contexto, o poder público municipal, em especial, assume papel central na implementação da política de gestão de desastres, por ser o responsável pela execução da política urbana (artigo 182 da Constituição Federal), que tem como uma das diretrizes gerais a ordenação e controle do uso do solo para evitar a exposição da população a riscos de desastres (artigo 2º, VI, alínea “h”, do Estatuto da Cidade) e, para tanto, tem competência para legislar sobre normas de uso e ocupação do solo e sobre assuntos de interesse local. E, como retro exposto, para elaborar e aprovar o Plano Diretor, instrumento adequado para a articulação das referidas políticas públicas visando ao desenvolvimento urbano sustentável.

Em decorrência da obrigatoriedade da aprovação do Plano Diretor atendendo, também, às ações e requisitos técnicos previstos nos artigos 42-A e 42-B, do Estatuto da Cidade para as cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis a desastres naturais, conforme dispõe o artigo 52, inciso VII, do citado diploma legal, poderá incorrer em improbidade administrativa o Prefeito que não adotar as providências para garantir a revisão do Plano Diretor (artigo 40, § 3º), adaptando-o às novas exigências da política nacional de riscos e minimização de desastres naturais, bem como não providenciar a elaboração e aprovação do Plano Diretor, no caso de Município que ainda

<sup>10</sup> Art. 41, Lei nº 10.257/2001: O plano diretor é obrigatório para cidades: I) com mais de 20.000 habitantes; II) integrantes de regiões metropolitanas; III) onde o Poder Público pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182, da CF/88 (IPTU progressivo no tempo, edificação e parcelamentos compulsórios, desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública); IV) integrantes de áreas de especial interesse turístico; V) inseridas em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI) incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos (introdução da alínea “f” ao artigo 41 pela Lei n. 12.608/12, que Instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC foi incluída a alínea “f” no artigo 41. E o artigo 42-A, § 4º do Estatuto da Cidade dispõe que os Municípios enquadrados no inciso VI do artigo 41 acima mencionado e que não tenham plano diretor aprovado terão o prazo de 5 anos para seu encaminhamento para aprovação pela Câmara Municipal (incluído pela Lei n. 12.608/12).

não tenha aprovado, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis.

## 5. A enchente de São Luiz do Paraitinga – estudo de caso

Nos últimos anos os desastres naturais têm ocorrido com maior frequência no Brasil. O aumento da recorrência e da magnitude está relacionado, especialmente, às variações do clima e à ocupação desordenada do solo, em decorrência do acelerado processo de urbanização do País, desacompanhado de políticas públicas de desenvolvimento urbano, como exposto no item II deste estudo.

Os eventos com maior recorrência registrados são os decorrentes de inundações, enxurradas, deslizamentos de encostas (movimento de massa), estiagens, secas e vendavais. Nos ambientes urbanos, que abrigam a grande maioria da população brasileira, as inundações, as enxurradas e os deslizamentos de solo ou rocha constituem-se nos eventos que causam os maiores impactos, sendo que as inundações correspondem a 58% do total dos eventos.<sup>11</sup>

As inundações estão relacionadas, especialmente, à implantação das cidades que, em sua maioria, ocorreram em áreas ribeirinhas (leito maior dos rios), principalmente nos lugares em que a frequência de enchentes é baixa, a exemplo da cidade de São Luiz do Paraitinga. E, também, estão relacionadas às ocupações irregulares, ou seja, aos assentamentos precários que se implantaram e expandiram nas cidades ocupando áreas às margens dos rios, resultando em parcelas urbanas de extrema vulnerabilidade, sendo que as mudanças climáticas agravaram esse contexto e o quadro de vulnerabilidade da população exposta ao risco.

O ano de 2010 começou com uma série de desastres naturais provocados por chuvas abundantes que causaram graves danos materiais e perdas humanas, especialmente, em municípios situados em áreas montanhosas como a região serrana do Estado do Rio de Janeiro e do Vale do Paraíba, no Estado de São Paulo.

Dentre as cidades que sofreram com as inundações, a enchente da cidade de São Luiz do Paraitinga, situada no Vale do Paraíba, ocorrida no primeiro dia do ano de 2010 foi objeto de ampla divulgação na mídia impressa e televisiva. A inundação de grandes proporções causou danos significativos ao conjunto arquitetônico e histórico da cidade, conhecida por seu carnaval de rua, caracterizado por blocos de foliões fantasiados e animados por músicas denominadas “marchinhas de carnaval”.

A referida cidade está situada cerca de 182 km da capital do Estado de São Paulo e a 40 km da cidade de Taubaté, tem como principal acesso a Rodovia Oswaldo Cruz e uma população estimada de 10.397 habitantes, de acordo com o Censo Demográfico de 2010 do Instituto de Geografia e Estatística – IBGE.

A cidade foi implantada e se desenvolveu às margens do rio Paraitinga, que em tupy-guarani significa *parahy-tinga* – águas claras, e cujo leito atravessa a área central da cidade.

---

<sup>11</sup> Disponível em: <[http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/966/1/C6\\_TP\\_GEST%C3%83O%20DE%20RISCOS%20E%20RES-POSTA.pdf](http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/966/1/C6_TP_GEST%C3%83O%20DE%20RISCOS%20E%20RES-POSTA.pdf)>.

## 5.1. História

Um breve resumo da história de São Luiz do Paraitinga é necessário para a análise da problemática urbana à época da catástrofe.

Pedro Frazatto Verde e Maria Cristina da Silva Schicchi relatam que no período de sua ocupação inicial, no fim do século XVII, coincidindo com a descoberta do ouro, São Luiz do Paraitinga sofreu grande influência dos modelos de cidades fundadas para a mineração, cuja principal característica era o desenvolvimento acompanhando cursos d'água – um dos focos dos mineiros – para que a cidade se expandisse aproveitando as várzeas, além da utilização dos rios para fins agrícolas e atendimento dos viajantes em busca das minas, bem como dos núcleos urbanos que se desenvolviam.<sup>12</sup>

Os tropeiros que partiam de Taubaté e desciam as encostas da Serra do Mar em direção ao Porto de Paraty, costumavam parar às margens do rio Paraitinga, onde – desde os tempos dos bandeirantes – havia um porto avançado. Localizada no topo da Serra do Mar, a freguesia de São Luiz do Paraitinga foi criada em 1769, pelo governador da Capitania de São Paulo, Luís Antonio Botelho de Souza Mourão, para o controle de uma região por onde se burlava a proibição de acesso ao planalto e ao litoral pela estrada Cunha-Parati.

Condicionada pela paisagem natural, São Luiz do Paraitinga foi implantada junto ao rio Paraitinga, em uma bacia, circundada pelo mar de morros. Desenvolveu-se com os sítios rurais voltados para as estradas e seus viajantes, indicando a cidade como um lugar de passagem. E pelo rio Paraitinga era transportado o café e o ouro mineiro.

O povoado foi elevado à condição de vila, em 1773, e à cidade, em 1857. Com a decadência da economia baseada na mineração, no último quarto do século XVIII, o cultivo do café passou a ser a nova alternativa de renda na produção agrícola e trouxe novo ciclo de riqueza, especialmente invertendo o sentido anterior, fazendo que se saísse de Minas em direção ao Vale do Paraíba, o que contribuiu para o adensamento rural, pois o café exigia muita mão de obra.

No século XIX, a economia cafeeira promoveu o desenvolvimento regional e a cidade participou desse período de abundância, que levou os proprietários rurais à expansão de suas riquezas. A região também produzia feijão, cana, milho e mandioca, além do gado leiteiro – o que valeu à cidade o título de “Celeiro do Vale” –, enquanto o restante do Estado priorizava a cultura do café. Como resultado desse período produtivo, iniciaram-se as obras públicas, o calçamento das ruas com pedras, o loteamento urbano e a ornamentação dos casarões dos senhores rurais.

A última grande transformação econômica no Vale do Paraíba, responsável pela atual paisagem entre os núcleos urbanos, deve-se à decadência da cafeicultura – iniciada com a abolição da escravatura em 1889 e que correspondeu a processo contínuo de “cansaço das terras” – processo consolidado até 1920 quando a dificuldade com mão de obra obrigou a substituição das plantações por cultura de baixo custo, como a pecuária, que exige muito menos mão de obra o que, ao longo do tempo se refletiu em despovoamento do campo e estagnação do desenvolvimento da região.

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cpgau/article/view/Verde.2013.1/4468>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

Assim sendo, as diferentes fases econômicas do Vale do Paraíba influenciaram os núcleos urbanos iniciais dos séculos XVII e XVIII, que se distribuíram acompanhando cursos d'água nos fundos de vales. Em consequência da cultura do café, em substituição à do ouro, houve expansão da área rural e, com a decadência dessa fase econômica, tomaram lugar as pastagens – com vegetação rasteira que não produz sombra e não impede a erosão – e nas duas últimas décadas pelo cultivo de eucaliptos para extração, que exigem muita água e contribuem para o enfraquecimento do solo.

Portanto, a economia foi determinante para a definição da paisagem da região. E a marca do período de riqueza experimentado pela cidade é o conjunto religioso e as residências urbanas, os denominados casarões. Os sobrados presentes no centro histórico da cidade são o resultado da riqueza do café que promoveu um período de grande produção arquitetônica na cidade, resultando em uma expressiva arquitetura urbana.

Em 1982, o CONDEPHAAT (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico Arqueológico, Artístico e Turístico) promoveu o tombamento do Centro Histórico, e em 2002, a cidade recebeu, nos termos da Lei Estadual nº 11.197, a denominação de Estância Turística de São Luiz do Paraitinga. Segundo definição da Secretaria de Turismo do Estado de São Paulo, “estância turística é a cidade com muitas tradições culturais, patrimônios históricos, artesanatos, lindas paisagens, centros de lazer, além de ótimos serviços de gastronomia”. E, nesta condição, a cidade recebe anualmente verbas do Departamento de Apoio ao Desenvolvimento das Estâncias (DADE) para serem aplicadas em obras que melhorem sua estrutura para receber os turistas.

Apesar das titulações, das verbas públicas recebidas e do incremento do turismo, a cidade continuou sem planejamento urbano e sem infraestrutura urbana, não apenas para os turistas, mas, sobretudo, para a população. O poder público municipal não implementou a política pública urbana visando ações efetivas para o desenvolvimento urbano sustentável, com a integração de diversas políticas setoriais através de um Plano Diretor.

Embora a qualificação da cidade como estância turística exigisse a aprovação de um Plano Diretor, cuja elaboração se tornou obrigatória no prazo de 05 (cinco) anos a contar de 2002 (artigo 41, inciso IV, do Estatuto da Cidade), somente no ano de 2006 o Poder Executivo deu iniciativa ao Projeto de Lei do Plano Diretor Participativo, sob a coordenação da Assessoria Administrativa e da Fundação para o Desenvolvimento (FUNDUNESP) da Universidade Estadual Paulista (UNESP).

Não obstante o prazo legal, o processo de elaboração foi lento para atender às exigências técnicas, propiciar a participação popular através das audiências públicas e, também, a conciliação dos interesses dos grupos políticos e, assim, somente foi finalizado no início do ano de 2009, com a definição do Macrozoneamento Urbano, ou seja, a delimitação do território urbano, por meio de Zonas Específicas e suas funções sociais urbanas, os índices urbanísticos e os instrumentos de gestão, aplicados a cada área a fim de cumprir o princípio da função social da propriedade urbana.<sup>13</sup> E, não obstante as marcantes cheias e enchentes do rio Paraitinga na história da cidade, o novo Plano Diretor não estabeleceu ações específicas para a regularização fundiária e/ou a remoção das ocupações irregulares em Áreas de Preservação Permanente (APPs), ou seja, nas margens do rio.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.saoluizdoparaitinga.sp.gov.br/site/>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

Para atender os interesses políticos, o Plano Diretor foi aprovado pelo Poder Legislativo apenas em 15 de dezembro de 2009, ou seja, 16 (dezesesseis) dias antes da enchente e, diante da dimensão da catástrofe foi sancionado pela Prefeita Municipal em 07 de janeiro de 2010, isto é, 04 (quatro) dias depois que as águas do rio retornaram ao leito normal, em ato público na Praça Dr. Oswaldo Cruz, em meio aos escombros deixados pela grande inundação, para viabilizar o aporte de recursos financeiros dos governos Federal e Estadual, bem como atender às exigências legais para os projetos e providências para a reconstrução da cidade, cujo prejuízo foi estimado em R\$ 100 milhões de reais.

## 5.2. Causas da enchente

Segundo Renata Rendelucci Alluci<sup>14</sup>,

*[...] na história da cidade foram marcantes as enchentes do rio Paraitinga. A primeira de que se tem registro foi em janeiro de 1863 e causou prejuízos com a destruição de sobrados e algumas casas. A segunda foi em fevereiro de 1971 e registrou a subida do rio em mais de 6 metros na região urbana, com a queda da Ponte Alta que liga São Luiz do Paraitinga e Ubatuba e a interrupção do acesso entre essas cidades. Em fevereiro de 1996 as águas chegaram até a Praça da Matriz e tinha sido, até aquele momento, a que causou mais prejuízos aos moradores. Mas foi a enchente de janeiro de 2010 a pior enfrentada pela cidade, com o rio subindo praticamente 15 metros acima de suas margens. Quase todos os edifícios do núcleo histórico eram construídos em taipa de pilão e pau a pique, com alicerces feitos de pedras irregulares. Isso causou o desmoronamento e a queda da Igreja Matriz, do antigo Grupo Escolar (obra de Euclides da Cunha), da Capela das Mercês e de inúmeros sobrados e casas térreas da área atingida, além da destruição de estabelecimentos comerciais, como padarias, farmácias, restaurantes, bancos, cartórios.*

Conforme relatórios técnicos elaborados pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE, 2010) e do Instituto Nacional de Pesquisas Especiais (INPE), vários fatores contribuíram para a enchente, como o inverno chuvoso de 2009, que tornou o solo encharcado, sem capacidade de absorção da água; o índice de precipitação das chuvas em dezembro de 2009 de 1.012,20 milímetros – o normal seria entre 150 e 200 milímetros – e nos últimos cinco dias do referido mês choveu 316,60 milímetros; e, especialmente, o volume excessivo de chuvas no dia 1º de janeiro de 2010, dia da enchente, de 200 milímetros, correspondente ao volume esperado para o mês de janeiro de 2010, que resultou na elevação do nível do rio Paraitinga em aproximadamente 12 metros acima do seu leito normal.

Outros estudos técnicos apontaram como causas, também, o sistema deficiente de escoamento das águas; a situação de afunilamento da sub-bacia do rio Paraitinga aliada ao assoreamento de seus afluentes; a cultura do eucalipto que acarreta a menor

<sup>14</sup>Apontamentos sobre memória e patrimônio a partir da reconstrução da Capela das Mercês de São Luiz do Paraitinga.

absorção do solo na área rural; os deslizamentos de terra na área rural; as construções irregulares na várzea do rio e as construções irregulares em áreas de risco, sendo estes dois últimos fatores decorrentes da ausência de política pública urbana integrada às políticas públicas setoriais, especialmente, de ordenação da ocupação do solo, de habitação e de prevenção de desastres, como exposto no item 4 desse artigo.

Portanto, as causas da enchente não foram somente naturais, ou seja, hidrológica (volume de água do rio) e meteorológica (volume excessivo de chuvas em dias seguidos e, especialmente, no dia 1º de janeiro de 2010), mas também causa antropogênica, decorrente de fatores humanos. E os registros das enchentes anteriores também indicavam que uma enchente de grandes proporções era previsível, de modo a exigir medidas de prevenção e de defesa civil, especialmente, para a proteção do patrimônio urbanístico-arquitetônico, de valor histórico, e da população.

### 5.3. Pós-enchente

No dia 1º de janeiro de 2010, apesar das chuvas fortes e do nível do rio Paraitinga subindo paulatinamente, como acostumados com os pequenos transbordamentos do rio, os moradores do centro da cidade não se prepararam para deixar suas casas e, no início da noite, se surpreenderam quando as águas do rio começaram a alcançar o segundo andar dos sobrados da cidade, e assim, ficaram “ilhados” em decorrência da forte correnteza das águas barrentas do rio.

Como a cidade não contava com Posto do Corpo de Bombeiros, – o mais próximo situado a 45 km na cidade de Taubaté –, os jovens de duas equipes de *rafting* da cidade foram mobilizados e com seus botes de borracha resgataram, pouco a pouco, os moradores e os objetos mais valiosos, durante a madrugada até o início da manhã do dia 2 de janeiro de 2010.

As chuvas também provocaram deslizamentos de terra nas encostas, soterrando algumas casas e pontes e, assim, prejudicando os acessos à cidade e à área central, a mais atingida, que permaneceu submersa nas águas barrentas do rio Paraitinga por três dias.

Apesar da magnitude da enchente, não houve a perda de vidas humanas, mas a catástrofe abalou o estado emocional e psíquico dos moradores, especialmente, após o desabamento da Igreja Matriz de São Luís de Tolosa, no dia 2 de janeiro de 2010, que causou comoção nacional, em razão das imagens transmitidas pelos telejornais, quase em tempo real, da queda da torre do sino, mergulhando em um redemoinho de água barrenta e entulho que cobria a praça central da cidade. A referida igreja era o mais precioso patrimônio cultural, histórico, artístico e religioso da cidade.

Após as águas retomarem o leito normal do rio, no dia 4 de janeiro de 2010 foi iniciada uma efetiva e forte mobilização da sociedade civil, sob a coordenação do grupo de apoio da Defesa Civil do Governo do Estado de São Paulo. E, em razão da ampla cobertura pela imprensa nacional, dirigiram-se para a cidade centenas de voluntários, comunidades religiosas, instituições filantrópicas, ONGs com finalidade de ajuda humanitária, para prestar auxílio na limpeza das casas e dos prédios públicos, bem como para ajudar no atendimento aos desabrigados e no recebimento das doações provenientes de todo o Brasil, e até de outros países, bem como de várias empresas do Estado, que enviaram alimentos, água, roupas, produtos de limpeza, remédios e, também, recursos financeiros.



Não obstante o colapso vivenciado nos primeiros dias, que poderia gerar uma incapacidade de recuperação rápida, a história dos transbordamentos e das enchentes do rio Paraitinga refletiu na ação imediata dos luizenses para a reconstrução de suas casas e dos imóveis comerciais, enfim, para a retomada da rotina coletiva inerente da comunidade e para a reestruturação da economia local.

Os limites deste trabalho impedem descrever as diversas iniciativas e ações desenvolvidas pelos moradores e pela Administração Municipal. Todavia, além da força de trabalho e da solidariedade que uniu os luizenses, cabe destacar que, institucionalmente, alguns órgãos foram criados para atuar na reestruturação da cidade, como a Associação dos Amigos para a Reconstrução e Preservação do Patrimônio Histórico e Cultural de São Luiz do Paraitinga (AMI São Luiz) e, também, o Centro de Reconstrução Sustentável (CERESTA), que abrigou em um espaço inicialmente improvisado, as várias equipes envolvidas com a reconstrução e apoios aos desabrigados.

Para o aporte de recursos financeiros do Governo Federal para os projetos arquitetônicos e a reconstrução dos imóveis tombados, o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) reconheceu, em dezembro de 2010, o Centro Histórico de São Luiz do Paraitinga como bem do patrimônio cultural brasileiro. O tombamento foi um passo importante para a preservação do local e foi empreendido pelo Iphan e Ministério da Cultura (MinC), que repassaram R\$ 10 milhões de reais para a Prefeitura, sendo R\$ 9 milhões do Ministério da Cultura e R\$ 1 milhão do BNDES, para a recuperação dos bens tombados. Com o tombamento, os recursos foram empregados na reconstrução da Capela das Mercês, no restauro da Igreja do Rosário, no restauro e no projeto paisagístico na Casa Oswaldo Cruz e na compra de um imóvel na Praça Matriz, para abrigar a Casa do Patrimônio.

O documento aprovado estabeleceu a proteção de mais de 450 imóveis, numa área superior a 6,5 milhões de metros quadrados, e a construção da Casa do Patrimônio, um centro de referência em preservação do Vale do Paraíba, como um espaço para realização de atividades educativas e culturais, como oficinas, seminários, palestras, orientação técnica, exposições e eventos em geral, com o objetivo de aproximar a população e o IPHAN.

No mesmo ano de 2010, foi realizado o mapeamento das áreas de risco pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo, por meio de parceria entre o Município e o Governo do Estado, por intermédio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento, que serviu para amparar os projetos de contenção de encostas e de vias públicas, bem como para amparar a Defesa Civil na remoção e monitoramento das áreas de risco do Município.<sup>15</sup>

No ano de 2010, o Município firmou outra parceria com o Governo do Estado, por intermédio da Secretaria de Habitação – Programa Cidade Legal, para iniciar o processo de regularização fundiária dos bairros urbanos do Município. O trabalho foi iniciado com o diagnóstico fundiário de todos os bairros que representam o histórico da ocupação irregular do solo urbano. A regularização fundiária visa garantir infraestrutura e título de propriedade para os moradores desses bairros e reverter o processo desordenado de ocupação do território, que desencadeou na ocupação das encostas e margens do rio Paraitinga, bem como nos inúmeros problemas de risco, existentes hoje na zona urbana.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.saoluizdoparaitinga.sp.gov.br/site/>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

Em 2011, o Instituto de Terras do Estado de São Paulo assumiu os trabalhos de Regularização Fundiária realizando levantamento planialtimétrico, levantamento cadastral e análise jurídica para encaminhamento ao Programa Cidade Legal.

No que refere ao planejamento urbano, em 2011 foi elaborado laudo técnico com o levantamento das áreas de risco e indicação dos espaços territoriais com alta vulnerabilidade para a adequação do Plano Diretor à nova realidade de reconstrução da cidade e adoção de medidas preventivas contra enchentes e remoção das ocupações irregulares das áreas de risco ou, se possível, de regularização.

Após discussão perante o Conselho de Planejamento e em audiência pública o Plano Diretor foi alterado pela Lei Municipal nº 1.458/2011 e, a partir da aprovação, diversas ações foram desenvolvidas e implementadas pelo Poder Público Municipal, com o aporte de recursos financeiros dos governos Federal e Estadual para a redução dos riscos de novo desastre natural, ou seja, para direcionar as águas do rio Paraitinga, bem como para a remoção dos moradores das áreas de risco ou a execução de obras de infraestrutura que, em razão dos limites deste estudo, serão analisadas em futuro trabalho.

## 6. Reflexões finais

O processo de urbanização acelerado, no Brasil, acarretou o crescimento desordenado das cidades, em desacordo com as determinações legais, as recomendações oficiais de construção e as regulamentações de uso e ocupação do solo, como em São Luiz do Paraitinga, cidade implantada às margens do rio Paraitinga e cuja expansão da área urbana, ao longo dos anos, ocorreu sem planejamento urbano, ou seja, sem a implementação de uma política de desenvolvimento urbano e de medidas preventivas para a minimização dos riscos dos transbordamentos e enchentes do referido rio, registradas na história da cidade.

A semelhança de desastres naturais ocorridos em outras cidades brasileiras, a análise da enchente de São Luiz do Paraitinga evidencia que, ao lado das causas naturais (ex.: chuvas fortes), vários fatores de risco potencializam os desastres em razão da participação humana, como, por exemplo, as ocupações irregulares em áreas de risco; a deficiência de infraestrutura urbana; a falta de políticas públicas eficazes de desenvolvimento urbano; a falta de recursos do governo local e a concentração de recursos no âmbito nacional, que dificultam as ações de resposta e de redução de riscos de desastres no âmbito local; a governança local fragilizada que resulta em ações ineficazes de planejamento urbano e na desarticulação das demais políticas públicas, especialmente, dos recursos hídricos, dos sistemas de drenagem, dos resíduos sólidos e da prevenção de desastres; os padrões de construção ultrapassados e/ou inseguros que levam ao colapso das estruturas; os serviços de emergência descoordenados e a desarticulação da população local, que afetam a capacidade da rápida resposta ao desastre.

Diante dessa problemática urbana, não obstante as competências das três esferas de governo delineadas na Lei nº 12.608/2012, os governos locais assumem papel central na prevenção de desastres, nos moldes do Estatuto da Cidade, pois além do cumprimento das medidas para a prevenção dos riscos (ex.: mapeamento de áreas de risco), o Município deve implementar a política de desenvolvimento urbano sustentável com a integração das diversas políticas setoriais (ordenamento territorial, habitação,

regularização fundiária, saneamento, meio ambiente, resíduos sólidos, recursos hídricos, saneamento, infraestrutura, etc.), através do Plano Diretor.

Além das atribuições do Poder Público Municipal previstas nas leis acima mencionadas, para a eficaz gestão de riscos é necessária, também, a alocação de recursos para a ampliação das capacidades dos governos locais e, sobretudo, que os administradores municipais priorizem a gestão urbanística sustentável e a resiliência<sup>16</sup> como parte de sua agenda política, para a redução das condições de vulnerabilidade da população e dos bens públicos e privados.

Dada à complexidade dos desastres, a tomada de decisões envolve o conhecimento e a intersecção de diversas áreas do conhecimento (Direito, Economia, Ciência, Política, etc.) e neste contexto multifacetado e multidisciplinar, como ordenador, o Direito assume protagonismo no gerenciamento de riscos de desastres ao suprir as falhas regulatórias, apurar as responsabilidades dos atores envolvidos, impor deveres de proteção e prevenção e estabelecer meios de compensação das vítimas e de reparação dos danos, questões que serão objeto de futura reflexão.

## Referências bibliográficas

A/CONF.206/6. United Nations. Disponível em: <<http://www.unisdr.org/2005/wcdr/intergover/intergov-official-docs.htm>>.

ALLUCCI, Renata Rendellucci. Apontamentos sobre memória e patrimônio a partir da reconstrução da Capela das Mercês de São Luiz do Paraitinga. In: ENCONTRO ESTADUAL DE HISTÓRIA DA ANPUH-SP, 22., 2014, Santos. *Anais Eletrônicos...* p. 71-93. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/174>>.

ARAGÃO, Alexandra. Prevenção de riscos na União Europeia: o dever de tomar em consideração a vulnerabilidade social para uma protecção civil eficaz e justa. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 93, p. 71-93, 2011. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/174>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

---

<sup>16</sup> A resiliência consiste na maior ou menor capacidade de retomada ao estado anterior ao desastre. Segundo a Cartilha do Ministério da Integração Nacional, a Cidade Resiliente: cidade onde a população participa, decide e planeja sua cidade junto com as autoridades locais, tendo em conta suas capacidades e recursos; que possui um administrador público competente e responsável que garante uma urbanização sustentável com a participação de todos os grupos populares; onde muitos desastres são evitados em função de que toda sua população vive em residências e bairros providos de infraestrutura adequada (abastecimento de água, saneamento básico, eletricidade, drenagem e estradas em boas condições) e serviços básicos (escolas, coleta de lixo, serviços de emergência); suas estruturas atendem aos padrões de construção e não geram a necessidade de ocupação desordenada em áreas de encosta, ou sujeitas a inundação; entende seus riscos e desenvolve um forte trabalho de educação com base nas ameaças e vulnerabilidades a que seus cidadãos estão expostos; toma medidas de prevenção e preparação a desastres com objetivo de proteger seus bens - pessoas, residências, mobiliários, herança cultural e capital econômico - e está preparada para minimizar perdas físicas e sociais decorrentes de eventos climáticos extremos; realiza investimentos necessários em redução de riscos e é capaz de se organizar antes, durante e depois de um desastre; está apta a restabelecer rapidamente seus serviços básicos, bem como retomar sua atividade social, institucional e econômica depois de um desastre e entende que as mudanças climáticas também devem ser consideradas em seu planejamento urbano. Disponível em: <[http://www.mi.gov.br/cidadesresilientes/pdf/Documento\\_Final.pdf](http://www.mi.gov.br/cidadesresilientes/pdf/Documento_Final.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristina et al. Políticas públicas – possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260.

CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do Direito dos Desastres. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 1, n. 3, p. 397-415, set.-dez. 2013.

\_\_\_\_\_. As novas tecnologias e os riscos ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano 12, n. 45, p. 62-91, jan.-mar. 2007.

\_\_\_\_\_.; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COSTA, Vandréa Pereira da Costa. Instrumentos para regularização fundiária em APPs. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 21, jan./jun. 2013.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES – EIRD. *Marco de Ação de Hyogo 2005-2015: aumento da resiliência nas nações e das comunidades frente aos desastres*. Disponível em: <[www.integracao.gov.br/cidadesresilientes/pdf/mah\\_ptb\\_brochura.pdf](http://www.integracao.gov.br/cidadesresilientes/pdf/mah_ptb_brochura.pdf)>.

FARBER, Daniel. Disaster Law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan.-jun. 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. *A Responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais ocasionados pelas mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da correspondente proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/desp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>>.

INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES - IFRC. Disponível em: <<http://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-law/>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90-149.

UNITED NATIONS/INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION - UN/ISDR. Living with risk – a global review of disaster reduction initiatives. Geneva, 2004. v. II. Disponível em: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwr21.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwr21.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Como construir cidades mais resilientes – um guia para gestores públicos locais - uma contribuição à Campanha Global 2010-2015. Genebra: dez. 2012. Disponível em: <[www.unisdr.org/files/26462\\_guiagestorespublicosweb.pdf](http://www.unisdr.org/files/26462_guiagestorespublicosweb.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *Hyogo Framework for Action 2005-2015: building the resilience of nations and communities to disasters*. Genebra, 2007. Disponível em: <[http://www.unisdr.org/files/1037\\_hyogoframeworkforactionenglish.pdf](http://www.unisdr.org/files/1037_hyogoframeworkforactionenglish.pdf)>.

VERDE, Pedro Frazatto; SCHICCHI, Maria Cristina da Silva. São Luiz do Paraitinga: da reconstrução pós-enchente às políticas de prevenção e conservação urbana. Cadernos de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo. FAU Mackenzie, v. 13, n. 1, 2013.

## Sobre o Direito de Protocolo

**Ricardo Cintra Torres de Carvalho**

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Intitula-se “direito de protocolo” a aplicação da legislação vigente ao tempo em que o pedido foi protocolado, e não da legislação vigente ao tempo da apreciação e do deferimento do pedido administrativo. Cuida do conflito de lei no tempo e da configuração do direito adquirido. Tais questões podem ser vistas sob dois ângulos: um, a legislação aplicável ao pedido, se outra foi editada após o protocolo; outro, as condições em que a legislação anterior deva ser aplicada, se ressalvada na legislação nova. Valho-me para isso de dois casos concretos julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo.

O primeiro (Prefeitura Municipal de Taboão da Serra e outro vs Meru Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outro, AC nº 0005172-61.2008, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 6-9-2012, Rel. Torres de Carvalho) envolveu uma licença expedida em 10-3-2008 pelo Município de Taboão da Serra. A licença foi impugnada em lide bem delimitada nos autos: se aplicada a lei vigente ao tempo do pedido (que considerava a área como residencial e permitia empreendimento dessa natureza), a licença foi bem concedida; se aplicada a lei vigente ao tempo em que deferida a licença (que considera a área ZPA-17 – Zona de Preservação Ambiental e permite uma única residência no lote ou outro uso compatível com a Zona de Preservação Ambiental no local), a licença é ilegal e deve ser anulada. Em outras palavras, se o pedido protocolado em 19-12-2006 se submetia à LM nº 7/91, Plano Diretor anterior e LM nº 540/1978, Lei de Uso do Solo; ou à LCM nº 132/06, Plano Diretor com vigência em 26-12-2006, uma semana depois da apresentação do pedido, e das LM nº 164/08 e LM nº 176/09.

Considerou-se, na ocasião, que o interessado tem apenas a expectativa da licença quando faz o pedido, sujeita à alteração legislativa posterior. A lei entra em vigor quando promulgada, se não dispuser de outro modo; de modo que pela lei vigente ao tempo do deferimento o pedido deve ser apreciado. O protocolo implica em expectativa não protegida; a expedição da licença implica em ato jurídico perfeito protegido da alteração posterior, como reconhecido pelos Tribunais Superiores. A licença aqui cuidada, portanto, desatendia a lei vigente ao tempo da expedição e não podia ter sido concedida, nenhum direito se podendo extrair do art. 86 da LCM nº 302/06, citado pela apelante. A licença foi anulada; concluiu-se que se aplica a lei vigente ao tempo do deferimento, não do protocolo, conforme precedentes ainda atuais:

*LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO DO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito*

*de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido. (Município do Rio de Janeiro vs Barra da Tijuca Empreendimento Imobiliário AS, RE nº 212.780, 1ª Turma, Rel. Ilmar Galvão, 27-04-1999, por unanimidade negaram provimento ao recurso). Consta do acórdão:*

No presente caso, o ato impugnado no mandado de segurança ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, num dos lotes do PAL nº 39.024 (Projeto Aprovado de Loteamento) (lote 18 da Quadra A), de dois blocos de 17 pavimentos, fato revelador de que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, não restando espaço, portanto, para falar-se sequer em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune.

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENÇA PARA CONSTRUIR. INDEFERIMENTO COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE À APRESENTAÇÃO DO PEDIDO. Argumento de afronta ao artigo 5º-II, XXII e XXXVI que não se caracteriza. Recurso extraordinário não conhecido. (Oswaldo Mario Bagnoli vs Município de Campinas, RE nº 146.336, 2ª Turma, Rel. Francisco Rezek, 17-09-1996, por unanimidade não conheceram do recurso extraordinário)*

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. DIREITO DE PROTOCOLO. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEGISLAÇÃO. EFEITOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. CONTROVÉRSIA. Sobre a existência de direito adquirido a regime jurídico fundado em lei revogada, quando o suposto titular apresentara mero requerimento administrativo. 2. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. O conceito de direito adquirido, instituto sediado na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI, CF/1988), encontra densidade discursiva no direito infraconstitucional, especificamente o art. 6º, § 2º, LICC, que assim considera o direito exercitável sem limite por termo pré-fixado ou condição pré-estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem. 3. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO DIREITO ADQUIRIDO. Observado o critério proposto na obra de Francesco Gabba, o recorrente não tem direito adquirido a regime jurídico, porquanto: a) não possuía, à época do requerimento, todas as condições necessárias para o implemento do direito à regularização imobiliária, porque seu requeiro demandava, além de outros aspectos, o placet do órgão administrativo, verdadeiro requisito de eficácia do direito a que almejava; b) a superveniente alteração legislativa esvaziou sua pretensão, antes do preenchimento dos requisitos plenos,*

*necessários à aquisição do direito; c) a nova lei suprimiu a possibilidade de concessão de eficácia ao que pretendia o requerente, na medida em que impediu seu reconhecimento jurídico, o que tornou impossível a constituição do próprio direito. 4. EFEITOS DO "DIREITO DE PROTOCOLO" NO CASO CONCRETO. Nesta espécie, não há como se resguardar o "direito de protocolo", ou seja, o direito à aplicação, durante todo o processo administrativo, do regime jurídico existente no momento do protocolo da petição inicial, na forma como deseja o recorrente. Precedente do STF. [...] (RMS 27.641-SP, STJ, 2ª Turma, 2-10-2008, Rel. Humberto Martins).*

O segundo caso (Kallas Engenharia e Empreendimentos Ltda. vs Movimento Defesa São Paulo, AI nº 9027975-34.2006, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 30-11-2006, Rel. Torres de Carvalho, com declaração de voto do 2º e 3º juízes) cuidou da modificação do projeto protocolado, em situação em que a lei assegurava a aplicação da lei vigente ao tempo do protocolo.

O Movimento Defesa São Paulo propôs ação civil pública impugnando a aprovação e construção na Rua Carlos Weber, no 663 - Vila Leopoldina do empreendimento imobiliário conhecido como Sky Line e anunciado como um dos prédios mais altos de São Paulo; o projeto original previa a construção de quatro blocos com 27 andares cada e ficou parado por três anos; o segundo projeto, que foi apresentado e aprovado em apenas três meses, cuida de duas torres de 41 andares cada uma e elevada altura. A Prefeitura aprovou o segundo projeto alegando tratar-se de modificação do projeto anterior, a que assegurada a aplicação da lei mais benéfica vigente ao tempo do protocolo, conforme assegurado na legislação posterior mais rigorosa (LM nº 13.420/02, Plano Diretor, e LM nº 13.885/04, Lei de Uso e Ocupação do Solo).

O acórdão limitou-se à análise, dentro do que o momento processual permitia (antecipação da tutela), da caracterização do projeto aprovado como "novo projeto", como pretendia o autor, ou simples "projeto modificativo" como considerou a Prefeitura ao conceder o alvará. Anotou-se que a questão era relevante ante as posturas edilícias mais rigorosas trazidas pelas LM nº 13.420/02 (Plano Diretor) e 13.885/04 (Lei de Uso e Ocupação do Solo); regra de transição permitiu a aplicação da legislação anterior aos projetos apresentados no período indicado na lei. A interessada apresentou projeto de construção na fase de transição, fazendo jus (o autor impugnou essa possibilidade, aspecto não analisado no agravo) à aplicação das posturas edilícias anteriores; e apresentou outro projeto, este aprovado pelo Município, já na vigência da lei nova. A caracterização deste segundo projeto como um "projeto modificativo" ou como "novo projeto" atrai a aplicação de uma ou de outra legislação. A questão, resumindo a problemática mais ampla a ser vista ao longo do processo, refere-se ao coeficiente de aproveitamento do terreno (que se tornou menor) e ao gabarito (isto é, a altura) da construção, que a lei anterior não restringia.

A questão envolvia a aplicação do item 3.6.6 da LM nº 11.228/92 de 26-6-1992, o Código de Obras do Município, que permitia a apresentação de projeto modificativo após a emissão do Alvará de Execução: "O Alvará de Aprovação poderá, enquanto vigente o Alvará de Execução, receber termo aditivo para constar eventuais alterações de dados, ou a aprovação de projeto modificativo em decorrência da alteração do projeto original". O tribunal suspendeu a vigência do alvará pelo seguinte fundamento:

*‘Modificar’ é alterar, mudar, transformar; pressupõe que haja uma forma original e a alteração dessa forma original; a forma final é composta da forma original e das alterações nela introduzidas. A forma original, é desnecessário dizer, continua presente na forma final ou modificada.*

*A inicial afirma, sem contradita da agravante, que o projeto original previa a construção de quatro blocos com 27 andares cada e dormitou nos escaninhos da Prefeitura por três anos ante o desinteresse da proprietária em cumprir as exigências para aprovação; o segundo projeto, que foi apresentado e aprovado em apenas três meses, cuida de duas torres de 41 andares cada uma e elevada altura.*

*Não se trata de simples modificação, alteração, adaptação, aperfeiçoamento, adequação do projeto originalmente apresentado mas sim, ao menos no que permite esta visão preliminar, de novo projeto ao desabrigo da legislação anterior. A licença, nesta perspectiva, ofende a lei municipal vigente ao tempo da apresentação do projeto e a aprovação foi irregular. O bom direito alegado pelo autor transparece, sem prejuízo de análise mais detalhada depois de terminado o contraditório.*

*Disse bem a juíza (fls. 361, aqui fls. 84): “Entretanto, conforme consta do art. 303 do PDE, somente o projeto protocolado no período de transição será analisado com base no coeficiente de aproveitamento do ano correspondente ao protocolo (negrito do original). O mesmo não ocorrerá com outro projeto, ainda que ele seja inserido no mesmo processo administrativo. E no caso dos autos, o que a Municipalidade vem chamando de ‘projeto modificativo’ é, na verdade, um novo projeto, totalmente diferente como se verifica das plantas de fls. 92 (projeto original) e de fls. 212 (projeto modificativo).”*

*Revi tais considerações, feitas por ocasião do agravo anterior, às luzes dos elementos trazidos pela ora agravante; mas não me convenci de seu desacerto. A possibilidade de absoluta disparidade entre o projeto originário e o projeto aprovado implica na própria desnecessidade do projeto inicial; seria mais simples, então, aos ‘sem projeto’ apresentar simples requerimento hábil a garantir-lhes por determinado tempo os benefícios da lei velha, evitando o desperdício de trabalho das diversas análises e ‘comunique-se’ destinados a produzir nenhum resultado prático. Confesso a minha dificuldade, mesmo sem a apresentação das plantas de cada um, em ver no segundo projeto simples alteração ou modificação do projeto original.*

*O Município admite, com base em leitura extensiva do Código de Obras, a substituição do projeto original por outro como ‘modificativo’; é posição que facilita a vida dos interessados e, em regra geral, não ofende a lei. Tal leitura – a exata definição do que seja um ‘projeto modificativo’ – assume maior interesse na hipótese dos autos; dessa leitura, saber-se se um projeto é simples alteração do anterior ou se é um projeto novo, decorre a aplicação de uma ou de outra. Regras de transição não visam perpetuar a lei velha, mas resguardar situações que, iniciadas na lei anterior, se completam na lei nova; são regras de exceção que não comportam interpretação ampliativa.*



De tais acórdãos se podem extrair algumas regras simples a serem aplicadas, resguardada a peculiaridade de cada caso, ao direito de construir e à lei aplicável às licenças administrativas: (a) o ato administrativo é regido pela lei vigente ao tempo de sua prática; o pedido (ou o 'protocolo') configura simples expectativa que não confere direito e não afasta a aplicação da lei nova, se editada nesse entremeio; e (b) se assegurada pela lei nova a aplicação da lei anterior aos pedidos antes protocolados, há que analisar com cuidado se o novo projeto configura uma modificação, também ao abrigo da lei anterior, ou um novo projeto, a que se aplicará a lei mais recente. Ficou a impressão, desses casos, da tendência da administração municipal em adotar sempre a interpretação mais favorável ao construtor, por vezes (como aconteceu) distorcendo o significado e o alcance das leis.





II  
Resenha





## Resenha do livro *Droit de la Ville: du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, de Jean-Bernard Auby

Ana Rita de Figueiredo Nery  
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

*Droit de la Ville: du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, publicado em 2013 pela LexisNexis de Paris, é um discurso aclarado do paradoxo urbanístico. O livro experimenta o contraste entre a dinâmica de mutação das cidades contemporâneas e os esforços de reabilitação urbana a partir da contínua expansão dos regramentos jurídicos que dão corpo a essa estrutura viva que é a cidade.

Jean-Bernard Auby – Doutor em Direito e *agregé* em Direito Público e desde 2006 na direção do *Center on Changes in Governance and Public Law* da Escola de Direito *Sciences Po* – analisa que o Direito Urbanístico prosperou e incorporou uma série de temas à sua agenda.

A dedicação inicial à engenharia urbana passou à estética da cidade, ao meio ambiente, aos aspectos sociais e, especialmente, à questão da habitação. Esses novos desafios tornaram necessários novos enquadramentos e instrumentos jurídicos de intervenção da Administração Pública. O autor de *Droit de l'urbanisme et la construction e do La décentralisation et le droit* apresenta em conjunto – sem pretensioso objetivo de integralidade – os componentes do Direito Urbanístico em busca de um roteiro comum que os conecte e, assim, permita, do geral para o particular, a gestão de cada cidade como ela é.

Conforme Auby, as cidades nunca são idênticas juridicamente, e isso por duas razões: a primeira e mais evidente é que elas recebem enquadramento jurídico distinto conforme o sistema jurídico a que pertençam. Em segundo lugar, especialmente nos Estados federados, serão diferentes conforme a entidade a que estejam territorialmente jungidas.

A investigação se conduz principalmente pelo direito francês, mas são coletadas informações que permitem conclusões sobre diversos ordenamentos. Em abordagem geral e comparativa, os problemas jurídicos relativos ao funcionamento das cidades recebem tratamento lógico e indicativo do que pesa, nos mais variados cenários, sobre a função das cidades no mundo contemporâneo.

Ao longo do texto, de forma simples e especialmente didática, o leitor se dá conta da difusão dos problemas urbanos, abeberando-se dos elementos que permitam dar-lhes resposta e refletindo sobre tendências do direito do urbanismo no mundo todo. Parte-se da ideia de que é útil - pedagógica e cientificamente - adotar uma postura de compreensão geral do problema jurídico relacionado com a cidade, examinando seu funcionamento legal para então ir além das perspectivas habituais que não tomam as cidades como objeto legal próprio ou reduzem sua abordagem ao espectro das leis de planejamento urbano. A cidade e suas principais áreas de atuação podem ser identificadas sociológica,

técnica e economicamente. Todas essas identidades são importantes para a compreensão dos fenômenos urbanos, de suas influências e da lógica que os move.

Confere-se destaque à “coprodução” do interesse público por atores públicos e privados. Diante da vital importância das questões relacionadas com a delimitação dos espaços públicos e privados, ressen-te-se a constante inadequação das estruturas administrativas à escala dos problemas urbanos.

O livro divide-se em três grandes blocos: “O Direito e a cidade física”, “O Direito e a dinâmica da cidade” e, ao fim, “O Direito e a política nas cidades”. Em cada um desses blocos, consolidam-se elementos dispersos que constituem a matéria-prima do funcionamento legal das cidades.

Na primeira parte, trata-se da divisão da cidade por espaços públicos e privados, encenando-se arquétipos da lei aplicável aos espaços públicos e espaços privados. São apresentadas soluções do Direito Francês de divisão jurídica do espaço urbano entre a propriedade privada, o setor (*domaine*) privado das autoridades públicas e o domínio público.

A segunda parte é dedicada ao dinamismo da cidade a partir de relações inter-subjetivas diversas que lhe dão conteúdo. O autor percorre as relações de trabalho, as relações contratuais, operações urbanísticas (operações de desenvolvimento) e as dimensões econômicas da cidade. A partir da década de 1960, o sistema francês de planejamento operacional conheceu uma abertura liberal contrastante com as tradições fortemente intervencionistas. Entre 1968 e 1977, quase 60% das zonas de planejamento contaram com incentivos privados. O planejamento do território francês, que aparece como política essencialmente de Estado nos anos 1960, atualmente tem alcance mais limitado. Já serviu como mecanismo de pressão e como um espelho das ações de governo. Mais recentemente, a União Europeia passa a participar desse processo de organização de territórios (*politique régionale*), através de ajuda econômica sob a forma de subvenções e empréstimos.

Por fim, o grande tema, “a Política” nas cidades. Desde a organização jurídica do Poder Público municipal, passando pela gestão do território e pelo controle das finanças, a cidade é tomada na terceira parte do livro por sua dimensão administrativa e organizacional. São elaborados esquemas a partir dos quais – não sem a intervenção do Direito – se poderia limitar a segregação decorrente dos atritos políticos na gestão da cidade e contribuir para uma cultura de “Direito à Cidade”.

Percebe-se aqui e ali, na reflexão sociológica e política da cidade, um demonstrar generoso em ideias e desejos sobre a prática jurídica no estudo das cidades, voltados à observação dessa estrutura complexa a partir do bom domínio de institutos jurídicos que garantam operabilidade às relações jurídicas que dão corpo à cidade. Como uma profecia ou como um projeto, volta-se a atenção dos estudos urbanísticos para o status das nações já suficientemente corroídas pela globalização, mas em cujas fronteiras ainda prevalecem divisões sociais internas.

Na organização das cidades residem as principais chaves para a cura das disfunções públicas e para a prática da democracia. É preciso partir da ideia de que a Cidade é, por essência, ao mesmo tempo promotora de integração social e gérmen de segregação. Por natureza, é uma organização destinada a maximizar a interação social, agregando indivíduos a partir de uma infinidade de redes sociais. Há, contudo,

aproveitamento desigual dos espaços públicos. E atenuar essas discrepâncias é papel dos operadores do Direito, através de instrumentos jurídicos.

Jean-Bernard deixa a cargo do leitor a decisão de aderir ou não às suas impressões terminais e ao método de observação do Direito Urbanístico a partir de uma rede coesa de institutos que lhe são pertinentes. Tudo através de uma abordagem atraente e otimista do estudo das Cidades e dos seus novos limites. Através de ilustrações concretas que passam pelo exemplo de um estacionamento na Alemanha, pela fiscalização pública na Dinamarca e pelo movimento de “metropolização” de Tóquio, São Paulo e Mumbai, o autor traz lições universais e entusiasmadas por esta que é a célula de base da integração humana: a Cidade.





---

# III

## Jurisprudência

---



## **Sentença. Ação Sindicato dos Taxistas Autônomos de Guarulhos em face de Uber do Brasil Tecnologia Ltda.**

Ação ajuizada por **SINDICATO DOS TAXISTAS AUTÔNOMOS DE GUARULHOS** em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.**, visando à proibição do serviço prestado pelo réu, sob o argumento de que é ilícita a atividade por ele desempenhada por meio de seus motoristas credenciados - Livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de profissão (arts. 5, XIII, e 170, e parágrafo único, ambos da Constituição Federal) – As atividades podem ser regulamentadas por lei, mas a lei deve regulamentar a atividade e não subtrair liberdades constitucionais, devendo se dar máxima efetividade à Constituição – Não há lei no Município de Guarulhos que proíba o serviço proposto pelo UBER, sendo este uma nova modalidade de serviço que não encontra exata previsão no ordenamento jurídico e que, por esse motivo, não pode ser proibido, cabendo ao Direito acompanhar e regular o fato social – Sentença de improcedência.

O **SINDICATO DOS TAXISTAS AUTÔNOMOS DE GUARULHOS** ajuizou ação em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.**, sustentando a ilicitude da atividade desempenhada pelo réu por meio de seus motoristas credenciados, no contexto do controle da mobilidade urbana e da preservação da segurança dos usuários do transporte individual. Sustenta o autor que se for permitido o desempenho de uma atividade à margem da regulação estatal, em direta concorrência com o serviço de táxi, em pouco tempo essa atividade irá se sobrepor à atividade regulamentada e dominar o mercado, passando o controle da mobilidade urbana do Poder Público a uma empresa privada estrangeira, a qual não tem compromisso em assegurá-la. A segurança dos usuários do serviço ficará à mercê de critérios utilizados por uma empresa privada. Entende o autor que existe concorrência direta entre os taxistas e o UBER, pois desempenham a mesma atividade. O serviço prestado pelo réu é serviço de transporte individual remunerado de passageiro, idêntico ao serviço prestado pelos táxis. O réu não se sujeita a qualquer tipo de controle dos preços praticados. Não há na lei qualquer definição de serviço e transporte privado individual, que o réu quer prestar. O serviço do réu é aberto ao público e em nada se diferencia do serviço prestado pelo táxi. O autor, a partir dos parâmetros impostos pela legislação federal e municipal, conclui que não é permitido a não-taxistas desempenhar a atividade de transporte individual de passageiros, de modo que o serviço do réu já seria proibido no Brasil. Não existe livre concorrência entre taxistas e UBER, havendo prejuízo aos taxistas. O réu incorre em *dumping*, inclusive pela prática do preço dinâmico. Pede o autor a proibição dos serviços prestados pelo réu em Guarulhos.

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 562/565).

Contestação do UBER (fls. 630/648): a atividade desempenhada pelos motoristas do réu é expressamente prevista na legislação federal e garantida constitucionalmente; os profissionais atuam no transporte privado individual, modalidade distinta daquela realizada pelos profissionais taxistas, o transporte público individual; as atividades desempenhadas por meio da plataforma UBER representam avanço, não deslealdade; existem benefícios à mobilidade urbana trazidos pelo UBER; o réu garante o direito de escolha,

com transparência sobre o transporte a ser realizado e suas condições, inclusive quanto ao valor a ser cobrado; a via eleita é inadequada; existe conexão; é legal a atividade do réu; a atividade dos motoristas do réu não se confunde com a dos taxistas, sendo modelos distintos que podem conviver harmoniosamente; o transporte por meio de táxis não é o único modelo de transporte individual de passageiros; os taxistas possuem uma série de privilégios aos quais os motoristas do réu não têm acesso; o serviço do réu não é aberto ao público; não existe concorrência desleal; não há prejuízo para os taxistas; não existe prática danosa ao consumidor.

Contestação do Município de Guarulhos (fls. 1250/1254): o pedido viola o livre exercício de poder de polícia, atividade complexa que envolve aspectos discricionários; o réu utiliza veículos não cadastrados como táxis na cidade de Guarulhos, caracterizando o oferecimento de transporte à demanda incerta, não estando abrangido como direito de escolha prévia entre consumidor e prestador de serviço; o município vem exercendo efetiva fiscalização, apreensão de veículos e sanção a todos aqueles que exercem irregularmente o transporte individual e remunerado de passageiros, inclusive no caso do réu; encontrar e abordar veículos e motoristas que captam passageiros por meio do UBER é tarefa difícil.

Réplica a fls. 1467/14/92.

## É O RELATÓRIO.

**Decido.**

Não colhem as preliminares.

A via eleita é adequada. Conforme entendimento de Nelson Nery Jr., o que caracteriza o interesse a ser defendido na ação é o pedido, uma vez que do mesmo fato podem surgir interesses individuais ou coletivos *lato sensu*. Dessa forma, como o autor formulou pedido compatível com o interesse de seus filiados, a ação é adequada.

De outro giro, nesta ação se discute a proibição do UBER no Município de Guarulhos atinente à sua esfera de competência, não havendo, portanto, que se falar em conexão com Ação Civil Pública que discute a questão em relação ao Município de São Paulo.

Conforme ressaltado na decisão de antecipação de tutela, os argumentos trazidos pelos cultos advogados do autor são fortes e possuem fundamento. De fato, não há dúvida de que é “imperiosa a presença do Estado na regulamentação de qualquer serviço de utilidade pública e que o Estado-de-Direito repudia as bases do *laissez faire laissez passer* da filosofia política do superado Estado liberal, para impor o seu poder de regular e fiscalizar todos os serviços de interesse público postos à disposição dos membros de sua população”, vale dizer, em que pese o brilho de mentes pensantes como a do vencedor do Prêmio Nobel em ciências econômicas, Milton Friedman, a aplicação de sua filosofia política que exalta as virtudes de um sistema econômico de total liberdade de mercado com intervenção nula do Estado se revelou um fracasso.

A legislação consumerista adotou essa posição política, ao estabelecer em seu art. 4º, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, a interferência estatal, ante a vulnerabilidade do consumidor:

*Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito*

*à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

*I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;*

*II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:*

*a) por iniciativa direta;*

*b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;*

*c) pela presença do Estado no mercado de consumo;*

*d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.*

*[...]*

Também não há dúvida que existe a prática de *dumping* no mercado. Um exemplo é dado por Annie Leonard, na obra *A história das coisas – da natureza ao lixo*, o que acontece com tudo que consumimos. O Walmart, nos Estados Unidos, inicialmente praticou preços abaixo daqueles praticados pelos pequenos concorrentes locais. Quando estes fecharam seus estabelecimentos não suportando a concorrência, o Walmart passou a praticar preços regulares.

Certo também que “não compete a uma empresa privada ditar as regras do transporte individual de passageiros”.

Contudo, alguns pontos devem ser ponderados.

Em que pese a presença estatal na economia, a regra é a de livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de profissão (arts. 5º, XIII, e 170, e parágrafo único, ambos da Constituição Federal). Certo que essas atividades podem ser regulamentadas por lei, mas a lei deve regulamentar a atividade e não subtrair liberdades constitucionais, devendo se dar máxima efetividade à Constituição. Não há lei, notadamente no Município de Guarulhos, que proíba o serviço proposto pelo UBER.

Vejamos.

O serviço prestado pelo réu é de motorista particular o qual é contratado exclusivamente por meio de aplicativo a ser instalado em smartphone. O motorista fica à disposição do consumidor o qual contrata o percurso que deseja efetuar. Esse serviço tem amparo no art. 730 do Código Civil (“Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”). O réu não dispõe das prerrogativas dos taxistas: o serviço não pode ser contratado diretamente na rua; não possui pontos em locais determinados; não podem trafegar em corredores de ônibus; não existe benefício fiscal para aquisição de veículo. Certo que existem pontos em comum entre os serviços, conforme bem apontado pelo autor à fls. 13, contudo existem diferenças, as quais tornam os serviços diferentes.

O serviço do réu vem a atender política de mobilidade urbana e direito do consumidor. De fato, em ambas as hipóteses a diversidade e integração dos serviços se faz notar como instrumento de desenvolvimento. Quanto mais serviços e opções de transporte para que se deixe o veículo particular em casa (ou mesmo não se adquira veículo

particular), melhor, tanto mais se houver integração entre eles. Atendido, portanto, o art. 1º da Lei n. 12.587/2012.

Contudo, ao contrário do alegado por ambas as partes, o serviço prestado pelo réu não possui previsão na Lei n. 12.587/2012. Não se encaixa no inciso X, de seu Art. 3º (“transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”), pois este dispositivo não trata de **serviço**, como explicitamente mencionado nas outras hipóteses do art. 3º (VI, VII, VIII, IX, XI, XII e XII), tratando-se de **meio** de transporte efetuado sem fins de mercado e de lucro, de transporte efetuado pelo próprio interessado no transporte. Por outro lado, o serviço prestado pelo réu de motorista particular também não se enquadra a hipótese do inciso VIII, do art. 3º (“transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”), pois o serviço não está aberto ao público, mas somente a consumidores previamente cadastrados em base eletrônica/virtual que preencher alguns requisitos. Por outro lado, o serviço prestado pelo réu não se amolda ao art. 1º da Lei Municipal n. 2.433/1980 (“O transporte individualizado de passageiros em veículos de aluguel providos de taxímetro, por constituir serviço de utilidade pública, somente poderá ser executado mediante prévia e expressa autorização da Prefeitura Municipal de Guarulhos, através de Alvará de Estacionamento, sempre a título precário”), pois não existe taxímetro nos veículo do UBER.

Conclui-se que o serviço prestado pelo réu não encontra ressonância nas definições apresentadas pela Lei n. 12.587/2012 e pela Lei Municipal n. 2.433/1980. Esse fenômeno não é novo. A abertura dada pelo nosso sistema capitalista (economia de mercado, livre iniciativa, livre concorrência) dá ampla margem à criatividade humana. Os produtos e serviços vão ganhando vida produzindo fatos sociais, os quais são acompanhados posteriormente por eventual normatização e/ou regulação jurídica. Os fatos são mais rápidos e dinâmicos que a capacidade vidente de os legisladores acompanharem. No caso do UBER não foi diferente. Criou-se uma nova modalidade de serviço que não encontra exata previsão no ordenamento jurídico. Por esse motivo não pode ser proibido. Cabe ao Direito acompanhar e regular o fato social. Aí sim, se houver descompasso entre o novo serviço prestado e a nova regulamentação, poderá existir proibição.

Em relação à afirmação de que o serviço prestado pelo réu irá se sobrepor à atividade dos taxistas, trata-se de tema o qual ainda repousa exercício de futurologia. Não se sabe se os consumidores de um são de outro. Não se sabe se existe demanda contida. Se quem iria utilizar o UBER, na sua inexistência, iria utilizar ônibus, táxi, carona. Ainda não existem estudos profundos nesse terreno. A concorrência, de outro giro, pode ser fato motivador para que os taxistas melhorem a qualidade de seus serviços, atraindo consumidores do UBER, se o caso. De toda sorte, ao que tudo indica, são serviços diversos prestados para consumidores de nichos diversos e se não forem, somente a prática ou estudos profundos poderão esclarecer. Por ora, são meras conjecturas. Da mesma forma, não há prova de que praticamente não se encontram para vender aparelhos celulares que não sejam smartphones. Ao revés, ao que tudo indica, a maior parte da população brasileira não possui smartphone e capaz de suportar o aplicativo do réu.

No que concerne à política de preços oscilantes, esse fato por si só, não tem o condão de levar à proibição de serviços. Sem embargo da discussão central posta na ação, o fato é o que o serviço do UBER se enquadra na disciplina da Lei 8.078/90, pois

existe relação jurídica de consumo: como sujeitos da relação de consumo o consumidor e o fornecedor e como objeto um serviço (art. 2º e 3º do CDC). Dessa forma, qualquer prática abusiva ou que contrarie as normas do CDC poderá ser coibida, vale dizer, independentemente da antecipação de tutela, o Poder Público pode e deve combater as práticas abusivas e ilegais existentes no mercado de consumo, notadamente aquelas eventualmente praticadas pelo UBER.

Considerando que não se vislumbra ilegalidade ou proibição do serviço prestado pelo UBER, prejudicado o pedido em relação ao Município de Guarulhos.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado pelo **SINDICATO DOS TAXISTAS AUTÔNOMOS DE GUARULHOS** em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.** Ante a sucumbência, o autor arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$8.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

P.R.I

**Rafael Tocantins Maltez**

Juiz de Direito





## Comentário a acórdão da Apelação c/Revisão nº 0137419-392012.8.26.0100

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0137419-39.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes LG ELETRONICS DE SÃO PAULO LTDA., NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., MOTOROLA INDÚSTRIA LTDA., SANSUNG ELETRONICA DA AMAZÔNIA LTDA. e SONY ERICSSON MOBILE COMMUNICATIOS DO BRASIL LTDA.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte aos recursos. V. U., fará voto convergente o 2º juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES E ALVARO PASSOS.

São Paulo, 18 de junho de 2015.

**Vera Angrisani**

Relatora

### Comentário

Ao ler num jornal de grande circulação no País que já estamos no fim dos smartphones porque “especialistas da indústria acreditam que a inovação nos smartphones está abrindo espaço para funções que antes eram só do telefone, mas que agora vêm surgindo em softwares e serviços de todas as formas, sejam em carros, geladeiras, relógios ou joias,”<sup>1</sup> dei conta de que tudo isso resultará em aparelhos e baterias cada vez mais descartáveis para fazer lugar a modernidade, carregando, conseqüentemente, maiores riscos ao meio ambiente.

Daí sobreleva a preocupação ambiental em relação aos resíduos oriundos do avanço tecnológico cada vez maior devido à liberação de substâncias tóxicas que podem poluir regiões inteiras. Ao serem jogados no lixo comum, as substâncias químicas presentes nos eletrônicos, como mercúrio, cádmio, arsênio, cobre, chumbo e alumínio, penetram no solo e nos lençóis freáticos contaminando plantas e animais por meio da água. Dessa forma, os seres humanos podem ser contaminados pela ingestão desses alimentos. “As conseqüências vão desde simples dor de cabeça e vômito até complicações mais sérias, como comprometimento do sistema nervoso e surgimento de cânceres”, explica Antônio Guaritá, químico do Laboratório de Química Analítica Ambiental da Universidade de Brasília (UnB).<sup>2</sup>

“Os materiais não são biodegradáveis e, mesmo que tenham baixa quantidade de elementos tóxicos, podem fazer mal ao meio ambiente”, adverte o físico Délcio

<sup>1</sup> Folha de São Paulo, 08.06.2016, dados esse que por sua vez foram extraídos da DA REUTERS em 23/03/2016, 02h00 – <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/03/1752779-smartphone-podera-ser-ultrapassado-por-outros-aparelhos-inteligentes.shtml>, acesso em 08.06.2016.

<sup>2</sup> In: <http://g1.globo.com/noticias/tecnologia/0,mul87082-6174,00.html> acessado em 08 de junho de 2016.

Rodrigues, diretor da entidade ambientalista GREENPEACE. “A reciclagem é a melhor saída.”

A lei de resíduos sólidos brasileira, sancionada em 2010, prevê que o lixo eletrônico não poderá ser descartado em aterros e lixões a partir de 2014. Os fabricantes serão os responsáveis por dar o destino correto aos materiais que eles mesmos produzirem.

Além disso, a PNRS (Política Nacional de Resíduos Sólidos), sancionada em 2010, estabelece o incentivo à chamada logística reversa, que constitui em incentivos para que as empresas, governos e consumidores estejam comprometidos em viabilizar a coleta e restituição dos resíduos sólidos às empresas fabricantes, além da participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais recicláveis.

Mas a população precisa saber disso para poder cobrar. Só assim o mercado se adequa.

Daí a importância que vemos em decisões judiciais sobre a matéria como o Acórdão aqui destacado, que certamente está contribuindo para a observância da legislação vigente.

#### Voto da desembargadora relatora

**VOTO Nº 22949**

**APELAÇÃO C/ REVISÃO Nº 0137419-39.2012.8.26.0100**

**COMARCA: SÃO PAULO**

**APELANTES E APELADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E LG ELETRONICS DE SÃO PAULO LTDA., NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA, MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA., SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA., SONY ERICSSON MOBILE COMMUNICATIONS DO BRASIL LTDA.**

**MM JUIZ: DRA. ANDREA DE ABREU E BRAGA**

***APELAÇÃO.** Ação Civil Pública Ambiental. Descarte de baterias e aparelhos celulares. Demanda visando o cumprimento de obrigações de fazer consistente em: (i) informação aos consumidores através de pôsteres, banner e cartilhas, em todos os estabelecimentos do território nacional onde são comercializados seus produtos, dos malefícios e danos causados pelo descarte de baterias de aparelhos celulares em locais inapropriados, promovendo campanha de conscientização e educação do consumo e preservação do meio ambiente, sob pena de multa no valor de vinte mil reais; e, (ii) disponibilização, em todos os estabelecimentos do território nacional onde são comercializados seus produtos, de unidades de recolhimento de baterias e aparelhos de telefonia celular, dispostas em local de fácil visualização pelos consumidores, com o fim de proceder ao recolhimento e disposição desses materiais de forma adequada. Inexistência de cerceamento de defesa. Interesse de agir configurado. Legitimidade do Ministério Público, consoante artigo 129, III, da CF e artigo 82, I, do CDC. Resíduos sólidos que devem seguir o preceituado no artigo 33, II e VI, parágrafo 3º, da Lei nº 12.305/12. Obrigação de cumprimento que deve ser restrita aos fabricantes em seus próprios estabelecimentos*

*ou assistências técnicas, porque nesta situação estão ligados na venda dos produtos ao consumidor. Impossibilidade da determinação atingir terceiros. Aplicabilidade do sistema de logística reversa, consoante artigo 33, VI, da Lei de Resíduos Sólidos. Falta de interesse de agir da empresa Nokia quanto à disponibilização de sistema de coletas. Danos ambientais e à saúde pública evidentes. Determinação que todas as empresas prestem de forma eficaz e clara informações aos consumidores como deve se dar o descarte das baterias e aparelhos. Sentença que tem alcance erga omnes. Mantida a condenação na multa e do período para cumprimento das obrigações. Sentença reformada em parte. Recursos conhecidos e parcialmente providos.*

I – Trata-se de ação civil pública proposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo contra LG Eletronics de São Paulo Ltda., Nokia do Brasil Tecnologia, Motorola Industrial Ltda., Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Sony Ericsson Mobile Communications do Brasil Ltda.**, objetivando a condenação das rés: a) na obrigação de fazer consistente em informar aos consumidores, através de pôsteres, banner e cartilhas, em todos os estabelecimentos do território nacional onde são comercializados seus produtos, os malefícios e danos causados pelo descarte de baterias de aparelhos celulares em locais inapropriados, promovendo campanha de conscientização e educação do consumo e preservação do meio ambiente, sob pena de multa no valor de vinte mil reais; b) na obrigação de fazer, de natureza indivisível por razões de ordem econômica, consistente em disponibilizar, em todos os estabelecimentos do território nacional onde são comercializados seus produtos, unidades de recolhimento de baterias e aparelhos de telefonia celular, dispostas em local de fácil visualização pelos consumidores, com o fim de proceder ao recolhimento e disposição desses materiais de forma adequada.

A r. sentença de fls. 2067/2071 julgou parcialmente procedente a ação para condenar as rés a disponibilizar em todos os estabelecimentos do território nacional onde são comercializados seus produtos, unidades de recolhimento de baterias de telefonia celular, no prazo de seis meses, a contar do trânsito em julgado da decisão, sob pena do pagamento de multa diária de R\$ 20.000,00. Sucumbência recíproca.

Inconformado, recorre o *Parquet* a fim de que a decisão também abarque a necessidade dos consumidores terem direito à informação clara, precisa e ostensiva, sobre o correto manuseio e descarte dos resíduos sólidos (fls. 2074/2085).

A Motorola se insurge contra a decisão, pretendendo, em suma, anulação da decisão por cerceamento de defesa, com remessa dos autos para produção de provas diversas com a finalidade de comprovar a insubsistência dos fatos alegados; extinção da ação sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual e inépcia da inicial; julgamento de improcedência da ação, por incompatibilidade com as políticas nacional e estadual de resíduos sólidos, tendo em vista a necessária regulamentação da obrigação constante no art. 33, da Lei nº 12.305/2010, a expressa violação ao artigo 33, parágrafos 3º e 6º, da Lei nº 12.305/2010; o necessário envolvimento de outros no ciclo de vida dos produtos, a inviabilização do acordo setorial e do termo de compromisso negociados com o Poder Público para implantação de logística reversa e impossibilidade de cumprimento da condenação (fls. 2.097/2.127).

Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. busca o reconhecimento da carência superveniente por ausência de interesse de agir; no mérito, que já implantou rede de

coleta de pilhas e baterias em suas assistências técnicas, termo de compromisso de responsabilidade pós-consumo de terminais portáteis de telefonia móvel; responsabilidade compartilhada prevista na política nacional de resíduos sólidos, impossibilidade de cumprimento da condenação porque só obriga o fabricante dos aparelhos e não todos os agentes da cadeia produtiva. Subsidiariamente, pugna pela revisão da multa e restrição territorial (fls. 2.203/2.229).

Insurge-se a Nokia do Brasil Tecnologia Ltda. contra a decisão, aduzindo a ilegalidade da sentença quanto à impossibilidade de terceiros se sujeitarem a ela; que a norma sobre o tema determina que a sentença seja cumprida por todos integrantes da cadeia produtiva; ilegalidade quanto à impossibilidade de intervir no patrimônio privado de terceiros para cumprir o determinado; efeito ultra partes; ilegalidade quanto à inaplicabilidade da obrigação de implementar o sistema de logística reversa; ilegalidade do Judiciário interferir no mérito dos atos administrativos do poder executivo; ilegalidade quanto a obrigação dos fabricantes de pilhas e baterias implementar sistema de logística reversa e por ter o seu próprio. Subsidiariamente, pede que o decidido abarque os limites territoriais do órgão prolator, o afastamento ou a redução da multa por descumprimento da obrigação (fls. 2.236/2.270).

Apela a L.G. Electronics do Brasil Ltda. para o reconhecimento de cerceamento de defesa, acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir, tendo em vista o acordo setorial e a usurpação de competência executiva; no mérito, pela improcedência afastando a obrigação de implantar unidades coletoras de baterias de aparelhos celulares nos pontos de vendas dos produtos em todo o território nacional ou reconhecimento da necessidade de aguardar o fim do implemento do acordo setorial para que o sistema de logística reversa seja implementado de forma eficaz e planejada, bem como envolvam todos os *players* do mercado e demais participantes. Por derradeiro, que a eficácia fique limitada ao território de atuação do órgão prolator da decisão (fls. 2.278/2.303).

Sony Mobile Communications do Brasil Ltda. sustenta, preliminar de acordo setorial, substanciado no “Termo de Compromisso para Responsabilidade Pós-Consumo de Pilhas e Baterias Portáteis”; atendimento ao artigo 32, da Lei nº 12.305/10, ao artigo 8º, do CDC e artigos 1º e 4º, da Lei nº 13.576/09; perfeita adequação do descarte de baterias; que as assistências técnicas já efetuam a coleta dos produtos. Discorre sobre o sistema conjunto de recolhimento de resíduo na política nacional de meio ambiente, do cumprimento do artigo 6º, III, do CDC, do cumprimento da resolução n. 401/2008 do CONAMA, das diretrizes da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da Responsabilidade Compartilhada. E, ainda, pela redução da multa para patamar que atenda ao princípio da razoabilidade (fls. 2.359/2.384).

Recursos recebidos (fl. 2.087), apresentadas às contrarrazões (fls. 2.391/2.396, 2.402/2.421, 2.423/2.441, 2.482/2.499, 2.501/2.511, 2.513/2.525, 2.536/2.559). A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 2.567/2.601 e 2.643/2.645.

O processo foi inicialmente distribuído a 27ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso encaminhando os autos à Câmara Reservada do Meio Ambiente.

### É o relatório.

II – Os recursos devem ser conhecidos e comportam parcial provimento.

Em preliminar, batem-se os apelantes (Motorola e LGE), pela tese de cerceamento de defesa, pois o magistrado de primeiro grau teria julgado o mérito da demanda sem autorizar a produção de prova pericial requerida por ambas.

Entretanto, o julgamento antecipado da lide é faculdade do magistrado, de acordo com o princípio do livre convencimento, conforme dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil. Isto porque, sendo o magistrado destinatário final das provas produzidas nos autos, a ele cabe analisar a suficiência e necessidade das mesmas, indeferindo aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

No caso em análise, se o magistrado de primeiro grau entendeu ser desnecessária a produção de outras provas em razão de já existirem nos autos provas documentais suficientes para a formação de seu convencimento e para o deslinde da controvérsia, até porque a questão é de direito, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Ainda, as próprias empresas envolvidas asseveram estarem cumprindo as normas vigentes e que tais provas estão anexadas aos autos.

Já o interesse de agir está consubstanciado no fato das rés comercializarem aparelhos de telefonia móvel sem disponibilizar pontos de coleta, ou ainda, prestarem informações claras e precisas aos consumidores quanto à necessidade de descarte dos resíduos em locais adequados.

Além disso, possíveis negociações paralelas que possam estar ocorrendo, quer com o Ministério do Meio Ambiente, quer com a Secretaria do Estado, não inviabiliza a interposição nem o processamento desta ação coletiva, tampouco fere a competência do Poder Executivo.

É certa a existência de outros fabricantes e fornecedores de aparelhos de telefonia celular, contudo, nada há de equivocado ou ilegal na formação do polo passivo com as cinco maiores expoentes do ramo. Não há litisconsórcio necessário, e sim facultativo. Idem, quanto aos demais responsáveis pelo recolhimento e destinação de resíduos sólidos, comerciantes, prestadores de serviços de assistência técnica, distribuidores e importadores, pois poderão futuramente ser responsabilizados por via de outras demandas. Inexiste obrigação legal de todos serem conjuntamente acionados.

Quanto à tese de ilegitimidade do Ministério Público, tal enfoque não tem relação com os efeitos da condenação que são erga omnes, por aplicação do artigo 103 do Código de Processo Civil.

Por oportuno, a legitimidade de parte do Ministério Público está firmada, no caso, consoante apregoado nos artigos 129, III, da Constituição Federal e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, ficam afastadas as preliminares arguidas.

Bem examinados os autos, sabe-se que a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio/92 deu início à ideia de desenvolvimento sustentável, buscando um diálogo entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Para tanto, adota o princípio da sustentabilidade, considerado o meio ambiente bem jurídico essencial à vida e à saúde, relacionando-o com a ideia de desenvolvimento sustentável, de modo a conciliar o desenvolvimento, a preservação ecológica e a melhoria da qualidade de vida.

O princípio da sustentabilidade tem o dever fundamental de produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e favorável à saúde, em todos os sentidos, em conjunto com os elementos éticos, sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.

Para Canotilho<sup>3</sup> “os comportamentos ecológica e ambientalmente relevantes da geração actual condicionam e comprometem as condições de vida das gerações futuras”, e, é nesse sentido que se deve consolidar o princípio da sustentabilidade cuidando-se do ambiental sem afrontar o social, o econômico, o ético e o jurídico-político.<sup>4</sup>

De outra ponta, tem-se o princípio da prevenção que busca orientar as medidas políticas adotadas em matéria ambiental, de forma a evitar a prática de atos lesivos que venham a causar danos ao meio ambiente, dando foco às medidas que evitem qualquer início de agressão ao ambiente para, assim, afastar ou eliminar qualquer agente causador do dano ecológico. Onde haja qualquer risco de dano irreversível ou sério ao meio ambiente, deve ser tomada uma ação de precaução para prevenir prejuízos. Por esse princípio, basta a simples potencialidade de dano para a verificação da responsabilidade civil na forma objetiva.

O princípio supra encontra-se de forma implícita no artigo 225 da Carta Magna, baseia-se no dever de preservar o meio ambiente que se impõe à coletividade e ao poder público, e difere do princípio da precaução, onde já se sabem quais os riscos ou impactos ambientais, dos quais se possa estabelecer um nexo de causalidade para a identificação dos impactos futuros prováveis.<sup>5</sup>

O princípio da prevenção evidencia-se, portanto, com o agir previamente a algum fato que possa decorrer de um dano concreto, uma vez que já se conhecem as causas, a fim de evitar a comprovação desses danos ou, ao menos, diminuir significativamente os seus resultados.<sup>6</sup>

Já o princípio da precaução age como princípio *in dubio pro ambiente*, isto é, na dúvida sobre a periculosidade de uma determinada ação para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, isto é, o ônus da prova da inocuidade de uma ação em relação ao ambiente é transferido do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor. Ou seja, por força do princípio da precaução, é o potencial poluidor quem tem o ônus da prova de que um acidente ecológico não vai ocorrer e de que adotou medidas de precaução específicas.<sup>7</sup>

Quanto ao princípio do Poluidor-Pagador, este vem descrito no art. 225, parágrafo 3º, da CF, que prescreve: “As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Sabe-se que o princípio em questão possui caráter econômico, à medida que imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente. De certo que os resultados positivos na proteção do meio ambiente dependem de que tal seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, porquanto implica custos às medidas de prevenção e

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.178.

<sup>4</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pg. 57.

<sup>5</sup> ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 11º ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p.45.

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

<sup>7</sup> Idem, p. 41.

controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos e evitar distorções ao comércio e aos investimentos tanto nacionais como internacionais.

Em verdade, o custeio com o controle da poluição que decorre da regulamentação ambiental deve ser suportado pelo poluidor, jamais a sociedade poderá arcar de modo direto e isolado com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

O debate em estudo nos presentes autos envolve a correta informação ao consumidor e que o descarte de baterias e aparelhos celulares seja efetuado em locais adequados.

Hodiernamente o celular é utilizado praticamente por todas as categorias de cidadãos, de todas as classes sociais, com dados aproximados de algumas dezenas de milhões de usuários.

Uma quantidade ínfima, cerca de 1% – é encaminhada para a reciclagem, resultado de poucos consumidores que depositam as baterias usadas nos escassos postos de coleta apropriados. “Cerca de 180 milhões de baterias de celular são descartadas todos os anos no Brasil”, diz Roberto Ziccardi, da ONG Antena Verde.

Estudos já confirmaram que a problemática envolvida está no descarte do material em questão no lixo comum, isto porque a composição química das baterias e pilhas é de metais pesados e altamente tóxicos.

Os metais como o chumbo, podem provocar doenças neurológicas; o cádmio afeta condição motora, assim como o mercúrio, nos termos da Resolução n. 257/99 (art. 13). Consequentemente, tais resíduos, após vencidos ou inservíveis, não podem ser depositados nos “lixões” públicos, porque, em tais áreas se instalaram verdadeiros “bolsões de pobreza” (pessoas que vivem da utilização/recuperação de materiais jogados no lixo). Agrava-se tal circunstância à de que tais baterias expostas ao tempo, além da exposição direta com os catadores de papéis e lixo, aliadas às chuvas e demais intempéries naturais, chegarão aos lençóis freáticos que alimentam os reservatórios que abastecem os lares brasileiros, com isso tornando previsível a contaminação em massa.

Em âmbito nacional promulgou-se a Lei n° 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que contém instrumentos importantes para permitir o avanço necessário do País no enfrentamento dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos, por meio da prevenção e redução na geração de resíduos, tendo como proposta a prática de hábitos de consumo sustentável e um conjunto de instrumentos para propiciar o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos (aquilo que tem valor econômico e pode ser reciclado ou reaproveitado) e a destinação ambientalmente adequada dos rejeitos (aquilo que não pode ser reciclado ou reutilizado).

Segundo Édis Milaré<sup>8</sup> a preocupação com a problemática dos resíduos sólidos tornou-se tecnicamente complexa devido à urbanização acelerada com reflexos na ocupação e no uso do solo urbano; o aumento exponencial de embalagens; o descarte sempre maior de resíduos; o despreparo dos municípios para gerir essa problemática e, particularmente, a quase absoluta carência de educação ambiental.

<sup>8</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 282.

A Lei nº 12.305/2012, em seu artigo 33, incisos II e VI, parágrafo 3º, determina:

*“Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: (...)*

*II – pilhas e baterias; (...)*

*VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes. (...)*

*§ 4º Os consumidores deverão efetuar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens a que se referem os incisos I a VI do caput, e de outros produtos ou embalagens objeto de logística reversa, na forma do § 1º.*

*§ 5º Os comerciantes e distribuidores deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos na forma dos §§ 3º e 4º.*

*§ 6º Os fabricantes e os importadores darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos. (...).”*

Nessa seara é certo que a determinação de recolhimento e informação ao consumidor sobre os riscos e a necessidade de retorno é imputada aos distribuidores e consumidores dos produtos, vez que estes estão na linha primária da comunicação com aqueles.

E neste ponto é onde diverjo do entendimento lavrado pelo magistrado sentencian- te, porque tenho que não se pode imputar aos fabricantes a extensão da obrigação da colocação de avisos, pôsteres e *banner*, bem assim a edição e distribuição de cartilhas em espaços privados que não lhes pertençam e/ou com os quais mantenham relaciona- mento comercial. Tal obrigação, sendo imposta a terceiros é inócua porque não parti- ciparam da lide e não estão obrigados a cumpri-la porque não acobertados pelo manto da coisa julgada. De outra ponta, impossível que as empresas recorrentes determinem como deva ser cumprida a obrigação de utilização dos depósitos nos estabelecimentos citados na exordial.

Em contrapartida, o mesmo não ocorre com os fabricantes que possuem lojas de seus produtos e estabelecimentos de assistência técnica próprios ou credenciados, por- que nesta situação estão diretamente ligados na venda dos produtos ao consumidor, de forma que possuem responsabilidade legal, devendo atender o procedimento norteado pelo autor da ação.

O problema de conscientização não pode ser visto como obrigação exclusiva do Poder Executivo, que deve sim adotar medidas corretas editando políticas públicas que obriguem e vinculem toda a cadeia, mas tal problemática envolve a todos, e neste ponto, não vejo o porquê da resistência das grandes empresas fabricantes, que podem valorizar ainda mais as suas marcas, com projetos de sustentabilidade e cumprir simples medidas, contribuindo para uma adequada disposição desses materiais, cujos resíduos tóxicos representam um risco ao meio ambiente e à saúde pública.



A competitividade dos negócios e da busca por investidores vem provocando, ao longo dos últimos anos, uma mudança significativa na forma de agir e pensar coletivamente dentro das organizações.

Funcionários, terceirizados, clientes, governo enfim, a comunidade mundial não se sentem confortáveis com empresas cujas ações possam piorar a vida de outras pessoas ou prejudicar o meio ambiente.

Notando, portanto, o ganho gerado por ações positivas que compreendam desde o uso do papel reciclado à logística reversa dos produtos, passando pela exploração correta dos recursos naturais e respeito pela sociedade, é imperativo às empresas que trabalhem com responsabilidade socioambiental.

Além disso, é extremamente justo que as empresas, desde as menores até os grandes conglomerados internacionais, divulguem suas ações ao público, *in casu*, as ambientais ao público, o que tem contribuído não só para uma melhoria na busca por capital (credibilidade) como num incremento das vendas. Daí o porquê da pertinência do quanto aqui solicitado no que tange à divulgação e educação da sociedade como dever da empresa conhecedora dos riscos do descarte inadequado de baterias e celulares.

Por epítome, os recursos das rés são parcialmente providos, tão somente para afastar a condenação imposta a estabelecimentos de terceiros, ficando mantida a responsabilidade de recolherem as baterias e celulares em suas lojas e estabelecimentos de assistência técnica, próprios ou autorizados, visto que em tais é possível proceder a logística reversa com plena autonomia.

A Resolução do CONAMA 401/2008 é clara ao assinalar em seus artigos 4º e 6º, que os estabelecimentos que comercializam pilhas e baterias, compostas de chumbo, cádmio, mercúrio, bem como a rede de assistência técnica autorizada pelos fabricantes e importadores deverão receber dos usuários as pilhas e baterias usadas ou inservíveis, encaminhando-as para destinação ambiental adequada, de responsabilidade do fabricante ou importador.

Do ponto de vista estratégico, a logística reversa gera lucratividade e proporciona uma imagem positiva ambientalmente para a empresa. De acordo com Garcia<sup>9</sup>, a logística reversa é uma oportunidade para a empresa adicionar valor quer pela imagem da empresa junto à sociedade com relação aos aspectos ambientais e a sua responsabilidade social, quer pela oportunidade de agregar serviços criando diferenciais competitivos e pela gestão integrada do ciclo do produto e dos custos envolvidos ao longo de sua vida, possibilitando desta forma a redução de custos e gerando vantagem competitiva.

A logística reversa está associada a um assunto de grande relevância tanto para a sociedade quanto para as organizações, as quais estão se adequando a uma nova forma de gestão ambientalmente responsável. Por isso, se torna importante aprofundar o assunto e mostrar de perto, em um estudo em uma grande empresa, como funciona a reintegração de resíduos ao ciclo produtivo para dar fim apropriado a ele. Leite<sup>10</sup> afirma que nos ambientes globalizados e de alta competitividade em que vivemos, as empresas modernas reconhecem cada vez mais que, além da busca pelo lucro em suas transações,

<sup>9</sup> GARCIA, Manuel Garcia. *Logística reversa: uma alternativa para reduzir custos e criar valor*. XIII SIMPEP, Bauru, SP, nov. 2006. Disponível em: [http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais\\_13/artigos/1146.pdf](http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/1146.pdf). Acesso em: 15 jan. 2012.

<sup>10</sup> LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: Meio Ambiente e Competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

é necessário atender a uma variedade de interesses sociais, ambientais e governamentais, garantindo seus negócios e sua lucratividade ao longo do tempo.

Impende considerar, então, a pertinência da insurgência do Ministério Público, vez que na condenação deve constar que as empresas Motorola, Samsung, LG e Sony ficam obrigadas ao recolhimento dos seus próprios aparelhos além das baterias.

Isto porque aplicável o sistema de logística reversa, contida no artigo 33, VI, da Lei nº 12.305/2010, vez que o aparelho usado e descartado é produto eletroeletrônico.

Neste ponto, pela excelência do trabalho merece transcrição a pesquisa constante no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça que assim assevera:

“E, com exceção da Nokia, pode-se verificar nos autos, que as demais empresas praticam uma forma bastante tímida de recolhimento de celulares e baterias, em seus estabelecimentos, tornando-se, assim, necessária a confirmação da r. sentença com relação a ela, nos termos acima expostos.

Com efeito, a LG informou em seu recurso, e por meio da documentação juntada à sua contestação (doc. 4), que possui 126 pontos de coleta de baterias de celulares em todo o País.

Analisando-se a lista destes locais, verifica-se que a grande maioria dos Estados, possuem, cada qual, um, dois ou três pontos de coleta da LG, para o Estado todo, o que se mostra à evidência, absolutamente insuficiente e aquém do porte de uma empresa como a LG, ficando claro que nem todas as suas lojas e/ou assistências técnicas possuem urnas coletoras para celulares e baterias.

A LG, ademais, nos poucos pontos de coleta que disponibiliza pelo País, promove apenas a coleta de baterias, e não dos aparelhos celulares (fls. 1589 e doc. 4 de sua contestação).

A Sony, por sua vez, informou em seu recurso, possuir, em todo o Estado de São Paulo, apenas quatro pontos de coleta (fls. 2375), o que já revela, por si só, que também não possui urnas coletoras em todas as suas lojas e assistências técnicas espalhadas pelo País.

A Motorola, por seu turno, informa, em seu site, possuir, apenas, 39 pontos de coleta de baterias e aparelhos celulares no País, sendo que em vários Estados, disponibilizou apenas um local para o recolhimento (doc. 2), o que, evidentemente, revela não ter disponibilizado urnas receptoras em todas as suas lojas e assistências técnicas espalhadas pelo País.

Relativamente à Samsung, não comprovou ela possuir pontos de coleta em todas as suas lojas e assistências técnicas espalhadas pelo País, não se tendo encontrado, em seu site, qualquer informação a respeito, sendo certo, ainda, que, segundo consta, estaria disponibilizando locais para coletas, apenas, de baterias, e não de aparelhos celulares (fls. 1598.1599, 1783, 1817 e 2208).”

Atualizando e confirmando os dados, em pesquisa nos sites das empresas envolvidas, depreende-se que:

1) A empresa Motorola disponibiliza discreto aviso de reciclagem dos dispositivos móveis e acessórios ou em urna do programa ECOMOTO. Contudo, no *link* com os locais para descarte seguro de tais somente disponibiliza 15 locais em todo território nacional, sendo 09 para o Estado de São Paulo, 1 para o Rio de Janeiro, 01 para a região Norte, 03 para a região Nordeste, nenhum ponto para as regiões Sul e Centro-Oeste do País.

2) a Empresa LG possui coleta inteligente para pilhas e baterias, disponibilizando 104 pontos, em todo Território Nacional: 02 no Acre, 01 em Alagoas, 03 no Amapá, 02 no Amazonas, 01 na Bahia, 02 no Ceará, 04 no Distrito Federal, 02 no Espírito Santo, 01 em Goiás, 02 no Maranhão, 11 em Minas Gerais, 03 no Mato Grosso, 02 no Mato Grosso do Sul, 02 no Pará, 01 na Paraíba, 03 no Paraná, 03 em Pernambuco, 03 no Piauí, 06 no Rio de Janeiro, 02 no Rio Grande do Norte, 03 no Rio Grande do Sul, 05 em Rondônia, 0 em Roraima, 02 em Santa Catarina, 35 em São Paulo englobando Capital, Grande São Paulo e Interior, 02 em Sergipe, 01 em Tocantins.

3) Quanto às empresas Samsung e Sony, não foi possível localizar qualquer programa de reciclagem ou pontos de coleta em seus sites.

4) A empresa Nokia tem diversos pontos de coleta, através de amplo programa “We: recycle”.

Deste modo, não há como afastar a condenação imposta às empresas ré Motorola, Samsung, LG e Sony, que devem disponibilizar coletas tanto de baterias como de aparelhos celulares, nas suas lojas próprias e nas assistências técnicas próprias e/ou credenciadas/autorizadas, em todo o território nacional.

Contudo, porque a Nokia tem mais de quinhentos pontos de coletas espalhados no Brasil, informação esta extraída destes autos e do seu site, não vislumbro lacuna no seu sistema de coleta a ponto de justificar sua condenação quanto ao pedido de recebimento de aparelhos celulares e baterias usadas, de maneira que, neste ponto, reconheço a falta de interesse de agir a fim.

Pertinente à pretensão ministerial de condenar as ré na prestação de informação ao consumidor, por banner, pôsteres e cartilhas, sobre os riscos causados pelo descarte irregular das baterias e aparelhos celulares.

No caso dos resíduos sólidos gerados após o consumo, a possibilidade de uma responsabilidade preventiva, que prescindia do dano imediatamente comprovado, assume ainda mais importância quando se levam em consideração as duas características bastante comuns nos danos pós-consumo: caracterização após o transcurso de um longo período de tempo e manifestação em locais distantes daqueles em que estão instaladas as atividades produtoras.<sup>11</sup>

Os danos ambientais e à saúde humana são evidentes e diante de tal circunstância não cabe a timidez empresarial no seu dever de informar.

É preciso mudar a visão do empreendedor, a transformação da sociedade tem repercussão e atualmente se exige não somente a recuperação de danos, mas também, o gerenciamento de riscos.

Os riscos e os perigos ao meio ambiente ecológicos evidenciam uma complexidade e particularidade associada ao ambiente natural, como explica Carvalho: “Esses riscos apresentam uma complexidade potencializada (ecocomplexidade) no que diz respeito à identificação dos agressores, à determinação temporal dos efeitos da degradação, às dimensões de seus efeitos, ao número de atingidos (danos ecológicos, gerações futuras) e, sobretudo, às condições de atribuição das relações de causalidade. A comunicação do

<sup>11</sup> PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, vol. 65, p. 153, jan. 20.

risco consiste exatamente nas incertezas a respeito do futuro decorrente das decisões tomadas no presente”<sup>12</sup>.

José Geraldo Brito Filomeno ao comentar sobre o consumo sustentável assevera que as necessidades do ser humano, alimentadas pelos meios de comunicação de massa e pelo processo de “marketing”, são infinitas e que os recursos naturais não o são, sobretudo quando não renováveis. Para o autor, a nova vertente consumista visa buscar o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos.<sup>13</sup>

A responsabilidade pós-consumo esbarra no princípio da prevenção, evidente a reparação do dano ou do risco ao meio ambiente, contudo, ao serem concretizados, impõe-se a responsabilização dos causadores. Evidencia-se, ainda, que, ao desempenhar uma função preventiva, a responsabilidade pós-consumo convém a desestimular os agentes econômicos que pretendessem não assumir os custos das medidas de prevenção.

E exatamente o artigo 31, II, da Lei nº 12.305/2012, disciplina o dever dos fabricantes e comerciantes na divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados aos seus produtos.

Em verdade, o dever de informação ostensiva e adequada, do fornecedor de produtos e serviços nocivos, ao consumidor, está consubstanciado há tempos no ordenamento jurídico, por conta dos artigos 6º, II, III, 9º, 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, quanto aos pedidos subsidiários, tenho que melhor sorte não contempla as recorrentes.

De certo que a limitação territorial pretendida esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC), nesta feita, o efeito erga omnes próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão. Não é a correta interpretação.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>14</sup> “Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF [agora STJ]. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Com efeito, o problema atinente a saber quais pessoas ficam atingidas pela imutabilidade do comando judicial insere-se na rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito “coisa julgada”, e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária.”

O alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. O norte, portanto, deve ser o que dispõem os arts. 93 e 103 do CDC.

---

<sup>12</sup> CARVALHO, Delton Winter. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2008. p. 53. 79 Ibidem. p. 59.

<sup>13</sup> José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed. p 20.

<sup>14</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 322-323.

Para a Professora Ada Pellegrini Grinover<sup>15</sup>: “De início, os tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada *erga omnes*, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem ajuizadas nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da justiça federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelares ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação. Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103, CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional.”

A sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista faz coisa julgada *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, uma vez que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).” (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).

Por isso, a tese recursal não pode ser acolhida para limitar o foro em que tramitará o cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública.

Nada a alterar na multa fixada para cumprimento da obrigação, pois sua fixação se mostrou atenta à equação: princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, a capacidade econômica das empresas envolvidas e o bem jurídico a ser preservado, no caso o meio ambiente e a saúde humana.

Parece-me apropriado fixar o prazo para cumprimento da obrigação a nove meses, tempo suficiente para adequar as singelas obrigações a serem implantadas, somente nos seus próprios estabelecimentos e rede autorizada, bem como esgotar o material em uso.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 942).

Pelo exposto, conhece-se dos recursos e dá-se parcial provimento para:

1) julgar a extinção do feito em relação a Nokia, por carência da ação, frente a falta de interesse de agir, tão somente quanto ao pedido da condenação ao recebimento de aparelhos celulares e baterias usadas;

2) determinar que a condenação de todas as rés Motorola, Samsung, LG e Sony na obrigação de fazer em relação à coleta de baterias se restrinja aos seus estabelecimentos próprios ou autorizados/terceirizados, ampliando-a, em relação ao recebimento também dos aparelhos celulares;

3) determinar que as empresas Motorola, Samsung, LG, Sony e Nokia prestem de forma adequada e ostensiva, por meio de pôsteres, *banners* e cartilhas, informações aos consumidores da necessidade de devolverem os aparelhos celulares e baterias usadas, bem como dos riscos que o descarte irregular oferece ao meio ambiente e à saúde pública.

Vera Angrisani

Relatora



*Coordenação geral*  
Wanderley José Federighi

*Coordenação editorial*  
Marcelo Alexandre Barbosa

*Capa*  
EPM

*Editoração, Revisão, Impressão e acabamento*  
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

*Editoração*  
Dirceu Caróci

*Revisão*  
Yara Cristina Marcondes

*Formato*  
175 x 245 mm

*Mancha*  
140 x 210 mm

*Tipologia*  
Trebuchet MS

*Papel*  
Capa: Cartão Revestido 250g/m<sup>2</sup>  
Miolo: Offset Branco 75g/m<sup>2</sup>

*Acabamento*  
Cadernos de 16pp.  
costurados e colados - brochura

*Tiragem*  
3.500 exemplares

Março de 2017