

# Cadernos Jurídicos

Ano 20 - Número 52 - Novembro/Dezembro/2019

## Direito Urbanístico

Volume 2



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2019



*Diretor*

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

*Vice-Diretor*

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

*Conselho Consultivo e de Programas*

Desembargador Aroldo Mendes Viotti

Desembargador Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa

Desembargador Francisco José Galvão Bruno

Desembargador Hermann Herschander

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Gilson Delgado Miranda

*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

Juiza Cynthia Thomé

# **Cadernos Jurídicos**

## **Direito Urbanístico**

### **Volume 2**

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 52, p. 1-184, Novembro-Dezembro/2019

Bimestral

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)  
2019, v. 18 (47 - 48 - 49 - 50 - 51 - 52)

---

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



**Escola Paulista da Magistratura**  
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar  
CEP 01301-100 / São Paulo - SP  
Fones: (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)

## IV – Impasses urbanos/funções sociais da cidade

1. Morar na rua x cidadania  
*Cynthia Thomé* ..... 9
2. A cidade do Direito, o direito à cidade  
*Paulo Massato Yoshimoto*  
*Ricardo Araujo*  
*Fabiana Soman Paes de Almeida Funaro* ..... 25
3. A cidade e as áreas contaminadas  
*Vicente de Abreu Amadei* ..... 39

## V – Direito de construir

1. Potencial Construtivo Adicional (PCA) e sua utilização como instrumento jurídico: muito além da outorga onerosa  
*José Antônio Aparecido Júnior* ..... 53
2. O papel do licenciamento ambiental na prevenção de desastres  
*Rafael Tocantins Maltez* ..... 69

## VI – Instrumentos de Direito Urbanístico: contratualização

1. Parque Augusta no Município de São Paulo: instituições estatais e não estatais envolvidas na consolidação desse equipamento urbano e as dinâmicas de negociação  
*José Jair Marques Júnior* ..... 91
2. Parcerias para a gestão urbana: o caso da concessão de parques  
*Karlin Olbertz Niebuhr* ..... 107

## VII – Poder de Polícia

1. A responsabilidade do município no enfrentamento das ocupações em áreas de risco  
*Ricardo Manuel Castro* ..... 117
2. Apontamentos sobre o poder de polícia da administração pública e a poluição sonora no meio ambiente urbano  
*Wanderley José Federighi* ..... 131

## VIII – História

1. O município na história das constituições do Brasil de 1824 a 1988  
*Silvio Gabriel Serrano Nunes*  
*Antonio Carlos Alves Pinto Serrano* ..... 153

## Resenha

1. Resenha da obra coletiva *Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei nº 13.465/2017*, coordenada por Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite e Mariana Mencio  
*Mariana Mencio*  
*Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite* ..... 171

2. Resenha da obra coletiva *Direito Urbanístico – estudos fundamentais*  
*Renata Nadalin Meireles Schirato* ..... 175

## **Jurisprudência**

1. Regularização de loteamento em zona rural  
Alternativas entre Código Civil, Lei nº 4.591/64 e Lei nº 6.766/79  
*Ricardo Cintra Torres de Carvalho* ..... 181

---

## IV

# Impasses urbanos/ funções sociais da cidade

---



# Morar na rua x cidadania

*Cynthia Thomé*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Caso prático; 1.1. Quadro normativo; 1.2. Questões; 2. Introdução; 3. Morar na rua; 3.1. Morar na rua e cidadania; 4. Invisibilidade do morador de rua. Dever do cidadão contribuir para a integração social; 5. Assistencialismo e integração social do morador de rua; 6. Bens públicos; 7. Baixos de viaduto; 8. Direito à cidade; 9. Ocupação — Afronta à dignidade da pessoa humana; 10. Conclusão; 11. Bibliografia.

## 1. Caso prático

*Processo n° 1040941-88.2015.8.26.0053*

*13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo*

*Ação proposta em 6 de outubro de 2015*

*A PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO moveu AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE LIMINAR em face dos INVASORES DA RUA PIRES DO RIO e demais pessoas físicas ou jurídicas que estejam ocupando ou que venham a ocupar a área pública municipal objeto desta demanda, traduzida em parte do leito e calçada da Rua Pires do Rio, nas imediações do Viaduto Bresser, região da Mooca, zona leste desta Capital.*

*Alegou, para tanto, que a Municipalidade é senhora e legítima possuidora da área caracterizada como BEM DE USO COMUM, com metragem aproximada de 3.151,27 m<sup>2</sup>, trecho de logradouro público, qual seja, da Rua Pires do Rio, nas proximidades do Viaduto Bresser, proveniente de alargamento de ruas e implantação de rampas de acesso ao viaduto. Tal área encontra-se invadida pelos Réus invasores, que ali constituíram moradias precárias de papelão (barracos), edificadas irregularmente e em total revelia aos trâmites públicos municipais.*

*No exercício regular de sua posse, a Autora, em fiscalização realizada no local por agentes da Subprefeitura Mooca e da Secretaria de Coordenação das Subprefeituras, constatou recente ocupação indevida (janeiro/fevereiro de 2015).*

*“Em vistoria no local constatamos que existe uma comunidade de aproximadamente 45 BARRACOS DE PAPELÃO, ao lado da via local da Avenida Alcântara Machado, sentido centro. Constatamos ainda que existe o perigo iminente de incêndio, devido à quantidade de velas e fogueiras no local, e em caso de sinistro poderá comprometer todo o fluxo da Radial Leste, inclusive com atos de vandalismo”.*

*Pede a concessão da MEDIDA LIMINAR de reintegração da Autora na posse da área municipal e a procedência do pedido, com a reintegração da autora definitivamente na posse da área retro identificada.*

*A liminar foi concedida em 28/10/15, mas o local foi desocupado somente em 2019.*

Vários ofícios foram encaminhados ao Município solicitando a desocupação do local em razão de aumento da criminalidade na região, crescimento da degradação do patrimônio público, prejuízo das empresas, moradores, estudantes e trabalhadores da região.

Em 23 de janeiro de 2015 houve uma tentativa de desocupação da área, que foi frustrada pela violenta oposição dos ocupantes, resultando em caminhões depredados e funcionários de empresas de limpeza hospitalizados.

Desde 2015 foram realizadas inúmeras audiências públicas e reuniões com representantes das partes em busca de uma solução humana e pacífica.

A MM. Juíza do processo buscou, com esforço de todos, inaugurar novo tratamento aos moradores das áreas indicadas na petição inicial. Os moradores que, regular e tempestivamente, foram cadastrados pela Secretaria Municipal da Assistência Social, são convidados a atuar como agentes colaboradores na solução deste impasse. Em consequência, foram chamados para audiência de tentativa de conciliação individual, onde cada caso seria tratado individualmente. Várias audiências foram realizadas, ocasião em que os moradores foram cientificados da impossibilidade de concessão de moradias e das opções de vagas nos centros de acolhimento existentes, possibilidade de encaminhamento para cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA), além de cursos profissionalizantes.

Muitas conciliações foram alcançadas.

Importante ressaltar que a ocupação abordada nos autos acima não é a primeira. Em outubro de 1999 um incêndio na favela formada sob o viaduto Alcântara Machado, que liga a Radial Leste ao Centro, causou muitos transtornos à cidade, principalmente ao trânsito, já que o viaduto precisou ser parcialmente interditado por quatro meses para a recuperação da estrutura de concreto que foi abalada pelo fogo. Agora, moradores da região e motoristas que passam por baixo do viaduto estão preocupados com a possibilidade de um novo incêndio, já que moradias de madeira e papelão estão sendo montadas novamente no local.

Em matéria<sup>1</sup> publicada no jornal a Folha de S.Paulo, em 22 de março de 2013, foi relatado que o comerciante José Francisco, proprietário de uma lanchonete localizada nas proximidades dos baixos do viaduto, conta que é visível o aumento da quantidade de barracos com o passar dos dias. “Há cerca de três meses montaram uma moradia, depois outra e, como ninguém fez nada, várias apareceram. A cada dia existe mais barracos por aqui. Se nada for feito de imediato, em poucos dias o local estará tomado e a remoção ficará muito mais difícil”, afirmou.

## 1.1. Quadro normativo

Quanto ao quadro normativo que se aplica ao caso, há de ser considerado que as pessoas jurídicas de direito público detêm domínio

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2DFrd5w>. Acesso em: 02 dez. 2019.

sobre os bens públicos, sob o regime jurídico de direito público. Tal detenção tem por fim garantir a sua utilização para fins de interesse geral e conforme sua finalidade.

Por outro lado, “A ocupação indevida de bem público é mera detenção de bem, inexistindo indenização por benfeitorias” (Súmula 619 do STJ).

Prevê o caput do artigo 182 da Constituição Federal:

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.

O princípio da função social da cidade impõe um dever ao poder público e cria para os cidadãos um direito de natureza coletiva, o de exigir a observância da norma constitucional.

A omissão em proteger o patrimônio coletivo é passível de sanção jurídica.

No caso em questão, bem de uso comum está sendo utilizado de forma privada, prejudicando o uso comum.

A restrição ao uso de bem comum só pode ocorrer quando proporciona benefícios à coletividade.

A ocupação é incompatível com a destinação do bem.

A finalidade da propriedade pública é inerente.

O uso é voltado para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes.

A função social da propriedade pública é garantir a finalidade a que o bem está afetado.

## 1.2. Questões

*Morar na rua é uma opção ou falta de opção?*

*Há pesquisas indicando que as pessoas vão morar na rua por uma série de motivos, como problemas financeiros, brigas de família, desgosto, doença mental, entre outros. Manter essas pessoas na rua é a solução? Apenas o fornecimento de alternativa habitacional resolveria o problema?*

*Morar na rua altera a finalidade do uso do espaço público. O que é privado, como comer, beber, dormir etc. torna-se público, e a finalidade pública do bem de uso comum transfigura-se em privada. Esta subversão de regra faz da ocupação das ruas um fato conflituoso e, como tal, não afronta o princípio da função social da cidade?*

*O Princípio da Função Social da Cidade pode amparar, de alguma forma, a ocupação de bem de uso comum?*

*Considerando que os moradores de rua estão fora do mercado de trabalho, do acesso à moradia, à educação, à saúde, entre outros, é possível concluir que a desocupação de calçadas afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.*

## 2. Introdução

O caso aborda a ocupação de parte do leito e calçada da Rua Pires do Rio, nas imediações do Viaduto Bresser, região da Mooca, zona leste desta capital, por moradores de

rua, entre eles crianças, doentes e deficientes. Os moradores de rua são desprovidos de tudo, pois não têm garantido o mínimo necessário para sobreviver e, em consequência, não alcançam a qualidade de cidadãos.

As ruas e calçadas são bens de uso comum do povo e têm como finalidade a utilização para trânsito de veículos e pessoas, em igualdade de condições. A utilização do espaço como moradia foge do âmbito de sua finalidade, visto que transmuda sua destinação essencial, tornando privado o espaço público.

A desqualificação do espaço atinge a coletividade que reside e circula pela região. O desvirtuamento do uso prejudica a mobilidade urbana e, no caso, coloca em risco tanto os ocupantes quanto moradores e pessoas que transitam pela região, visto que é iminente a possibilidade de incêndio. Uma área urbanizada e dotada de infraestrutura, que atende a uma coletividade, foi retirada da população; além disso, prejudicou o entorno, pois comprometeu a circulação, limpeza e segurança no local.

O princípio da dignidade da pessoa humana não justifica a ocupação, pois não gera o acesso a qualquer direito fundamental. Muito pelo contrário, colabora com a manutenção da ausência de direitos. Por outro lado, há de ser considerado que condicionar a desocupação ao fornecimento de moradia, por si só, não soluciona o problema dos ocupantes, que formam uma população heterogênea que está nas ruas por diversos fatores.

Este trabalho tem por fim demonstrar que nada justifica a permanência nas ruas, uma vez que tal situação não garante o mínimo necessário para uma vida sadia. Os moradores de rua, pessoas em situação de extrema vulnerabilidade e excluídos, necessitam de um trabalho multidisciplinar permanente por parte do poder público para integrar ou retornar à sociedade.

A inclusão social beneficia todos, tanto os excluídos como os demais, pois melhora o desenvolvimento humano e, em consequência, a cidade.

### **3. Morar na rua**

O Decreto n° 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, considera população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (parágrafo único do artigo 1°).

Os moradores de rua são indivíduos excluídos da sociedade, desprovidos do mínimo necessário para sobreviver; não contam com acesso à saúde, trabalho fixo, lazer, segurança e educação, e estão, por tal razão, muito mais suscetíveis ao uso de drogas. Portanto, inseridos num círculo vicioso de privações e afastamento da comunidade.

Apropriam-se do espaço público e dele fazem uso privado, comprometendo o uso público do bem para garantir sua sobrevivência – ou seja, a apropriação do espaço público é condição básica para sua sobrevivência. Os âmbitos da vida pública e privada se confundem, pois o espaço público passa a ser privado e o privado, público. As necessidades humanas básicas não são atendidas. Geralmente não têm documentos nem identificação, fato que

contribui para a falta de acesso aos serviços públicos básicos e até os tornam invisíveis na hora da morte, pois são enterrados como indigentes em cemitérios públicos.

As pessoas são levadas à situação de rua por várias causas, como pobreza, desemprego, desavença familiar, questões amorosas, drogas, doenças, fuga da polícia, entre outros. Essa população é heterogênea: cada morador de rua foi levado a essa situação por uma causa individual específica e, como tal, deve ser tratada. O ponto em comum é que a situação não deveria persistir: não se pode admitir a perpetuação da situação de rua, visto que ela não gera benefício a ninguém, nem ao morador, tampouco à coletividade.

Além da diversidade de fatores que provocam tal condição, é importante considerar que muitos estão nas ruas por falta de opção e outros tantos por opção própria, ou seja, há segregação involuntária e segregação voluntária. De qualquer forma, não são considerados cidadãos: são indivíduos marginalizados, excluídos no âmbito social, cultural, político e econômico. São pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, desprovidas de tudo e, como tal, quase sempre sem capacidade de superar essa situação autonomamente e ter ou voltar a ter uma vida digna. Quanto mais tempo passam na rua, mais difícil é sua integração social, pois maior a desconexão com a realidade. A permanência nas ruas altera o comportamento das pessoas, as percepções do indivíduo em relação ao mundo e as possibilidades de saída. Ademais, há de ser considerado que exclusão social gera exclusão social. Os filhos de moradores de rua, criados na rua, dificilmente terão condições de inserção social. Já nascem excluídos.

A situação de rua não se resume à privação de uma casa; grande parte dessa massa da população não tem condições de agente, de operar a própria vida. Por tal razão, as políticas públicas que tentam solucionar o problema não devem se ater apenas ao resultado de morar na rua, mas sim ao processo que o produziu. Portanto, não basta simplesmente disponibilizar aos moradores de rua um teto para que se tornem cidadãos. O problema vai muito mais além: é necessário dotá-los de autonomia para que possam buscar a vida que desejam. Para tanto, precisam de apoio para desenvolver autoconfiança, autorrespeito e autoaceitação. Somente com a sensação de confiança e adequação, de competência e merecimento, é que conseguem deixar as ruas. Esses indivíduos precisam de ajuda para enxergar a potencialidade do que podem desenvolver, bem como para enfrentar os vários conflitos do cotidiano.

*Num outro plano, a crise social se desdobra e se multiplica no abismo que separa o morador de rua da sociedade da qual se origina. A socióloga belga Marie-Ghislaine Stofells, que fez sua pós-graduação na Universidade de São Paulo, sob orientação do professor Lúcio Kowarick, aqui realizou uma das mais importantes pesquisas sobre moradores de rua, de que resultou o livro *Os Mendigos na Cidade de São Paulo*, publicado em 1977. No período mais repressivo do regime militar, Marie-Ghislaine decidiu morar na rua para fazer seu trabalho. Estrangeira e culta, foi presa mais de uma vez, suspeitíssima de atividades subversivas. Colheu precioso material sobre o drama dessa população. Na rua, as pessoas passam por três etapas: a da defesa, a da revolta, a da resignação. Sociologicamente, a conversão do cidadão em morador de rua impõe-lhe um processo de progressiva dessocialização, de perda de suas referências sociais e, finalmente, seu conformismo com o modo de vida anômalo da rua, a exclusão por renúncia.*

*Agora, seu número aumentou, sobretudo, em decorrência de outro efeito da onda: a desorganização da família e o apelo ao álcool e à droga. Pode-se dizer que a inclusão das vítimas da crise do trabalho no mundo da rua constitui uma forma de morte social, em que é pequena a possibilidade da ressurreição. Há muita hipocrisia e muito oportunismo na redução do problema do morador de rua à questão do número de vagas nos albergues noturnos. É reduzir a tragédia de uma vida ao drama de uma noite, que nem por isso é menos real e menos doloroso. (MARTINS, 2010, s.p.)*

### 3.1. Morar na rua e cidadania

O morador de rua não é considerado um cidadão, pois a cidadania implica o exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais estabelecidos na Constituição Federal. Cidadania é a condição de ser cidadão, de viver conforme regras pertencentes a um grupo de pessoas unidas para compartilhar um conjunto de culturas, práticas sociais, idiomas, entre outros.

*A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 1998, p. 14)*

Uma sociedade legítima só existe se os homens sacrificam sua independência e liberdade em prol do cumprimento das leis. Beccaria (2003), ao tratar do assunto, assentou que:

*Cada cidadão pode realizar tudo quanto não contrarie as leis, sem temer outros inconvenientes senão os que podem advir de sua atividade em si mesma. Tal dogma político deveria ser inscrito no espírito dos povos, proclamado pelos juízes supremos e defendido pelas leis. Sem tal dogma sagrado, toda sociedade legítima não pode existir por muito tempo, pois ele é justo prêmio do sacrifício que os homens fizeram de sua independência e da sua liberdade. (BECCARIA, 2003, p. 90)*

O morador de rua não tem consciência de seus direitos e obrigações, ou seja, está despedido da condição de cidadão, não tem acesso a nada e sobrevive criando conjuntos de valores sociais próprios, distantes daqueles compartilhados pela maioria dos integrantes de uma comunidade, inserindo-se em redes sociais com valores diversos dos socialmente estabelecidos. Quanto mais tempo na rua, maior a possibilidade de ver transfigurada sua percepção de ser humano e, em consequência, mais difícil a reinserção social.

A desigualdade social pode ser considerada a escravidão de hoje e impede a construção de uma sociedade democrática. A permanência da população na rua contribui para a desigualdade e impede que os ocupantes busquem suas aspirações e desenvolvam suas habilidades sociais para integrar a sociedade. O morador de rua precisa de oportunidade para deixar essa condição, o que somente será possível com a implementação de políticas públicas e abordagem social diferenciada. A permanência nas ruas desperdiça potenciais,

que morrem antes de nascer em função da impossibilidade de o indivíduo deixar tal condição por si próprio, em prejuízo não só de si mesmo, mas de toda a coletividade.

O simples ato de votar não garante a cidadania, que só se concretiza caso o eleitor tenha uma condição mínima social, econômica e cultural. É necessário dotar o morador de rua da capacidade de ser cidadão, de torná-lo agente da existência desses direitos, visto que a cidadania não se resume a receber direitos. É preciso trabalhar para conquistá-los, de forma coletiva, em comunhão com forças antagônicas, de maneira a propiciar o bem comum e, em consequência, a construção de uma sociedade mais igualitária e justa.

A tomada de consciência e a evolução de sua subjetividade (rompimento com a alienação-consumismo no sentido amplo) geram força para lidar com o mundo e ajudam a sociedade a avançar. O morador de rua precisa compreender sua aptidão de mudar a si e ao mundo e ser transformado em ator da cidadania.

A situação de passividade precisa deixar de existir para dar lugar ao protagonismo e, para romper com essa situação, cabe ao Estado promover políticas públicas capazes de propiciar ao excluído uma revolução interna que permita perceber seu lugar no mundo e dar forças para ajudar a mudar, com o resgate do desejo que o motiva a viver. O Estado precisa assegurar a liberdade do indivíduo e seu acesso aos direitos individuais.

Para fazer parte da sociedade, o indivíduo deve ser inserido ou reinserido na sociedade, entrelaçado em malhas sociais (família, amigos, vizinhos, trabalho, igreja), resgatar sua identidade e ser municiado de meios que o façam capaz de manter uma vida digna. O excluído precisa ser educado para reivindicar para si o bem comum – tarefa que não é nem um pouco fácil. Somente com a conscientização é que será possível exigir a responsabilidade do indivíduo perante a coletividade e contribuir para o bem comum. A conscientização só será alcançada com a implementação dos direitos sociais assegurados constitucionalmente.

As políticas públicas devem ter por fim propiciar o crescimento do indivíduo, inserindo-o na sociedade, propiciando sua interferência de forma produtiva. O que não se pode admitir é a perpetuação de um estado fático violador da Constituição Federal, mediante o esvaziamento do direito da população em situação de rua de desfrutar do mínimo indispensável a uma vida com dignidade. Quanto mais tempo na rua, mais o indivíduo se afasta da posse da honra, dignidade e autoestima.

Importante ressaltar que parte da população que vive nas ruas é composta por crianças e adolescentes. Muitos porque acompanham suas famílias e outros tantos porque fugiram de seus lares em razão de vários problemas, entre eles drogas e violência doméstica. O Estatuto da Criança e Adolescente assegura direitos fundamentais às crianças e adolescentes, bem como garante maior qualidade de vida, pois parte da premissa de que crianças e adolescentes estão em processo de desenvolvimento e que, por tal razão, têm necessidades específicas que devem ser conhecidas e observadas.

O Estatuto define, entre outros, os seguintes direitos: direito à vida, direito ao lazer, direito à alimentação, direito à liberdade, direito à dignidade, direito à educação, direito à profissionalização, direito ao respeito, direito à cultura e direito ao convívio familiar e comunitário. Admitir a permanência de crianças e adolescentes nas ruas afronta todos esses direitos.

A vida nas ruas requer a superação diária de obstáculos. Comer, tomar banho, usar e trocar roupas, dormir – atividades comuns da vida diária, desempenhadas por todos

de maneira corriqueira, demandam esforços desproporcionais para serem alcançadas, quando o são. Desse modo, como se pode admitir que um indivíduo nasça e cresça dessa forma? Como é possível que ele se desenvolva e atinja seus objetivos, progredindo em suas habilidades e potenciais? Como um indivíduo sem acesso à saúde e educação, sujeito a todas as intempéries de viver nas ruas, entre elas a violência extrema, pode ter um desenvolvimento sadio e digno? Seu direito de sonhar e ter objetivos acaba sendo tolhido.

Ressalte-se que, geralmente, o morador de rua apresenta vulnerabilidade nos vínculos familiares e comunitários. Como os pais moradores de rua podem garantir esse vínculo para seus filhos se continuarem nessa mesma situação? Ademais, há de ser considerado que o uso de drogas é frequente pelos moradores de rua. Em muitos casos são a causa da ida às ruas, mas, em outros, deriva da vida nas ruas, pois são uma estratégia de sobrevivência, tentativa de fugir da realidade, da falta de esperança, da dureza, da indignidade. Como as drogas poderiam garantir uma vida sadia?

#### **4. Invisibilidade do morador de rua. Dever do cidadão contribuir para a integração social**

Os moradores de rua fazem parte do cenário urbano e cotidiano dos habitantes da cidade, contudo, são em geral discriminados, sendo ignorados ou até mesmo considerados culpados por estarem nas ruas. A alienação da população frente a tal problemática acaba impulsionando os efeitos da exclusão social.

*Maciel e Grillo (2009, p. 266-267) identificam a invisibilidade como condição essencial para que o sem-teto possa habitar as ruas e não somente dormir nelas: “Afinal quem quer a miséria estampada em sua paisagem cotidiana, quem quer encarar diariamente sua aversão (velada, ou não) pela sujeira da degradação?”. É, então, a partir dessa constatação, que se forma um acordo tácito, normatizado silenciosamente, mas que tem força da lei: “Assim o cidadão pode evitar ser incomodado e o subcidadão que cata lixo pode evitar a humilhação. Ou melhor, deixá-la latente”. O tal acordo permite-lhes circular pelos bairros burgueses, remexer o lixo e tirar algo que valha a pena, mas sempre de forma discreta e invisível, sem perturbar a paz dos moradores locais. E assim é estabelecida a base dessa convenção, cuja existência, a de não chamar a atenção e passar intencionalmente despercebido, continua valendo. (FRAZÃO, 2010 p. 34)*

A exclusão social é responsabilidade da sociedade, pois só existe em razão dos vínculos e interesses estabelecidos. O bem comum é o propósito da organização política/Estado. Assim, os cidadãos precisam adotar posturas proativas para romper com essa situação. A população, em geral, não vê o morador de rua como sujeito de direitos, muitas vezes o enxerga como inimigo, em descompasso com os objetivos e fundamentos da nossa ordem jurídica.

Não há dúvida de que há setores na sociedade que se beneficiam do atual estado das coisas, em especial no que se refere aos níveis de concentração de renda e de desigualdade experimentados em nosso país. Contudo, a vantagem com a perpetuação da exclusão está restrita a um pequeno grupo de pessoas. A massa da população é somente prejudicada,

posto que sofre com os problemas decorrentes – violência, danos ambientais, problemas urbanísticos, entre outros.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária é objetivo da nossa República. Para se alcançar esse propósito, a colaboração da sociedade, obrigação constitucional, é indispensável. Não são apenas grandes ações de governo ou de grandes empreendedores que têm o condão de atingir um resultado. Pelo contrário, pequenas ações, em grande escala, podem gerar resultados maiores, pois têm o potencial de solucionar problemas antes de ganharem proporções maiores além do poder da capilaridade. Todos têm capacidade de contribuir de alguma forma. É preciso incentivar o senso de coletividade e bem comum.

*A solidariedade, para a superação da indiferença, não é apenas um vago sentimento de comiseração, mas uma virtude moral, que se traduz em comportamentos pessoais e sociais coerentes e proativos. Na superação da indiferença, todos podem fazer a sua parte: os pais e educadores podem ensinar as crianças e adolescentes a pensar e agir de forma solidária; formadores de opinião e agentes culturais podem destacar o valor da solidariedade nos modos de vida e de cultura; comunicadores podem manter a consciência social alerta para as ações de solidariedade. (GERALDO, 2016, s.p.)*

## 5. Assistencialismo e integração social do morador de rua

Como já dito, o morador de rua precisa ser reinserido na sociedade, e ações assistencialistas não são suficientes para atingir tal finalidade.

Em 2009, foi editado o Decreto Federal n° 7.053, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento. Em decorrência dessa política, com o objetivo de concretizar o princípio estabelecido em seu artigo 6°, IV, do referido Decreto — integração das políticas públicas em cada nível de governo —, foram editadas normas esparsas. Todavia, apesar do avanço, as políticas públicas implantadas não tiveram o alcance necessário ou fracassaram por inteiro em razão do modelo utilizado. Muito desse fracasso se deve ao fato de não ter sido observada a heterogeneidade daqueles que estão em tal situação, com a adoção de políticas própria para cada diferente grupo.

A falta de educação, saúde e domicílio afastam cada vez mais a população em situação de rua da sociedade, provocando um aumento da tensão. A política pública a ser adotada para tratar da questão deve se voltar à integração do indivíduo, sanando ponto a ponto as causas que geram a exclusão. Não basta transferir o morador de rua de um local para outro, tampouco fornecer um abrigo por prazo determinado. As pessoas que estão na rua em razão da dependência do álcool ou drogas devem ser tratadas e estimuladas a retornar à família. Pessoas que acabaram na rua por problemas financeiros devem ser qualificadas e encaminhadas para empregos ou oportunidades de trabalho. Pessoas que foram levadas em razão de desavenças familiares devem ser encaminhadas para tentativas de conciliação. Todas as políticas também devem visar ao cumprimento de obrigações pelo morador. Ele só se valorizará quando se sentir produtivo, com a autoestima elevada.

Programas assistencialistas não são suficientes para acabar com a situação, visto que não atacam a dificuldade estrutural da desigualdade social. Podem ter efeito perverso:

reiterar a desigualdade e criar uma dependência nas pessoas, impossibilitando-as de estabelecer sua cidadania e submergindo-as cada vez mais na exclusão social. Se a política pública não propicia a alteração da condição do assistido, ou seja, atende apenas suas necessidades básicas atuais, sem tratar das causas que o conduziram ao quadro de vulnerabilidade, a exclusão social permanecerá.

As ações e atividades do Estado baseadas no favor, clientelismo, não geram benefício à coletividade, tampouco atendem ao interesse público, pois não resgatam o morador de rua da exclusão e da miséria, tampouco efetivam os direitos assegurados constitucionalmente. É dever do Estado assegurar a toda a população os direitos fundamentais, e isso não se resume ao direito à moradia. Assegurar um teto, mas não educação e saúde, dificilmente possibilitará ao indivíduo a manutenção da moradia e a saída da situação de extrema vulnerabilidade.

*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil 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. (BRASIL, 1988, art. 3º)*

Para atingir esses objetivos, há necessidade de uma série de ações do Estado, em vários segmentos, implementadas de forma articulada, visando a mesma finalidade. Os programas sociais devem ter como meta a extinção da situação de vulnerabilidade, tornando a pessoa agente transformadora de sua própria realidade social.

## 6. Bens públicos

No caso em estudo, foram ocupados leitos de rua, calçadas e baixio do viaduto. O artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2002) classifica os bens públicos. Estabelece:

**Art. 99.** São bens públicos:

*I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;*

*II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;*

*III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.*

**Parágrafo único.** Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Os leitos de rua e calçadas são bens de uso comum do povo e, como tal, assegurado o uso pelo povo anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade do consentimento expresso e individualizado por parte da Administração. Pertencem à entidade de direito público interno, no caso em questão a municipalidade de São Paulo, mas se destinam de modo primário ao uso do povo, entendido como qualquer pessoa física ou

jurídica, nacional ou estrangeira, de direito privado ou público. Qualquer pessoa que esteja em território nacional licitamente tem o direito de usar o bem conforme sua finalidade.

A entidade de direito público proprietária do bem de uso comum do povo não detém poder de usar, gozar e dispor como o proprietário privado, mas apenas um poder de gestão do bem, visando garantir o uso comum do povo. O uso das calçadas e vias públicas é imprescindível às funções sociais da cidade, pois o uso normal do bem é essencial para as necessidades vitais da sociedade e concretização de inúmeros direitos fundamentais.

Importante consignar que é possível, em alguns casos, o poder público outorgar uso privativo de bem público, de natureza exclusiva, ao particular. Contudo, tal exceção está condicionada à preservação da finalidade primária do bem e, ainda, à satisfação de outros propósitos caros à coletividade, como a instalação de bancas de jornais em calçadas, que não comprometem o direito fundamental de ir e vir do pedestre.

O Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1998), em seu Anexo I, define calçada como “parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins”.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que, “como regra, as ruas, praças, jardins públicos, os logradouros públicos pertencem ao Município” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1243). Levando-se em consideração que as ruas e logradouros consistem justamente nas chamadas vias públicas, bem como que as calçadas, por definição legal, são partes integrantes dessas vias, não há outra conclusão possível senão a de que são as calçadas bens públicos municipais.

A Lei n° 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, em seu artigo 3°, § 3°, I, prevê que as vias e demais logradouros públicos são infraestruturas de mobilidade urbana. De acordo com o artigo 1° da referida lei, a Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal, objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do município. Importante transcrever alguns dispositivos legais da referida lei diretamente relacionados com o assunto ora tratado:

*Art. 3° O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.*

*Art. 4° Para os fins desta Lei, considera-se:*

*[...]*

*II – mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;*

*III – acessibilidade: facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor;*

*[...]*

*Art. 5° A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:*

*[...]*

*VI – segurança nos deslocamentos das pessoas;*

*[...]*

VIII – equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e

IX – eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

Art. 7º A Política Nacional de Mobilidade Urbana possui os seguintes objetivos:

[...]

III – proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade;

[...]

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I – planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;

Geraldo Spagno Guimarães define mobilidade urbana como:

*Mobilidade urbana é um apanágio das cidades, um predicativo que serve de atributo à urbe. Em concepção sumária, é a facilidade real ou efetiva das condições de deslocamento, realizada por qualquer modo em via pública, que leva em conta as necessidades dos cidadãos. Deve ser tratada como política pública prioritária, buscando promover por todos os meios, sistemas, planejamentos, intervenções e escolhas a mitigação dos efeitos e impactos negativos que as ações contrárias aos deslocamentos conferem à vida da polis.*

*Mobilidade urbana é, pois, o que proporciona ligação eficiente aos bens e serviços, o que se pode obter, especialmente nesse contexto urbano, por um programa de planificações, restrições e direcionamentos, mas, sobretudo, pela oferta adequada de transportes públicos e de uma infraestrutura de sistema viário, equipamentos, instalações, controle e sinalização próprios à circulação eficiente dos diferentes modais, sendo desejável a integração destes e das respectivas tarifas, tudo com o amparo de um ordenamento legal fulcrado em princípios, para haja flexibilidade e efetividade da norma ao contexto mais atual possível. (GUIMARÃES, 2012, p. 91)*

As calçadas, além de bem público de uso comum do povo, são parte da infraestrutura do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana e, por tal razão, sujeitas aos princípios informadores da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Desse modo, cabe ao Poder Público assegurar a segurança nos deslocamentos das pessoas, equidade no uso do espaço público, eficiência, eficácia e efetividade na circulação. A ocupação em questão acaba impondo uma barreira física aos pedestres, os quais são impedidos de passar seguramente pelo local a eles destinado, que acabou sendo desvirtuado pela ocupação, afetando diretamente a relação entre o cidadão e a cidade.

## 7. Baixos de viaduto

Os espaços públicos sob pontes e viadutos são peculiares e, como tais, demandam um trato próprio e difícil para serem integrados com os demais espaços urbanos, pois são áreas de passagem, comprometidas pelo seccionamento de percursos de pedestres e permeadas pelo fluxo intenso e ruidoso de veículos sobre as estruturas elevadas, além de

contarem com zonas residuais de baixa altura e pouca iluminação natural. Os baixos de pontes e viadutos não são apenas elementos do sistema viário, pois fazem parte da rede de espaços urbanos da cidade e podem associar espaços públicos e privados, de forma a fazer parte do contexto local, com a utilização conforme pelos munícipes.

O Decreto Municipal n° 48.378, de 25 de maio de 2007<sup>2</sup>, regulamenta as Leis n° 11.623, de 14 de julho de 1994, alterada pela Lei n° 13.775, de 4 de fevereiro de 2004, e n° 13.426, de 5 de setembro de 2002, que dispõem sobre a cessão de uso das áreas localizadas embaixo de pontes e viadutos municipais. O artigo 2° do referido decreto estabelece que as áreas existentes nos baixios de pontes e viadutos destinam-se ao uso urbanístico e social, compatível com as normas de segurança das estruturas dessas obras-de-arte. A norma também prevê, em seu artigo 5°, que a utilização dessas áreas poderá ser autorizada para os usos permitidos pela legislação municipal de uso e ocupação do solo, compreendendo atividades de comércio, de prestação de serviços e institucionais, excluído o uso industrial, desde que garantidos os critérios técnicos de segurança e manutenção das pontes e viadutos. Todavia, muitos desses espaços continuam ainda hoje desagregados da rede de espaço urbano, praticamente abandonados e, nessa condição, acabam sendo apropriados e utilizados de forma irregular.

## 8. Direito à cidade

O direito à cidade é o direito de acesso aos recursos urbanos, com o compartilhamento de valores sociais, agregado ao direito de transformação individual por meio de transformação dos espaços urbanos. Por ser um direito de todos, não pode ser tratado de forma individual, mas sim coletiva.

*Será que o espantoso ritmo e a escala da urbanização nos últimos 100 anos contribuíram para o bem-estar humano? A cidade, nas palavras do sociólogo e urbanista Robert Park, é a tentativa mais bem-sucedida do homem de refazer o mundo em que vive mais de acordo com os desejos do seu coração. Mas, se a cidade é o mundo que o homem criou, é também o mundo onde ele está condenado a viver daqui por diante. Assim, indiretamente, e sem ter nenhuma noção clara da natureza da sua tarefa, ao fazer a cidade o homem refez a si mesmo.*

*Saber que tipo de cidade queremos é uma questão que não pode ser dissociada de saber que tipo de vínculos sociais, relacionamentos com a natureza, estilos de vida, tecnologias e valores estéticos nós desejamos. O direito à cidade é muito mais que a liberdade individual de ter acesso aos recursos urbanos: é um direito de mudar a nós mesmos, mudando a cidade. Além disso, é um direito coletivo e não individual, já que essa transformação depende do exercício de um poder coletivo para remodelar os processos de urbanização. A liberdade de fazer e refazer as nossas cidades, e a nós mesmos é, a meu ver, um dos nossos direitos humanos mais preciosos e ao mesmo tempo mais negligenciados. (HARVEY, 2013, s.p.)*

<sup>2</sup> Disponível em: <https://bit.ly/20FEEsc>. Acesso em: 11 set. 2019.

O direito à cidade é uma expressão da cidadania, pois deve garantir o exercício de todos os direitos e deveres do cidadão. Como já dito, para alcançar a cidadania, o indivíduo deve ter assegurados os direitos fundamentais; sem eles a cidadania não existe. Os direitos fundamentais são assegurados constitucionalmente, mas até hoje sem grande efetividade, como se não existissem. A cidade continua sendo uma reprodução da força de trabalho, com a privação da classe menos favorecida de direitos básicos como moradia, lazer, saúde, transporte, educação e segurança.

A função social da cidade é proporcionar aos seus habitantes e gerações futuras acesso aos recursos urbanos, atendendo suas necessidades básicas com qualidade de vida, de forma a propiciar o desenvolvimento cultural e social de todos. A cidade é de todos e deve atender ao interesse de todos de forma equilibrada. Por esse motivo, abriga interesses contrapostos, os quais devem ser ponderados para se alcançar um meio ambiente sustentável.

O Estado tem como obrigação constitucional garantir o direito à cidade. Para tanto, deve, por meio de suas políticas, amoldar-se ao interesse econômico, submetido à lógica de mercado e do lucro, ao interesse da coletividade, coibir a degradação urbana e mitigar situações de desigualdade, assegurando um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o social, de forma ecologicamente sustentável. O progresso deve vir acompanhado de qualidade de vida para todos, e não apenas para alguns.

## **9. Ocupação – afronta à dignidade da pessoa humana e cidadania**

A permanência da ocupação em questão não garante a dignidade da pessoa humana — ao invés disso, vai na contramão. Os ocupantes estão fora do mercado de trabalho, do acesso à moradia, à educação, à saúde, à intimidade; vivem em condições desumanas; não contam com o mínimo necessário para uma vida saudável; não são respeitados como cidadãos.

A ocupação também é de risco, pois, em outubro de 1999, um incêndio na favela formada sob o viaduto Alcântara Machado, que liga a Radial Leste ao Centro, causou muitos transtornos à cidade, principalmente ao trânsito, já que o viaduto precisou ser parcialmente interditado por quatro meses para a recuperação da estrutura de concreto que foi abalada pelo fogo. Com a nova ocupação, retorna a possibilidade de um novo incêndio, já que moradias de madeira e papelão foram montadas novamente no local.

Por outro lado, a ocupação também atinge o direito de outros, que ficam impedidos de ir e vir, de circular por local destinado primariamente ao trânsito de pedestres e veículos, de forma isonômica. Assegurar a ocupação por alguns acaba retirando o direito de muitos outros que transitam pelo local. Aceitar a situação ainda gera a negação do direito à cidade, da função social da cidade, pois um local funcional e provido de infraestrutura teve seu uso desvirtuado em prejuízo da população em geral para justificar o direito de poucos, se considerada a proporcionalidade dos envolvidos.

A solução da miséria não se resolve com a manutenção da miséria. A reivindicação e defesa dos ocupantes deve ir além e visar à integração social do indivíduo e não à desqualificação do espaço urbanizado. Os ocupantes devem clamar por uma vida digna, que não se alcança do dia para noite. Há necessidade de um trabalho pluridisciplinar, que aborde várias questões, individualizado, em conjunto e com a cooperação do próprio excluído. Sem a participação ativa do interessado, voltada para a mesma finalidade, não haverá resultado

positivo. O morador de rua não tem a opção de permanecer na rua. As calçadas e ruas são bens de uso comum do povo, que as utilizam em igualdade de condições, publicamente.

## 10. Conclusão

Calçadas e vias públicas foram ocupadas por moradores em situação de rua, pessoas em extrema vulnerabilidade, amesquinhadados na sua condição de cidadão, sem direitos e impedidas de cumprirem suas obrigações. Os locais ocupados não são destinados à moradia, tampouco atendem aos requisitos mínimos para garantir tal direito. A ocupação tem regras próprias, distintas das pactuadas socialmente, e não gera a condição de lar, não possibilita aos ocupantes desfrutarem de um teto que lhes proporcione segurança, conforto, pertencimento e calma. Tampouco conferem acesso ao mínimo básico para sobrevivência, pois o local carece de abastecimento de água, luz e esgoto. Assim, não se pode defender a ocupação com fundamento no acesso à moradia.

Também há de ser considerado que tal ocupação não garante aos ocupantes, que já vivem à margem da sociedade, a possibilidade de desenvolverem seus potenciais e buscarem suas aspirações. Pelo contrário, eles continuam sem acesso a nada. Mais grave a situação das crianças que nascem e crescem nessa condição, impossibilitadas de evoluírem como indivíduos. Nada justifica a permanência da ocupação tal como existe.

Contudo, sua mera retirada apenas transferirá o problema para outro local, visto que os ocupantes não conseguem ultrapassar a circunstância que os levou a tal condição sem um auxílio que propicie a tomada de consciência quanto a seus potenciais e habilidades e lhes resgate o desejo de evoluir. Simplesmente garantir moradia para quem faz das calçadas e vias públicas sua residência, recusando-se a ir para abrigos, afronta a condição de cidadão, pois o ato acaba interferindo no direito de outros, que aguardam moradia pacientemente.

Por outro lado, fornecer uma casa, por si só, não gera uma inserção social. Se não houver uma ajuda multidisciplinar, a pessoa rapidamente deixará o imóvel, por uma série de razões. Muito moradores de rua nunca dirigiram um lar, em alguns casos nem mesmo acompanharam parentes que o façam. Para quem nunca teve tal experiência, esta pode assumir contornos desafiadores e mesmo insuperáveis, sem que haja a devida capacitação do indivíduo para tanto.

É preciso um esforço conjunto, do Estado e da sociedade civil, para resgatar essa população e inseri-la na qualidade de cidadão, com o fornecimento de um teto, educação, acompanhamento psicológico, entre outros. Fornecer um teto não significa fornecer moradia, mas sim um local onde a pessoa possa desenvolver seus potenciais. O abrigo é transitório e deveria preparar os acolhidos para enfrentar o mundo de modo autônomo e por seus próprios meios.

Não há dúvida de que o cidadão tem o dever de lutar para uma sociedade melhor, para o bem comum, para que todos desfrutem de uma vida digna. A luta pode se dar de várias formas, como pressões e até mesmo desobediência civil. Porém, não se pode permitir que a luta comprometa o que foi conquistado pelo nosso processo civilizatório.

## 11. Bibliografia

AGUIAR, V. M. *Baixios de viadutos como desafio urbanístico: uma leitura das “terras de ninguém” nos viadutos Alcântara Machado e Glicério*. Dissertação (Mestrado em Ciências

Sociais) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/37YAm7a>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, D. A. *Cidadania e direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

FRAZÃO, T. C. J. *O morador de rua e a invisibilidade do sujeito no discurso jornalístico*. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2qhndoE>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GARCIAS, C. M.; BERNARDI, J. B. As funções sociais da cidade. In: *Revista Direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 4, p. 1-15, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/33ICF17>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GERALDO, C. Solidariedade e paz. *Diocese de Caratinga*, Caratinga, 15 jan. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/33DfuyV>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GUIMARÃES, G. S. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana – Lei n. 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HARVEY, D. O direito à cidade. *Revista Piauí*, São Paulo, v. 82, jul. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2Lgl11g>. Acesso em: 20 mar. 2019.

IHERING, R. V. *Teoria Simplificada da Posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

JUSTEM FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, J. S. Jogados ao deus-dará. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, supl. Aliás, 6 mar. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/37XJOaB>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, L. S. População em situação de rua no Brasil: da invisibilidade à crise de inefetividade dos direitos humanos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, [S.l.], n. 4837. Disponível em: <https://bit.ly/33KnVbA>. Acesso em: 20 mar. 2019.

QUINTÃO, P. R. *Morar na rua: há um projeto possível?* Dissertação (Mestrado em Arquitetura) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível: <https://bit.ly/2DHRbty>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SALEME, E. R. *Parâmetros sobre a função social da cidade*. Disponível em: <https://bit.ly/33IEpkD>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SAMPAIO, R. R. A.; PAMPONET, A. M. População em situação de rua: um estudo reflexivo sobre a permanência de viver sem ser visto pelo estado. *Revista Artigo Jurídico*, Salvador, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2LcLvHp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SOUZA, S. I. N. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STECICA, G. C. Um ensaio pragmático sobre a função social da cidade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 7 dez. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Y98d8l>. Acesso em: 20 mar. 2019.

## A cidade do Direito, o direito à cidade

*Paulo Massato Yoshimoto*<sup>1</sup>  
Engenheiro Civil

*Ricardo Araujo*<sup>2</sup>  
Profissional da Sabesp

*Fabiana Soman Paes de Almeida Funaro*<sup>3</sup>  
Advogada

**Resumo:** o presente artigo trata do acelerado e expressivo processo de urbanização ocorrido no Brasil e, em particular, na Região Metropolitana de São Paulo – RMSP, como ponto de partida para discutir questões como o planejamento urbano, os déficits de infraestrutura e de serviços públicos e, ainda, as desigualdades sociais. O texto considera que, a par de ineficiências administrativas, a natureza da transformação do Brasil rural em Brasil urbano impôs desafios que, em larga medida se mantiveram além da capacidade de diagnóstico e intervenção do Estado. O resultado se materializou em metrópoles imensas, desorganizadas e, no que importa diretamente ao escopo do texto, marcadas pela pobreza e informalidade de assentamentos precários, à margem dos regramentos urbanísticos. Em período de crise econômica, com impacto severo sobre as finanças públicas, não há condições imediatas de execução de grandes programas de infraestrutura como condição prévia à regularização fundiária. Não obstante, considerando que o direito urbanístico tem se alterado no sentido de aproximar a cidade informal da cidade formal, o texto propõe um passo adiante, que seja estendida à população moradora dessas áreas pelo menos parte da infraestrutura, para a qual existe disponibilidade de recursos.

**Palavras-chave:** Urbanização. Região Metropolitana de São Paulo – RMSP. Universalização do Saneamento Básico. Regularização Fundiária. Planejamento Urbanístico. Objetivos do Desenvolvimento Social das Nações Unidas (ODS 6 – Água Potável e Saneamento). Direito Fundamental à Saúde e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Todos já fomos, de alguma maneira, informados da velocidade do crescimento urbano brasileiro. Foi certamente um fenômeno sensível para aqueles que hoje chegam a 60 anos de idade ou mais, pois a grande transformação de país rural em país urbano, e logo metropolitano, ocorreu no espaço de duas gerações, possivelmente menos – por exemplo, entre os anos de 1940 e 1990 ou, mais concentradamente, entre 1950 e 1980. Éramos menos de 13 milhões de moradores urbanos em 1940; 18,2 milhões em 1950;

---

<sup>1</sup> Formado pela Escola de Engenharia de Lins, com mais de 43 anos de experiência em saneamento básico. Diretor da Sabesp.

<sup>2</sup> Graduado em Ciências Sociais, com mestrado em Ciência Política pela Universidade de São Paulo. Pertence ao corpo profissional da Sabesp desde 1983.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com especialização em Direito Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública da USP. Na Sabesp desde 1997.

80 milhões em 1980; 161 milhões em 2010. Em 1940, apenas Rio de Janeiro e São Paulo possuíam mais de 1 milhão de habitantes; não havia qualquer outra cidade com contingente populacional que chegasse a 400 mil habitantes, o equivalente, hoje, à população de um município como Piracicaba. Ao fim, a população urbana brasileira multiplicou-se mais de doze vezes de 1940 a 2010, enquanto o contingente de população rural decresceu a ponto de ser mais reduzido que aquele registrado em 1950 e estar se aproximando do recenseado em 1940.

Nessa voragem demográfica, São Paulo é um caso à parte. O mesmo pode ser dito do território que viríamos a chamar, a partir de 1973, de Região Metropolitana. A Tabela 1 apresenta a evolução populacional desde 1900 para a Capital e para o que viria a constituir a Metrópole. Durante nada menos que oito décadas consecutivas, de 1900 a 1980, a área da Grande São Paulo cresceu a taxas anuais médias superiores a 4%. Em duas décadas, 1950-1960 e 1970-1980, o percentual ultrapassou 5% a.a.; na década de 1960-1970, foi ainda além: 6,2% a.a. Durante esse período, as taxas de evolução demográfica verificadas na Capital se situaram na mesma ordem de grandeza. Nesses oitenta anos, a população metropolitana multiplicou-se 41,4 vezes; entre 1940 e 1980, o contingente populacional multiplicou-se por 8, um acréscimo absoluto de 11 milhões de habitantes. Quando as taxas médias anuais decaem, a partir de 1980, basta que fiquemos com os acréscimos populacionais: 2,54 milhões entre 1980 e 1991; 2,72 milhões entre 2000 e 2010; 1,87 milhões entre 2000 e 2010. Ou seja, em trinta anos de taxas cadentes, o incremento agregado da população alcançou 7,13 milhões de habitantes<sup>4</sup>.

**Tabela 1**

Município de São Paulo e Região Metropolitana de São Paulo  
Evolução da População (1900-2010)

Período	Município de São Paulo		Região Metropolitana de São Paulo	
	População	Taxa Média Anual de Crescimento (%)	População	Taxa Média Anual de Crescimento (%)
1900	239.820	-	302.787	-
1920	579.033	4,5	702.248	4,3
1940	1.326.261	4,2	1.568.045	4,1
1950	2.198.098	5,2	2.662.786	5,4
1960	3.781.446	5,6	4.854.414	6,2
1970	5.885.475	4,5	8.076.287	5,2
1980	8.475.380	3,7	12.549.856	4,5
1991	9.512.545	1,2	15.089.744	1,9
2000	10.398.576	0,9	17.807.926	1,7
2010	11.253.503	0,76	19.683.955	0,97

Fonte: IBGE e adaptação de dados da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados. SEADE.

<sup>4</sup> Em 1872, data do primeiro censo demográfico nacional, o município de São Paulo, então com território mais extenso que hoje, tinha menos de 30 mil habitantes. Cuiabá, Niterói e São Luís Ihe eram maiores.

Tomem-se esses dados em comparação com aqueles de grandes metrópoles mundiais. Londres, um caso de história e dimensão excepcionais, tinha 1 milhão de habitantes em 1801, 6,2 milhões em 1901, 8,1 milhões em 1931 e aproximadamente a mesma população hoje. A área metropolitana de Nova York tem, atualmente, 18,9 milhões de habitantes. Mas a cidade de Nova York, outro caso excepcional, já possuía 3,43 milhões em 1900, 7,45 milhões em 1940 e 8,17 milhões pelo último censo (2010). Paris, cidade de enorme expressão desde meados da Idade Média (estimativa, ainda que precaríssima, de 260 mil habitantes em 1328, antes da irrupção da Peste Negra), tinha 546 mil habitantes em 1801 e 2,71 milhões em 1901. Considerada a Paris metropolitana, ou a Île-de-France, em 2008 sua população alcançava cerca de 12 milhões de habitantes. Trata-se de grandes números, em aglomerações que cresceram a grande velocidade no último século. Mas os números paulistas são maiores, e o ritmo foi muito mais rápido. Não bastasse isso, as nossas condições econômicas e sociais, por evidente, foram e são distintas, com impactos pervasivos e estridentes sobre a Metrópole.

No Brasil, o século XX foi o século de São Paulo. Ainda hoje, a Metrópole paulista mantém uma posição de força: concentra entre 18% e 19% do Produto Interno Bruto brasileiro, abriga a maior parte das sedes dos grandes conglomerados industriais, de serviços e financeiros, e possui as ligações mais intensas com a economia global. Todavia, a cidade e a Metrópole não são propriamente saudáveis. Em 1935, quando chegou pela primeira vez a São Paulo, o antropólogo francês Lévi-Strauss surpreendeu-se nem tanto com o aspecto novo da cidade – comparativamente às cidades europeias – mas com “a precocidade dos estragos do tempo” (sentiria o mesmo, em 1941, quando esteve em Chicago). Para as cidades americanas, segundo ele, “a simples passagem dos anos é uma degradação [...] são construídas para poderem se renovar com a mesma velocidade com que foram erguidas, isto é, mal”<sup>5</sup>.

O crescimento ultrarrápido de São Paulo ampliou as suas dimensões urbanas e geográficas a um ponto em que as heranças do passado se dissolveram, física ou simbolicamente, em um cenário – por sua vez também mutante – de modernidade, afluência, estilos, velocidade, mobilidade, congestionamentos, saturações, tensões, desigualdades, pobreza, violência e convivência de paisagens novas com outras que envelheceram prematura e intensamente ou que nascem degradadas. Lidamos mal com a monumentalidade, com os prédios e espaços públicos e com as fisionomias dos prédios privados que fazem parte, afinal, da paisagem urbana.

São Paulo é também lugar de aglomerações precárias, presentes em prédios decrepitos, nos cortiços das áreas centrais e em praticamente todos os anéis periféricos da área urbana e metropolitana, onde se organizam na forma de favelas e loteamentos irregulares, com suas características distintivas de densidade, sistemas viários acanhados e mal articulados, terrenos residenciais exíguos onde as construções ocupam todas as extensões possíveis, arremetidas da ocupação sobre os fundos de vale ou sobre encostas precárias. Estimativamente, são 1,12 milhões de moradias em favelas e loteamento precários e/ou irregulares, com quase 4 milhões de moradores (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano – CDHU, 2017).

Há algum tempo, uma ou duas décadas provavelmente, era possível imaginar que o binômio crescimento e pobreza se resolvesse favoravelmente, com a conjugação de longo

<sup>5</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 102-103.

ciclo virtuoso de expansão econômica, elevação das rendas do trabalho, investimentos em infraestrutura urbana e em rede de proteção social. Houve sinais nessa direção. A ampliação de serviços públicos essenciais, como energia, abastecimento de água e coleta de esgotos, ocorreu em proporção considerável<sup>6</sup>. Além disso, a partir do início da década de 1990, investimentos de grande porte na Região Metropolitana de São Paulo (em particular na Capital), foram alocados tanto para a melhoria de infraestrutura em loteamentos de baixa renda quanto para a urbanização de favelas. Parecia um caminho firme, traçado com determinação e perfeitamente replicável em outros quadrantes do País<sup>7</sup>.

Todavia, como todos sabemos, a economia não se assentou em trilhos firmes e o Estado brasileiro terminou enredado em aguda crise fiscal. O otimismo ficou sem lugar; as expectativas redentoras da pobreza urbana foram encaminhadas ao posta-restante<sup>8</sup>. Houve, sim, a ampliação, em uma escala provavelmente inédita, do grau de incerteza sobre o futuro.

Como chegamos a esse ponto de desigualdade social e de desorganização das nossas metrópoles, e nele permanecemos, é indagação que movimenta os estudos urbanos – e também as interpretações mais gerais do País – há muito tempo. Apesar de tanta literatura acumulada, arriscamos alguns comentários sobre o trajeto percorrido até o presente, no mínimo para que prossiga o interminável ajuste de contas com o passado. Esse é o objeto do item seguinte do texto.

Por outro lado, confirmadas a inexistência de evolução linear e favorável da história e a incidência reiterada da instabilidade, desorganização e desigualdade da cidade, vem a segunda pergunta: a qual futuro chegaremos, ou pretendemos chegar? Disso trata a parte final do texto.

É absolutamente comum encontrar a afirmação, mesmo em trabalhos especializados, de que as cidades brasileiras cresceram sem planejamento. Entenda-se por planejamento, aqui, um conjunto de diagnóstico abrangente, de diretrizes estratégicas e de proposição de medidas em grande número, todas visando a dar conta dos múltiplos aspectos que envolvem a cidade, o que inclui a sua economia, as tendências demográficas e territoriais de crescimento, as condições de mobilidade e de habitação, os serviços básicos, os espaços públicos, *inter alia*, e os correspondentes orçamentos.

Em torno da afirmação da ausência – a falta de planejamento, segundo os termos observados –, há duas ideias mais ou menos silogísticas, uma que a precede, outra que dela deriva: o planejamento é (era) possível; houvesse planejamento, inexistiria, ou seria muito atenuada, a desorganização urbana. Não é exagero observar que a afirmação é amplamente aceita; a aceitação advém do próprio fato da urbanização, notável, extensa e precária.

É evidente que não houve a materialização do planejamento urbano concebido segundo esses termos. Todavia, essa é apenas uma constatação. Caberia perguntar: por

<sup>6</sup> Em 1960, apenas 42% da população urbana brasileira, ou cerca de 13 milhões de pessoas, eram atendidos com serviços de abastecimento público de água. Em 2000, a cobertura atingia 123 milhões de brasileiros. Na Região Metropolitana de São Paulo, em 1968, o atendimento não alcançava 60% da população, então no patamar de 8 milhões de habitantes. A produção de água evoluiu de 14 m<sup>3</sup>/segundo em 1971 para mais de 80 m<sup>3</sup>/segundo hoje. A Sabesp foi criada em 1973.

<sup>7</sup> Por certo, o problema dos transportes públicos nas metrópoles, ainda que investimentos apreciáveis tenham sido feitos, continuaram e continuam sendo um desafio gigantesco.

<sup>8</sup> Na verdade, os investimentos urbanísticos foram virtualmente paralisados mesmo antes da irrupção da crise econômica.

que não existiu? por que um requisito (esse planejamento), que teoricamente permitiria o atendimento do interesse geral da cidade, foi suplantado pelo impulso dos interesses setoriais e particulares, originando o crescimento frouxamente regrado?

Entretanto, perguntas nem sempre geram respostas, mas mais perguntas. Assim, como seria esse planejamento? quem o faria e com que delegação de poder? Quais as forças políticas e técnicas que poderiam apoiar uma função planejadora dessa natureza? Qual seria o grau necessário de centralização do poder para o seu pleno exercício? Quais as ideias que poderiam ou deveriam nortear planejamento tão abrangente? Em que medida a oferta de infraestrutura e serviços poderia, nas nossas condições demográficas e de recursos, se antecipar à demanda (o que seria essencial a uma ação proativa e não apenas reguladora)? Como teria sido possível estabelecer relações positivas do planejamento público com o mercado urbano? Qual ou quais foram os momentos cruciais em que falhamos na implantação e fortalecimento de organismos com capacidade abrangente de planejamento e de interferência efetiva na evolução urbana?

Não se pretende eliminar a suposição de que tudo podia ter se desenvolvido de forma melhor, com menor grau de desordem urbana como resultado. Todavia, para que essa suposição não seja apenas uma platitude, caberia então examinar se houve o incorrigível vício dos organismos políticos em ignorar a política maior do bem comum, ou erros seguidos de estratégia, ou prevalência de déficit administrativo generalizado, ou limitações que a história impôs ou, ainda, uma perversa combinação desses fatores todos.

O futuro é incerto, mas o passado bem pode sê-lo também. Provavelmente, não há respostas fáceis para as questões enunciadas e, ao final das contas, esse tema pode ser objeto de muita controvérsia. Mas talvez outros aspectos influentes, para os quais se dirigiu menor atenção, possam ser observados.

Primeiro, a velocidade da urbanização teve efeitos superveniente. Nesse sentido, os quantitativos demográficos mencionados parecem suficientemente eloquentes. A explosão populacional gerou tanto demandas extraordinárias por serviços públicos quanto uma inflação de custos urbanos relativamente pouco estudada – por exemplo, toda a estruturação de toda a logística urbana, pública e privada, e o preço das terras. O que vale a pena reter é que a transformação urbana foi impressionante e sem precedentes. Seus desafios, de tipo novo, nada tinham de triviais. Volte-se à tabela da população metropolitana. Foram quase 10 milhões de novos moradores em apenas trinta anos (1950-1980).

Segundo, há um hiato entre o fenômeno urbano e a formulação das respostas mais adequadas para as suas demandas e crises. Não se pode, realisticamente, esperar de uma organização imensa como a do setor público, salvo para um evento mais localizado, um tempo curto de resposta. O setor de saneamento (água e esgotos) é um bom caso de estudo. Antes mencionados, os índices de atendimento não eram nada bons em 1960, quando pela primeira vez o censo demográfico do IBGE fez a sua apuração. À época, frente ao processo urbano que levava rapidamente à constituição de metrópoles de grande população, havia um enorme número de organizações municipais voltadas à promoção dos serviços, mas regidas por padrões gerenciais antigos, com regras de taxas longe da magnitude dos desafios dos custos, e operando ainda sem o apoio de estruturas e mecanismos de financiamento. A alteração institucional do setor somente foi iniciada ao final da década seguinte, com a constituição do Plano Nacional de Saneamento – Planasa, a mobilização de recursos do FGTS para o financiamento, a criação de empresas estaduais de saneamento e a ideia de sustentabilidade econômico-financeira via papel relevante das tarifas

e da arrecadação tarifária. Os efeitos de uma renovação institucional como essa não são imediatos do ponto de vista da cobertura dos serviços – investimentos requerem tempo de maturação –, e é certo que em 1970 a situação não se mostrava melhor que aquela de 10 anos antes. Mas, conquanto tenha sido o Planasa objeto de muita controvérsia, a mudança foi determinante para o salto de 13 milhões de brasileiros com abastecimento público em 1960 para 123 milhões em 2001<sup>9</sup>.

Terceiro, durante a maior parte da nossa urbanização frenética, ou até recentemente, o Estado esteve sobrecarregado por funções que, examinadas retrospectivamente, pareciam, ou parecem mais claramente hoje, estar além de suas forças. Assim, o Estado se impôs tarefas cruciais vinculadas à promoção do desenvolvimento econômico enquanto era também responsável pela provisão de serviços sociais; isto é, foi um Estado que se pretendia ser, a um só tempo, desenvolvimentista e de bem-estar social. A propósito, quanto ao desenvolvimento, houve, sim, planejamento. Mas planejar o desenvolvimento em setores definidos e com interlocutores identificados – exemplos da siderurgia, energia e petróleo e indústria automobilística, com diferentes arranjos na relação público-privado para cada setor – constitui tarefa muito diversa daquela de lidar com grandes aglomerações metropolitanas. É curioso e oportuno lembrar que, quando as instituições públicas se mostravam inadaptadas à função nova de estimular a economia, organizações novas eram criadas – às vezes, formais, e com ambições poderosas, como o BNDE, atual BNDES, criado em 1952; às vezes, quase informais, como os Grupos de Metas do governo Juscelino Kubitschek (mas igualmente com fortes ambições).

Quarto, as metrópoles, à semelhança de qualquer formação urbana, mas segundo uma lógica ampliadíssima de escala, são uma criação social, isto é, o resultado da ação de milhões de empreendedores. Isso inclui o Estado e seus investimentos e os grandes empreendedores privados, capazes de alterações incisivas em territórios delimitados; mas se entende igualmente às centenas de milhares de famílias que, constrangidas por fatores diversos – desequilíbrios econômicos regionais, falta de perspectivas, trabalho, renda, oportunidades –, movem-se em direção às metrópoles ou nelas se reproduzem, constituindo uma oferta de mão de obra abundante e pouco qualificada e abrindo um mercado sofrido e informal para loteamentos, aglomerados e habitações, todos precários. Nesse sentido, qualquer crítica à possível tibieza das políticas habitacionais públicas, que produziram um número relativamente limitado de novas habitações ao longo de algumas décadas, não pode tomar a demanda habitacional como um fato preponderantemente administrativo, de solução estatal. A demanda é muito mais extensa que isso e guarda relação direta com a nossa desigualdade de rendas. Por essa limitação, o mercado de edificações e incorporações está voltado para estratos de rendas mais elevadas: a demanda habitacional de baixíssima renda ou é atendida por investimentos públicos ou se resolve pela via da informalidade.

Quinto aspecto, as ideias quanto ao tecido urbano durante muito tempo estiveram predominantemente cingidas a normas de regulação e controle. Alguém pode argumentar que isso é atribuível à própria ausência de planejamento – regular, controlar, é o que restaria fazer. Entretanto, a persistência do propósito da regulação da cidade pode ser

<sup>9</sup> Em São Paulo, a estadualização das organizações de saneamento foi iniciada pouco antes do Planasa. Seu ponto de partida foi a criação, em 1968, da Comasp – Companhia Metropolitana de Água de São Paulo, responsável primeira pelas obras do Sistema Cantareira. Posteriormente, o Governo do Estado decidiu deixar de lado sua própria política de renovação institucional do setor e aderir ao Planasa. A Comasp foi absorvida pela Sabesp.

interpretada de outra maneira, não como peça de resistência, mas como decorrente de uma visão que atribui, ou atribuía, ao Estado, à lei e à fiscalização decorrente da lei um poder que, em larga medida e na maior parte dos casos, frente à urbanização veloz e às desigualdades sociais, não tinha e não tem como ser exercido com resultados satisfatórios. A informalidade foi, na prática, o caminho para o atendimento da demanda habitacional que passava ao largo da cidade formal e de suas regras, as quais, de toda forma, implicavam custos fora da realidade das famílias de renda escassa<sup>10</sup>. O caso dos mananciais ao sul de São Paulo, Guarapiranga e Billings, é exemplar da disjunção entre a intenção regulatória dos legisladores e técnicos e a vida como ela é. Em 1975-1976, como fruto do receio, bastante justificado, de comprometimento da qualidade das águas dos dois mananciais pelo espraiamento do crescimento populacional que já se avizinhava de seus territórios, foi criada uma legislação cuja finalidade, ao estabelecer restrições severas ao uso e ocupação do solo, era criar condições para a contenção demográfica. À época, as duas bacias abrigavam uma população agregada inferior a 300 mil habitantes, distribuídos por bairros e chácaras de boa constituição. Em 1991, a população das duas bacias já ultrapassava 1 milhão de moradores. Hoje, as duas bacias hidrográficas, somadas, detêm um contingente populacional de 2 milhões de habitantes. Fossem, as duas bacias, um único município, seria o maior município brasileiro, excluídas algumas capitais de estados – com população maior que as das cidades de Recife e Porto Alegre. Estrategicamente essenciais à sustentabilidade metropolitana (o que vai além do abastecimento público de água), o cenário urbano que caracteriza os territórios da Billings e da Guarapiranga é tipicamente aquele de um anel periférico urbano, com um amontoado de distritos e bairros precários e núcleos favelados.

Sexto ponto, aqui ou ali ainda se lamenta a ausência de uma gestão metropolitana. Nesse assunto, porém, não há trivialidades. Antes de mais nada, somos um país federativo, e em países de ordem federativa, regidos segundo a elegante máxima “*self rule plus shared rule*” (autogoverno e governo compartilhado)<sup>11</sup>, a dificuldade de gestão de problemas regionais é ampliada pelo maior espaço institucional para o conflito. No caso brasileiro, de antemão, há uma singularidade, uma vez que a União, os Estados e os Municípios constituem, as três esferas, entes federados. Mas a questão vai além disso: as regiões metropolitanas não se encaixam nesta equação institucional. Nelas, uma vez que, a um só tempo, os governos regionais são relevantes, mas também é relevante o espaço da autonomia municipal, o federalismo brasileiro singular produz uma virtual dissolução de hierarquias e a decorrente imposição de soluções negociadas como possibilidade quase única, mas não muito simples, de formalização de entendimentos e de ação pública eventualmente efetiva. Dito de outra forma, na MetrÓpole, cidades de todos os tamanhos

<sup>10</sup> De certa maneira, nada há de surpreendente nisso. Boa parte dos bairros paulistanos, alguns deles integrantes hoje do próprio centro expandido da cidade, nasceu com deficiências que não se distanciam tanto daquelas dos loteamentos precários de hoje. No entanto, adquiriram a aparência de normalidade (formalidade), mas por um caminho bastante próprio. Ao longo de um período normalmente extenso, esses bairros passaram por muitas alterações, que incluíram seu adensamento; a chegada, ainda que tardia, ou muito tardia, de investimentos públicos; a gradativa mudança da sua fisionomia também por conta de investimentos privados, comerciais ou residenciais. Por fim, algum tipo de anistia também ocorreu. Como esses bairros possuíam um sistema viário adaptável a condições minimamente aceitáveis, ainda que mal desenhados e formando um conjunto acanhado, a combinação desses fatores todos resultou em um cenário de normalidade, que eliminou os vestígios da informalidade original. Essa racionalização *ex-post*, entretanto, não deve ser vista como virtuosa; o tempo de transformação foi invariavelmente longo.

<sup>11</sup> Expressão de Daniel Elazar, autor de estudos clássicos sobre federalismo (apud ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *Federalismo, Democracia e Governo no Brasil: idéias, hipóteses e evidências*. BIB, São Paulo, n. 51, p. 13-34, 2001).

se agregam em um continuum, as escalas e os problemas se agigantam como em um movimento de translação e prevalece uma complexa rede de responsabilidades, na qual se justapõem e superpõem diferentes esferas de poder, com diferentes comandos e uma substantiva dificuldade de coordenação de esforços. A rigor, antes de ser uma ausência, a governança metropolitana é uma interrogação; a possibilidade do seu exercício, ainda que intermitente e precário, não se baseia em uma eventual institucionalização, mas em esforços, frequentemente *ad hoc*, de engenharia política.

Efetuados esses comentários, acrescente-se que há certo tempo urbanistas conhecidos vêm afirmando que, para o desenvolvimento das Metrôpoles, ao invés de planos gerais, provavelmente são mais úteis e eficientes planos de escopo e incidência mais limitados, ainda que referenciados a um marco mais amplo de entendimento da dinâmica regional<sup>12</sup>. Há uma vantagem adicional: planos dessa natureza costumam, ou pretendem ser, mais operacionais, e essa condição exige, pelo menos para uma parte dos casos, o cálculo de orçamento firmado sobre disponibilidades reais ou potencialmente realizáveis de recursos<sup>13</sup>. Um exemplo é o projeto do Rodoanel, que ainda não foi completado no seu tramo norte. Outro projeto, ainda aquém da realização, é o do Ferroanel, que permitiria, ainda, liberar completamente os trilhos urbanos para a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM.

Planos e projetos não precisam ter, porém, uma escala ampla e dispendiosa como os dos exemplos citados. Programas mais simples, mas de impacto sobre a qualidade e a humanização da cidade, podem ser viabilizados com aportes muito mais modestos de recursos. São os casos do programa de pequenos parques de vizinhança, desenvolvido pela Prefeitura de São Paulo alguns anos atrás, e do Programa Córrego Limpo, em regime de parceria Prefeitura/Sabesp.

Não obstante os problemas urbanos conhecidos e as escalas em que se apresentam, em outros países e em alguns quadrantes brasileiros, ainda prevalece a convicção de que aglomerados informais correspondem a situações provisórias que, em determinado momento, não necessariamente próximo, serão eliminadas/substituídas pela via de investimentos, primeiramente públicos. Essa convicção produz um certo imobilismo na gestão governamental. Como não é possível, rapidamente, mobilizar recursos para um abrangente conjunto de intervenções que promovam a elevação geral das condições de infraestrutura urbana, o exercício da política pública fica reduzido, pelos recursos menores, a ações geograficamente limitadas, com benefícios também mais restritos.

Esse não é mais o caso exato de São Paulo. Ao contrário, sabe-se, por exemplo, que as favelas fazem parte do cenário urbano e que sua erradicação há muito deixou de ser entendida como possível e mesmo desejável. Salvo sítios absolutamente inadequados, como áreas de risco e de fundos de vale onde o acesso à instalação de infraestrutura pública está interdito pela presença de habitações, aceita-se que núcleos favelados devam ser objeto preferencial de obras de urbanização, que no mínimo reorganizem seu sistema viário interno, permitam a extensão de serviços essenciais (o que inclui a coleta

<sup>12</sup> Cf. BORJA, Jordi. Grandes Projetos Metropolitanos: Mobilidade e Centralidade. In: *Os Centros das Metrôpoles: reflexões e propostas para a cidade democrática do século XXI*. São Paulo: Terceiro Nome: Viva o Centro: Imprensa Oficial do Estado, 2001. p. 76.

<sup>13</sup> No passado de São Paulo, houve planos urbanísticos sem uma abrangência geral. Um deles, parcialmente executado, foi o famoso Plano de Avenidas, de Prestes Maia e João de Ulhôa Cintra. Concebido nas décadas de 1920 e 1930, era, nomeadamente, um plano de estruturação do sistema viário. Grande parte das intervenções previstas foi implantada.

de esgotos) e proporcionem a criação de espaços públicos e de convivência. Nesses projetos, reassentamentos devem afetar um número mais limitado de famílias, de preferência aquelas que reúnem condições melhores de renda e desejo de mudança residencial.

Na cidade de São Paulo, por um período de cerca de 5-6 anos houve o desenvolvimento de uma política mais encorpada de investimentos em melhorias de loteamentos de origem irregular e em urbanização de favelas. Esses investimentos representavam uma condição prévia a medidas de regularização fundiária e ascenderam a uma escala que permitiu dimensionar um prazo, nem tão extenso (menos de 20 anos) para alcançar todas as aglomerações urbanas nessas condições. Tratava-se de uma política integrada, apoiada por vários organismos públicos, inclusive a Sabesp, que participou do planejamento e hierarquização das intervenções, do exame dos projetos e arcou com os custos da implantação dos sistemas de água e esgotos. Era também uma política eficiente porque combinava o caráter de intervenção integrada, a natureza realista das intervenções (afinal, esta, e não outra, é “a cidade que temos”) e o prazo aceitável para a alteração abrangente de condições de pobreza urbana.

Bem-sucedido, o conjunto das intervenções, no entanto, foi subitamente estancado e, pouco tempo depois, a crise das contas públicas virtualmente impediu qualquer tentativa de retomada das obras em escala minimamente apreciável. O horizonte de eliminação das condições de precariedade das aglomerações objeto daquela política foi estendido a ponto de deixar de ser algo crível.

Onde ficamos então? A situação, hoje, não permite vincular toda ou quase toda a extensão de infraestrutura à existência de uma política integrada para as aglomerações de baixa renda – embora a cooperação interinstitucional possa se materializar em um ou outro empreendimento. Todavia, continuamos a ter “essa cidade”, e não uma cidade imaginária. A questão, agora, é como recusar o imobilismo e tomar decisões e empreender planos e ações que permitam, malgrado as restrições e as frustrações, estender em prazo curto benefícios básicos à cidade e às famílias que lutam contra condições, ao final extremadas, de pobreza.

Adentrando temas de saneamento, água e esgotos, há o que se possa fazer e há desafios para os quais não temos ainda resposta adequada.

No caso das favelas, onde os assentamentos são muito desordenados e onde inexistente sistema viário interno minimamente adequado, torna-se difícil, em suas áreas interiores o assentamento de redes regulares de abastecimento público, e mais difícil ainda, senão impossível, a implantação de redes coletoras de esgotos. Frente a essas condições, as tubulações são assentadas onde é possível fazê-lo – exemplo das ruas oficiais que circundam o núcleo e de um ou outro arruamento interno mais favorável. Para as demais parcelas de núcleos favelados, trata-se de situações onde a reurbanização é imperativa, e não apenas para a instalação de equipamentos da Sabesp.

Outro caso diz respeito aos avanços urbanos sobre os fundos de vale. Essas são áreas indispensáveis à implantação do que chamamos coletores-tronco, tubulações de maiores diâmetros cuja função é receber, por gravidade, os esgotos coletados nas ruas da vizinhança, impedindo a sua afluência aos cursos d’água. Sem a preservação das margens dos córregos, os sistemas de esgotos dependerão de soluções que, quaisquer que sejam elas, não serão mais capazes de drenar a totalidade dos efluentes coletados. Aqui necessitamos, conjuntamente com a execução de obra de saneamento, de uma intervenção de natureza urbana. A foto mais adiante apresenta aspecto do fundo de

vale da bacia do Guavirutuba, cujo córrego drena para a represa do Guarapiranga. Sob os imóveis, existe coletor da Sabesp; os imóveis foram edificados anos após a implantação de tubulação.

**Figura 1**

Córrego Guavirutuba – Bacia Hidrográfica do Guarapiranga



Porém, há o que se possa fazer, e disso apresentamos dois exemplos.

Em loteamentos irregulares, não é tanto a condição física da aglomeração que impede obras de saneamento, mas antes a sua condição jurídica, seja de ordem ambiental, seja de ordem fundiária. É possível que existam situações difíceis, dentre elas aglomerações com disputa em torno da propriedade e processo em tramitação no Judiciário em condições de claro conflito. Ressalvados casos extremos, entre os quais também se contam as áreas de risco, permanece, por outro lado, a questão de atendimento à população com serviços cujo não provimento – abastecimento de água, para dizer o mínimo – representa um risco de saúde pública cujo contorno somente é possível com o recurso à irregularidade. Assim, onde a população não dispõe de sistema regular de abastecimento, ela se abastece de forma clandestina – de fato, nem tão clandestina. As conexões são no mais das vezes amadoras, inteiramente inseguras, e apresentam número enorme de vazamentos; com frequência assentadas superficialmente, estão sob risco de intermitência e absorção de águas servidas, o que amplia o risco de doenças. No entanto, esses arranjos, por piores que sejam, são ainda melhores que o recurso a poços rasos, invariavelmente contaminados. Dada a restrição ao atendimento regular, a irregularidade é tolerada e pode perdurar por longo tempo.

Na maior parte das áreas com essas condições, podemos perfeitamente executar em prazo relativamente curto as obras de água e de esgotos – mas não sob o entendimento jurídico que requer um processo onde são indissociáveis duas etapas: primeiro, a das obras

de infraestrutura (incluindo o que é de responsabilidade do Município); em seguida, o processo de regularização fundiária. O poder público não possui, e não acreditamos que venha a recuperar em tempo curto, a capacidade de intervenção com o escopo e a abrangência que apresentou anos atrás. Mas é razoável e proporcional (Princípios Constitucionais implícitos da Proporcionalidade e Razoabilidade) que possamos levar adiante o que agora é possível de ser feito e manter nessas áreas a presença minimamente ativa do Estado.

**Figura 2**  
Exemplo de Conexões Irregulares



Um segundo caso não se refere a amplas glebas mas a ocupações com algum tipo de irregularidade – um número mais limitado de residências, muitas vezes vizinho a áreas regulares (ou por elas rodeado), servidas por sistemas públicos de infraestrutura. Para essa tipologia de situação, estimativa de 2016, produzida por levantamentos de campo, indicou um número aproximado a 300 mil imóveis na área de operação da Sabesp na Região Metropolitana de São Paulo. Considerando uma média de 3,5 pessoas por domicílio, temos cerca de 1,05 milhão de moradores, ou 5% da população metropolitana, utilizando-se de conexões irregulares, com os mesmos riscos que ameaçam as populações concentradas em bairros maiores e mais definidos. Para esses casos, em acordo com Prefeituras, a Sabesp desenvolve o Programa Água Legal, que combina um trabalho social de aproximação e de persuasão das famílias e, em seguida, a execução de ligações regulares e o enquadramento dos imóveis no padrão de tarifa social. Cerca de 78 mil imóveis, até agora, foram beneficiados pelo Programa. Entretanto, dificilmente o objetivo do Programa – a regularização de todos os imóveis – será obtido em prazo certo e linear, sem maiores percalços. O número de 300 mil imóveis não é fixo e as condições de estímulo à irregularidade, pelo menos os efeitos da crise de desemprego, permanecem. Além disso, há áreas de mais difícil abordagem, onde a presença do Estado é pouca e a presença de grupos à margem da lei é saliente.

Sem uma solução firme para as duas tipologias de casos descritas, a universalização do atendimento com serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário se restringirá à ocupação urbana formal. Na Região Metropolitana, estamos próximos à universalização com serviços de esgotos; o de água já foi consumada. Naturalmente, é possível argumentar que aqueles que estão à margem do atendimento representam um percentual populacional pequeno. Mas percentagens são enganosas na Metrôpole. O contingente de 5% da população para o qual foi elaborado o Programa Água Legal é demasiadamente expressivo – equivale a toda a população do município de Campinas. Note-se, a propósito, que um dos Objetivos de Desenvolvimento Social das Nações Unidas (ODS 6 – Água Potável e Saneamento) é exatamente incluir a todos na rede de atendimento, quaisquer que sejam as circunstâncias<sup>14</sup>.

Esse pragmatismo não é casual, é para um bem maior, e é através dele que a análise jurídica deve se alinhar à realidade fática, com a finalidade primordial de atender, ressalte-se, na medida da realidade fática, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao direito fundamental à saúde (artigos 6º, 196 e 225 da CF).

Recentemente foi aprovada a Lei Federal n. 13.465, de 11 de julho de 2017, que busca avançar radicalmente no sentido da “formalização da cidade informal”. Seu escopo é o oposto ao “parti pris” técnico baseado em ideias de regulação e controle. Embora decorridos vários meses da sua edição, não logramos chegar, dada mesma a sua radicalidade, a uma conclusão firme da aplicabilidade da Lei e, sobretudo, de seus efeitos no tecido urbano, especialmente em áreas ambientalmente sensíveis como a de mananciais metropolitanos. Uma avaliação razoável, entretanto, é que a identificação cidade legal/cidade real, conquanto siga um caminho por vezes sinuoso, situa-se numa tendência predominante de aproximação.

Outrossim, é de se destacar que a realidade fática e a própria vida não são promessas programáticas constitucionais, são orgânicas, vivas, são inerentes à condição de Dignidade da Pessoa Humana (Princípio Matriz Constitucional – Artigo 1º, inciso III, da CF). A realidade insere o direito em uma idiosincrasia jurídica, ou seja, um autoconflito normativo complexo que, no caso de saneamento básico, a estritíssima legalidade pode legitimar violação às normas fundamentais à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana e outros princípios inerentes à humanidade.

A evolução jurídica, por si só, nem sempre alcança a realidade fática, tampouco é capaz de mudar à luz de um dia a realidade construída pelo fenômeno da urbanização.

O fenômeno da urbanização causa consequências de saúde pública, sendo que a ausência de um escoreito planejamento urbanístico e o acesso ao saneamento esperam a resolução conflituosa do direito. As consequências desse fenômeno complexo não atingem apenas as áreas irregulares, também chega aos centros urbanos, aos bairros nobres, demonstrando não se limitar às áreas de baixa renda, refletindo o denominado Princípio da Ubiquidade Ambiental.

O próprio Excelso Supremo Tribunal Federal – STF, mais alta Corte Constitucional do país define que:

*O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa, não pode mostrar-se*

<sup>14</sup> O objetivo da ODS 6 é “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos”. Como observado no documento, ninguém deve ser deixado para trás – “no one left behind”.

*indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. (Resolução nº 271.286-AGr. 2. Turma. Relator: Celso de Mello, 12 de setembro de 2000. )*

Desse modo, qualquer forma interpretativa que se sobreponha aos pressupostos mínimos existenciais, de cunho formal, patrimonial, de um modelo de Estado burocratizado, vão à contramão das necessidades reais de quem realmente são os pilares de sustentação do próprio Estado, o seu povo.

Sabemos, pela experiência adquirida na lide com a MetrÓpole ao longo de muitos anos, que não temos, e nem poderíamos ter, respostas completas para tudo. Respostas a um só tempo abrangentes e detalhadas nem são mesmo possíveis. A MetrÓpole é suficientemente complexa e esquivada para permitir interpretações dessa latitude. Do lado da oferta de infraestrutura e serviços, temos déficits (por vezes, constrangedores). Porém, já se disse que a oportunidade se perde quando, frente a um problema de grande porte, deseja-se todas as respostas *ex-ante*. Começar é muito importante, porque representa grande parte da resposta.

### Referências

1. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário nº 271.286*. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de novembro de 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2XXLufX>. Acesso em: 29 nov. 2019.
2. BORJA, Jordi. Grandes Projetos Metropolitanos: Mobilidade e Centralidade. *In: Os centros das metrÓpoles: reflexões e propostas para a cidade democrática do século XXI*. São Paulo: Terceiro Nome: Viva o Centro: Imprensa Oficial do Estado, 2001.
3. REVISTA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO BIBLIOGRÁFICA EM CIÊNCIAS SOCIAIS. São Paulo: ANPOCS, n. 51, 2001.
4. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes TrÓpicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.



# A cidade e as áreas contaminadas

**Vicente de Abreu Amadei<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Noção elementar e esboço histórico. 3. A legislação estadual (São Paulo) e federal. 4. Dois reflexos no Poder Judiciário. 5. As medidas profiláticas e de remediação na esfera urbanística. 6. Algumas sugestões, em considerações finais. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Em abril de 2000, a explosão de gases no “**Conjunto Residencial Barão de Mauá**”, erguido em área de antigo lixão industrial, ganhou a capa dos jornais, repercussão nacional e, definitivamente, marcou o tema da contaminação do solo como um dos pontos sensíveis e centrais no que toca não só ao direito ambiental, mas também ao direito urbanístico, especialmente no campo do planejamento urbano e do uso e ocupação do solo.

Para além das consequências humanas, sociais, ambientais, urbanísticas e econômicas, as de feição jurídica, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, despontaram e, do julgamento do recurso em uma das ações ajuizadas, aproveitou a oportunidade para relembrar a gravidade da situação, bem sintetizada pelo Des. Maia da Cunha, no julgamento do AI nº 290.722-4/1, em 24 de junho de 2003, pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*O Conjunto Habitacional Barão de Mauá é composto de mais de 50 edifícios residenciais onde residem mais de 5.000 moradores, e foi construído num terreno que, com mais de 150.000 m<sup>2</sup>, foi, durante muitos anos, utilizado como depósito clandestino de lixo industrial da COFAP. Em decorrência disso surgiram gravíssimos problemas pela presença de gases tóxicos e inflamáveis no subsolo do terreno, ocasionando, de início, explosão em que uma pessoa morreu e outra ficou gravemente ferida por queimaduras. A partir daí a descoberta da realidade envolvendo o terreno onde realizado o empreendimento. Os prédios, segundo a CETESB, foram construídos sobre “uma área seriamente contaminada por diversas substâncias químicas, com diferentes graus de toxicidade”, tendo aquele órgão estatal, em comunicação pública pautada pela moderação e com o fim de conter o caos que se instalou entre os moradores do condomínio, afirmou que “O fato de não haver migração dos gases para a atmosfera, como a agência ambiental informou recentemente, com base nos estudos da SQG, deve ser motivo de alívio para todos, mas não anula a gravidade da contaminação existente no subsolo, que continua a gerar gases*

---

<sup>1</sup> Professor/palestrante em cursos de extensão e de especialização em direito urbanístico, ambiental artificial, imobiliário, notarial e registral.

*e mantém a área e os moradores em situação de risco...”. (Nota à imprensa de 20 de dezembro de 2001)*

Os inúmeros incidentes e as enormes dificuldades de efetividade dos julgados correlatos ao referido “**Conjunto Residencial Barão de Mauá**”, especialmente os que são próprios da ação civil pública da 3ª Vara Cível de Mauá, Processo nº 0008501-35.2001.8.26.0348, ajuizada em 12/09/2001, ainda em trâmite, atestam e reforçam, com eloquência, a dimensão do problema.

Com notícia, pelo despacho de 21/01/2019, de que

*os autos principais encontram-se aguardando o julgamento dos recursos interpostos e que, atualmente, encontra-se em andamento os autos do Cumprimento de Sentença, incidente 01, que tem por objeto a execução do plano de recuperação ambiental da área<sup>2</sup>. (TRIBUNAL..., 2019)*

E, para piorar a situação, sabe-se que esse não é um infortúnio isolado, bastando relembra o “**Caso Shell**”, em Paulínia, quando se constatou, entre os anos de 2000 e 2001, o vazamento de resíduos químicos de uma fábrica de agrotóxicos, atingindo o solo e as águas subterrâneas, migrando aos sítios, chácaras e moradias urbanas existentes nas proximidades; ou, então, a tragédia do deslizamento do **Morro do Bumba** em 2010, em ocupação desordenada sobre o lixão em Niterói. Tudo, enfim, sem contar os efeitos danosos de vasta contaminação do solo – incluso o urbanizado – por lamas tóxicas, com o estouro de barragens de rejeitos de mineração, como ocorreram em **Mariana e Brumadinho**.

Pensar e repensar a contaminação do solo em ordem urbanística relacionada ao planejamento urbano e ao uso e ocupação do solo, ao fomento do diagnóstico preciso das áreas contaminadas, bem como às estratégias, medidas e operações – inclusas as urbanísticas para as áreas já identificadas e mapeadas como contaminadas – é, pois, necessário e urgente para o bem maior das cidades.

Para se extrair, neste ponto, uma proveitosa reflexão, é preciso verificar em que consiste a qualificação de uma área como contaminada, como a história nacional tem caminhado em face desses problemas, quais as principais ferramentas normativas sobre a matéria, como tais questões desaguarão ou podem desaguar no Poder Judiciário, bem como quais alternativas de direito urbanístico têm sido apontadas ou podem ser indicadas, inclusive considerando os males das contaminações existentes.

É o que se propõe cuidar, em modo sintético e sem pretensão alguma de esgotar a matéria, neste breve estudo.

## 2. Noção elementar e esboço histórico

**Área contaminada** é espécie do gênero área degradada, cuja diferença específica é o solo e/ou subsolo com substância potencialmente nociva, suscetível de causar danos à saúde humana, ao meio ambiente ou a outros bens protegidos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2LeWH6L>. Acesso em: 06 mar. 2019.

<sup>3</sup> Em precisão de maior técnica, entretanto, é preciso destacar que “o conceito de áreas contaminadas deve ser compreendido em seu real significado e dentro de um enfoque sistêmico, pois não se refere apenas ao locus da contaminação, ou seja, ao

Logo, cuida-se de **conceito técnico-ambiental imbricado nas políticas públicas de controle da poluição do solo**, forjado em três aspectos: (i) preventivo, (ii) fiscalizador e (iii) saneador de áreas efetiva ou possivelmente contaminadas.

No estado de São Paulo, o licenciamento ambiental (campo preventivo); o policiamento ambiental, o diagnóstico e gerenciamento das áreas contaminadas (campo fiscalizador); e o complexo do processo e das medidas de remediação das áreas contaminadas (campo saneador) são atribuições da CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo.

E, como relevam os estudos e relatórios deste órgão ambiental integrante da Secretaria de Estado do Meio Ambiente<sup>4</sup>, **a história desse controle é recente**, embora com significativa curva crescente:

*A origem das áreas contaminadas está relacionada ao desconhecimento, em épocas passadas, de procedimentos seguros para o manejo de substâncias perigosas, ao desrespeito a esses procedimentos seguros e à ocorrência de acidentes ou vazamentos durante o desenvolvimento dos processos produtivos, de transporte ou de armazenamento de matérias-primas e produtos.*

*A existência de uma área contaminada pode gerar problemas, como danos à saúde humana, comprometimento da qualidade dos recursos hídricos, restrições ao uso do solo e danos ao patrimônio público e privado, com a desvalorização das propriedades, além de danos ao meio ambiente. (CETESB, 2017, p. 3)*

O mapeamento e cadastramento das áreas contaminadas, que teve início em 2002, têm revelado, no decorrer destes anos, aumento no número de áreas contaminadas cadastradas (não propriamente por proliferação das fontes de poluição do solo, mas sim por ampliação das pesquisas e diagnósticos das áreas), destacando-se que, na atualização de dezembro de 2017, foram totalizados 5.942 registros no Cadastro de Áreas Contaminadas e Reabilitadas no Estado de São Paulo, bem como que posto de gasolina é a atividade de maior incidência de contaminação de áreas (72% das áreas cadastradas como contaminadas são postos de gasolina; 19%, áreas industriais).

### 3. A legislação estadual (São Paulo) e federal

No âmbito legislativo do estado de São Paulo, foi promulgada a **Lei estadual nº 13.577/2009**, para disciplina da proteção da qualidade do solo contra alterações nocivas por contaminação, definindo responsabilidades (art. 13 e 14), infrações e penas (arts. 41 a 44); indicando instrumentos (arts. 4º e 30 a 40); prescrevendo medidas preventivas e de controle (arts. 6º a 12), inclusas as de identificação, cadastramento e remediação de áreas contaminadas (arts. 15 a 29); orientando o dever de publicidade da

---

solo que recebeu os contaminantes: a área contaminada envolve o conjunto dos compartimentos ambientais (ar, água, solo, vegetação) afetados; as construções, instalações e equipamentos ali presentes, as atividades ali desenvolvidas; e as populações (animal ou humana) sob risco da exposição aos seus contaminantes". (GÜNTHER, Wanda M. Rizzo. Áreas contaminadas no contexto da gestão urbana. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 109-110, 2006).

<sup>4</sup> Disponível em: [shorturl.at/cyG79](http://shorturl.at/cyG79). Acesso em: 27 nov. 2019. Especialmente o texto explicativo de dez/2017. Disponível em: [shorturl.at/nyFQY](http://shorturl.at/nyFQY). Acesso em: 06 mar. 2019.

área contaminada cadastrada, de sua remediação e do novo uso autorizado para a área, no Registro Predial, por averbação na matrícula do imóvel (arts. 24, III e parágrafo único; 27, II e § 2º; 28, parágrafo único).

Destaque-se, ainda, nesta lei estadual (já regulamentada pelo Decreto nº 59.263/2013), conforme a norma inserta no art. 3º, que a área pode comportar classificação em categorias distintas: (i) **Área Contaminada**: “área, terreno, local, instalação, edificação ou benfeitoria que contenha quantidades ou concentrações de matéria em condições que causem ou possam causar danos à saúde humana, ao meio ambiente ou a outro bem a proteger”; (ii) **Área Contaminada sob Investigação**: “área contaminada na qual estão sendo realizados procedimentos para determinar a extensão da contaminação e os receptores afetados”; (iii) **Área com Potencial de Contaminação**: “área, terreno, local, instalação, edificação ou benfeitoria onde são ou foram desenvolvidas atividades que, por suas características, possam acumular quantidades ou concentrações de matéria em condições que a tornem contaminada”; (iv) **Área Remediada para o Uso Declarado**: “área, terreno, local, instalação, edificação ou benfeitoria anteriormente contaminada que, depois de submetida à remediação, tem restabelecido o nível de risco aceitável à saúde humana, considerado o uso declarado”; (v) **Área Suspeita de Contaminação**: “área, terreno, local, instalação, edificação ou benfeitoria com indícios de ser uma área contaminada”.

Todas essas noções e qualificações que, sem dúvida, geram, em distintos graus, limitações à propriedade imobiliária (privada ou pública) e impõem obrigações *propter rem* ou ambulatoriais pressupõem, naturalmente, uma análise técnica pautada em critérios científicos de identificação, avaliação e quantificação dos riscos à saúde humana, ao meio ambiente e a outros bens a proteger para, então, justificar a classificação de determinada área em uma dessas categorias.

E, no âmbito nacional, veio à luz a **Lei federal nº 12.305/2010** que, ao instituir a Política Nacional de Resíduos Sólidos, embora sob a perspectiva daqueles que geram e operam esses resíduos, também dispôs sobre área contaminada, como “local onde há contaminação causada pela disposição, regular ou irregular, de quaisquer substâncias ou resíduos” (art. 3º, II); apontou a noção de “área órfã contaminada”, como a “área contaminada cujos responsáveis pela disposição não sejam identificáveis ou individualizáveis”; prescreveu o dever de o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ter em seu conteúdo mínimo a “identificação dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos, incluindo áreas contaminadas, e respectivas medidas saneadoras” (art. 19, XVIII); e, por fim, dentre os instrumentos econômicos, apontou a faculdade de o poder público instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, as iniciativas de “descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs” (art. 42, VI).

Na esfera federal, entretanto, de maior especificidade e abrangência, no trato das áreas contaminadas, é a **Resolução CONAMA nº 420/2009**, alterada pela Resolução CONAMA nº 460/2013, que prescreveu os critérios e valores orientadores de qualidade do solo quanto à presença de substâncias químicas e estabeleceu diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por essas substâncias em decorrência de atividades antrópicas. Essa resolução também distingue “**Área Suspeita de Contaminação**” (AS) de “**Área Contaminada**”, que pode estar, sob “**Investigação**” (AI) ou sob “**Intervenção**” (ACI), além da “**Área em Processo de Monitoramento para Reabilitação**” (AMR), e contém previsão de publicação da situação jurídica da área cadastrada como contaminada no Registro de Imóveis (arts. 32, VIII, e 37, VI).

Nessa resolução, pois, a evidência da tecnicidade ambiental da matéria vai da seleção dos tipos de solo à seleção de parâmetros para sua caracterização, com especificação de metodologias analíticas para diagnóstico das substâncias inorgânicas componentes do solo, bem como para interpretação dos dados e fixação de critérios e valores orientadores de qualidade do solo.

Ainda na esfera federal, não se pode olvidar a **Lei nº 6.766/79** que, ao tratar do parcelamento do solo de fins urbanos, não é indiferente aos temas que envolvem a poluição do solo e as áreas contaminadas.

Aliás, os loteamentos foram classificados como fonte de poluição do solo pelo adensamento populacional causado, a exigir medidas profiláticas quanto ao sistema de disposição dos esgotos. Foi isso que justificou a primeira disposição legal prescritiva da necessidade de sua licença ambiental pela CETESB (cf. Lei estadual nº 997/76 e seu regulamento, aprovado pelo Decreto estadual nº 8.468/76).

Oportuno, contudo, compreender que a Lei nº 6.766/79 é mais abrangente porque ela não tem em conta os loteamentos apenas como fonte de poluição, mas também enquanto empreendimento imobiliário em situação de risco, quando sitiado em gleba de solo e/ou subsolo contaminado a ser, portanto, vedado.

Assim, desde dezembro de 1979, pela Lei nº 6.766/79, conforme prescrição de seu art. 3º, parágrafo único, II, há expressa proibição de parcelamento do solo “em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados”.

E as cautelas legais foram ampliadas com novos cuidados quanto à proteção do solo e a investigação do solo e subsolo das glebas em parcelamento, sublinhando-se, a título exemplificativo, com a referida Lei estadual nº 13.577/09, que: (i) “O licenciamento de empreendimentos em áreas que anteriormente abrigaram atividades com potencial de contaminação, ou suspeitas de estarem contaminadas, deverá ser precedido de estudo de passivo ambiental, submetido previamente ao órgão ambiental competente” (art. 47); (ii) “A aprovação de projetos de parcelamento do solo e de edificação, pelo Poder Público, deverá garantir o uso seguro das áreas com potencial ou suspeita de contaminação e das áreas contaminadas” (art. 49).

Logo, hoje, não só é vedado o parcelamento do solo urbano em área contaminada, enquanto não saneada e não assegurado o seu uso seguro, mas a mera qualificação da gleba, no todo ou em parte, como área de potencial contaminação ou como área suspeita de contaminação já é suficiente para se exigir estudo específico de passivo ambiental e medidas preventivas destinadas a garantir o seu uso seguro.

#### **4. Dois reflexos no Poder Judiciário**

Desse manancial conceitual, histórico e normativo, convém destacar dois reflexos da matéria no Poder Judiciário: um pelo seu peculiar interesse jurisdicional no campo do controle de legalidade dos atos administrativos correlatos; outro, pelo impacto positivo de decisão normativa proferida pela Corregedoria Geral da Justiça bandeirante em torno da publicidade imobiliária das áreas contaminadas que, após, terminou normatizada no âmbito estadual e nacional, como visto no item anterior.

**Primeiro, no âmbito jurisdicional.**

Para além de ações civis públicas, cominatórias, reparadoras de danos (*in natura* ou por indenização), referentes às sanções aplicadas por infrações administrativas e até mesmo as de natureza penal, todas fundadas em situação de ilícito gerador de contaminação de áreas ou de mera responsabilidade objetiva pelo simples fato da contaminação causada por empreendimento ou conduta humana, é oportuno destacar, na matéria, a questão relativa ao controle judicial acerca da identificação, da avaliação, da quantificação dos riscos e, enfim, da classificação das áreas singularmente consideradas no universo da tutela do solo frente à sua contaminação.

Ora, porque o conceito de área contaminada é técnico-ambiental, porque as avaliações e classificações das áreas neste universo de investigação do solo e do subsolo são igualmente técnicas e porque o conjunto normativo não deixa dúvida alguma quanto ao referido aspecto eminentemente científico dos parâmetros, estudos, laudos e decisões correlatas, é forçoso reconhecer que, aqui, o âmbito não é o da discricionariedade administrativa pura, mas sim o da chamada discricionariedade técnica que, a princípio e apenas com extrema cautela, não se furta ao controle jurisdicional.

Digo, a princípio e com extrema cautela, pois, como se tem afirmado em jurisprudência, “o controle jurisdicional não pode significar que o Judiciário substitua o Executivo na execução de atividades de administração, apontando prioridades e determinando critérios que não são os do administrador, mas os do julgador”<sup>5</sup>. Ou, ainda, em clássico precedente: “Certo é que o juiz, do ponto de vista técnico, não é o mais indicado e, do ponto de vista jurídico, não é, em absoluto, competente para dizer a palavra decisiva. Sem ferir a lei, não pode substituir-se à autoridade pública investida da competência legal, para decidir como se pode construir de acordo com o poder de polícia em matéria de edificações urbanas”<sup>6</sup>.

Ora, conforme ensina Cássio Cavalli,

*pode-se afirmar que a discricionariedade técnica consiste na atividade “que se concretiza pelo emprego das noções e métodos próprios das várias ciências, artes ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental, relativamente ao exercício da ação administrativa”.*

*Nesse sentido, diz-se que haverá discricionariedade técnica nas hipóteses em que a administração pública necessita recorrer à ciência ou à técnica para valorar a oportunidade e conveniência do ato, com vistas à realização de sua função de promover o interesse público. Por isso, a discricionariedade técnica respeita a liberdade de escolha da administração pública quanto à prática de determinado ato administrativo, fundada em considerações de ordem técnica ou científica, já indicadas no texto legislativo. No entanto, conforme Aldo Piras (1964), por valer-se de conceitos técnicos ou científicos, o certo é que no caso da discricionariedade técnica dificilmente se poderá fazer uma rígida aplicação da lei<sup>7</sup>. (CAVALLI, 2009, p. 73-74)*

<sup>5</sup> TJSP, Ap. nº 1000647-74.2014.8.26.0070, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Desª Maria Laura Tavares, j. 30/11/2015.

<sup>6</sup> STF, RE nº 60.385/GB, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 03.05.1966.

<sup>7</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo (FVG)*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, 2009.

E a técnica, no caso, auxilia a Administração, com vistas à proteção do interesse público, pois

*a técnica permite com que o Poder Público tribute previsibilidade à sua atuação, minorando o risco e a tomada de decisões casuísticas. A adoção de um padrão técnico na execução de um ato administrativo combate a contingência tão presente na sociedade contemporânea<sup>8</sup>.*

Daí, pois, viável, apenas em caráter excepcional, o controle judicial quanto à regularidade, ou não, da identificação e da classificação da área como contaminada, contaminada sob investigação, com potencial de contaminação ou remediada para o uso declarado.

Afinal, na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro,

*no caso da discricionariedade técnica não há discricionariedade propriamente dita, consoante já demonstrado. Não há opções a serem feitas por critérios de oportunidade ou conveniência. Não há decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Existe uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência<sup>9</sup>. (FIGUEIREDO; PONTES FILHO, 2006, p. 499)*

Então, controle judicial é possível.

Cuidado, contudo, com esse tipo de controle porque, além de ser indispensável a perícia judicial para contrastar o laudo do órgão técnico e a decisão administrativa nele apoiada, é preciso ter em conta que o que está em foco não são os parâmetros, os critérios e valores orientadores da qualidade do solo prefixados nas normas técnicas, mas sim a eventual teratologia ou o crasso erro do estudo e do ato administrativo que, na avaliação singular da área, terminaram desviados dos padrões científicos.

E, em arremate, nesta esfera do controle judicial dos atos administrativos fundados em discricionariedade técnica, para enfatizar a cautela redobrada, vale fechar a argumentação com a advertência de Eros Roberto Grau:

*Há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se manifestem; daí porque a administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto<sup>10</sup>.*

<sup>8</sup> HEINEN, Juliano. Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 106, n. 412, p. 449-466, 2010.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 499.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 114-116, 1990.

Sob outro ângulo, agora em segundo plano, considerando os reflexos da matéria **no campo das decisões administrativo-judiciais da publicidade predial**, é de conveniência, ainda, ao menos para fins de memória histórico-judicial, não se olvidar que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Corregedoria Geral da Justiça, antecipando-se aos comandos legais específicos (hoje vigentes), foi pioneiro no Brasil e no campo internacional, antecedido apenas pela Espanha, em espriar a publicidade das áreas contaminadas no Registro de Imóveis, abrindo a possibilidade da averbação dessa situação na matrícula dos imóveis.

Com efeito, sensível ao problema, atento à necessidade de publicidade do **“Cadastro de Áreas Contaminadas”**, para plena informação e fomento da segurança jurídica no tráfico imobiliário, em proteção aos adquirentes de imóveis, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por decisão de 02 de maio de 2006 do então Corregedor Geral da Justiça, Des. Gilberto Passos de Freitas (Processo CG nº 167/2005<sup>11</sup>), admitiu, em caráter normativo, nas matrículas dos imóveis atingidos por contaminação de produtos tóxicos ou perigosos, a averbação enunciativa ou de mera notícia (nos termos do artigo 246 da Lei de Registros Públicos), no estado de São Paulo, de **“termo”** ou **“declaração”** de área contaminada oficialmente emitido pela CETESB, com diversas cautelas necessárias ao respeito dos princípios registrares imobiliários (sobretudo aos de continuidade, legitimação e especialidade).

## 5. As medidas profiláticas e de remediação na esfera urbanística

Direito urbanístico e direito ambiental são coisas distintas, embora próximas pelo gênero do direito público-administrativo. Contudo, nada obstante as diferenças próprias das duas espécies, com objetos específicos diversos, não há como negar uma profunda interligação desses dois ramos do direito, até porque o direito ambiental tem feição transversal e, como aponta José Afonso da Silva, **“é especialmente no meio urbano que por primeiro repercute a degradação do meio ambiente”**<sup>12</sup>, e aí também se encontra o ponto em estudo das áreas contaminadas.

Assim, afirma-se, a partir do **“direito matriz”**, que é o **“direito do ordenamento do território”** que **“não há seriamente urbanismo e ambiente sem um prévio e adequado ordenamento territorial”**<sup>13</sup> e, ainda, há uma profunda **“correlação entre renovação urbana e proteção do meio ambiente urbano”**<sup>14</sup>, mesmo que nisso apresentem-se, por vezes, tensões de visões: uma progressista (sob o influxo do desenvolvimento e da revitalização da cidade), outra conservacionista (sob o influxo da sustentabilidade e do equilíbrio ambiental).

A questão das áreas contaminadas, portanto, tem relevância e consideração não só em direito ambiental artificial, mas também em direito urbanístico, quer a título profilático, no esforço de preservar o bem urbanístico desejado, quer a título remediador, pelo empenho de sanear os males urbanísticos existentes.

<sup>11</sup> *Revista de Direito Imobiliário*. v. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 221.

<sup>13</sup> ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *Direito Urbanístico: um outro paradigma – a planificação modesto-situacional*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 73-74.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 223.

Assim, a título exemplificativo, é o que se pode colher no exame do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo – Lei municipal nº 16.050/2014 – em torno da matéria relativa às áreas contaminadas.

Com efeito, o Plano Diretor Estratégico de São Paulo é rico em prever, **dentre os objetivos** específicos da Macroárea de Estruturação Metropolitana (art. 12, § 1º, VIII, § 2º, VII), da Macroárea de Redução da Vulnerabilidade Urbana, localizada na periferia da área urbanizada do território municipal (art. 15, § 2º, VII), da Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental (art. 17, X), da Macroárea de Redução da Vulnerabilidade e Recuperação Ambiental (art. 18, § 2º, VI) e da Macroárea de Controle e Qualificação Urbana e Ambiental (art. 19, parágrafo único, VII), a **minimização dos problemas dos solos contaminados, acompanhada da prevenção** do surgimento de novas situações de vulnerabilidade ou de riscos.

Ademais, ele (PDE-SP) também impõe para macrozonas, macroáreas e rede de estruturação da transformação urbana, a **Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo** – LPUOS, a ser revista, simplificada e consolidada, apontando como uma de suas diretrizes, “**garantir, na aprovação de projetos** de parcelamento e edificação, o **uso seguro das áreas** com potencial de contaminação e contaminadas, inclusive águas subterrâneas, de acordo com a legislação pertinente” (art. 27, XXXIII). E, ainda, para a legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo – LPUOS, a necessidade dela apresentar **estratégia para controle** de “movimento de terra e uso do subsolo sujeito à aprovação do Plano de Intervenção pelo órgão público competente, quando se tratar de terra contaminada ou com suspeita de contaminação” (art. 29, VI).

Outrossim, expressa a **necessidade de integrar a Política Urbana à Política Ambiental**, com um de seus escopos focado na “redução da contaminação ambiental em todas as suas formas” (art. 194, V).

E, por fim, para atingir esses objetivos, atender essas diretrizes e concretizar essa integração no campo das áreas contaminadas, o PDE-SP aponta algumas ferramentas ou **instrumentos urbanísticos**: (i) os **Projetos de Intervenção Urbana**, elaborados pelo Poder Público para subsidiar e apresentar as propostas de transformações urbanísticas, econômicas e ambientais nos perímetros onde forem aplicados os instrumentos de ordenamento e reestruturação urbana, como as operações urbanas, as áreas de intervenção urbana, áreas de estruturação local e concessão urbanística, a indicar, dentre outros fins prioritários da intervenção, soluções para as áreas com solos contaminados (art. 136, § 1º, VII); (ii) em modo específico e explícito, destaca as **Operações Urbanas Consorciadas**, no foco de promover a recuperação ambiental de áreas contaminadas (art. 138, IV); (iii) aponta a possibilidade/necessidade de programas, ações e investimentos públicos e privados no **Sistema de Infraestrutura** para a proibição da deposição de material radioativo no subsolo e a promoção de ações que visem preservá-lo e descontaminá-lo (art. 198, VII).

## 6. Algumas sugestões, em considerações finais

É verdade que terrenos contaminados podem ser recuperados e então reutilizados, reingressando nos padrões regulares de uso e ocupação do solo.

Assim, **com a reabilitação**, é viabilizada a **reutilização adequada da área**. Contudo, há diversas situações em que o melhor reaproveitamento do espaço urbano pode não se encontrar no retorno da área à sua vocação originariamente privada de

uso e ocupação do solo, mas sim, à sua reutilização como espaço público destinado a cinturões ou áreas verdes, quicá parques, conforme bem ponderou Cláudio Bernardes, ilustrando seus argumentos com exemplos extraídos de experiências internacionais sobre a matéria:

*De forma até paradoxal, em alguns locais no Reino Unido, Canadá e EUA, a recuperação de áreas contaminadas também tem objetivo de criar novos espaços verdes na cidade [...].*

*Segundo estudos realizados pelo departamento de Geografia da Universidade de Wisconsin, em Toronto, no Canadá, mais de 6 milhões de metros quadrados de áreas contaminadas foram recuperadas e convertidas em áreas verdes.*

*Os níveis de descontaminação exigidos nesses casos foram pautados pelas condições de cada sítio, associadas ao nível de proteção e exposição requeridos. No parque Woodbine, por exemplo, o critério de descontaminação levou em consideração a provável exposição a crianças de até 5 anos de idade [...].*

*Pesquisadores da Universidade de Wisconsin, nos EUA, com base na experiência de Toronto, concluíram que a recuperação de áreas contaminadas é excelente oportunidade para aumentar áreas verdes nas cidades, melhorar a qualidade do solo, criar mais espaços para o lazer e revitalizar os bairros envolvidos<sup>15</sup>.*

É preciso, pois, um esforço conjugado de caráter urbanístico-ambiental que vai do planejamento urbano à recuperação das áreas contaminadas e daí à reutilização adequada delas, com atenção à **tríplice tutela**, ou seja, aos **bens da saúde humana**, aos **bens ambientais** e aos **bens urbanos** da sã convivência social nos espaços da cidade, evitando, pois, não só o que Mateus Habermann e Nelson Gouveia chamam de “reincorporação precipitada de imóveis degradados ao tecido urbano”, mas também descon siderações aos elementos específicos do local relativos à infraestrutura, à situação socioeconômica e ao “potencial de recuperação e requalificação urbana”<sup>16</sup>.

Em outras palavras, é preciso ter atenção ao planejamento urbano-ambiental neste campo, com objetivos que levem em consideração, em modo estratégico, a pluralidade das questões afetadas com a reintegração da área recuperada nos espaços urbanos (privados e públicos) da cidade, bem como o emprego de instrumentos adequados (até mesmo eventuais parcerias público-privadas<sup>17</sup>, quando for o caso); tudo, enfim, ponderando

*a intersetorialidade e a integração dessas políticas [urbana, ambiental e de saúde], de forma que propiciem a ação conjunta e*

<sup>15</sup> BERNARDES, Cláudio. Cidades transformam terrenos contaminados em áreas verdes (artigo publicado na Folha de S. Paulo em 23/4/2018). In: *Cidades, urbanismo e mercado*: coletânea de artigos publicados na Folha OnLine (Folha de S. Paulo). São Paulo: Secovi-SP, 2018. p. 16-17.

<sup>16</sup> HABERMANN, Mateus; GOUVEIA, Nelson. Requalificação urbana em áreas contaminadas na cidade de São Paulo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 82, p. 129-137, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37FICK1>. Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>17</sup> “em função dos custos envolvidos, a identificação de fontes de financiamento, que possam incluir de forma satisfatória parcerias público-privadas, é também apontada como essencial” (BERNARDES, op. cit., p. 17). “Iniciativas de parcerias entre o setor público e privado tem ocorrido em países como Alemanha, Suíça e Estados Unidos, com bons resultados” (GÜNTHER, op. cit., p. 115).

*ajustada entre esses três campos, visando à economia de recursos e à racionalidade e eficácia das ações*<sup>18</sup>.

### Referências bibliográficas

- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *Direito Urbanístico: um outro paradigma – a planificação modesto-situacional*. Coimbra: Almedina, 2002.
- BERNARDES, Cláudio. Cidades transformam terrenos contaminados em áreas verdes (artigo publicado na Folha de S. Paulo em 23/4/2018). In: *Cidades, urbanismo e mercado: coletânea de artigos publicados na Folha OnLine (Folha de S. Paulo)*. São Paulo: Secovi-SP, 2018.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo (FGV)*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREITAS, Gilberto Passos de; MIRRA, Álvaro Luiz Valery; VILLA NOVA, Ana Luiza; MAIA FILHO, Roberto; AMADEI, Vicente de Abreu. Decisão e parecer no Proc. CG 167/2005. *Revista de Direito Imobiliário (RDI)*, São Paulo, n. 61, ano 29, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 114-116, 1990.
- HABERMANN, Mateus; GOUVEIA, Nelson. Requalificação urbana em áreas contaminadas na cidade de São Paulo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 82, p. 129-137, 2014.
- HEINEN, Juliano. Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 106, n. 412, p. 449-466, 2010.
- SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Consulta de Processos do 1º Grau. *Despacho do Processo nº 0008501-35.2001*. Disponível em: <https://bit.ly/2LeWH6L>. Acesso em: 06 mar. 2019.

---

<sup>18</sup> GÜNTHER, op. cit., p. 115.



---

V

Direito de construir

---



# Potencial Construtivo Adicional (PCA) e sua utilização como instrumento jurídico: muito além da outorga onerosa

*José Antônio Aparecido Júnior*<sup>1</sup>  
Procurador do Município

**Sumário:** I. Considerações preliminares – PCA; II. O bem jurídico “PCA”; III. Contraprestação do particular ao PCA; IV. Potencial Construtivo e os incentivos positivos e negativos ao desenvolvimento urbano; V. O PCA no plano diretor estratégico de São Paulo; VI. Conclusões; VII. Referências bibliográficas.

**Resumo:** o presente artigo discute as diversas possibilidades de utilização do PCA na política de desenvolvimento urbano dos municípios brasileiros, especialmente abordando sua conceituação e utilização pela legislação urbanística paulistana. Nesta linha de ideias, após conceituar o PCA, classificando-o como bem jurídico dominical com funções urbanísticas e socioambientais, analisam-se as diversas hipóteses de contraprestação possíveis à sua disponibilização pelo município, com especial ênfase nas possibilidades de seu emprego na função de realizar incentivos positivos e negativos à política de desenvolvimento urbano municipal, veiculada no plano diretor, e da legislação urbanística dele decorrente. Em seguida, analisam-se sua conceituação e utilização na Lei Municipal de São Paulo n. 16.050, de 31 de julho de 2014 (Plano Diretor Estratégico), que detém uma série de instrumentos urbanísticos que utilizam o PCA em funções como as abordadas no estudo. Em conclusão, o artigo disserta sobre os desafios a se enfrentar na tarefa de tornar o PCA em instrumento que, de fato, realize funções urbanísticas que ultrapassem a mera instrumentação da outorga onerosa de direito de construir.

**Palavras-chave:** PCA. Plano diretor. Política de desenvolvimento urbano.

## I. Considerações preliminares – PCA

Em nosso país, a discussão sobre o tema do potencial construtivo adicional surgiu a partir da fixação do conceito do instituto do “solo criado”, desenvolvido a partir da década de 1970, destacando-se a importância do seminário promovido pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal (CEPAM), que deu origem à Carta de Embu, de dezembro de 1976.

A partir do reconhecimento de que as novas tecnologias edilícias proporcionam a criação de áreas adicionais de construção nos lotes urbanos, não apoiadas diretamente sobre solo natural, constatou-se a necessidade de que a legislação de uso do solo regulasse o tema: definiu-se a necessidade de que houvesse o controle da distribuição do potencial construtivo adicional pelos terrenos da cidade. A Carta de Embu trouxe algumas conclusões

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito do Estado. Membro da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP, consultor em Direito Urbanístico. Professor universitário e de escolas superiores e cursos especializados.

que hoje estão tão incorporadas ao universo jurídico que parecem evidentes. Contudo, não se deve perder de vista o caráter inovador das reflexões à época em que foram realizadas:

- a) é constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos;
- b) tal fixação não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos mediante legislação de zoneamento;
- c) toda edificação acima do coeficiente único é considerada “solo criado”, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo (Conclusão 1.2);
- d) é constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação deste solo que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado e, quando impossível a oferta destas áreas, sejam elas substituídas pelo seu equivalente econômico<sup>2</sup>.

A discussão sobre a Carta de Embu é importante para iniciar a abordagem de um tema essencial à compreensão do instrumental jurídico colocado à disposição da sociedade para a transformação e qualificação do tecido urbano: o instituto de direito urbanístico denominado “potencial construtivo adicional” (PCA).

Como sabido, as leis urbanísticas normalmente laboram com três modalidades de coeficientes de aproveitamento do lote: (i) o mínimo; (ii) o básico; e (iii) o máximo. O coeficiente de aproveitamento mínimo é o critério usado para apurar a não utilização ou subutilização da propriedade – o conceito tem raiz no art. 182, § 4º da Constituição Federal, tendo o art. 5º, § 1º, inc. I do Estatuto da Cidade esclarecido que o índice para aferição da subutilização do imóvel (como, de resto, para a própria aferição do cumprimento da função da propriedade em geral – art. 182, § 2º da Constituição Federal) é o plano diretor. O coeficiente de aproveitamento mínimo de um lote, em termos técnicos, é um índice que, multiplicado pelo tamanho do terreno, dirá quantos metros quadrados têm de ser edificados para que a propriedade seja considerada cumpridora da sua função social, nos termos da definição da propriedade urbanística definida pela lei municipal. O dever de edificar até o coeficiente de aproveitamento mínimo do terreno, destarte, constitui um dever do proprietário, imposto sob o fundamento de aplicação do princípio da função social da propriedade. A inação do proprietário pode resultar em sanções aplicáveis pelo Poder Público (especialmente relativas à tributação progressiva e obrigatoriedade do parcelamento), caso previstas no plano diretor ou em lei dele decorrente<sup>3</sup>. Portanto, o coeficiente de aproveitamento mínimo configura um dever, isto é, um *munus* advindo do domínio de terrenos urbanos para evidenciar a função social da propriedade.

O coeficiente de aproveitamento básico, por sua vez, é aquele incorporado à propriedade urbanística pela lei, e que pode ser atingido sem que a Administração Pública tenha que disponibilizá-lo ao interessado por ato administrativo, como na hipótese da

---

<sup>2</sup> Trata o documento, ainda, das situações de alienação da parcela não utilizável do direito de construir, e da transferência de potencial construtivo de imóveis tombados. A Carta de Embu está disponível em: <http://bit.ly/2R7GtA7>. Acesso em: 21 maio 2018.

<sup>3</sup> É possível que o coeficiente de aproveitamento mínimo possa ser equivalente a zero (ex.: em áreas de preservação permanente ou em áreas de incidência de limitações administrativas à edificação, como nas hipóteses de faixas de servidão de bens e serviços públicos, bens tombados e sua área envoltória), o que impede afirmar que sempre haverá a obrigação legal de construir algo em terreno urbano.

utilização mediante cobrança de outorga onerosa de potencial construtivo. O art. 28, § 2º do Estatuto da Cidade permite que haja mais de um coeficiente de aproveitamento básico no município – a depender, evidentemente, do planejamento urbanístico que deu suporte à edição da lei do plano diretor. O coeficiente de aproveitamento básico incorpora-se ao patrimônio de quem seja o proprietário do solo urbano, a partir da edição de lei urbanística (editada sob os fundamentos da razoabilidade, proporcionalidade e gestão democrática). Atendidas as demais disposições de aproveitamento do terreno, é oponível à Administração Pública, não podendo ser, ainda, suprimido por ato ou processo administrativo sem que haja a correspondente indenização.

Interessante verificar que uma reflexão sobre esse tema permite aproximar o conceito de coeficiente de aproveitamento básico do terreno com o “direito de construir” nos lotes urbanos. Em termos gerais, este é o ponto de contato entre a antiga doutrina civilista da propriedade imobiliária<sup>4</sup> urbana e o moderno conceito de propriedade urbanística, uma vez que este coeficiente de aproveitamento passa a integrar o rol dos direitos inerentes à propriedade do lote com a edição da lei urbanística, incorporando-se ao patrimônio do proprietário do terreno – ao menos até a edição da próxima lei conformadora da propriedade urbanística que o afete, não sendo possível, em princípio, alegar direito adquirido aos índices e parâmetros urbanísticos em tese usufruíveis nos terrenos.

O coeficiente de aproveitamento máximo de cada lote, por fim, nos termos do art. 28, § 3º do Estatuto da Cidade, também deve constar do plano diretor (ou de sua decorrente lei de zoneamento), e nada mais é que o limite de área edificável incorporável ao terreno<sup>5</sup>, acessível mediante atendimento das condicionantes urbanísticas.

Observa-se, em síntese, que o potencial construtivo de um terreno é a quantidade de metros quadrados edificáveis. Em princípio, o potencial construtivo é indicado pela multiplicação do coeficiente de aproveitamento pela área do terreno<sup>6</sup>. A lei urbanística, assim, ao distribuir os coeficientes de aproveitamento dos lotes no espaço urbano, define a capacidade edilícia dos terrenos do município, sendo certo que tal tarefa tem por escopo concretizar disposições essenciais do planejamento urbanístico que são alinhavadas na lei do plano diretor, que fixa as condições essenciais do aproveitamento do solo urbano.

A capacidade edilícia dos lotes urbanos, desta forma, apresenta-se como um elemento de suporte à implantação do plano diretor: o volume de potencial construtivo a ser utilizado no município deve ter como pressuposto de existência e condição necessária de utilização a sua utilidade no cumprimento da tarefa de implementação do planejamento urbanístico positivado por aquela lei ou por legislação dela decorrente. Todo potencial construtivo não distribuído aos lotes urbanos diretamente pela lei urbanística, dependendo assim

<sup>4</sup> Para todos, cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito predial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. 1 v.

<sup>5</sup> A técnica do urbanismo permite uma certa gama de variações sobre o conceito de área edificável. Assim, por exemplo, no município de São Paulo existe a noção de “área computável”, que é aquela que efetivamente entrará no cálculo de metros quadrados utilizados na edificação. Com efeito, na Lei n. 16.050/2014 – Plano diretor estratégico do município de São Paulo – a “área construída computável” é definida como a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação, que são consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento (conforme “Quadro 1: Definições” dessa Lei). Assim, é possível haver área construída que não seja considerada no cálculo do coeficiente de aproveitamento do terreno, sendo certo que a opção da legislação pode ter finalidades variadas, como caracterização do padrão urbanístico-edilício do município ou viabilização da sua política de desenvolvimento urbano.

<sup>6</sup> Como também é cediço, há outros parâmetros urbanísticos que poderão influenciar no cálculo do efetivo potencial construtivo do lote.

de ato administrativo do Poder Público para sua incorporação à propriedade imobiliária urbana, será considerado PCA.

## II. O bem jurídico PCA

O potencial construtivo pode ser analisado sob a ótica do conceito de bem jurídico. A partir desta interpretação, este instituto se apresenta como coisa imaterial, que tem valor econômico e que pode servir de objeto a uma relação jurídica patrimonial distinta do direito de propriedade, caracterizando-se como bem civil<sup>7</sup>.

É útil relembrar que, para ser considerado objeto do Direito, qualquer bem jurídico necessita reunir os seguintes pressupostos: a) ser representado por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico; b) ser suscetível de gestão econômica, constituindo uma entidade capaz de ser objeto de relações jurídicas próprias; e c) ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular<sup>8</sup>.

O potencial construtivo é objeto de diversas transações econômicas – logo, possui valor econômico. Da mesma forma, é suscetível de gestão econômica, pois é apto a ser objeto de negócios jurídicos, como a aquisição, mediante outorga onerosa ou qualquer outra forma de contrapartida financeiramente equivalente (como a prestação de atividades urbanísticas) ou a conversão mediante a utilização dos CEPAC. A capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular consiste na criação de um direito de propriedade autônomo sobre o direito de construir, transformando-o em objeto distinto do terreno. O fundamento de tal concepção é simples:

*o termo “propriedade” designa um tipo de relação jurídica que pode ter por objeto qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de valoração econômica. Não se confunde com o conceito de ‘domínio’, que sempre tem por objeto um imóvel<sup>9</sup>.*

Uma vez caracterizado como uma espécie de bem civil, verifica-se que o PCA em abstrato, não vinculado a um lote, é de domínio público. De acordo com o art. 98 do Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Os bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, que pertençam a qualquer título, às pessoas jurídicas de direito público – tais bens configuram o denominado patrimônio público<sup>10</sup>.

A Constituição Federal determina que o município legisle sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) e execute a política de desenvolvimento urbano, que terá por instrumento básico o plano diretor (art. 182, caput e inc. I). O plano diretor tem por função positivar as disposições e instrumentos para a implantação da política de desenvolvimento urbano, e qualifica as diferentes porções territoriais do município, conferindo-lhes

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 535.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das coisas*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 23.

<sup>9</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 236.

<sup>10</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 570.

diferentes coeficientes de aproveitamento. Cria e distribui, desta forma, o potencial construtivo dos diferentes lotes urbanos, conferindo-lhes o atributo da edificabilidade de acordo com o planejamento urbanístico anteriormente entabulado. O município também reserva para si um certo volume de PCA, para comercialização mediante outorga onerosa, conversão de CEPAC ou qualquer outra forma franqueada pela sua legislação. Evidencia-se, desse modo, que o município tem à disposição um bem jurídico – trata-se originalmente, pois, de um bem público municipal.

Os bens públicos, por sua vez, são classificáveis, nos termos do art. 99 do Código Civil, utilizando-se de sua destinação. Desta forma, tais serão: os (a) bens de uso comum do povo, de uso indistinto das pessoas (ruas, mares, praias etc.); (b) bens de uso especial, caracterizados como edifícios ou terrenos afetados a um serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e (c) bens dominicais (ou dominiais), que integram o patrimônio do Estado, sem destinação pública específica.

O critério da classificação do diploma civilista é a destinação destes bens, comumente identificada como sua afetação. Para Di Pietro, é possível dividir estas modalidades de bens públicos arroladas pelo Código Civil em duas categorias: os bens de domínio público do Estado, abrangendo os bens de uso comum e de uso especial, e os bens de domínio privado do Estado, correspondentes aos bens dominicais<sup>11</sup> – somente estes últimos, nos termos do art. 100 do diploma civil, alienáveis. Alerta Marques Neto, entretanto, que não é correto dizer que tais categorias sejam estanques, perfeitamente apartadas. Segundo o autor, “o que há são usos, predadores de utilidades com características distintas, e que recaem sobre o patrimônio público”<sup>12</sup>, sendo certo que a afetação é uma decorrência do princípio da função (a consagração do bem a uma função estatal)<sup>13</sup>.

Ao cotejar a classificação trazida pela lei civil com o seu regime jurídico, observa-se, de fato, que o potencial construtivo não perde, em momento algum, sua função urbanística. Esta condição, contudo, não significa que ele esteja afetado, nos termos propostos pela classificação do Código Civil, a um uso comum ou especial – o que, como visto, impediria sua comercialização –, haja vista o conceito de “uso” não se confundir com o de “função”. Aponte-se, neste passo, que a titularidade deste bem jurídico não afeta sua função: de fato, assim que distribuído pela lei urbanística aos lotes e glebas,

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 744-745. Os bens de domínio público do Estado, ainda segundo a autora, são “o conjunto de coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer ao seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum” (Ibidem, p. 746).

<sup>12</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 201.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 284-285. É preciso lembrar o alertado por Di Pietro: mesmo os bens públicos estão sujeitos ao cumprimento de sua função social, e se aos bens afetados ao uso coletivo e da própria Administração Pública esta condição demanda que ao uso principal do bem sejam acrescidos tantos outros – públicos ou privados, desde que não prejudiquem sua finalidade – afetado, aos bens dominicais se exige que o Poder Público garanta a sua utilização por forma que atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, tendo tal dever o correspondente direito dos cidadãos de exigir tal aproveitamento, até mesmo por via judicial. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Função social da propriedade pública*. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 872.) No mesmo sentido, Marques Neto esclarece: “Refutamos, então, o entendimento de que o bem público cumpre sua função social pelo simples fato de ser de domínio do ente de direito público”. As razões a tanto: a utilidade do bem deve ser a melhor que a dele se possa extrair, a ociosidade do bem labora contra o dever estatal de atender à demanda social pelo aproveitamento das propriedades imobiliárias e é necessário permitir a rentabilização de tais bens em prol do erário. (MARQUES NETO, op. cit., p. 397-398).

ou alienado a um particular como PCA, este perde a condição de bem público e passa à categoria de bem privado, sem que com isso se dispa de sua função urbanística.

Ainda sob a ótica da lei civil, é possível avaliar o potencial construtivo tendo por base a classificação de bens corpóreos ou incorpóreos. Os primeiros são os que têm existência material, como um imóvel; os segundos não têm existência tangível, sendo relativos a direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos do intelecto ou sobre outra pessoa, apresentando valor econômico, como os direitos obrigacionais e autorais. O potencial construtivo, destarte, apresenta-se como um bem incorpóreo, consistindo em uma potencialidade edilícia dos lotes urbanos, não se confundindo com a edificação efetivamente realizada<sup>14</sup>.

Outra classificação aplicável aos bens jurídicos, desta feita reciprocamente considerados, é a de bens principais e acessórios. Os bens jurídicos principais são os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independentemente de outra, sendo os acessórios aqueles que supõem, para existir juridicamente, um bem principal<sup>15</sup>. Verifica-se, por todo o já exposto, que o potencial construtivo pode ser classificado, a depender da situação como bem jurídico principal ou acessório, haja vista sua capacidade de ser objeto de negócios jurídicos sem necessitar de outro bem, identificável como bem principal, para tanto.

De fato, o PCA integrável aos terrenos mediante simples outorga onerosa pode ser considerado um bem acessório ao imóvel<sup>16</sup>, parecendo ser razoável concluir, por outro lado, que nas hipóteses em que este bem jurídico não refere diretamente ao lote, podendo inclusive seu *quantum* incorporado ao terreno ser variável em seu volume mínimo e máximo, este deve ser considerado bem principal, independentemente de posterior acessão a um específico terreno em virtude da sua incorporação<sup>17</sup>.

É preciso ponderar, de outra arte, que a distribuição e utilização do PCA estabelece verdadeiro ponto de intersecção entre o direito urbanístico e o direito ambiental: ambos têm por objeto propiciar melhores condições de vida ao homem e à comunidade regulando o modo de uso e ocupação do território, sendo a edificabilidade nos terrenos urbanos condição essencial para tanto<sup>18</sup>. No que toca ao potencial construtivo, a questão é como conciliar o interesse econômico da exploração desta característica das propriedades

<sup>14</sup> No caso dos CEPAC, emitidos no âmbito de uma operação urbana consorciada, é possível identificar um caráter corpóreo, correspondente ao próprio título mobiliário, que pode apresentar materialidade física. São, contudo, duas realidades jurídicas distintas: o potencial construtivo, que será utilizado mediante a conversão dos CEPAC e o próprio título mobiliário, que constitui o instrumento para viabilizar os diversos negócios jurídicos pertinentes.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 536.

<sup>16</sup> Há um limite legal de PCA, em metros quadrados, incorporável ao terreno mediante simples outorga onerosa, e tal volume depende do bem principal para existir enquanto realidade jurídica e, eventualmente, física.

<sup>17</sup> A “acessão” (art. 1.248 do Código Civil), convém relembra, constitui um modo de aquisição da propriedade pelo qual pertence ao proprietário tudo o que se une e se incorpora ao bem. Esta incorporação à propriedade pode ser natural (quando resultante de evento natural) ou artificial (quando surgida de ato consciente praticado pelo ser humano). A lei urbanística qualifica a propriedade urbana atribuindo-lhe tal edificabilidade – logo, o potencial construtivo originalmente conferido a tal propriedade urbanística até o seu coeficiente básico não pode ser qualificado como acessão pelo simples motivo de que não há que se fale em incorporação de algo a um bem ainda não definido, não conformado juridicamente em todos os seus elementos. A vinculação do PCA ao lote, por sua vez, parece caracterizar o instituto civil.

<sup>18</sup> Para Silva, a “qualidade do meio ambiente urbano constitui, mesmo, um ponto de convergência da qualidade do meio ambiente natural (água, ar e outros recursos naturais) e da qualidade do meio ambiente artificial (histórico-cultural), pois a qualidade de vida das pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto suceda nos meios, natural e obra do Homem, que se acham diretamente inter-relacionados”. (SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 239).

urbanísticas (públicas ou privadas) com o interesse social na preservação e defesa do meio ambiente urbano, especialmente considerando a determinação constitucional de 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 (art. 225 da Constituição Federal).*

Nesta linha de ideias, observa-se que os bens jurídicos referentes às atividades urbanísticas detêm valor difuso, protegidos por um arcabouço jurídico que tem por escopo assegurar interesses transindividuais (como o do meio ambiente urbano saudável ou das funções sociais da cidade), independentemente de serem classificados como públicos ou privados. Por tal razão, os direitos decorrentes de tais bens jurídicos deverão contemplar tanto os elementos inerentes ao domínio privado quanto o interesse público, coletivo ou difuso nela existente. Esta relação de direito entre bens jurídicos com o Estado e os particulares dá margem à idealização de uma nova categoria de bens, denominada “bens de interesse público”, ou “bens socioambientais”<sup>19</sup>.

Ensina SOUZA FILHO que sobre estes bens nasce um novo direito, que se sobrepõe ao antigo direito já existente, sendo certo que

*o bem como que se divide em um lado material, físico, que pode ser aproveitado pelo exercício de um direito individual, e outro, imaterial, que é aproveitado por toda a coletividade, de forma difusa, que passa a ter direitos ou no mínimo interesse sobre ela. Como estas partes ou lados são inseparáveis, os direitos ou interesses coletivos sobre uma delas necessariamente se comunicam à outra<sup>20</sup>.*

O potencial construtivo em solo urbano insere-se nesta categoria de bens jurídicos socioambientais, ainda que tal reconhecimento não exclua quaisquer outros elementos de sua caracterização – ao contrário, agrega especial valor ao seu regime jurídico. Neste passo, o potencial construtivo terá especial regência no que toca aos requisitos e condições de sua criação, bem como no que se refere à sua distribuição aos lotes urbanos e, finalmente, à sua utilização, independentemente de sua titularidade. A peculiaridade de tal regência se deve à sua função social diferenciada, bem como à conjugação dos direitos dos proprietários do solo urbano com os direitos da coletividade em sua utilização. A sua classificação como bem socioambiental, por fim, permite ultrapassar eventuais perplexidades advindas de exclusiva utilização dos critérios clássicos extraídos do direito civil, otimizando sua utilização pelos diversos instrumentos jurídico-urbanísticos, permitindo, assim, aos municípios a elaboração de projetos urbanísticos diretamente referenciados à sua realidade.

O potencial construtivo, destarte, pode ser classificado como bem jurídico civil incorporado com funções urbanísticas e socioambientais. Poderá ser de domínio público ou privado, bem como se caracterizar como bem principal ou acessório, sem, contudo,

<sup>19</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22-23.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 23.

em momento algum perder sua função de interesse público, de caráter difuso. O PCA, por sua vez, conforme exposto, é bem jurídico dominical, de titularidade do município, sendo alienável para fins de implantar a política de desenvolvimento urbano positivada no plano diretor e na legislação deste decorrente. Nesta linha de ideias, o município de São Paulo, em seu Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal n. 16.050, de 31 de julho de 2014), deu contribuição relevante para a consolidação do conceito da natureza jurídica do PCA: em seu art. 116, dispõe que “o PCA é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais”. O tema será abordado com mais vagar adiante.

### III. Contraprestação do particular ao PCA

Ainda preliminarmente à discussão central deste artigo, mostra-se relevante debater acerca da natureza jurídica da contraprestação pecuniária referente à aquisição do PCA. Sobre este tema, importante marco foi o julgamento do Recurso Extraordinário 387.047-5/SC (julgado em 06/03/2008)<sup>21</sup>. O relator da decisão, Min. Eros Roberto Grau, signatário da Carta de Embu, entende que o pagamento pelo PCA é um ônus, isto é, uma contraprestação que se origina pela exclusiva vontade das partes contratantes, não havendo, assim, que se falar em obrigação. Assim, caso o proprietário não adquira o PCA, ficará impossibilitado de construir. A ementa do referido julgado é bastante ilustrativa:

*Ementa: Recurso Extraordinário. Lei 3.338/1989 do Município de Florianópolis/SC. Solo criado. Não configuração como tributo. Outorga onerosa do direito de criar solo. Distinção entre ônus, dever e obrigação. Função social da propriedade. Artigos 182 e 170, III da Constituição do Brasil. 1. Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. 2. Outorga onerosa do direito de criar solo. Prestação de dar cuja satisfação afasta obstáculo ao exercício, por quem a presta, de determinada faculdade. Ato necessário. Ônus. Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário. 3. Ônus do proprietário de imóvel urbano. Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III, da CB]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido (grifo nosso).*

<sup>21</sup> Disponível em: <http://bit.ly/2Djpt1B>. Acesso em: 1 jun. 2018.

A tese vencedora parece ser absolutamente compatível com a caracterização da propriedade urbanística exposta neste estudo, uma vez que reconhece a faculdade do proprietário adquirir ou não o PCA – caso não haja a aquisição, não haverá qualquer sanção a si impositivo; caso haja, a natureza jurídica da contraprestação ofertada será a de ônus.

É preciso ponderar, ainda, que a classificação jurídica da contrapartida devida pela aquisição e utilização do PCA como ônus ilustra de maneira bastante adequada as próprias funções socioambientais referentes à cobrança de numerário por este bem jurídico: os valores são devidos como contribuição daquele que especialmente explora a propriedade imobiliária utilizando o PCA (bem dominical do município) tanto em função da necessidade de proporcionar a mitigação da carga urbanística advinda do adensamento construtivo e populacional esperado em função da implantação do empreendimento, como em razão de proporcionar-se a equitativa distribuição da valorização imobiliária capturada pelo empreendedor, que explora empresarialmente este bem jurídico municipal colocado à sua disposição<sup>22</sup>.

O Estatuto da Cidade, ainda, abre a possibilidade de que a outorga onerosa do PCA tenha como contraprestação não somente o pagamento em dinheiro, mas também outras formas de adimplemento por parte dos proprietários. O primeiro substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 189/1989, que deu origem ao diploma<sup>23</sup>, previa expressamente quatro hipóteses de contrapartida – ativos financeiros, bens imóveis, execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento municipal<sup>24</sup> e créditos relativos à indenização não pagas pelo município. A retirada destas possibilidades pelo legislador, até mesmo pela final redação do dispositivo, não teve por consequência impossibilitar a distribuição do PCA por outro meio que não o pecuniário, mas sim fornecer aos municípios amplas possibilidades de regular a matéria<sup>25</sup>, adequando mais perfeitamente a metodologia de tal distribuição às suas necessidades e possibilidades de gestão. Este ponto merece destaque: caberá ao município, por intermédio de projetos urbanísticos que observem as disposições gerais do plano diretor, definir como (em termos de volume e qualidade) distribuirá o PCA nos lotes urbanos, bem como o modo pelo qual os interessados poderão acessá-lo.

<sup>22</sup> Contra esta interpretação, considerando a natureza da contrapartida pela disponibilização do PCA como taxa de polícia, cf.: ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Do solo criado: outorga onerosa do Direito de construir*: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 125 et seq.

<sup>23</sup> Projeto de Lei do Senado n. 181/1989, de autoria do Sen. Pompeu de Souza (Projeto de Lei n. 5788/90, na Câmara dos Deputados). O substitutivo citado é de autoria do Dep. Pauderney Avelino, já no ano de 1997. A redação original do atual art. 30 era a seguinte: “Art. 21. O Poder Público municipal poderá receber em pagamento da outorga onerosa do direito de construir: I – ativos financeiros; II – imóveis; III – a execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano do Município, mediante autorização da Câmara de Vereadores.” Processo digitalizado. Disponível em: <http://bit.ly/35Gvxxi>. Acesso em: 1 jun. 2018.

<sup>24</sup> No município de São Paulo, nas origens da utilização do instrumento urbanístico da operação urbana (Lei n. 11.774, de 18 de maio de 1995 – Operação Urbana Água Branca), previa-se a possibilidade de contrapartida em obras públicas “vinculadas aos objetivos da operação urbana” por parte dos interessados em obter os benefícios da lei (art. 11, § 2º, inc. III). A medida, todavia, mostrou-se de problemática execução, especialmente em razão da dificuldade em avaliar-se tanto orçamentariamente como financeiramente o valor das obras de engenharia civil realizadas como contrapartida aos benefícios urbanísticos auferidos pelos aderentes ao regime jurídico da operação urbana. A possibilidade de contraprestação desta natureza, talvez em razão dos problemas e questões suscitadas, acabou abandonada pelo município de São Paulo em suas legislações posteriores.

<sup>25</sup> Conforme MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 244-245.

#### **IV. Potencial construtivo e os incentivos positivos e negativos ao desenvolvimento urbano**

Dos elementos expostos, já é possível vislumbrar as oportunidades de utilização do potencial construtivo dos lotes urbanos como elemento fundamental no desenvolvimento de planos e projetos urbanísticos. Ao município cabe mais do que legislar sobre o volume de potencial construtivo disponível para aquisição mediante instrumentos como a outorga onerosa do direito de construir, e tendo em vista uma política pública previamente estipulada e mediante regras objetivamente estabelecidas, cogitar medidas como a variação do preço necessário para aquisição de tal bem jurídico em função de planos e projetos urbanos, bem como, com o mesmo fundamento, fixação de condições específicas para sua obtenção e utilização.

Destaque-se, neste passo, que em sua gênese o “solo criado” detinha um caráter eminentemente redistributivo, isto é, mostrava-se como uma ferramenta que tinha por desiderato compensar a sociedade pela exploração extraordinária das infraestruturas urbanas por parte dos empreendedores que nele edificavam: o pagamento do “direito de construir” seria utilizado para investimentos em novas infraestruturas urbanas ou para ações voltadas ao atendimento habitacional de famílias de baixa renda.

Atualmente, é de conhecimento técnico estabelecido que o custo final dos empreendimentos imobiliários leva em consideração elementos como o preço do terreno onde está localizado (incluindo-se, neste preço, seu coeficiente de aproveitamento e a viabilidade de sua exploração em razão dos usos admitidos, matéria típica de legislação urbanística), o seu mercado consumidor e o custo de sua construção. Nestes custos, além dos materiais utilizados na obra, do pagamento dos trabalhadores e do preço do terreno, inclui-se o valor do PCA. No que toca a este elemento dos custos dos empreendimentos, se é certo que o valor de um terreno urbano é conferido por seus atributos de localização – atributos adquiridos a partir do trabalho conjunto de toda a sociedade, num processo contínuo de desenvolvimento urbano, refletido na conformação da propriedade urbanística conferida pela lei –, o valor financeiro do PCA deste terreno pode e deve ser arbitrado pelo Poder Público com a finalidade de implantar o planejamento urbanístico, e não somente de auferir receitas para redistribuição de investimentos no tecido urbano.

Assim, como exemplos de aplicação urbanística do PCA, poderiam ser definidos valores menores que os ordinariamente praticados, ou mesmo isenção de contrapartida financeira, para a outorga de potencial construtivo para determinadas tipologias habitacionais (como as habitações de interesse social), usos específicos (comércios de determinada atividade, serviços que necessitem de mão de obra intensiva), para equipamentos de infraestrutura urbana (hospitais, terminais de logística) etc.

Da mesma forma, ao revés, mostra-se lícito (desde que aderente ao planejamento urbanístico, sempre é útil destacar) aumentar os valores referentes a outorga onerosa com a finalidade contrária, isto é, como medida de incentivo negativo a determinados tipos de ocupação dos lotes. É possível, ainda, como já apontado alhures, vislumbrar-se modos diferenciados para a distribuição do PCA aos interessados, vinculando-se tal medida à realização de atividades urbanísticas<sup>26</sup> indicadas pelo Poder Público, inclusive

---

<sup>26</sup> As atividades urbanísticas se destinam a realizar todas as ações destinadas a realizar o urbanismo e a urbanificação (entendida como a correção da urbanização). Estas atividades, no entendimento de Libório, podem ser divididas em etapas: plano

prevendo-se a oportunidade de utilização excepcional deste bem jurídico na hipótese de realização de especiais contrapartidas urbanísticas, adoção de determinadas tipologias edilícias, adoção de construções com certificação de sustentabilidade etc. Como exemplo de utilização desta nova concepção, é possível destacar algumas disposições previstas na legislação paulistana, especialmente na Lei Municipal n. 16.050/2014, o Plano Diretor Estratégico – PDE.

## V. O PCA no Plano Diretor Estratégico de São Paulo

O PDE do município de São Paulo apresenta um conjunto de medidas, estratégias e diretrizes que objetivam a ordenação da transformação e o reequilíbrio das dinâmicas da cidade. Para tanto, enuncia tal diploma legal que adota política urbana que pretende se consubstanciar na “defesa de um projeto de cidade democrática, inclusiva, ambientalmente responsável, produtiva e, sobretudo, com qualidade de vida”<sup>27</sup>.

O PCA, por sua vez, é considerado como elemento indispensável ao cumprimento de tais elevadas disposições. A formulação e implantação da política de desenvolvimento urbano do município de São Paulo, nesta linha de ideias, parte do pressuposto da disponibilidade deste bem jurídico a esta finalidade. Comprova tal assertiva o já mencionado art. 116, dos quais destacam-se as seguintes disposições, ora comentadas no art. 116: “O PCA é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais”.

Neste ponto, o PDE estatui, de maneira inequívoca, sua visão sobre o que é e o que se pretende pela utilização do PCA. De forma bastante didática, sintetiza a moderna doutrina sobre o tema, e positiva o fundamento da visão estratégica sobre seu uso. § 1º: “Considera-se PCA o correspondente à diferença entre o potencial construtivo utilizado e o potencial construtivo básico”.

Novamente na busca pela estipulação didática de seus conceitos, o PDE oferece um método para identificar o que, na legislação municipal, pode ser considerado “PCA”. Em que pese nesta tarefa ter pecado em termos técnicos (afinal, em regra é possível construir abaixo do potencial construtivo básico e mais que o potencial construtivo mínimo, e este potencial construtivo não será “adicional”), o texto legal informa, de qualquer maneira, que as edificações que consumirem potencial construtivo acima do básico utilizarão o PCA.

*§ 2º Para o cálculo do PCA deverão ser utilizados:*

*I – o coeficiente de aproveitamento básico 1 (um) estabelecido nos Quadros 2 e 2A desta lei;*

*II – o coeficiente de aproveitamento máximo 4 (quatro) estabelecido no Quadro 2 desta lei para as áreas de influência dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana, os perímetros de incentivo ao desenvolvimento econômico Jacu-Pêssego e Cupecê, observado o parágrafo único do art. 362 desta lei;*

*III – o coeficiente de aproveitamento máximo 4 (quatro) estabelecido para as ZEIS 2, ZEIS 3 e ZEIS 5;*

urbanístico, elaboração de normas jurídicas específicas, execução da atividade urbanística e, dentro da execução, a utilização dos instrumentos urbanísticos. (LIBÓRIO, Daniela Campos. *Elementos de Direito Urbanístico*. São Paulo: Manole, 2004. p. 62).

<sup>27</sup> Texto da Lei n° 16.050/2014 ilustrado. Disponível em: <http://bit.ly/34tdvhE>. Acesso em: 1 jun. 2018.

*IV – o coeficiente de aproveitamento máximo fixado nas leis de operações urbanas em vigor;*  
*V – o coeficiente de aproveitamento máximo 2 (dois) para as áreas não relacionadas nos incisos II e III, estabelecido segundo cada macroárea no Quadro 2A desta lei, exceto nas zonas onde a Lei nº 13.885, de 25 de agosto de 2004, fixou índices menores;*  
*VI – o coeficiente de aproveitamento máximo definido pelas leis especiais relacionadas no art. 369 desta lei;*  
*VII – o coeficiente de aproveitamento resultante da aplicação da cota de solidariedade.*

Nestes incisos, o PDE estipula o coeficiente de aproveitamento 1,0 como o ponto de partida para a compreensão da regulação urbanística da ocupação do solo no município de São Paulo. A adoção de tal premissa permite ao Poder Público organizar seu marco regulatório de modo mais isonômico, e possibilita interpretar o plano urbanístico por si veiculado de maneira mais clara: estipula um PCA mais intenso para as áreas dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana (basicamente, as áreas envoltórias de grandes vias e de estações de transporte coletivo). Determina, também, o atendimento à legislação especial já veiculada por leis de operação urbana em vigor (atentando-se, assim, à pactuação já estabelecida com o setor privado), especiais condições de ocupação do solo pelas Zonas Especiais de Interesse Social e para edificações que utilizam a Cota de Solidariedade (também pertinente à política habitacional de baixa renda).

*§ 3º Leis específicas que criarem novas Operações Urbanas Consorciadas e Áreas de Intervenção Urbana poderão fixar coeficientes de aproveitamento máximo distintos dos limites estabelecidos nesta lei mediante Projeto de Intervenção Urbana, mantendo o coeficiente de aproveitamento básico 1 (um).*

O § 3º do art. 116 traz duas informações importantes: a primeira, de que leis específicas que criarem novas operações urbanas consorciadas<sup>28</sup> e áreas de intervenção urbana<sup>29</sup>, que terão ampla disponibilidade de manuseio do PCA, poderão criar coeficientes

<sup>28</sup> Sobre o regime jurídico das operações urbanas consorciadas, destacam-se, no PDE: “Art. 137 A Prefeitura poderá realizar Operações Urbanas consorciadas, de acordo com a Lei Federal nº 10.257, de 2001, com o objetivo de promover, em um determinado perímetro, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, previstas no Projeto de Intervenção Urbanística elaborado para a área. [...] Art. 139 A lei específica que regulamentar cada Operação Urbana Consorciada poderá prever, mediante contrapartida: I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias; II – formas de regularização de edificações executadas em desacordo com a legislação vigente. [...] Art. 141 A lei específica que regulamentar cada Operação Urbana Consorciada deve atender aos objetivos e diretrizes estabelecidos nesta lei e conter no mínimo: [...] IV – plano urbanístico; V – programa básico de intervenções urbanas articulado com as finalidades da Operação Urbana Consorciada e com o seu plano urbanístico; [...] XII – contrapartidas a serem exigidas dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função dos benefícios recebidos; XIII – estoques de PCA.”

<sup>29</sup> Sobre o regime jurídico das áreas de intervenção urbana, destacam-se, no PDE: Art. 145 As áreas de intervenção urbana são porções de território definidas em lei destinadas à reestruturação, transformação, recuperação e melhoria ambiental de setores urbanos com efeitos positivos na qualidade de vida, no atendimento às necessidades sociais, na efetivação de direitos sociais e na promoção do desenvolvimento econômico, previstas no Projeto de Intervenção Urbanística elaborado para a área. [...] § 3º As leis específicas que regulamentarão as áreas de intervenção urbana conterão, no mínimo: [...] II – Projeto de Intervenção Urbana, com a definição das intervenções propostas que atendam as demandas sociais e equacionem os problemas urbanísticos existentes ou decorrentes da implantação de novas infraestruturas, respeitando e integrando as áreas de valor histórico, cultural e ambiental; III – parâmetros específicos para o controle do uso e ocupação do solo no perímetro da

de aproveitamento máximo distintos dos expostos no PDE – em leitura *contrario sensu*, o coeficiente de aproveitamento básico não será alterado em hipótese alguma pela novel legislação –; a segunda, que tais leis específicas deverão ser editadas em função de um certo “Projeto de Intervenção Urbana”.

Sobre este aspecto, o PDE, em sua Seção III, traz uma listagem de instrumentos de ordenamento e reestruturação urbana, na qual se inserem os Projetos de Intervenção Urbana (PIU). Nos termos do art. 136 do PDE, os PIU “objetivam subsidiar e apresentar propostas de transformações urbanísticas, econômicas e ambientais” para perímetros de áreas definidas do território, com a finalidade de alterar o meio ambiente urbano ou de, ao menos, promover a melhoria de qualidade da sua ocupação. Extraí-se, também, do referido dispositivo, que os PIU deverão “indicar os objetivos prioritários da intervenção e as propostas relativas a aspectos urbanísticos, ambientais, sociais, econômico-financeiro e de gestão democrática” – importante destacar, sob este aspecto, que estas disposições devem refletir o desejo do Poder Público de tornar efetiva aquela política urbana delineada pelo PDE. Os PIU, por fim, poderão ser elaborados e implantados utilizando-se quaisquer instrumentos de política urbana e de gestão ambiental previstos no PDE, além de outros deles decorrentes (art. 148 do PDE).

Extraí-se da leitura do marco normativo básico dos PIU<sup>30</sup> que tais se constituem como a reunião dos estudos técnicos necessários para a promoção de desenvolvimento urbano em áreas com potencial de transformação no município de São Paulo, tendo como produto – no momento de sua conclusão – um programa de intervenções, uma proposta de viabilização de seus desideratos (sob o ponto de vista do caráter econômico-financeiro) e uma propositura de gestão democrática. Os PIU se apresentam como método de elaboração de projetos urbanísticos capaz de compreender as particularidades das diversas porções do território sob as diretrizes delineadas pelo PDE, vinculando-se, a partir da revelação daquilo que é útil à determinada dinâmica do território, a regulação jurídico-urbanística necessária à sua transformação ou qualificação, em um desenvolvimento concomitante ao processo de planejamento urbano e ao subsistema de direito urbanístico do município.

Importante destacar que os PIU permitem que a identificação do instrumento jurídico-urbanístico ocorra posteriormente à realização do projeto urbanístico, ou seja, afirma-se a possibilidade de que o instrumento jurídico-urbanístico a ser aplicado no caso concreto seja a resposta mais eficiente (em termos jurídicos) no tocante às necessidades específicas do território a transformar ou qualificar. Mais que isso, a legislação paulistana vincula a concessão de excepcionalidades em índices urbanísticos (especialmente os coeficientes de aproveitamento dos lotes) ao suporte material de tal exceção indicada nos PIU (cf. art. 155 da Lei n. 16.402, de 22 de março de 2016, a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo do Município de São Paulo – LPUOS).

---

área de intervenção urbana; [...] § 5º As leis específicas que regulamentarão as Áreas de Intervenção Urbana poderão definir: I – valor específico para a outorga onerosa do direito de construir, mediante Fp e Fs próprios; II – possibilidade de realização de leilão de outorga onerosa do direito de construir; III – conta segregada no Fundo de Desenvolvimento Urbano – FUNDURB para vincular o investimento do valor arrecadado nos perímetros de abrangência e expandido; [...] Art. 147 Cada Área de Intervenção Urbana poderá prever a quantidade de PCA utilizável em seu perímetro de intervenção, com base na estrutura, forma, paisagem, características e funções urbanas previstas para o local bem como nos parâmetros de uso, ocupação, parcelamento e edificação propostos”.

<sup>30</sup> O Decreto nº 56.901/2016 regulamentou a metodologia básica para a elaboração dos projetos de intervenção urbana no município de São Paulo.

Ainda no tocante aos incentivos urbanísticos utilizando-se o PCA, o PDE prevê as seguintes disposições para a denominada Cota de Solidariedade:

*Art. 112. Os empreendimentos com área construída computável superior a 20.000m<sup>2</sup> (vinte mil metros quadrados) ficam obrigados a destinar 10% (dez por cento) da área construída computável para Habitação de Interesse Social, voltada a atender famílias com renda até 6 (seis) salários mínimos, de acordo com regulamentação definida nesta lei.*

*§ 1º A área construída destinada à Habitação de Interesse Social no empreendimento referido no “caput” desse artigo será considerada não computável.*

*[...]*

*§ 3º Atendida a exigência estabelecida no “caput”, inclusive pelas alternativas previstas no § 2º, o empreendimento poderá beneficiar-se de acréscimo de 10% (dez por cento) na área computável, obtida mediante o pagamento da outorga onerosa.*

Como se observa, o PCA é utilizado em dois momentos neste instrumento de promoção de produção de habitações de interesse social: em primeiro lugar, as unidades construídas em atenção à Cota de Solidariedade não consumirão potencial construtivo da edificação, sendo consideradas áreas não computáveis<sup>31</sup> (art. 112, § 1º); em segundo lugar, além do acréscimo de até 10% de área não computável na edificação em habitação de interesse social, o incorporador ainda poderá usufruir de acréscimo de 10% no total de área construída computável do imóvel, aumentando sua capacidade de exploração econômica (art. 112, § 3º).

Como derradeiros exemplos, cabe destacar que a LPUOS traz, também, incentivos destinados à promoção de uma tipologia de edificações que sejam coerentes com as propostas de desenvolvimento urbano veiculadas pelo PDE. Nesta linha de ideias, é possível colacionar dispositivos como os seguintes:

*Art. 62. São consideradas áreas não computáveis:*

*I – nas ZEU, ZEUA, ZEUP, ZEUPa, ZEM e ZEMP<sup>32</sup>, as áreas cobertas, em qualquer pavimento, ocupadas por circulação, manobra e estacionamento de veículos, desde que o número de vagas, exceto as especiais, motocicletas e bicicletas, não ultrapasse:*

<sup>31</sup> No município de São Paulo, “área computável” é aquela que efetivamente entrará no cálculo de metros quadrados utilizados na edificação. Com efeito, para o PDE a “área construída computável” é definida como a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação, que são consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento (Quadro 1 – Definições). Assim, é possível haver área construída que não seja considerada no cálculo do coeficiente de aproveitamento do terreno, sendo certo que a opção da legislação pode ter finalidades variadas, como caracterização do padrão urbanístico-edilício do município ou viabilização da sua política de desenvolvimento urbano.

<sup>32</sup> Na LPUOS: “Art. 7º As Zonas Eixo de Estruturação da Transformação Urbana (ZEU) são porções do território destinadas a promover usos residenciais e não residenciais com densidades demográfica e construtiva altas e promover a qualificação paisagística e dos espaços públicos de modo articulado com o sistema de transporte público coletivo, subdivididas em: I – Zona Eixo de Estruturação da Transformação Urbana (ZEU): zonas inseridas na Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana, com parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo compatíveis com as diretrizes da referida macrozona; II – Zona Eixo de Estruturação da Transformação Urbana Ambiental (ZEUA): zonas inseridas na Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental, com parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo compatíveis com as diretrizes da referida macrozona;

a) nos usos residenciais, 1 (uma) vaga por unidade habitacional, desde que observada a cota de garagem máxima igual a 32m<sup>2</sup> (trinta e dois metros quadrados) por vaga;

b) nos usos não residenciais, 1 (uma) vaga para cada 70m<sup>2</sup> (setenta metros quadrados) de área construída computável, excluídas as áreas ocupadas por circulação, manobra e estacionamento de veículos, desprezadas as frações, desde que observada a cota de garagem máxima igual a 32m<sup>2</sup> (trinta e dois metros quadrados) por vaga;

[...]

VII – as áreas construídas no nível da rua com fachada ativa mínima de 25% (vinte e cinco por cento) em cada uma das testadas e de no mínimo 3m (três metros) de extensão, destinadas a usos classificados na categoria não residencial que sejam permitidos nas respectivas zonas, até o limite de:

a) 50% (cinquenta por cento) da área do lote nas ZEU, ZEUa, ZEUP, ZEUPa, ZEM, ZEMP, ZC e ZCa;

b) 20% (vinte por cento) da área do lote nas demais zonas.

Observa-se, nos dois incisos destacados, usos opostos do PCA na busca do modelo de cidade idealizado pelo PDE: no inciso I, a LPUOS procura desincentivar a alocação de vagas de garagens de automóveis em regiões bem servidas por redes de infraestrutura de transporte coletivo; no inciso VII, em um incentivo positivo, a LPUOS estabelece que serão consideradas não computáveis áreas de fachada ativa<sup>33</sup> nas zonas citadas no inciso I, além das zonas identificadas como centralidades.

## VI. Conclusões

O debate sobre a utilização do PCA como bem jurídico dominical disponível ao desenvolvimento da política de desenvolvimento urbano dos municípios brasileiros é recente. Há, ainda, resistência por parte de proprietários e empreendedores em aceitar esta realidade, especialmente em função da noção de propriedade imobiliária advinda da regulação civil. Também milita contra a plena utilização do PCA para esta finalidade o desconhecimento técnico, por parte do Poder Público, das possibilidades advindas do regime jurídico de direito urbanístico instaurado a partir da Constituição Federal de 1988.

---

III – Zona Eixo de Estruturação da Transformação Urbana Previsto (ZEUP): zonas inseridas na Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana, com parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo compatíveis com as diretrizes da referida macrozona e com a perspectiva de ampliação da infraestrutura de transporte público coletivo;

IV – Zona Eixo de Estruturação da Transformação Urbana Previsto Ambiental (ZEUPa): zonas inseridas na Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental, com parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo compatíveis com as diretrizes da referida macrozona e com a perspectiva de ampliação da infraestrutura de transporte público coletivo. [...] Art. 8º As Zonas Eixo de Estruturação da Transformação Metropolitana (ZEM) são porções do território inseridas na Macroárea de Estruturação Metropolitana, nos subsetores mencionados no inciso VIII do § 1º do art. 76 da Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – PDE, destinadas a promover usos residenciais e não residenciais com densidades demográfica e construtiva altas, bem como a qualificação paisagística e dos espaços públicos, de modo articulado ao sistema de transporte coletivo e com a infraestrutura urbana de caráter metropolitano, subdivididas em:

I – Zona Eixo de Estruturação da Transformação Metropolitana (ZEM);

II – Zona Eixo de Estruturação da Transformação Metropolitana Previsto (ZEMP)”.

<sup>33</sup> Nos termos do Quadro 1 do PDE, “Fachada Ativa corresponde à exigência de ocupação da extensão horizontal da fachada por uso não residencial com acesso direto e abertura para o logradouro, a fim de evitar a formação de planos fechados na interface entre as construções e os logradouros, promovendo a dinamização dos passeios públicos”.

Em que pese tais condições, já há exemplos notórios de produção e utilização de regulação urbanística que tende a assimilar as noções expostas neste estudo, sendo o município de São Paulo um dos que mais decisivamente adotou esta linha de entendimento. As disposições do seu PDE sobre o tema, ainda que possam e devam ser aprimoradas, especialmente em função dos resultados práticos da regulação urbanística por si promovida, representam hoje o que de mais moderno se estabeleceu, em nossa legislação, em termos de aproveitamento do PCA na busca de um modelo de cidade idealizado pelo seu plano diretor.

Somente a reiterada afirmação dos fundamentos da conformação da propriedade urbanística pela legislação municipal poderá resultar no projeto de política de desenvolvimento urbano nacional alinhavado pelo Estatuto da Cidade. Essencial à idealização do conceito de propriedade urbanística, por sua vez, é a assunção da noção do PCA como bem jurídico dominical, com funções urbanísticas e socioambientais. Cumpre, destarte, aos legisladores, aplicadores do Direito, agentes públicos e sociedade civil assimilar tais noções, para que seja cumprido o mandamento constitucional de construção de cidades ambiental-sustentáveis e cumpridoras de suas funções sociais.

## VII. Referências bibliográficas

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Do solo criado: outorga onerosa do direito de construir: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

APPARECIDO JÚNIOR, Jose Antonio. *Direito Urbanístico aplicado: os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos*. Curitiba: Juruá, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Função social da propriedade pública. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das coisas*. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. v. 4.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIBÓRIO, Daniela Campos. *Elementos de Direito Urbanístico*. São Paulo: Manole, 2004

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

# O papel do licenciamento ambiental na prevenção de desastres

**Rafael Tocantins Maltez<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Considerações preliminares; 2. Os desastres, a sociedade de risco e a irresponsabilidade organizada; 3. O Direito dos desastres; 4. O licenciamento ambiental como instrumento de prevenção de desastres; 5. Conclusão; 6. Referências.

**Resumo:** os desastres passaram a assumir características, feições e magnitude diferenciadas com o advento da sociedade pós-industrial. Surge a necessidade de estabelecer instrumentos jurídicos de prevenção e mitigação de seus efeitos. Entra em cena o licenciamento ambiental no âmbito do Direito dos Desastres como mecanismo de gestão de riscos, no qual podem ser estabelecidos condicionantes, como a criação e proteção da infraestrutura verde e a implementação das cidades sustentáveis e resilientes, para possibilitar a expedição de licença de empreendimentos que possam degradar o meio ambiente.

**Palavras-chave:** Desastres ambientais – Licenciamento – Precaução e Prevenção – Sociedade de risco e irresponsabilidade organizada – Círculo de gestão de riscos – Infraestruturas verdes – Cidades sustentáveis e resilientes.

## 1. Considerações preliminares

Ante a intensificação dos desastres pelo mundo e em solo brasileiro, tanto na frequência como na magnitude, com aspectos cada vez mais devastadores, e superado o mito de que por aqui não há catástrofes ambientais<sup>2</sup>, tomam importância dois estudos jurídicos, os quais podem ser desenvolvidos de forma entrelaçada; um já consagrado em nossa legislação, porém ainda objeto de acirrados debates, o **licenciamento ambiental**; outro, que passou, no Brasil, a despertar maior interesse recentemente e ainda carece de aprofundamento, o **Direito dos Desastres**, defendido por alguns como um novo ramo autônomo do Direito, notadamente por possuir uma série de características próprias. O licenciamento ambiental<sup>3</sup>, juntamente com a Avaliação de Impactos Ambientais<sup>4</sup> (incluído o EIA/RIMA), pode ser visto como um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, pois por meio dele o Poder Público exerce, na órbita da tutela administrativa, o controle prévio e *a posteriori* sobre as atividades que podem degradar o meio ambiente. Tem por objetivo a compatibilização das atividades econômicas com a proteção

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, mestre em Direito do Consumidor e doutor em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Anuário brasileiro de desastres naturais*: 2013. Brasília, DF: Cenad, 2014.

<sup>3</sup> Art. 9º, IV, da Lei n. 6.938/1981.

<sup>4</sup> Art. 9º, III, da Lei n. 6.938/1981.

socioambiental, para as presentes e futuras gerações, promovendo, portanto, o desenvolvimento sustentável (durável), por meio da prevenção de impactos ambientais negativos ou da mitigação/compensação com a imposição de condicionantes aos empreendedores. Representa uma forma de intervenção do Estado, um mecanismo de controle e restrição, bem como condição prévia da atividade econômica, quando considerada poluidora, para que não venha a causar danos socioambientais.

De inegável importância e imprescindibilidade no atual modelo de exploração econômica dos recursos naturais, a forma de condução do processo de licenciamento ambiental, bem como sua própria existência, no Brasil, tem sido amiúde apresentada como obstáculo ao desenvolvimento. Alvo de acaloradas críticas, principalmente quanto à demora na tramitação, excessos de formalismos, burocracia, altos custos, incapacidade técnica dos órgãos ambientais na análise dos processos, falta de clareza e de uniformidade nos processos de licenciamento, surgiram sugestões para adoção de um licenciamento flex (processados eletronicamente pelo próprio interessado (autolicensing) – isso quando não houver sua dispensa – com tramitação simples, célere e prazos reduzidos, que se não cumpridos, acarretaria a expedição automática da licença de operação, independentemente de análise do mérito pelo órgão ambiental). Essas críticas nem sempre são pertinentes e as soluções apresentadas nem sempre se revelam adequadas<sup>5</sup>, tanto mais quando o licenciamento também é utilizado como mecanismo de prevenção de desastres, que são ecocomplexos. Neste contexto, revela-se fundamentalmente como um sistema de avaliação e gestão de riscos, de caráter técnico multidisciplinar, em cujas etapas intervêm vários agentes, sendo produzidos diversos atos (estudos ambientais, audiências públicas), para possibilitar ao Poder Público atuar na identificação, controle, mitigação e compensação do uso atípico dos bens ambientais e na prevenção de impactos ambientais negativos<sup>6</sup>, características incompatíveis com um autolicensing flex.

## 2. Os desastres, a sociedade de risco e a irresponsabilidade organizada

Os desastres sempre existiram. Já houve entendimento de que seriam eventos divinos, portanto incontroláveis e exteriores, ou resultado inexorável do desenvolvimento. Atualmente, não são mais vistos como fonte puramente de temor ou meramente como resultado do progresso, mas como forma de prevenção, de parâmetro e ponderação para processos de tomada de decisão, a partir de dados científicos e informações obtidas em

<sup>5</sup> Os críticos, às vezes, esquecem de mencionar que há também insatisfação com a sistemática violação das normas ambientais, falta de transparência e dificuldades para a participação de setores organizados da sociedade civil organizada. Por seu turno, os órgãos ambientais reclamam da falta de recursos, materiais e humanos, de falta de cumprimento dos deveres ambientais por parte dos empreendedores, aumento vertiginoso de trabalho com reduzido número de funcionários, estrutura insuficiente, devolução de estudos malfeitos ou inadequados.

<sup>6</sup> “A realidade dos riscos ambientais contemporâneos se impõe como um desafio à tarefa estatal de proteção do meio ambiente, segundo duas perspectivas de imperativos de proteção: prevenção/precaução e reparação, sendo que nenhuma abordagem é capaz de assegurar proteção integral se não propuser a integração entre instrumentos destinados a não permitir que a degradação da qualidade ambiental se opere, e instrumentos destinados a restaurar, na medida em que isto seja possível, a qualidade perdida. A primeira abordagem de imperativos de proteção pode ser associada, em geral, à atividade administrativa, tendo no licenciamento ambiental o seu instrumento mais representativo. Este propõe, basicamente, uma estrutura de decisão, baseada na produção do conhecimento e da informação sobre uma determinada realidade de riscos, que seja suficiente para que uma autoridade administrativa realize escolhas, que tem um objetivo específico: assegurar a máxima proteção que seja possível para os recursos naturais que serão objeto de intervenções humanas, no exercício de liberdades econômicas” (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 324).

eventos anteriores. Busca-se romper o paradigma histórico de somente se tomarem providências após a ocorrência e a concretização do desastre e a contabilização dos danos<sup>7</sup>. Houve a “superação de um *paradigma da decisão pelo medo*, aprisionado em observações místicas e religiosas, em direção a processos orientados a uma *racionalização das incertezas* inerentes aos riscos e perigos catastróficos [...]”<sup>8</sup>.

De acordo com o Glossário de Defesa Civil, entende-se por desastre o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais. Os desastres são quantificados, em função dos danos e prejuízos, em termos de intensidade, enquanto os eventos adversos são quantificados em termos de magnitude. A intensidade de um desastre depende da interação entre a magnitude do evento adverso e o grau de vulnerabilidade do sistema receptor afetado<sup>9</sup>. O Decreto n. 7.257/2010 conceitua desastre, em seu art. 2º, II, da seguinte forma: “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”. Para Ana Clara Aben-Athar Barcessat, desastres podem ser entendidos como eventos ou fenômenos de maior ou menor grau de intensidade, envolvendo “extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos ou ambientais, que excedem a capacidade da sociedade de lidar com o problema usando meios próprios”<sup>10</sup>. Os desastres possuem em comum a destruição, a perda e irreversibilidade do meio ambiente degradado e têm como especificidades a grande magnitude e efeitos duradouros combinados sinergeticamente. Nem todo dano ambiental é causado por desastres ambientais, mas estes geram, necessariamente, danos ambientais.

De acordo com a Política Nacional de Defesa Civil<sup>11</sup>, os desastres podem ser classificados, quanto à origem, em **naturais**, **humanos** (antropogênicos) ou **mistos**. Consideram-se **desastres naturais** aqueles provocados por fenômenos e desequilíbrios da natureza. São produzidos por fatores de origem externa que atuam independentemente da ação humana; **desastres humanos** ou **antropogênicos** aqueles provocados pelas ações ou omissões humanas; os **desastres mistos** ocorrem quando as ações e/ou omissões humanas contribuem para intensificar, complicar ou agravar os desastres naturais. Além disso, também se caracterizam quando intercorrências de fenômenos adversos naturais, atuando sobre condições ambientais degradadas pelo ser humano, provocam desastres.

Ainda hoje, tem-se no Brasil a concepção dominante de desastre como fenômeno naturalístico (terremotos, tornados, incêndios, enxurradas). Contudo, em que pese esse entendimento e a classificação supramencionada, atualmente a grande maioria dos desastres decorre de uma sinergia de fatores naturais e humanos (desastres mistos), sem que

<sup>7</sup> “O Marco de Ação de Hyogo, estabelecido no âmbito da Organização das Nações Unidas para a década de 2005-2015, ditava uma nova perspectiva para o tema: o foco na prevenção e precaução nas políticas de prevenção de desastres. A tendência é de que o Direito não se limite mais em apenas ditar regras e normas em relação à resposta aos desastres, mas, sobretudo, estabelecer uma atuação preventiva quanto à gestão de risco” (BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 86).

<sup>8</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13-14.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2PkLhiY>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>10</sup> BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e Direito Ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 18, 25.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2LoW5LN>. Acesso em: 5 mar. 2019.

se possa, como regra, perceber uma prevalência de um desses, mas sim uma combinação de fatores híbridos e multifacetados. De fato, com a evolução e expansão tecnológica e científica, cada vez mais se constata a ampliação da capacidade de interferência do ser humano sobre a natureza, não havendo mais locais que não tenham sofrido influência humana nos ecossistemas, fazendo com que os desastres não sejam mais apenas naturais, pois dificilmente o ser humano não está contribuindo, de forma direta ou indireta, para sua ocorrência, já não se dissocia mais os fenômenos naturais das ações humanas. Dessa forma, a concepção naturalística de desastres cede a uma visão integrativa, na qual todos têm parcela de participação nos acontecimentos catastróficos, decorrentes da degradação constante do meio ambiente, ocasionando o aumento da frequência e magnitude dos desastres. Não encontra mais amparo, portanto, na sociedade contemporânea e pós-industrial, a separação ser humano/natureza, pois em quase todos os desastres denominados naturais há algum fator antropogênico<sup>12</sup>.

Pode-se afirmar que existem ligações entre produção/hiperconsumo/desastres ambientais, as quais são múltiplas, complexas e significativas. A atividade econômica é dependente dos bens ambientais, pois são fontes dos insumos de produção, tais como minérios, água, solo, flora, fauna, bem como de energia, que possibilita o respectivo processamento/transformação e o transporte global, além de permitir o próprio funcionamento dos produtos. É o meio ambiente também que recebe todos os tipos de resíduos/rejeitos da atividade econômica, inclusive os perigosos<sup>13</sup>. Esse sistema, aliado à tecnologia, permite o crescimento desenfreado das trocas comerciais em escala mundial e as pressões induzindo ao consumismo, os quais têm sido relevantes fatores das alterações das condições ambientais.

Nesse contexto, afirma-se que vivemos no Antropoceno, no qual humanos substituíram a natureza como a força ambiental dominante na Terra, sendo capazes de moldar o clima, a paisagem global e a evolução. Como consequência, as atividades antrópicas passam a ter um impacto global significativo no clima e no funcionamento dos ecossistemas. Isabelle Stengers, na obra *No tempo das catástrofes*, traz a ideia de *intrusão de Gaia*, que seria uma forma de reação da natureza à ação do ser humano que ousou desafiar a ordem das coisas, despertando a necessidade de aprender a “ter cuidado”, a aceitar as “verdades inconvenientes”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 19 e ss. A respeito, pertinente artigo de Jean-Pierre Dupuy, “Ainda há catástrofes naturais?”, disponível em: <https://bit.ly/2OXTR8h>. Acesso em: 6 mar. 2019. Na acurada análise de Lorenzetti: “nas sociedades pré-modernas os perigos eram externos, produtos da natureza; eram alheios à conduta humana e não se podia controlá-los. A insegurança derivava dos danos que a natureza podia causar e portanto era fatal no sentido de que era incontrolável [...]. Na atualidade podemos destacar que o risco segue existindo, mas foram alterados os dois elementos que o qualificam: não são só de origem natural e aumentou a capacidade de controle. Os riscos de origem humana têm aparecido abruptamente como consequência do desenvolvimento e pode-se afirmar que são o resultado de decisões presentes em contextos de incerteza que nos expõem a sofrer danos futuros. A consequência principal que se deriva de qualificar um risco como de origem natural ou humana é que, no segundo caso, pode-se incidir sobre a conduta de modo a evitá-los ou diminuir sua intensidade, ou mesmo administrá-los” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 97).

<sup>13</sup> A respeito, as excelentes obras: LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; GOLEMAN, Daniel. *Inteligência ecológica: o impacto do que consumimos e as mudanças que podem melhorar o planeta*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; e KOLBERT, Elizabeth. *A sexta extinção: uma história não natural*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

<sup>14</sup> STENGERS, Isabelle. *No tempo das catástrofes*. Tradução Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 58, 140. Stengers entende que “a brutalidade de Gaia corresponde à brutalidade daquilo que a provocou, a de um “desenvolvimento” cego às suas consequências, ou, mais precisamente, que só leva em conta suas consequências do ponto de vista das novas

Dessa forma, os desastres estão ligados às intensas e contínuas atividades antrópicas exploratórias e degradadoras, que ocorrem de forma incessante, sem trégua ou descanso, as quais combinadas às atuais tecnologias potencializaram o nível de destruição, acarretando questões ecológicas altamente complexas (ecocomplexidade), ligadas ao desmatamento, a toda sorte de rejeitos perigosos, às atividades nucleares, às toxinas (como os agrotóxicos), às modificações genéticas (como os OGMs), às queimadas, à utilização intensiva e incessante de combustíveis fósseis, os quais desequilibram o meio ambiente e comprometem a vida, humana e não humana, das presentes e futuras gerações, podendo atuar, em muitos casos, de forma silenciosa e invisível. Carvalho e Damacena explicam que “os desastres estão inseridos em um contexto maior de uma sociedade contemporânea, que tem como traço fundamental a autoprodução dos riscos e a confrontação dos efeitos colaterais oriundos da transposição do paradigma industrial para o pós-industrial”<sup>15</sup>.

Constatado que o risco é fator intrínseco e indissociável dos desastres, podem ser analisados no âmbito da **sociedade de risco**. Para Ulrich Beck, é essa transformação de ameaças civilizacionais à natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas que representa o real desafio do presente e do futuro, o que justifica o conceito de sociedade de risco, a qual apresenta-se como catastrófica ante o fato de os riscos atuais serem globais e, portanto, ameaçarem a vida no planeta, sob todas as suas formas<sup>16</sup>. Os desastres, portanto, estão relacionados com a atual crise de civilização e respectivo modelo de produção calcado no crescimento livre e infinito da atividade econômica em escala global, contudo em um mundo finito, sendo remetida a natureza ao campo de mera “externalidade”.

Os fatos demonstraram e demonstram que a atividade econômica à deriva e tendo por parâmetro a livre concorrência e iniciativa sem regulação, fiscalização, controle, monitoramento, sancionamento, acarreta a certeza de uma hecatombe, a qual estamos

---

fontes de lucro que elas podem acarretar” (STENGERS, Isabelle. *No tempo das catástrofes*. Tradução Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 47).

<sup>15</sup> Os autores complementam: os riscos “ganham novas feições, são menos acessíveis aos sentidos humanos, nem sempre previsíveis pela ciência, podendo ser transfronteiriços, protraídos no tempo” e “estão presentes em muitas das causas desencadeadoras dos desastres e possuem uma demonstração causal altamente complexa devido às seguintes características: não são monocausais, não têm um nexo de causalidade linear, sua compreensão, assimilação e gestão requerem um conhecimento transdisciplinar, têm como traço marcante a incerteza de sua probabilidade, são sistêmicos, tanto em motivos (econômicos, sociais e políticos) quanto em consequências (costumam afetar pontos não localizados) e, de forma bastante comum, conduzem a irreversibilidades” (CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14-16).

<sup>16</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 25-28, 99. Na precisa lição de Barcessat: “Podemos destacar duas espécies de riscos: os riscos concretos, característicos de uma formatação social de natureza industrial e, de outro lado, os riscos invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de riscos (ou pós-industrial). Os riscos concretos são os “riscos calculáveis” pelo conhecimento vigente, caracterizados por uma possibilidade de análise de risco determinística passível de uma avaliação científica segura das causas e consequências de uma determinada atividade. São os riscos nos quais a tecnologia e a ciência já desenvolvida são capazes de determinar a sua existência e a sua dimensão. Já os riscos abstratos, ou pós-industriais, são marcados pela invisibilidade, uma vez que, muitas vezes, fogem à percepção dos sentidos humanos, bem como não há conhecimento científico suficiente capaz de prever suas dimensões. Outra característica desses riscos é a sua globalidade, que amplia as consequências negativas geradas pela potencialização do industrialismo. Nesse sentido, os riscos ambientais e os gerados por desastres – que causam danos ambientais – podem ser caracterizados por não apresentarem limites territoriais, atingindo, direta ou indiretamente, toda a população, uma vez que são capazes de modificar uma biota, desregular o clima e a cadeia alimentar. A terceira característica desses riscos é a transtemporalidade, ou seja, os riscos abstratos não geram efeitos apenas no momento de sua descoberta. Em se tratando de desastres e riscos abstratos, a melhor medida é a prevenção e a mitigação de danos, uma vez que dificilmente se conseguirá restaurar o *status quo* anterior ao desastre” (BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e Direito Ambiental*: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, p. 52-53).

presenciando. O autocontrole e a autofiscalização já deram mostras de seu fracasso. Ante o fenômeno da sociedade pós-industrial, de consumo, de massa, de risco, e a constatação feita por Stengers<sup>17</sup>, de que quando o que está em jogo é o chamado “desenvolvimento” ou “crescimento”, a determinação é, principalmente, de não ter cuidado, pois o risco seria o preço a se pagar pelo progresso, percebeu-se a necessidade de um modelo ativo de Estado, intervencionista, encarregado de gerir os riscos, por meio do controle da utilização dos bens ambientais. Dessa forma, no Brasil, a livre iniciativa passou a ser regulada pela Constituição Federal, não sendo mais possível ser exercida de modo a perceber o meio ambiente como bem privado apropriável, de acesso livre e ilimitado, colocado à disposição para ser utilizado como matéria inerte de exploração e descarte (art. 170, VI, e parágrafo único).

Oportuno mencionar que a regulação da atividade econômica e a proteção ambiental não obstaculizam o desenvolvimento econômico, ao revés, visam a impedir a destruição e solapamento das bases de sustentação dos ecossistemas terrestres e, portanto, da vida, humana e não humana, presente e futura, preservando os ecossistemas, de forma a possibilitar o próprio desenvolvimento econômico, pois não há economia num planeta morto<sup>18</sup>.

Por outro lado, essa atuação do Estado não consiste em uma equivocada administração pública da destruição ecológica, com o intuito de simplesmente atenuá-la, em prol de um desenvolvimento a qualquer custo, incorrendo na **irresponsabilidade organizada**<sup>19</sup>. De forma brilhante, como sói acontecer, Morato Leite e Araújo Ayala explicam a interligação entre o atual **modelo de desenvolvimento**, a **sociedade de risco**, a **irresponsabilidade organizada** e os **desastres**:

*A teoria da sociedade de risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo*

<sup>17</sup> STENGERS, Isabelle. *No tempo das catástrofes*. Tradução Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 53, 55, 147.

<sup>18</sup> Segundo entendimento do STF: “A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural” (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3540-MC / DF. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 1º-09-2005, DJ 03-03-2006). Segundo o STJ, “É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação ambiental” (Resp 745.363/2007).

<sup>19</sup> Para Beck, o “‘progresso’ é a transformação social institucionalizada na irresponsabilidade” (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 315). Conforme explica José Carlos de Carvalho Rocha, calcado em Ulrich Beck, “as instituições com atribuição para atuar em determinada situação de perigo coletivo não apenas dispõem de instrumentos e estratégias muito eficazes para *normalizar* as ameaças geradas pelo próprio desenvolvimento das atividades industriais, como, em razão dessa normalização, se segue atuando de acordo com os padrões tradicionais vigentes, à procura da *causa* e dos *responsáveis*, sem que se explicita a contradição de que é o próprio sistema de instituições que possibilita a geração imanente dos perigos. Há nesse procedimento, no qual aparentemente são aplicadas as normas e padrões técnicos pertinentes, um *charlatanismo ativista*, para repetirmos a expressão do autor, em relação à população, reduzida ao papel de espectadora, e um consentimento fatalista das instituições com a autodinâmica industrial. Esse é o delineamento geral da *irresponsabilidade organizada*, outra categoria-chave no pensamento de Ulrich Beck” (ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito Ambiental e transgênicos*: princípios fundamentais da biossegurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 170-171).

*risco permanente de desastres e catástrofes. Acrescente-se o uso do bem ambiental de forma ilimitada, pela apropriação, a expansão demográfica, a mercantilização, o capitalismo predatório – alguns dos elementos que conduzem a sociedade atual a situações de periculosidade e de crise ambiental. A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da sociedade industrial para uma sociedade de risco), sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade. Há consciência da existência dos riscos, desacompanhada, contudo, de políticas de gestão, fenômeno denominado de irresponsabilidade organizada<sup>20</sup>.*

### 3. O Direito dos desastres

Conforme visto, os desastres decorrem, de forma direta ou indireta, amiúde de atividades antrópicas, potencializados pela sociedade pós-industrial, as quais promovem a destruição, de forma ampla, dos ecossistemas (ecocídio), ceifam vidas humanas e não humanas (biocídio) e desestruturam as dos sobreviventes, desequilibram o meio ambiente, que é resultado de bilhões de anos de evolução para que fosse possível a existência da vida tal como ela é hoje. Daí surge a noção de que o desenvolvimento deverá ocorrer de forma sustentável (durável) e planejada, para que a utilização dos recursos naturais e dos bens ambientais não acarretem desastres e não comprometam a existência das futuras gerações, humanas e não humanas, sendo, portanto, inadmissível que possa ocorrer à margem de regulação jurídica. Nesse viés se insere o Direito dos Desastres.

No plano internacional, cumpre destacar o Marco de Ação de Hyogo 2005-2015, o qual estabeleceu as seguintes prioridades de ação: 1. Cuidar para que **a redução do risco de desastres constitua uma prioridade nacional e local** com uma sólida base institucional de aplicação; 2. **Identificar, avaliar e monitorar os riscos de desastres** e melhorar os sistemas de alerta; 3. **Utilizar o conhecimento, a inovação e a educação para criar uma cultura de segurança** e resiliência em todos os níveis; 4. **Reduzir os fatores de risco** subjacentes; 5. Fortalecer a preparação em caso de desastre, a fim de assegurar uma resposta eficaz em todos os níveis<sup>21</sup>. O Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030 apresentou as seguintes prioridades: 1. **Compreensão do risco de desastres**. 2. **Fortalecimento da governança do risco de desastres**; 3. Investimento na **redução do risco de desastres** para a resiliência; 4. Melhoria na preparação para desastres a fim de providenciar uma resposta eficaz<sup>22</sup>. As ações objetivam reduzir os riscos de desastres por meio da minimização de ameaças e/ou de vulnerabilidades.

No plano nacional, destacam-se as seguintes normas relativas ao Direito dos Desastres: Lei n. 12.340/2010 (dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de

<sup>20</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 119.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2LviWp3>. Acesso em: 10 mar. 2019.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2OXiEtd>. Acesso em: 10 mar. 2019.

prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil) e Lei n. 12.608/2012 (institui 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); Decreto n. 7.257/2010 (dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre) e Decreto n. 9.677/2019 (regulamenta o Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais)<sup>23</sup>; no âmbito do Poder Judiciário, a Recomendação 40/2012 do CNJ (recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados a elaboração de plano de ação para o enfrentamento e solução de situações decorrentes de calamidades e desastres ambientais).

Tendo em vista a natureza dos danos ambientais, notadamente a irreversibilidade, e dos desastres (como, por exemplo, poderem apresentar baixa probabilidade e alta magnitude de impacto), a ação deve ser focada na **prevenção/precaução**<sup>24</sup>.

Conforme ensinamento de Carvalho e Damascena, a prevenção dos desastres envolve a “avaliação (estudo das ameaças, do grau de vulnerabilidade do sistema e dos corpos receptores, e a síntese conclusiva, com a avaliação e hierarquização dos riscos catastróficos e definição das áreas de maior risco) e a gestão dos riscos de desastres (medidas estruturais e não estruturais)”<sup>25</sup>. As **medidas não estruturais** englobam o planejamento da ocupação e/ou da utilização do espaço geográfico, em função da definição das áreas de risco, os mapeamentos, as análises de vulnerabilidade, os zoneamentos, a educação ambiental, bem como o aperfeiçoamento da legislação de segurança contra desastres. As **medidas estruturais** compreendem as obras de engenharia de qualquer especialidade<sup>26</sup>. A Política Nacional de Defesa Civil prioriza as medidas não estruturais (item 1.2 da PNDP).

A Lei 12.608/2012, de princiologia cautelar e antecipatória, contém diversos dispositivos que tratam da prevenção de desastres (arts. 2º, §2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 23), como o combate de ocupação de áreas ambientalmente vulneráveis e de risco; estímulo de uma cultura e comportamento nacional preventivo a desastres; vedação de concessão

<sup>23</sup> O Centro Nacional de Monitoramento e Alerta de Desastres Naturais (Cemaden) tem como missão realizar o monitoramento das ameaças naturais em áreas de riscos em municípios brasileiros suscetíveis à ocorrência de desastres naturais, além de realizar pesquisas e inovações tecnológicas que possam contribuir para a melhoria de seu sistema de alerta antecipado, com o objetivo final de reduzir o número de vítimas fatais e prejuízos materiais em todo o país (disponível em: <https://www.cemaden.gov.br/missao-do-cemaden/>. Acesso em: 10 mar. 2019).

<sup>24</sup> O princípio **prevenção** estabelece a prioridade da adoção de medidas preventivo-antecipatórias sobre as medidas repressivo-mediadoras, dirigindo-se a medidas que visam a evitar a ocorrência de dano na hipótese de risco conhecido. O princípio da **precaução** é aplicado na situação de ausência de certeza técnica ou científica quanto à possibilidade danosa de uma atividade ao meio ambiente, devendo-se tomar as cautelas necessárias para impedir a degradação ambiental, impondo-se ação antecipada, mesmo diante de mero risco abstrato.

<sup>25</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70.

<sup>26</sup> Ainda segundo os renomados autores, referindo-se à infraestrutura cinza ou construída (represas, diques, pontes à base de cimento, barragens), “apesar de minimizar o problema em curto prazo, as medidas estruturais são caras, paliativas, e, frequentemente, ocasionam outros impactos ambientais, gerando uma falsa sensação de segurança. As medidas não estruturais, de caráter educativo e de planejamento, apesar dos resultados a médio e longo prazo, são de baixo custo, de fácil aplicação e permitem uma correta percepção do risco” (CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58-59, 70-73).

de licença ou alvará de construção em áreas de risco indicadas como não edificáveis no plano diretor ou legislação dele derivada.

Tanto os órgãos ambientais como o licenciamento têm importante papel na gestão de riscos relacionados aos desastres, sendo que este último além de ser considerado um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, já que é por meio dele que a Administração Pública impõe condições, limites, ou mesmo proibição, à localização, à instalação, à expansão e à operação das atividades econômicas potencial ou efetivamente poluidoras<sup>27</sup>, serve como mecanismo de articulação entre os demais instrumentos, a exemplo da avaliação de impactos ambientais, dos padrões de qualidade ambiental, do zoneamento e da prevenção de desastres, esta última prevista na Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), a qual, ela própria, deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável (art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.608/2012). Cada ação (prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação – art. 3º da Lei n. 12.608/2012) é parte do gerenciamento de risco, em um movimento cíclico. Esclarecem Carvalho e Damacena que os esforços de mitigação tentam diminuir o impacto potencial de eventos de desastres antes do fato e a resposta tenta fazê-lo depois, preocupando-se a reconstrução “com o retorno ao *status* anterior, mas também com a possibilidade de um próximo desastre, o que envolve esforços de mitigação e de aplicação das lições de aprendizado do passado no presente, o que terá reflexos no futuro”, havendo, portanto, um círculo de gestão que se retroalimenta infinitamente<sup>28</sup>.

Como conclusão parcial, percebe-se a necessidade de se orientar a ideia de desastres, entendendo-os como fenômenos reais, previsíveis e evitáveis e não mais como meros fatos inexoráveis da natureza, obras do acaso, mera fatalidade ou externalidade a ser suportada em nome do progresso. Os desastres brasileiros<sup>29</sup> deram clara demonstração

<sup>27</sup> Conforme art. 1º, I, da Resolução 237/97 do Conama, licenciamento ambiental é o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”. Segundo o art. 2º, I, da Lei Complementar n. 140/2011, licenciamento ambiental é: “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

<sup>28</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

<sup>29</sup> Há uma recorrência de eventos catastróficos nunca antes registrados no Brasil. Em 2008, a região do Vale do Itajaí/SC sofreu perdas econômicas e sociais causadas por chuvas intensas. No final de 2009 e início de 2010, chuvas fortes causaram destruição e morte em Angra dos Reis e na Ilha Grande. Em janeiro de 2010, uma grande enchente atingiu o município de São Luiz do Paraitinga/SP, causando enorme destruição, principalmente ao seu patrimônio histórico. Também em 2010, eventos climáticos severos causaram enchentes e inundações nos Estados de Pernambuco e Alagoas, afetando cerca de 12 milhões de pessoas e vitimando de forma fatal grande número de pessoas por deslizamentos em encostas. Em 2011, ocorreu um dos piores desastres do Brasil, na Região Serrana do Rio de Janeiro, com 947 mortes, centenas de desaparecidos e milhares de desalojados e desabrigados, além de severas perdas econômicas, destruição de moradias e infraestrutura, em decorrência de enxurradas e deslizamentos. Em 2015, o Desastre de Mariana causou o maior impacto ambiental da história brasileira, até então, e o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos, com um volume total despejado de 62 milhões de metros cúbicos, provocado pelo rompimento da Barragem do Fundão, usada para depositar os rejeitos de minério de ferro, causando danos a diversos ecossistemas, contaminação de rios, do solo e um saldo de 19 mortos. Em janeiro de 2019, ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos de Brumadinho, classificada como de “baixo risco” e “alto potencial de danos”, que resultou em um dos maiores desastres com rejeitos de mineração do mundo, com mais de 200 mortos e dezenas de desaparecidos. Em março de 2019, outra barragem se rompeu e deixou ao menos 50 famílias isoladas em Rondônia. O Brasil agora é destaque na lista de desastres do gênero.

da importância de um sistema bem preparado, seja em termos de prevenção, seja em termos de ações pós-desastre. Faz-se necessário, então, uma melhor compreensão do papel do licenciamento ambiental no que tange à atuação preventiva de desastres, à função do Estado, à gestão de riscos e ao desenvolvimento sustentável, considerando que degradar o meio ambiente para promover um crescimento açodado, sem limites e a qualquer custo, pode não trazer consequências desejáveis, ao revés, pode causar catástrofes e, por consequência, danos irreparáveis, comprometendo a vida, humana e não humana, das presentes e das futuras gerações.

#### 4. O licenciamento ambiental como instrumento de prevenção de desastres

Considerando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental e difuso, de uso comum do povo, intrinsecamente ligado à vida, à saúde e à segurança, a utilização dos elementos que o compõe, os microbens ambientais, quando houver uso incomum ou atípico<sup>30</sup>, ou puder acarretar degradação ambiental, depende da anuência do Poder Público, gestor dos bens ambientais, não existindo, nestes casos, direito subjetivo à livre utilização dos bens naturais. Portanto, todo e qualquer empreendimento ou atividade, pública ou privada, potencial ou efetivamente poluidora<sup>31</sup> ou qualquer outra capaz de interferir negativamente nas condições ambientais, bem como a que se utilize de forma incomum de bem ambiental, está sujeita ao controle estatal por meio do prévio licenciamento ambiental<sup>32</sup>. Considerado base estrutural da gestão ambiental, encontra raízes constitucionais (art. 170, VI, e parágrafo único<sup>33</sup>, e art. 225, §1º, V). Trata-se de **processo administrativo** complexo que tramita perante o órgão ambiental federal, estadual, distrital ou municipal responsável pela execução da Política Nacional do Meio Ambiente e que faça parte do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Visa à análise da viabilidade do empreendimento, obra ou atividade, por meio da sucessão de três licenças, na hipótese

<sup>30</sup> O uso comum ou típico é aquele que tem finalidade ecológica e natural, como respirar, sendo, neste caso, dispensado o consentimento estatal, pois trata-se de uso comum do ar atmosférico. De outra banda, se houver uso incomum, como a circulação de aviões que tem fins econômicos, é necessário o consentimento do Poder Público. Forma de uso incomum ou atípico é a exploração econômica (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 690).

<sup>31</sup> Talden Farias chama a atenção para o fato de que “o impacto não precisa ser necessariamente efetivo, podendo ser apenas potencial, pois dentro do papel preventivo do direito ambiental se observa que o potencial de impacto é às vezes mais importante do que o impacto efetivo. Por vezes, uma atividade licenciada pouco ou nada polui efetivamente, mas tem um potencial degradador enorme. Nesse sentido, até mesmo a possibilidade de ocorrência ou de ampliação de desastres deve ser levada em consideração, pois o licenciamento ambiental é um mecanismo de gestão desses riscos também” (FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 54).

<sup>32</sup> O licenciamento ordinário é regulamentado pelas Resoluções 001/1986 e 237/1997 do Conama e pela Lei Complementar n. 140/2011. Art. 10 da Lei n. 6.938/1981: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”. Art. 17 do Decreto n. 99.274/1990: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis”.

<sup>33</sup> Segundo Talden Farias: “ao colocar a defesa do meio ambiente como um princípio da ordem econômica, o inc. VI do art. 170 admite o controle das atividades econômicas potencialmente poluidoras por meio de instrumento de política ambiental exigidos pela Administração Pública. Quando o parágrafo único do citado artigo dispõe que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, é evidente que o licenciamento também está enquadrado como restrição legal” (FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 36).

de licenciamento ordinário: **licença prévia**, **licença de instalação** e **licença de operação**, nas quais são impostas condicionantes e medidas de controle ambiental<sup>34</sup>.

Oportuno destacar, conforme bem frisa Granziera, que o licenciamento ambiental não se destina a inviabilizar a implantação de um empreendimento, ao revés, “sua função é a de buscar os meios possíveis para essa implantação, a menos que os riscos de dano evidenciem falta de segurança quanto aos efeitos desse empreendimento no futuro”<sup>35</sup>.

Pelo princípio da provisoriedade, todas as licenças ambientais têm um caráter temporário e estão sujeitas a prazos de validade<sup>36</sup>, ou seja, não são perpétuas e não asseguram a manutenção eterna do *status quo* vigente ao tempo de sua expedição (não há direito adquirido), sendo, portanto, necessária **renovação** periódica, notadamente com eventuais exigências supervenientes, à vista do estado da técnica, da ciência, dos padrões das características e qualidade ambientais, podendo ter o seu regime alterado, ou mesmo não ser renovada, ainda que o empreendedor cumpra todos os condicionantes previstos.

Como há uma relação direta entre a ausência de atuação no cumprimento das obrigações ambientais impostas no licenciamento e os riscos e efeitos de danos ambientais (inclusive os causados pelos desastres), além do mencionado controle por meio da renovação, deve haver, durante o prazo de validade da licença, constante fiscalização/monitoramento<sup>37</sup> da atividade licenciada e em operação, a fim de verificar se é o caso de **revisão**<sup>38</sup>. Assim, a licença ambiental pode ser revista a qualquer momento desde que haja razões relevantes quanto à segurança do empreendimento e os riscos que pode acarretar. Conforme bem se posiciona Fernando Reverendo Vidal Akaoui, “não podemos concordar com aqueles que pregam a continuidade das atividades, ainda que haja risco à saúde pública e ao meio ambiente, e mais ainda, discordamos veementemente daqueles que apenas sustentam a não paralisação da atividade em face do prejuízo que poderá sofrer a empresa”<sup>39</sup>.

Uma grande fragilidade dos sistemas de licenças ambientais tem sido a fase pós-licença, pois não existem programas de acompanhamento e monitoramento regulares e eficazes das exigências, condições e medidas de controle e compensatórias impostas, bem como da alteração das condições ambientais e dos avanços tecnológicos que permitem a modernização ambiental da atividade ou aplicação de nova legislação mais restritiva.

Não se confunde, portanto, **renovação** e **revisão** da licença. **Renovação** implica nova licença ante a proximidade do esgotamento do seu prazo de validade<sup>40</sup>. **Revisão** implica

<sup>34</sup> Art. 8º da Resolução Conama 237/97.

<sup>35</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 421.

<sup>36</sup> Art. 18 da Resolução Conama 237/97.

<sup>37</sup> As atividades potencialmente poluidoras que utilizam recursos naturais, além de fiscalizadas, devem periodicamente comprovar sua adequação à nova legislação mais restritiva, aos novos padrões de qualidade ambiental, às inovações tecnológicas, ao desenvolvimento científico (que podem revelar danos não conhecidos ou possibilitem controle mais efetivo do que os exigidos ao tempo da outorga da licença), à dinâmica do equilíbrio ecológico e das condições ambientais, podendo-se exigir outros condicionantes e/ou maior rigor no controle, bem como, no caso extremo, proibir a atividade, sempre levando em consideração a capacidade de suporte e renovação do meio ambiente.

<sup>38</sup> Art. 9º, IV, da Lei n. 6.938/1981: “São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: o licenciamento e a **revisão** de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.

<sup>39</sup> apud FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 170.

<sup>40</sup> Art. 14, § 4º, da Lei Complementar n. 140/2011: “A renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente”. Art. 18, §3º, da Resolução n. 237/97 do

adequar, anular, cassar, revogar ou suspender a licença dentro do prazo de validade, com eventual extinção, parcial ou total, de forma temporária ou permanente. A **retirada temporária** ocorre com a **suspensão** do empreendimento na hipótese de possibilidade de se sanar a irregularidade, permitindo-se a retomada posterior do empreendimento, com o seu saneamento. A **retirada definitiva** ocorre quando não houver possibilidade de sanar a irregularidade, e se dá por **cancelamento**. Dessa forma, o órgão ambiental pode proceder à revisão<sup>41</sup> por meio da **modificação**<sup>42</sup>, da **suspensão**<sup>43</sup> ou do **cancelamento**<sup>44</sup> da licença ambiental.

Tanto na fase de licenciamento, como na fase pós-licença, é necessário que o órgão licenciador não se limite a analisar a documentação apresentada pelo interessado, mas que **realize trabalho de campo**, indo ao local para conferir e confrontar as informações.

Postas essas considerações preliminares, passaremos a pontuar especificamente os principais aspectos do licenciamento como instrumento de prevenção de desastres.

Por meio do licenciamento, a Administração Pública realiza a **gestão de riscos de desastres** antes e depois da instalação e durante o funcionamento da atividade<sup>45</sup>, considerada a dificuldade ou mesmo impossibilidade de reparação *in natura* dos danos ambientais, principalmente aqueles decorrentes de desastres, dada sua magnitude e notadamente no que se refere às vidas, humanas e não humanas, perdidas. Privilegia-se, portanto,

---

Conama: “Na renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior”.

<sup>41</sup> Art. 19 da Resolução 237/97 do Conama.

<sup>42</sup> Fundamenta-se no surgimento de uma situação ainda imprevisível no momento da emissão da licença ambiental, revelando-se inadequada, ao não atender mais às exigências ambientais. Diante da superveniência de graves riscos ambientais decorrentes da atividade licenciada, o órgão ambiental poderá impor restrições e novas condicionantes à atividade. Embora haja entendimento de que somente com o fim do prazo de validade da licença seria possível a exigência de adequação da atividade em condições e limites diferentes daquilo definido na licença, o fato é que não existe direito adquirido de poluir o meio ambiente; tratando-se de um direito fundamental, o direito ao meio ambiente equilibrado é indisponível e de aplicação e efetivação imediata, não se podendo aguardar o término do prazo da licença para a modificação de exigências e condicionantes em situações que exigem intervenção imediata.

<sup>43</sup> Consiste no sobrestamento da atividade até que se adequa à legislação ambiental ou às condicionantes ambientais determinadas pelo órgão competente. Se o empreendedor não promover as adequações ou correções necessárias, a suspensão se tornará uma retirada definitiva. A suspensão pode ocorrer tanto em relação a atividades licenciadas como não licenciadas, sendo que nesta última hipótese haverá a suspensão só pelo fato da existência de atividade ilícita, independentemente de ter ocorrido efetivamente dano ambiental.

<sup>44</sup> Pode se dar por **anulação**, **revogação** ou **cassação**: a) **anulação**: ocorre quando existir violação de normas de proteção ambiental ou omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença (art. 19, I e II, Resolução 237/97 do Conama) e a irregularidade ou nulidade estava presente no momento da concessão da licença; b) **revogação**: tem lugar nos casos de relevante interesse público, como na hipótese de mudança das circunstâncias que possibilitaram a concessão da licença ou a adoção de novos critérios (art. 19, III, da Resolução 237/97 do Conama). Aplica-se nos casos de inadequação das condicionantes ou normas legais e de superveniência de graves riscos ambientais ou de aprovação de um novo plano diretor ou de um novo zoneamento, desde que insuscetíveis de superação mediante a adoção de medidas de controle e adequação; e c) **cassação**: é o desfazimento do ato em decorrência do descumprimento de condições e exigências que permitiram a sua concessão e manutenção; não há ilegalidade na licença em si, mas violação dos condicionantes e exigências estabelecidos pelo órgão ambiental para a concessão da licença ambiental (art. 19, I, da Resolução 237/97 do Conama).

<sup>45</sup> As atividades em operação, que não foram licenciadas previamente, também devem ser submetidas ao licenciamento. Farias entende que o licenciamento também pode ser exigido após a instalação e o funcionamento da atividade, uma vez que a Lei n. 6.938/1981 não limita o momento para sua realização, inexistindo direito adquirido a funcionar sem licença ambiental ou de poluir, mesmo porque das atividades regularmente licenciadas se exige a renovação periódica da licença ambiental. O que importa é se a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, independentemente da fase em que se encontre. A exigência também pode ocorrer quando determinada norma inclui tais empreendimentos no rol das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental (FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 61-62, 64).

uma atuação antecipada, com a aplicação obrigatória dos princípios da prevenção e da precaução, por meio, entre outros, da avaliação dos riscos envolvidos. Ainda que incertos e abstratos, deve-se tomar medidas preventivas desses riscos, pois justamente por não serem claramente identificáveis, muitas vezes, acabam gerando grandes catástrofes. Por outro lado, a imprevisibilidade e a inevitabilidade dos desastres são cada vez mais questionadas, ante o avanço científico e tecnológico. De todo modo, é possível prever uma gama considerável de desastres, considerando que não podem mais ser dissociados da relação homem-natureza, a qual é produtora dos riscos. Em suma, não se pode prever, com certeza, que um dano, qual tipo e magnitude, decorrerão de um desastre, mas se pode, com a tecnologia e com o gerenciamento adequado dos riscos, saber a maior ou menor probabilidade desse acontecimento, para adoção de medidas preventivas de controle e segurança. A Lei n. 12.608/2012 estabelece como princípio geral o dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastres (art. 2º) e estabelece que a incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco (art. 2º, §2º). Dos quinze incisos do art. 5º (objetivos da PNPDEC), boa parte trata de formas de prevenção dos desastres.

Portanto, em se tratando de desastre, a **gestão de risco** é característica marcante, sendo a multidisciplinaridade um elemento intrínseco<sup>46</sup>.

Na análise do risco deve ser levada em consideração a **probabilidade**, a **magnitude** e a **irreversibilidade**. Na lição de Ana Clara Aben-Athar Barcessat, a Comissão das Comunidades Europeias, na Comunicação Relativa ao Princípio da Precaução, utiliza dois elementos como diretrizes para a implementação desse princípio, quais sejam: “a possibilidade de ocorrência e a gravidade do impacto”, equivalentes da alta probabilidade e da magnitude. Configurada a alta probabilidade, surge o dever do Estado de agir preventivamente a fim de evitar que o dano, provável, ocorra. A probabilidade funda-se num prognóstico racional, com aparência de verdade, sendo auferida pelos estudos prévios multidisciplinares e pela análise dos eventos anteriores, que são, em regra, uma base empírica da probabilidade de eventos semelhantes futuros. A magnitude está relacionada com a intensidade do impacto futuro e com a profundidade da lesão dos valores protegidos e, juntamente com a probabilidade, configura elemento determinante na configuração de um risco intolerável. A irreversibilidade também é um elemento a ser considerado. Alguns bens e valores não podem ser quantificados, pois são marcados pela incomensurabilidade ou infungibilidade. A combinação desses elementos pode ser um critério na aferição dos riscos potenciais de um desastre. Tem-se, portanto, o princípio da precaução como um mecanismo de suporte de decisões orientado a impor a adoção de uma obrigação geral de cautela, ainda que os riscos sejam abstratos e de baixa probabilidade, mas que, uma vez possíveis, podem ter consequências extremas, não se adotando ações apenas quando se tem evidenciada sua ocorrência de maneira certa e precisa<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Ana Clara Aben-Athar Barcessat acrescenta que “pelo fato de serem acontecimentos complexos (ou ecocomplexos), a compreensão dos eventos determinantes para o seu desencadeamento necessita do trabalho em conjunto com diferentes áreas complementares, como a Geologia, a Climatologia, Engenharia, Direito, dentre outras. Com a intersecção dessas informações das diversas áreas do conhecimento é que se desenvolvem estratégias para o gerenciamento dos desastres, sem repetir os erros do passado e se antecipando aos futuros acontecimentos, numa ótica sempre predominantemente preventiva” (*Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 48-49, 76).

<sup>47</sup> BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 32, 67, 69, 113-117.

Considerando que a determinação do risco abstrato é delicada, quando se tratar de empreendimento em área de risco de desastre, **a decisão da expedição da licença deve ser tomada em conjunto com a sociedade envolvida**, inclusive por meio da realização de audiência pública, pois havendo potencialidade de ser atingida pelo evento, não pode ser ignorada e simplesmente ser submetida à atividade com desconhecimento dos riscos envolvidos; deve, portanto, ser informada, garantindo-se sua participação na tomada de decisão que envolva situação de risco que eventualmente viverá.

No âmbito do direito urbanístico, a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, mediante a garantia do direito a cidades sustentáveis, à infraestrutura urbana, a ordenação e controle do uso do solo de forma a evitar a exposição da população a riscos de desastres<sup>48</sup>. Surge, então, o conceito de **cidades resilientes e sustentáveis**, as quais devem ser entendidas dentro de um modelo, inclusive normativo, que as proteja de desastres, no sentido de organizar o espaço urbano para integrar e harmonizar os diferentes sistemas de infraestrutura (inclusive a verde), como pessoal capacitado, abrigos, caminhões, ambulâncias, hospitais e vias de evacuação, de forma a evitar os desastres e ao mesmo tempo prepará-las antecipadamente à sua ocorrência, bem como promover rápida e eficaz recuperação. Nesse sentido, a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil tem por objetivos estimular o desenvolvimento de cidades resilientes<sup>49</sup> e os processos sustentáveis de urbanização<sup>50</sup>. São elementos que podem ser exigidos como condicionantes quando do licenciamento, no caso de empreendimento/atividade a ser instalado em área de risco de desastre. Portanto, deve sempre ser consultado o cadastro nacional de municípios com características especiais<sup>51</sup> para verificar a compatibilidade do empreendimento com a realidade do local, impondo-se, se o caso, os respectivos condicionantes.

Importante aspecto do licenciamento ambiental preventivo de desastres é o **círculo de gestão de riscos**, na expressão de Farber, característico das fases de um desastre, que se retroalimentam. Explicam Carvalho e Damascena que cada fase do ciclo de desastre – prevenção, mitigação, preparação, resposta, compensação, assistência do governo, recuperação e reconstrução – é parte do portfólio de gerenciamento de risco. Os esforços de prevenção e mitigação tentam evitar e diminuir o impacto potencial de eventos de desastres antes do fato; a resposta tenta fazê-lo depois. A recuperação/reconstrução preocupa-se com a reparação de danos e retorno ao *status* anterior, mas também com a possibilidade de um próximo desastre, o que envolve esforços de prevenção/mitigação e de aplicação das lições de aprendizado do passado no presente, com reflexos no futuro. Esta circularidade reflete a constatação de que todas as fases, estratégias e instrumentos utilizados para a prevenção e mitigação, prestação de respostas emergenciais, compensação, reparação e reconstrução, devem ser alinhadas pela necessidade de prevenção e mitigação de eventuais novos desastres. A própria fase da reconstrução já deve completar o círculo mediante a inclusão de medidas preventivas e mitigadoras em relação a possíveis desastres futuros; uma mitigação exitosa antes do evento reduzirá a necessidade de

<sup>48</sup> Art. 2º, I, VI, h, da Lei n. 10.257/2001.

<sup>49</sup> Uma cidade resiliente não é que não sofre com nenhum desastre, mas sim aquela que está preparada para reagir e recuperar-se com maior rapidez e eficiência (BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e Direito Ambiental*: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, p. 88-89).

<sup>50</sup> Art. 5º, VI, da Lei n. 12.608/2012.

<sup>51</sup> Art. 6º, VI, da Lei n. 12.608/2012.

assistência emergencial e compensações futuras. Assim, o gerenciamento de risco deve compor todas as estratégias e momentos que envolvem um desastre numa circularidade de gerenciamento dos riscos catastróficos. A fase de reconstrução e recuperação adquire um papel fundamental no encadeamento temporal de um desastre, uma vez que neste devem já estar inseridas estratégias interconectadas de prevenção a possíveis futuros eventos desastrosos. A reconstrução deve ser antecipada pela reflexão acerca da viabilidade e segurança das novas construções, ante a necessidade de mitigar riscos futuros<sup>52</sup>.

Portanto, no licenciamento deve-se colher todas as informações dos desastres anteriores, bem como as medidas de sucesso que foram tomadas, aprendendo-se com as experiências, os erros e falhas anteriores, para que não ocorram novamente, reduzindo-se as vulnerabilidades e incrementando-se a resiliência, ainda que as probabilidades de um novo evento sejam remotas, inclusive com a exigência na forma de condicionantes à expedição da licença ambiental de todas as medidas preventivas de desastres. O art. 4º, I, II e III, da PNPDEC estabelece uma abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação, priorizando-se as ações preventivas relacionadas à minimização de desastres.

Ante a ecocomplexidade dos desastres, as Avaliações de Impactos Ambientais (AIAs) representam um instrumento apto a viabilizar esse círculo de gestão de riscos, pois contemplam a avaliação probabilística do risco, bem como previsão e análise de impacto ambiental e as medidas, novas ou já exitosas, que podem ser impostas a fim de evitar e/ou mitigar os riscos de desastres. A avaliação de impactos ambientais deve ser a mais ampla possível, a ser realizada por equipe multidisciplinar, na modalidade EIA/RIMA, quando se tratar de empreendimento que possa causar significativo impacto ambiental, como é o caso daquele que pode causar desastres. O art. 5º, III, da Resolução nº 01/1986 do Conama (lembrando que o rol do art. 2º da referida resolução é meramente exemplificativo, o que reforça ainda mais o dever de abrangência) indica que o estudo deve definir a área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza.

No que se refere aos aspectos gerais, como o licenciamento trata da intervenção humana no meio ambiente, nos ciclos, condições, influências, interações, relações, bióticas e abióticas, as quais permitem, abrigam e regem a vida em todas as formas (art. 3, I, da Lei n. 6.838/1981), há que nele se levar em consideração toda complexidade da natureza, a qual é viva e dinâmica, não podendo ser reduzida a fórmulas e esquemas puramente mecanicistas.

A racionalidade do licenciamento não pode se restringir unicamente à econômica, devendo-se observar principalmente a racionalidade ecológica, a qual vai muito além da consideração do ambiente como uma variável de mercado. Não se deve buscar simplesmente a industrialização, modernização, produtividade, competitividade, o crescimento pelo crescimento.

Deve ser verificado se com a instalação e operação da atividade econômica será preservada a capacidade de sustentação e renovação dos ecossistemas atingidos, para as

<sup>52</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33, 68-69, 79.

presentes e futuras gerações, humanas e não humanas; não pode, portanto, ser autorizada em desconformidade com os princípios que tornam efetiva a proteção do meio ambiente.

A cada momento são reveladas novas características, conexões e interpretações do mundo natural antes jamais imaginadas.

O tempo da natureza, por vezes extremamente longo, nem sempre coincide com o tempo desejado para o desenvolvimento das atividades econômicas humanas. Alguns impactos ambientais somente podem ser avaliados no decorrer de todo um ciclo natural complexo. Por exemplo, a existência ou não de nascentes (intermitentes ou não) em determinada área pode depender do ciclo ou do período de chuvas de um ano. Fica evidenciado que a apuração de todos os riscos leva um tempo razoável, incompatível com um licenciamento afoito com decisões de curto prazo. Não se pode esperar que a flexibilização, com prazos exíguos, nessas hipóteses, acarrete mais segurança e reduza a ocorrência de desastres<sup>53</sup>. Auro Machado entende, com suporte em Jared Diamond, que o enfrentamento dos grandes desafios, mormente na área ambiental, demanda coragem de praticar raciocínio de longo prazo, e tomar decisões antecipadas, sendo que estas são o oposto da tomada de decisão reativa de curto prazo. Sustenta que os princípios da precaução e da prevenção, assimilados à luz da proporcionalidade, prescrevem o fim da tirania do curto prazo na luta contra os maiores fatores de risco<sup>54</sup>.

Por outro lado, os impactos ambientais não devem ser analisados de forma isolada, sendo necessária profunda análise do caso concreto, incluídas as ações e efeitos sinérgico-cumulativos. De fato, não se pode ignorar que uma das mais relevantes características da Terra é a íntima interdependência das partes que formam o conjunto, um sistema conectado, que, desrespeitado, implicará em ruptura de ciclos naturais e em desequilíbrio ecológico, o que pode resultar em desastres. Dessa forma, não é suficiente a análise dos impactos de forma compartimentada, sem considerar a característica holística e o conjunto que propicia o equilíbrio ecológico. O que se busca alcançar é uma grande integração de decisões, levando em consideração a ampla interdependência ambiental. Portanto, o licenciamento ambiental deve abranger a obra como um todo e não de modo meramente fragmentado. Se o licenciamento for parcelado se perderá o sentido da real dimensão da obra ou do projeto<sup>55</sup>.

Deve-se também atentar para a questão da modernidade técnica, da segmentação administrativa e das respectivas funções, para a gestão meramente burocrática das pessoas, o tratamento meramente racional econômico das massas atingidas, a desumanidade gestora, que podem constituir um licenciamento frio, desumano, anônimo, indiferente, robótico, mecanicista, anestesiado, isolado dos riscos de desastres, do mundo real, e preso apenas a números, listas, tarefas, resultados, eficiência, competitividade, produção, crescimento, que desconectam da realidade, pois fechados em si mesmos, ao se

<sup>53</sup> Virgílio Viana, que é engenheiro florestal pela ESALQ, Ph.D. pela Universidade de Harvard, ex-Secretário de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas e superintendente da Fundação Amazonas Sustentável, sustenta que *não há desenvolvimento sem proteção ambiental. Reflete que* afrouxar o licenciamento ambiental aumenta a margem de lucro das empresas, em função da redução dos custos. Porém, quando ocorre um desastre ambiental, o que há é uma socialização dos prejuízos, que são pagos pela sociedade (Disponível em: <https://bit.ly/33Wsyil>. Acesso em: 22 mar. 2019).

<sup>54</sup> MACHADO, Auro de Quadros. *Licenciamento ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 123.

<sup>55</sup> MACHADO, Auro de Quadros. *Licenciamento ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 111-112.

fixar cada etapa a uma fração, o que dificulta a percepção da inviabilidade do conjunto causador de catástrofes.

Devem ser considerados os fatores sociais e as **externalidades negativas**, impondo-se ao empreendedor a obrigação de equacionar demandas não derivadas diretamente do potencial impacto socioambiental do empreendimento proposto, relacionadas à perturbação das funções ecológicas e dos serviços ambientais, e a aspectos socioculturais, que podem não se relacionar diretamente com o impacto ambiental produzido pela atividade, devendo, portanto, ser internalizados, em aplicação, inclusive, ao princípio do poluidor-pagador.

O licenciamento deve proporcionar um desenvolvimento realmente sustentável, ou seja, sem destruição de ecossistemas, de culturas, de estruturas sociais, revelando-se superada e ultrapassada dicotomia “exploração x proteção ambiental”, que estabelece a falsa crença de que só é possível usar estragando/poluindo, e que o que se deseja é estragar/poluir menos, sendo que essa visão limita as possibilidades de se ter uma interação saudável e equilibrada com o Planeta e com a Vida. O objetivo não é tentar “explorar” sem ultrapassar um limite depois do qual o estrago é grande. O objetivo é que a intervenção humana gere mais abundância e qualidade de vida do que haveria sem sua participação.

Por fim e não menos importante, cumpre destacar que parte expressiva dos desastres ambientais apresenta relação direta com a degradação de Áreas de Preservação Permanente (APP), previstas e desprotegidas no e pelo Código Rural<sup>56</sup>. Essas áreas podem funcionar como **infraestruturas verdes ou naturais**<sup>57</sup> (manguezais, florestas, marismas, dunas, restingas) e são capazes de atuar como proteção natural contra os desastres, em razão dos serviços ecossistêmicos prestados. Tais infraestruturas têm um enorme potencial de proteção contra inundações, terremotos, tempestades, furacões, fogos, deslizamentos, entre outras catástrofes, uma vez que a probabilidade de ocorrência de um desastre e sua conseqüente magnitude varia de acordo com as condições do ambiente impactado. Justifica-se, assim, a decisão de manutenção e proteção no respectivo licenciamento ambiental, bem como uma maior valorização do monitoramento dessas áreas, como meio de prevenção de desastres, mesmo que o Código Rural estabeleça de modo diverso, ante o princípio constitucional da sustentabilidade.

O Direito dos Desastres nos Estados Unidos passou a utilizar os serviços ambientais como medidas estruturais naturais preventivas e mitigadoras dos desastres. Bem geridas, essas infraestruturas verdes podem evitar ou mitigar o impacto de boa parte dos desastres naturais, estratégia estrutural ainda inexistente ou subutilizada no Brasil. A perspectiva da utilização dos serviços ambientais como critério de gestão de riscos e danos ambientais encontra fundamento constitucional no art. 225, §1º, I, que estabelece a incumbência ao Poder Público de “preservar e restaurar os *processos ecológicos essenciais* e prover o manejo ecológico das espécies e *ecossistemas*” (gn). Considera-se, portanto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado simultaneamente garantia de um bem jurídico comum, viabilizador da qualidade vida, e de serviços ecossistêmicos, incrementadores da segurança ambiental, como mecanismo de prevenção de desastres.

<sup>56</sup> Art. 3º da Lei n. 12.651/2012: “Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] II – Área de Preservação Permanente – 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>57</sup> Distinguem-se da infraestrutura cinza ou construída (barragens, diques, estradas, entre outras obras de engenharia civil humana).

Sua relevância essencial ao bem-estar transindividual justifica a sua preservação, recuperação e constante monitoramento<sup>58</sup>.

## 5. Conclusão

A intensificação dos desastres e dos danos ambientais em consequência da ação humana é resultado do atual modelo civilizatório e de desenvolvimento, ou seja, de uma combinação de degradação ambiental, uso inadequado do solo, especulação imobiliária, ausência ou ineficácia das políticas de acesso a uma moradia segura, ocupação de áreas protegidas, falta de cumprimento de normas ambientais, de políticas públicas e ações governamentais preventivas, inclusive urbanísticas, ausência de eficaz gestão de riscos e de tomada de decisão, distintas formas de vulnerabilidade<sup>59</sup>, baixa resiliência, tolerância a condutas descuidadas das empresas, produção pela produção e orientada à acumulação ao consumismo. Nesse contexto da atual crise civilizacional – na qual a sociedade pós-industrial dá mais ênfase e importância à recuperação e preservação da empresa (esta, em boa medida, responsável pelos danos ambientais<sup>60</sup>) do que à recuperação e preservação dos ecossistemas, da biosfera, do meio ambiente ecologicamente equilibrado (os quais evitam os desastres), ao comparar-se as medidas políticas no sentido de criação de mecanismos de proteção, preservação e recuperação da empresa e de proteção, preservação e recuperação ambiental –, os desastres ambientais ligam-se a esse déficit de proteção ambiental.

A governança dos desastres é uma resposta possível e engloba grande gama de atuações que podem ser divididas em planejamento, execução e informação. As primeiras reúnem os planos de prevenção, contingência e resiliência, os quais são geralmente executados pela Defesa Civil dos entes federativos. As segundas referem-se à identificação e mapeamento das áreas de risco, à fiscalização e proteção de áreas verdes e vulneráveis, ao planejamento ou replanejamento das cidades, tornando-as resilientes, a partir dos aprendizados decorrentes dos desastres anteriores (círculo de gestão de riscos), à definição e execução eficiente de políticas públicas aptas a afastar ou mitigar as causas mais comuns dos desastres<sup>61</sup>.

O caráter multifacetado que pode caracterizar os desastres exige não apenas uma multidisciplinaridade nos processos de tomada de decisão, mas uma integração entre diversos atores públicos e privados.

O conhecimento e a análise dos riscos, incluídos os efeitos sinérgicos-cumulativos, servem de estratégia de antecipação racional, sendo que muitos desastres podem ser evitados ou mitigados com redução das vulnerabilidades sociais, econômicas e ambientais e com a implementação de cidades resilientes e sustentáveis. A base da estrutura

<sup>58</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51-57, 70-72.

<sup>59</sup> A magnitude de seu impacto depende do maior ou menor grau de vulnerabilidade socioambiental da comunidade impactada (BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 54).

<sup>60</sup> Nesse sentido, o entendimento do Ministro Gilson Dipp, ao asseverar que “os maiores responsáveis por danos ao meio ambiente são empresas, entes coletivos, através de suas atividades de exploração industrial e comercial” (REsp. 564.960).

<sup>61</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81.

governamental e privada para o enfrentamento dos riscos e perigos catastróficos é formada pela tríade: (i) círculo de gestão de risco, (ii) prevenção *lato sensu* (prevenção e precaução) e (iii) integração das políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável<sup>62</sup>.

O licenciamento ambiental surge como instrumento de prevenção e redução dos riscos de desastres, desde que utilizado em toda sua potencialidade e observados os princípios da sustentabilidade<sup>63</sup> e do desenvolvimento sustentável, da prevenção/precaução, do poluidor-pagador, da informação, da participação<sup>64</sup>, da responsabilidade, com a imposição dos condicionantes e controle/monitoramento ambiental e a valorização das estruturas verdes e dos serviços ecossistêmicos, inclusive na fase de operação do empreendimento.

É preciso, no licenciamento, impor os condicionantes e cobrá-los constantemente, e também negar a licença ambiental se o projeto não apresentar todos os requisitos de segurança, levando-se em consideração todos os valores e os riscos de desastres envolvidos, bem como modificar a licença ou extinguir aquela em vigor que não cumpra todas as exigências e requisitos estabelecidos ou não se adeque às situações posteriores que exijam sua modificação.

## 6. Referências

- BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e Direito Ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Anuário brasileiro de desastres naturais: 2013*. Brasília, DF: Cenad, 2014.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- DIAMOND, Jared. *Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. Tradução Alexandre Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.
- FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência ecológica: o impacto do que consumimos e as mudanças que podem melhorar o planeta*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- KOLBERT, Elizabeth. *A sexta extinção: uma história não natural*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

<sup>62</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 100-101.

<sup>63</sup> BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>64</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Auro de Quadros. *Licenciamento ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Manual de Direito Ambiental*. Brasília, DF: Sê-lo, 2016.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

STENGERS, Isabelle. *No tempo das catástrofes*. Tradução Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

---

VI

Instrumentos de  
Direito Urbanístico:  
contratualização

---



# Parque Augusta no Município de São Paulo: instituições estatais e não estatais envolvidas na consolidação desse equipamento urbano e as dinâmicas de negociação

*José Jair Marques Júnior*<sup>1</sup>

Assistente jurídico do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Cronologia dos acontecimentos relevantes à dinâmica da negociação; 3. Quais as entidades e pessoas envolvidas na negociação e os interesses manifestados; 4. Comparação dos acordos: o Termo de Compromisso da década de 1970 (acordo primeiro), o Acordo de 2017 (acordo segundo) e o Acordo de 2018 (acordo terceiro); 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

**Resumo:** o artigo analisa a evolução, no tempo, das dinâmicas de negociação utilizadas na implantação do “Parque Augusta”, no Município de São Paulo, assim como examina o envolvimento de instituições estatais e não estatais nesse processo. Identifica, a partir de elementos da teoria de negociação da Escola de Harvard, as razões do sucesso do acordo definitivo para a implantação do parque.

**Palavras-chave:** Parque Augusta; negociação; acordos.

## 1. Considerações iniciais

No dia 10 de agosto de 2018, em anúncio público<sup>2</sup>, a Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio do Prefeito Bruno Covas, divulgou ter concretizado um novo acordo com as incorporadoras Cyrela e Setin (nomes sociais Flamingo e Albatroz, respectivamente), proprietárias dominiais dos terrenos onde se terá, futuramente, a consolidação do Parque Augusta como um bem comum do povo. Acordo este que também incluiu na sua formatação o envolvimento de associações da sociedade civil (nomeadamente, a Samorcc – Sociedade de Amigos, Moradores e Empreendedores dos bairros Cerqueira César, Consolação e Jardins; Amacon – Associação de Moradores e Amigos do Bairro da Consolação e Adjacências; e Movieco – Movimento Ecológico), além do Ministério Público do Estado de São Paulo, o Poder Legislativo Municipal e o Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Basicamente, o objeto do acordo trouxe a obrigação das incorporadoras de doar os imóveis situados no quadrilátero das Ruas Marquês de Paranaguá, Caio Prado e Augusta, além de pagar indenizações à Prefeitura do Município de São Paulo, com a contrapartida de receber do Município potenciais construtivos a serem aplicados em qualquer outra região da cidade ou, eventualmente, alienados em mercado.

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em Direito do Estado e Bacharel pela FDUSP.

<sup>2</sup> SECRETARIA ESPECIAL DE COMUNICAÇÃO. São Paulo ganha parque na região da Rua Augusta. *Cidade de São Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2s284b2>. Acesso em: 10 ago. 2018.

A formulação desse ajuste se sucede a outro acordo, anunciado em agosto de 2017<sup>3</sup>, em que o então Prefeito, João Doria, apregou igualmente ter chegado em composição definitiva com as mesmas incorporadoras donas daquele terreno com o objetivo de implantação do Parque Augusta.

Com extensão aproximada de 24 mil metros quadrados, bipartida entre dois terrenos registrados formalmente em matrículas diferentes (um de 7,6 mil metros quadrados, outro de 16,133 mil metros quadrados), a área contemplada em disputa está no centro do noticiário e das lutas de grupos organizados pela recuperação e preservação de uma área verde na região central da capital paulista, objeto de pendências e indefinições resultantes da persistência de tal conflito, ilustrando na polêmica se há – ou não – oportunidade e conveniência de se despendere recursos públicos para a criação de um parque nessa localidade.

A proposta deste artigo é identificar, a partir da análise da cronologia dos acontecimentos, a motivação da inserção dessa temática da criação do Parque Augusta na pauta da administração pública paulistana contemporânea, voltada para a construção do consenso. Como hipótese central, temos a identificação de que a estruturação de um processo administrativo de negociação, seja no campo judicial ou extrajudicial, com o objetivo de implantação de equipamentos urbanos de fruição da coletividade, tende a facilitar a obtenção do consenso e a demandar menores dispêndios financeiro e de tempo da administração pública e dos atores privados envolvidos.

Como método de pesquisa, serão adotadas como ferramentas: (i) a investigação dos autos do processo judicial de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra as atuais proprietárias e os imediatos alienantes dos terrenos situados na área do Parque Augusta<sup>4</sup>; (ii) os projetos legislativos e leis editadas na Câmara de Vereadores de São Paulo relacionadas àquela área; (iii) notícias divulgadas na imprensa, além de, especialmente; (iv) os termos dos acordos celebrados ao longo do tempo pelas administrações municipais de São Paulo com os proprietários do terreno.

## 2. Cronologia dos acontecimentos relevantes à dinâmica da negociação

Como primeiro fato histórico<sup>5</sup> relevante, é relatada a construção do Palacete Uchoa, em estilo *art nouveau*, no ano de 1902. Cinco anos depois, instalou-se ali o colégio feminino Des Oiseaux, que encerrou suas atividades de ensino em 1969.

<sup>3</sup> FÁBIO, André Cabette. Doria anuncia acordo pelo Parque Augusta. O que SP cede e o que ganha. *Jornal Nexo*, [S.l.], 4 ago. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2YlSsvs>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>4</sup> Trata-se do processo 1017163-55.2016.8.26.0000 em trâmite na 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo Capital.

<sup>5</sup> São duas as fontes principais para a estruturação dos dados históricos. Tanto a petição inicial da Ação Civil Pública 1017163-55.2016.8.26.0000, acima mencionada, quanto as notícias publicadas pelo sítio eletrônico dos jornais da Folha de São Paulo e Estadão a respeito do “Parque Augusta”, que, na maioria das vezes, retratam o histórico cronológico dos fatos. A título de exemplo, as matérias a seguir: AMÂNCIO, Thiago. Construtoras e prefeitura de SP fecham novo trato sobre parque Augusta. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/34OU6YF>. Acesso em: 10 ago. 2018; e VEIGA, Edison. Cronologia do terreno do Parque Augusta (1902-2015). *Estadão*, São Paulo, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Ym0Jzh>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Em 1970, a Prefeitura do Município de São Paulo decretou a utilidade pública<sup>6</sup> dos terrenos que compõem o local<sup>7</sup>, com o objetivo de desencadear o processo expropriatório e tomar para si a propriedade dos imóveis, ali projetando instalar um jardim público. O valor da indenização, todavia, não foi pago e, em 1974, o prédio principal do colégio, o palacete, foi demolido.

Esse decreto de utilidade pública, por sua vez, foi revogado pelo Decreto 10.954/1974<sup>8</sup>, que fora emitido de acordo com as condicionantes previstas no Decreto 10.766/1973<sup>9</sup>, este último que permitiu a revogação específica de decretos declaratórios de utilidade pública, com liberação do uso do terreno que contivesse a área verde, desde que o proprietário voluntariamente se obrigasse

*(a) a preservar, integralmente, as áreas verdes existentes no imóvel, mantendo-as, conservando-as e ampliando-as quando possível, com exceção das áreas absolutamente necessárias à execução dos projetos de construção, desde que as mesmas não ultrapassem 10% (dez por cento) das áreas verdes; b) a permitir, em consonância com as finalidades do aproveitamento dos terrenos respectivos, a utilização das áreas verdes pelo público; c) a dar ao imóvel, onde as áreas verdes se localizam, utilização rigorosamente conforme com as exigências legais fixadas para a zona de sua situação; (d) a não ultrapassar, com as edificações, a taxa de ocupação correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) da área do terreno, ressalvado o disposto no item “a”.*

Ainda nesse Decreto 10.766/1973, no artigo 4º, restou estabelecida a obrigação de que o interessado deveria celebrar Termo, perante órgão municipal competente, para assumir essas obrigações relativas à preservação das áreas verdes em paralelo à autorização de edificações.

Em 13 de agosto de 1975, foi averbado junto à matrícula do imóvel de 7,6 mil metros quadrados um **Termo de Compromisso** firmado pela então proprietária Associação Instrutora da Juventude Feminina com a Prefeitura do Município de São Paulo. Nele, foram ajustadas diversas obrigações imputadas à titular do domínio imobiliário, especialmente focadas na identificação da destinação exclusiva do bem (construção de conjunto turístico em hotel) e na instituição de limitações administrativas, como a de não ultrapassar, com as edificações, a taxa de ocupação máxima de 25% do imóvel; preservar a integralidade da área verde existente, não podendo ser abatida qualquer árvore existente no local, a não ser com emissão de prévia e expressa autorização do município; e, principalmente, admitir a utilização da área verde pelo público e construir um edifício que contemplasse,

<sup>6</sup> As hipóteses de utilidade pública estão descritas no artigo 5º do Decreto-lei 3.365/1941. Disponível em: <https://bit.ly/33R88YF>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>7</sup> Confira-se o Decreto 9.238/1970, cujo artigo primeiro dispôs que os mencionados imóveis seriam objeto de futura desapropriação manejada via acordo ou judicial, sinalizado como principal objetivo do decreto a ponderação de que os imóveis seriam necessários à “preservação de área verde e funcionamento de instituições culturais”. Disponível em: <https://bit.ly/2OTphMV>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2PeotRX>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2PhuZiw>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ao mesmo tempo, habitação hoteleira e parte operacional para serviços culturais e sociais dos hóspedes e demais usuários do conjunto.

A respeito do outro terreno, de maior extensão e que já havia sido alienado pela Associação Instrutora da Juventude para terceiros, também houve a celebração de **Termo de Compromisso**, na data de 29 de agosto de 1975, entre a proprietária Teijin do Brasil e a Municipalidade de São Paulo. Foi fixado o mesmo tipo de destinação exclusiva (conjunto turístico em hotelaria), além das mesmas limitações administrativas relacionadas à manutenção e preservação integral da área verde existente, com abertura ao público para o seu uso.

Para a hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações assumidas com a assinatura dos termos de compromisso em questão, foi fixada, no próprio ajuste, a incidência de multa que poderia ser acumulada até o valor do terreno onde se encontra a área verde, sem prejuízo da tomada de outras medidas sancionatórias ou de polícia administrativa, como embargo de obras.

Praticamente uma década mais tarde, em 4 de setembro de 1986, os representantes da Consolação Hotéis e Turismo Ltda. – os mesmos da empresa Teijin do Brasil – e da Municipalidade de São Paulo confirmaram as disposições constantes dos Termos de Compromisso ao assinarem um instrumento de ratificação, especialmente quanto às restrições de edificação e uso do imóvel, com obrigação sobre os sucessores dos bens imóveis, consoante acordo celebrado com o então prefeito, Jânio Quadros.

Em setembro de 1996, Armando Conde e Linda Lilly Conde adquiriram a propriedade dos dois terrenos, pelo preço de R\$ 3,9 milhões. De acordo com as notícias divulgadas na imprensa, fracassou o projeto de construir um hipermercado, bloqueado em 2006 por decisão administrativa do Conpresp, o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Cultura. Mas foi autorizado outro projeto apresentado na sequência para construir três torres, duas residenciais e uma comercial, condicionado ao cumprimento de disposições estipuladas pelo Conpresp para a compensação ambiental e conservação do patrimônio histórico remanescente, conforme disposto em decisão administrativa do Conpresp, proferida na 439ª Reunião Ordinária realizada em 09 de setembro de 2008<sup>10</sup>.

Já em setembro de 2013, Armando e Linda Conde revenderam o imóvel às atuais proprietárias Flamingo e Albatroz, sociedades empresárias do ramo imobiliário, pelo preço de R\$ 27,3 milhões, com o pacto acessório de retrovenda, durante o prazo de 24 meses, prorrogável em mais 12 meses, caso nesse intervalo as empresas adquirentes não obtivessem aprovação de empreendimentos imobiliários residencial e comercial imaginados para o local.

Em janeiro de 2015, o Conpresp aprovou o novo projeto apresentado pelas proprietárias Flamingo e Albatroz, substituindo aquele projeto anterior de 2008 para a construção de três edifícios, cada um com 45 metros de altura, sendo um deles no terreno de

---

<sup>10</sup> Eis o trecho da ata da reunião do Conpresp em que foi autorizado o projeto apresentado pelos proprietários Armando e Linda Conde, publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo: “Processo 2008- 0.011.655-7 – Armando Conde – Construção – Rua Marques de Paranaguá x Rua Caio Prado x Rua Augusta. Relator: Conselheiro Elton. Por unanimidade de votos, o processo foi DEFERIDO COM AS SEGUINTES DIRETRIZES: a) que o interessado apresente novo TCA – Termo de Compensação Ambiental, emitido por DEPAVE, prevendo a compensação arbórea de plantio de vegetação dentro dos mesmos lotes referidos, e b) que o interessado entregue declaração de compromisso com a conservação dos remanescentes do Colégio Des Oiseaux.”. Disponível em: <https://bit.ly/2rZA92K>. Acesso em: 10 abr. 2019.

matrícula 12.953, junto a árvores tombadas e a construções históricas remanescentes do Colégio des Oiseaux.

Em simultâneo a essas últimas alienações, houve a superveniência de atos legais e administrativos relevantes para a identificação do potencial de exploração econômica daquela propriedade privada.

Especialmente, citam-se os fatos da edição de lei, promulgada pelo Prefeito Fernando Haddad, criando o Parque Augusta (Lei Municipal 15.941/2013<sup>11</sup>, advindo do Projeto de Lei 345/2006); da averbação na matrícula imobiliária, de direito de preferência legal à Prefeitura do Município de São Paulo para adquirir os mencionados imóveis em virtude da edição do Estatuto da Cidade e do Decreto Municipal 42.872/2003 (setembro de 2012); a autorização, pela Câmara de Vereadores, de criação do Parque Augusta no local (2011), da declaração de utilidade pública do espaço pelo Prefeito Gilberto Kassab (2008); da decisão administrativa de tombamento do bosque existente no local, pelo Conpresp (Resolução 23/CONPRESP/2004<sup>12</sup>); e da inclusão no Plano Diretor Estratégico da implantação futura do Parque Augusta naquele espaço (2002).

Houve, igualmente, manifestações públicas de organizações da sociedade civil e de ativistas defensores de pautas ambientalistas, em protesto à falta de abertura do local à população. Inclusive, houve intervenção do Poder Judiciário, tanto ao determinar a abertura dos portões em decisão provisória<sup>13</sup> quanto, num momento subsequente, ao determinar o seu fechamento à luz da falta de condições de segurança<sup>14</sup>.

Desse roteiro de acontecimentos, podemos extrair algumas conclusões. Ainda que, originalmente, a Prefeitura do Município de São Paulo e os sucessivos proprietários dos terrenos tenham se acertado no sentido de promover concretamente a utilidade dos

<sup>11</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2rhbkzu>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>12</sup> PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo. *Resolução n. 23/2004*. Disponível em: <https://bit.ly/33UE5z4>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>13</sup> Confira-se a ementa do julgado: AGRADO DE INSTRUMENTO – Decisão que indeferiu antecipação de efeitos da tutela – Pretensão de abertura imediata dos portões de área denominada “Parque Augusta” – Área, em parte tombada, com a existência de mata, e utilizada pela população como área pública por muitos anos – Propriedade privada das agravadas, que fecharam os portões para a construção de imóveis – Presença dos pressupostos exigidos pelo artigo 273 do CPC – Decisão reformada para determinar a abertura do portão situado na Rua Marques de Paranaguá, no prazo de 30 dias, a contar da publicação do acórdão, mas com critérios a serem observados – Determinação de expedição de ofício à municipalidade – Recurso provido, com observações. (TJSP; Agravo de Instrumento 2116910-91.2014.8.26.0000; Relator: Desembargador Antônio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível – 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2015. Disponível em: <https://bit.ly/2PiPO5k>. Acesso em: 10 ago. 2018.).

<sup>14</sup> Confira-se a ementa do julgado: APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública – Pretensão das apelantes à reabertura dos portões do Parque Augusta – Preliminar de Nulidade da r. sentença – Alegação de infringência ao devido processo legal e necessidade de dilação probatória afastadas – Quando a MMA. Juíza a quo se posicionou sobre o não cabimento da análise, naquele momento processual (decisão interlocutória) sobre de quem seria a responsabilidade pela realização das obras e serviços necessários à utilização segura e confortável do bosque, na verdade estava fazendo alusão à petição da Prefeitura de São Paulo de fls. 351/358, que discorria sobre sua não responsabilidade em “adotar as medidas necessárias para garantir a fruição da área”, não tendo que se falar assim em necessidade de dilação probatória e cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide – Preliminar de Nulidade da r. sentença por não ter esperado terminar o prazo para interposição de Agravo de Instrumento – Inocorrência – Ausência de previsão legal para que se aguarde o decurso de prazo das decisões processuais para a prolação de Sentença – Mérito – Impossibilidade momentânea de se manter o chamado “Parque Augusta” aberto ao público, diante da precária condição em que a área se encontra – Segurança do público há que ser preservada – Impossibilidade de se condenar as empresas requeridas a limparem e realizarem toda espécie de melhoramentos no local, pelo fato do referido ônus não ter sido objeto do pedido inicial, o que poderia caracterizar o julgamento “extra petita” – Sentença Mantida – Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1052212-84.2014.8.26.0100; Relator: Desembargador Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível – 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/06/2016. Disponível em: <https://bit.ly/2YiY49L>. Acesso em: 10 ago. 2018).

imóveis mediante a implantação dos empreendimentos imobiliários e, ao mesmo tempo, preservação das áreas verdes existentes, fato que os proprietários dos imóveis ou promoveram uso estritamente marginal do imóvel – como na década de 1990, em que houve a celebração de contrato de locação comercial para funcionamento de estacionamento no local –, ou não levaram à frente os projetos imobiliários. Não se identificam aqui os motivos para a não implantação dos empreendimentos que podem ter origem exclusivamente empresarial – falta de financiamento ou de vontade do setor privado para empreender naquele dado momento – ou por influência de condutas praticadas pelo poder público, em bloqueio das iniciativas do particular.

Há também uma visibilidade clara a respeito da forte disposição estatal em legitimar ou restringir os usos daquela área para fins exclusivamente culturais e de lazer da população, haja vista a sequência de atos administrativos e normativos com força jurídica editados com a finalidade de reconhecimento de tais intenções; porém, sem força coativa suficiente para garantir a sua efetividade.

Além disso, mostrou-se nítido que as iniciativas de fonte legislativa para a institucionalização do Parque Augusta não ultrapassaram a mera intenção política, haja vista a ausência de resolução de um problema claro, que salta aos olhos de qualquer cidadão comum. Os terrenos sempre foram tratados como propriedade privada, submetidos a uma série de limitações administrativas agregadas ao longo do tempo. E como propriedade privada, ostentam um valor patrimonial convertido em moeda: os detentores dela não podem ser despojados desse bem, a não ser que indenizados pecuniariamente ou processados de acordo com o devido processo legal para o pagamento em razão, por exemplo, de alguma dívida, sob pena de estar caracterizado o confisco vedado pela ordem constitucional vigente.

Diante da experiência concreta que legou a oportunidade da introdução da retomada de processos de negociação na Prefeitura do Município de São Paulo, especificamente para a implantação de tal parque, analisamos a seguir o papel de cada uma das instituições envolvidas e dos interesses por elas manifestados, pontuando, quando a hipótese exigir, lineamentos a respeito da teoria da negociação desenvolvida na Escola de Harvard<sup>15</sup>.

### 3. Quais as entidades e pessoas envolvidas na negociação e os interesses manifestados

É fundamental, para compreender a dinâmica de negociação entabulada entre as partes, saber quais são os agentes relevantes que tomam parte nessa discussão. De partida, é possível admitir que não haja em curso uma negociação *two-party*, que envolva sujeitos “A” e “B”. Dada a complexidade do fenômeno urbano e social, são múltiplas as esferas de interesse que, com mais ou menos intensidade, afetam o processo negocial por meio da expressão de seus desejos, objetivos, peculiaridades de tratamento e, principalmente, se

<sup>15</sup> Por todos os expoentes estudados, optou-se pela aplicação dos ensinamentos trazidos em: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. A reforçar a relevância dessa escola, constam editados dois Manuais de Negociação envolvendo instituições públicas brasileiras que a ela fazem referência expressa: BRASIL. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. *Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard*. Brasília, DF: EAGU, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Yiee2V>. Acesso em: 20 fev. 2019; e BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2ON4hYd>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ostentam, por meio contratual ou legal, força coativa para imprimir efetividade às suas deliberações pessoais, ou se necessitam da intervenção de algum agente externo para fazê-lo. Considera-se presente, portanto, uma dinâmica negocial *multi-party*.

Em primeiro lugar, temos a Prefeitura do Município de São Paulo. Por competência constitucional, incumbe a ela prestar os serviços públicos de interesse local, especialmente a partir do patrimônio de bens que titulariza, além de promover a preservação do meio ambiente. Caminha nessa direção a abertura de parques e jardins públicos para franquear à sociedade a oportunidade de lazer, tranquilidade e conexão com a natureza.

Em paralelo, a Prefeitura tem papel fundamental na definição do planejamento urbano da cidade. Não com exclusividade na decisão planejadora, mas com compartilhamento de responsabilidades na definição das regras gerais por meio do Plano Diretor e os instrumentos legais acessórios, que prescrevem as metas e desafios a serem atingidos nos horizontes de curto a longo prazo.

Igualmente, deve a Prefeitura proceder à averiguação constante das demandas, das áreas que estejam necessitando de uma maior provisão de serviços públicos, como escolas, hospitais, abertura e conservação de viários, na definição das prioridades e alocação dos recursos orçamentários, sendo de todo relevante a ouvida da sociedade para participar desse processo.

Além disso, por meio de suas entidades e órgãos, a Prefeitura Municipal de São Paulo expede atos de autorização para a iniciativa privada construir empreendimentos imobiliários, observando se foram respeitados os critérios exigidos pela lei de natureza ambiental, impacto às vizinhanças, tráfego, e limitações administrativas de potencial construtivo. Também é seu papel tratar da proteção ao patrimônio histórico, cultural e social integrado à vida urbana da cidade, por meio dos órgãos criados especificamente para essa finalidade (no caso, o Conpresp).

Há um detalhe fundamental que deve ser ponderado em relação à Prefeitura Municipal. As instâncias decisórias de poder normalmente são hierárquicas e respeitam, no limite, o ponto de vista externado pelo ocupante do cargo de chefe do Poder Executivo. Com isso, dada a alternância dos mandatos garantida como expressão do Estado Democrático, nem sempre é possível se cogitar de uma estabilidade ou previsibilidade de uma dada política pública. No entanto, ao menos nos mandatos dos governantes das décadas de 2000 e 2010, houve entendimento praticamente uníssono no sentido de se repercutir o interesse da Prefeitura em concretizar a criação e implementação do Parque Augusta.

Outra parte é constituída por pessoas jurídicas proprietárias dos terrenos. A oportunidade de negócio lucrativo sempre foi uma opção pensada pelas proprietárias atuais, dada a localização privilegiada dos terrenos próxima a serviços de utilidade pública (escolas de ensino superior, centros de compras) e de intensa vida social com adensamento populacional notório, à vista dos inúmeros edifícios de ocupação relevante situados na região. Todavia, deter a propriedade daquele imóvel, repleto de restrições das mais variadas intensidades e origens, não necessariamente ofereceria um sucesso comercial a curto prazo para as sociedades empresariais. As atuais proprietárias inclusive chegaram a manifestar, antes das tratativas para a celebração do primeiro acordo em 2017, que implantariam um parque no local, juntamente com o empreendimento imobiliário<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Confira-se trecho de entrevista concedida pelo Presidente da empresa Setin, Antonio Setin, ao repórter Edison Veiga, externando os benefícios da criação de um parque privado, e não público, no local em disputa: “O futuro parque terá iluminação, internet Wi-Fi, espaço restrito para cães, playground, todo um conjunto que atenda desde a uma pessoa de 90 anos de bengala até

Também participa do processo negocial o Ministério Público. Após o inquérito civil instaurado para averiguar se as pessoas proprietárias dos terrenos dos parques estavam conferindo ao local a função social respectiva e se estavam cumprindo as obrigações prefixadas no compromisso averbado na matrícula registral, o órgão ministerial propôs a ação civil pública outrora mencionada, objetivando o pagamento das multas decorrentes do descumprimento daquela avença.

Na visão do Ministério Público, o cômputo das multas teria acumulado valor suficiente para que o próprio terreno fosse expropriado sem custos para a municipalidade como fator prioritário à solução daquelas multas.

Tinha o Ministério Público posição fincada<sup>17</sup> na tese de que a aprovação de empreendimento imobiliário no local é irregular, haja vista o sucessivo descumprimento das obrigações de preservação das áreas verdes e de liberdade de acesso à sociedade civil ao uso da área verde constante no local.

Em adendo: o Ministério Público Estadual agregou no rol de pedidos daquela ação civil pública não apenas obrigação de os proprietários dos terrenos reajustarem as suas condutas diretas em relação aos imóveis em conformidade com o direito (abrir ao acesso público, por exemplo), como também incluiu o pedido de indenização por dano moral coletivo em razão do fechamento do espaço.

Num quarto ângulo, temos as organizações da sociedade civil formalizadas em pessoas jurídicas ou físicas, que manifestam interesse na criação do Parque Augusta pelos motivos de interesse público em favor da abertura de um parque a ser desfrutado pela coletividade de toda a cidade, numa região central que carece de acesso a áreas verdes para que as

---

*a uma criança que entra em um carrinho de bebê. A pessoa vai poder passear no parque e tomar um café – a casa que está dentro do bosque, onde funcionava a administração do antigo colégio, será restaurada e transformada em um espaço para café e livraria. O parque foi pensado para que tenha exatamente a cara que tem a região da Augusta. O empreendimento está concebido com usos para que fique vivo 24 horas por dia. Mas é claro que um conselho gestor, que deve ser formado para administrar a área verde, irá determinar o horário de funcionamento do parque. Haverá vigias e portões que irão abrir e fechar, conforme ficar acertado. Algo como das 6h às 22h. É importante ressaltar que o bosque deverá se tornar de acesso público em consequência de um futuro empreendimento. Estamos falando de um terreno privado, com tombamento – tombamento que protege a área verde, a casa e o pórtico, que são remanescentes do colégio. [...] O lado positivo [de um parque privado] é que a prefeitura não irá usar recurso público nenhum para viabilizar um parque. A administração pública é lenta, pelo próprio processo. Neste caso, iremos criar um parque praticamente de imediato e sem custo algum, nem de desapropriação, nem de implantação, nem de manutenção. Com um bônus ao município: continuaremos pagando o IPTU da totalidade do terreno. Só estamos insistindo neste projeto porque realmente somos apaixonados pela região central da cidade e acreditamos que se trata de algo bom. Estamos há cinco anos tentando convencer o poder público de que vale a pena empreender ali e doar este parque para o uso da população. Seria muito mais fácil, como empresários, construir em outro local. [...] [O parque será mantido] pelo condomínio. Os futuros condôminos do empreendimento já saberão que um percentual do pagamento será, obrigatoriamente, revertido para a manutenção da área verde. Estimamos que com R\$ 50 mil mensais o parque pode ser mantido de forma excelente. [...] São 709 árvores. É importante lembrar que esse bosque não é um remanescente de Mata Atlântica, como muitos dizem. Era um jardim da mansão original, depois foi alterado pela escola. De modo que 19% das árvores realmente são de Mata Atlântica – e, destas, metade são pitangueiras. As demais são espécies exóticas. Independentemente disso, é um bosque e tem valor de área verde importante. Entendemos que valoriza o ambiente e vai ser mantido porque é tombado. Precisaremos remover algumas árvores pelo projeto, mas nos comprometemos a plantar 10 novas árvores para cada uma das que precisarem ser retiradas. Ou seja: o resultado final será um parque com mais árvores ainda”. Em: VEIGA, Edison. Construtora detalha como será o Parque Augusta. Estadão, São Paulo, 9 fev. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2LpGPOF>. Acesso em: 10 ago. 2018.*

<sup>17</sup> Segundo defendem os professores Fisher, Ury e Patton, a tomada de uma posição inflexível pela parte que se propõe a negociar tende a obscurecer o objetivo final. Em contraponto, assumem ser palatável adotar outra postura, relacionada à identificação dos interesses mais relevantes subjacentes às pessoas ou, nos seus dizeres, a “força oculta das posições”. Mesmo que as pessoas manifestem posições sabidamente antagônicas, pode ser que os interesses que gravitam sobre tais posições sejam comuns e até compatíveis, tornando possível a chegada de um acordo. Confira: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 57 e ss.

pessoas possam descansar, realizar atividades esportivas, relaxar, promover encontros casuais ou de interesse privado calcado na satisfação de residir próximo a uma área verde e na valorização de seu próprio imóvel. Revelam-se como movimentos de resistência por firmarem a posição de não admitir, em hipótese alguma, tanto o fechamento do parque para fruição exclusiva dos proprietários dos terrenos quanto a convivência de um parque com a edificação de torres no mesmo espaço, rotulada como obra nociva à preservação ambiental das árvores remanescentes da Mata Atlântica no local.

Trata-se de atores não organizados em uma forma unitária ou sob uma única organização, a mostrar que é multifária a origem dos interesses envolvidos (associações de moradores ou de preservação ambiental, ou demais ordens).

Também pode ser inserida nesse agrupamento a comunidade acadêmica, formada por planejadores urbanos, arquitetos e urbanistas e, igualmente, a própria imprensa que, a despeito de deter, em tese, uma suposta neutralidade em relação aos diversos polos, pode exprimir, a depender do viés ideológico seguido, uma ou outra direção nas suas manifestações.

Há também o papel do Poder Legislativo, ao repercutir nos projetos de leis aprovados a vontade do povo exercitada pelos seus representantes no cumprimento dos mandatos parlamentares. No caso do Parque Augusta, afora as diretrizes de orientação geral do planejamento urbano, como o Plano Diretor Estratégico, houve edições de leis específicas, especialmente aquela que determinou a instituição do parque no ano de 2013.

Em derradeiro, aponta-se a relevância do Poder Judiciário nesse debate da implantação do Parque Augusta. O poder de proferir a palavra definitiva a respeito do acordo conta pontos para conferir prevalência à decisão que for proferida pelo órgão julgador. Note-se que a dinâmica negocial foi impulsionada, por diversas vezes, nas ações em tramitação no Judiciário que tratam do Parque Augusta, relatadas experiências de tentativas de mediação e conciliação entre as partes, depois de instados pelo Poder Judiciário. Evidente que, na posição de entidade que deve primar pela inércia, não se cabe exigir do julgador uma postura ativa no sentido de promover ou impor soluções a serem aceitas pelas partes. O papel do Judiciário nessa particularidade da negociação é trabalhado no sentido de assumir uma condição de aproximador das partes, com esclarecimento a respeito das potencialidades benéficas de um acordo definitivo, de se abreviar o tempo do litígio instaurado, de se gerar a previsibilidade e calculabilidade das ações e comportamentos das partes.

Estruturado esse cenário, façamos as ponderações a respeito dos três principais instrumentos de acordo produzidos ao longo da disputa pela implantação do Parque Augusta.

#### **4. Comparação dos acordos: Termos de Compromisso da década de 1970 (acordo primeiro), o Acordo de 2017 (acordo segundo) e o Acordo de 2018 (acordo terceiro)**

Identificados os agentes portadores de interesses quanto ao sucesso da implantação do parque, ou quanto a interesses de natureza patrimonial por conta do valor agregado dos terrenos, podemos seguir à análise dos instrumentos consensuais celebrados para aferir se: (i) houve a representatividade adequada dos interesses desses múltiplos atores; e (ii) se o objeto do acordo tem condições de se tornar efetivo na realidade, à vista da possível adesão de todos os agentes interessados nas soluções propostas.

No que diz respeito aos Termos de Compromisso celebrados na década de 1970 (acordo primeiro<sup>18</sup>), a Prefeitura e os proprietários à época procuravam exclusivamente ajustar ou acertar a conduta dos proprietários do terreno às novas restrições administrativas que haviam sido emitidas pela Prefeitura tão somente no que diz respeito à preservação ambiental, ficando intocados os projetos de exploração econômica daqueles terrenos, com o incentivo de que fossem, de fato, construídos os empreendimentos imobiliários sem prejuízo à conservação das áreas verdes.

O impulso à celebração do acordo provinha, essencialmente, da existência da legislação municipal que inseriu tais restrições urbanísticas, ao mesmo tempo em que era presente a declaração de utilidade pública dos imóveis.

Não houve, naquele momento, uma preocupação mais clara em se estabelecer como prioridade a criação efetiva de um parque público. A intenção prioritária era específica de conservar a atratividade do negócio econômico da parte privada rotulado como hotelaria turística, o qual poderia gerar benefícios acessórios com a preservação das áreas verdes.

Referida negociação foi estabelecida notadamente entre as duas partes, o Município e os proprietários dos terrenos, inexistente notícia de que qualquer outro agente legitimamente interessado tenha intervindo nesse relacionamento.

Saltando para a década de 2010, aqueles tempos da década de 1970 são outros em comparação ao momento hoje vivenciado, contempladas estabilidade e abertura democrática do Estado com a Constituição Federal de 1988. Já estavam vigentes as leis que determinaram a ordenação urbanística das cidades, a aprovação de Planos Diretores e, especialmente, a norma constitucional que aponta o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito subjetivo de todo cidadão e reputado como ferramenta essencial à promoção de sadia qualidade de vida, incumbido ao poder público preservar e restaurar os processos ecológicos e ecossistemas, protegendo a fauna e a flora da extinção de suas funções (artigo 225 da Constituição Federal de 1988).

Relativamente ao Acordo de 2017<sup>19</sup> (acordo segundo), firmado sob a forma de “Protocolo de Intenções” entre a Prefeitura do Município de São Paulo e as pessoas jurídicas proprietárias dos imóveis, foi apontada como solução plausível para o encerramento do litígio que estava instaurado na ação civil pública justamente a permuta entre um bem imóvel de titularidade da administração pública municipal e os bens imóveis que compõem o quadrilátero da área imaginada para a instalação do Parque Augusta. Associado ao ato de alienação, as partes comprometeram-se ao cumprimento de obrigações recíprocas<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Os instrumentos particulares celebrados são documentos públicos, pois submetidos à averbação nas matrículas registrais dos imóveis. Inclusive, constam como documentação essencial juntada na Ação Civil Pública 1017163-55.2016.8.26.0000, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de onde se consultou o respectivo teor de tais instrumentos.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2DPuf7m>. Acesso em: 14 ago. 2018.

<sup>20</sup> Consoante a cláusula segunda do Protocolo de Intenções, as obrigações do município de São Paulo assim foram estabelecidas: “2.1.1. Realizar estudo sobre a viabilidade de se promover a permuta entre os imóveis citados na cláusula primeira.

2.1.2. Proceder às medidas e providências legais e administrativas, incluindo as de participação social, necessárias à apresentação, sob a forma de Projeto de Lei ou outro ato normativo competente, das seguintes proposições:

a) elaborar o Projeto de Intervenção Urbana (PIU), em conformidade com o disposto no art. 134 da Lei n. 16.050, de 31 de julho de 2014, Plano Diretor Estratégico – PDE e no Decreto n. 56.901, de 29 de março de 2016, contendo os parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo do terreno de propriedade do Município;

b) realizar o pedido de autorização legislativa para alienação mediante permuta do imóvel integrante do patrimônio do Município de que trata o presente Protocolo de Intenções;

c) elaborar Estudo Preliminar, Termo de Referência e Memorial Descritivo de Implantação do Parque Augusta, a partir de projetos sugeridos pela sociedade, a ser licenciado nos órgãos competentes através da Secretaria do Verde e Meio Ambiente;

Duas dificuldades evidentes do modelo apresentado nesse acordo segundo se relacionam às circunstâncias da: (i) necessidade de aprovação de uma lei para autorizar a permuta do imóvel público, que depende da colaboração dos vereadores para a aprovação do projeto de lei; e (ii) a passagem por um moroso processo de avaliação técnica de ambos os imóveis público e privado, objetos da permuta, para a finalidade de se apurar não só os seus valores econômicos, mas investigar a existência de eventual passivo ambiental que deva ser corrigido pela parte responsável segundo o contrato (o qual, por ser realizado no âmbito do Poder Judiciário, depende da passagem de uma série de solenidades, como a nomeação de perito, arbitramento de seus honorários, produção de provas documentais suplementares, acompanhamento de assistentes técnicos, produção do laudo, eventuais questionamentos dos assistentes técnicos para complementação do laudo).

Não bastasse esse empecilho, houve diversas resistências manifestadas por grupos de sociedade civil indagando se o imóvel público escolhido seria, de fato, o melhor imóvel a ser objeto da troca, ainda mais quando situado numa localização estratégica, junto a uma via expressa (Marginal Pinheiros) e bairros de acentuada provisão de serviços públicos, no qual funciona uma repartição pública, em contraposição a outros imóveis disponíveis, inclusive sem qualquer destinação específica, integrados ao patrimônio municipal.

Como outro ator relevante nesse acordo segundo, há o Ministério Público, que assina, por meio de dois Promotores de Justiça na condição de testemunha do acordo, sem assumir a qualificação de **participe**, reservada à Prefeitura e às empreiteiras.

d) enviar ao Ministério Público, ao Judiciário e aos demais Participes, informações e documentos pertinentes à situação ambiental do imóvel Público;

e) elaborar e aprovar o projeto executivo e o respectivo memorial descritivo das especificações das obras projetadas de 01 (um) Centro de Educação Infantil – CEI;

f) elaborar e aprovar o projeto executivo e o respectivo memorial descritivo das especificações das obras projetadas de 01 (um) Centro Temporário de Acolhimento – CTA;

g) levantar as necessidades e premissas para subsidiar a construção da nova sede da Prefeitura Regional de Pinheiros;

h) entregar às empresas Participes os projetos e as autorizações necessárias para a realização da revitalização e reforma das Praças Roosevelt e Victor Civita, que serão implementadas pelas empresas Participes”

Já as obrigações das empreiteiras, nesses termos: “2.2. [...] a) elaborarem levantamento arbóreo do Imóvel Público, de que trata o presente Protocolo de Intenções;

b) elaborarem laudo de avaliação ambiental para verificação de eventual contaminação existente no Imóvel Público, notadamente na parte deste que será objeto da permuta pretendida;

c) realizarem estudo sobre a viabilidade urbanística, ambiental, econômica e financeira de se promover a permuta entre os imóveis citados na cláusula primeira.

2.2.1. Uma vez formalizada a permuta entre o Imóvel Público e o Imóvel Privado, executar integralmente as contrapartidas, em conformidade com a cláusula 2.1.2. deste Protocolo de Intenções, as quais contemplam no mínimo as seguintes obrigações:

a) implantarem 01 (um) Centro de Educação Infantil – CEI;

b) implantarem 01 (um) Centro Temporário de Acolhimento – CTA;

c) Recuperarem e realizarem a manutenção da Praça Roosevelt pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, compreendendo a sua limpeza, ajardinamento e manutenção, conforme será especificado em termo de cooperação próprio, incluindo a construção de equipamentos esportivos;

d) recuperarem a estrutura física do prédio e realizarem a manutenção da Praça Victor Civita pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, compreendendo a sua limpeza, ajardinamento e manutenção, conforme será especificado em termo de cooperação próprio;

e) Se constatada a existência de passivo ambiental na parte do Imóvel Público que será objeto de permuta, apresentarem plano de intervenção para sua remediação de uso declarado, bem como procederem ao pagamento de eventual multa ambiental ou urbanística incidente sobre o Imóvel Público;

f) Aprovado o plano de intervenção previsto na letra “h” acima, realizarem a remediação para uso declarado ali prevista, bem como o monitoramento do solo e da água, pelo tempo que vier a ser definido, também no plano de intervenção;

g) apresentarem o Projeto Básico e Executivo, o memorial descritivo das especificações das obras projetadas relativas à implantação do novo edifício-sede da Prefeitura Regional de Pinheiros;

h) Promoverem a construção da nova sede da Prefeitura Regional de Pinheiros ou a reforma da existente, conforme documentos indicados no item 2.2.1. “g”.

Conquanto não tenham assumido formalmente a condição de **partícipes**, os grupos favoráveis à implantação do Parque Augusta acompanharam de perto a condução dos trabalhos da negociação, expondo ou o contentamento com a solução proposta dado o caráter imediato da solução – ainda que dependesse de obras e formalidades necessárias à efetiva implantação do parque – ou descontentamento, afirmando subsistir outras prioridades à frente a serem assumidas pela administração pública municipal ou outros bens que poderiam ser objeto da permuta.

Quanto ao acordo terceiro<sup>21</sup>, firmado em agosto de 2018, percebe-se, de partida, uma clara mudança de enfoque na identificação dos partícipes do acordo. Isso porque chamados à negociação não apenas a municipalidade de São Paulo e as empresas Albatroz e Flamingo, mas também o Ministério Público do Estado de São Paulo, autor da ação civil pública e diversas associações civis que atuam como *amici curiae* nos processos judiciais em andamento, para assumirem a condição de anuentes e intervenientes. Mais: as partes indicam ter celebrado um acordo definitivo, e não provisório ou excessivamente dependentes do implemento de condições que caracterizaram o “Protocolo de Intenções” de 2017.

Nesse acordo, dirigido ao órgão julgador da ação civil pública e das demais ações pendentes sobre o mesmo tema da abertura do Parque Augusta (ações populares propostas por Silvio Rodrigues e Gilberto Tanos Natalini e processos administrativos sancionadores em razão de violação de deveres de preservação de meio ambiente), as partes autoras das ações coletivas ou populares desistiram das ações e, como contrapartida, as empresas doarão os imóveis necessários para a implantação do parque, comprometendo-se, em paralelo, a construir as instalações necessárias (restauração dos bens tombados, enriquecimento da área verde, manejo arbóreo e respectiva compensação ambiental), ligação em um *boulevard* direcionado para a Praça Roosevelt, situada a um quarteirão de distância, além de pagar indenizações em cifra milionária destinada à municipalidade para a manutenção do Parque Augusta por dois anos.

Em retorno, as empresas Albatroz e Flamingo recebem o direito de transferir para terceiros o potencial construtivo que se estabelecia sobre os imóveis do parque, calculado de acordo com as diretrizes presentes no Plano Diretor Estratégico de 2014. Podem, inclusive, utilizá-lo para fins próprios, construindo em outra área na cidade de São Paulo.

A Prefeitura do Município de São Paulo, além de receber o Parque Augusta em condições de funcionamento e operação, poderá, com esse acordo, liberar a utilização de numerário recuperado em ações anticorrupção promovidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, destinando-o para a recuperação e construção de creches e CEUs (cláusula décima sétima do acordo).

A evolução do acordo segundo para o acordo terceiro revela a maturação do processo de negociação, em que se aplicaram claramente os pressupostos da **Teoria dos Ganhos Mútuos**.

Segundo tal teoria<sup>22</sup>, deve ser estimulada a criatividade dos agentes que negociam, para que sejam aumentados os leques de opções das alternativas e, com isso, criar um espaço para a negociação e a seleção da solução adequada para o término do conflito. Trata-se de viabilizar a formação de acordos de intensidades e abrangências diferentes,

<sup>21</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2s0oQY8>. Acesso em: 14 ago. 2018.

<sup>22</sup> Confira: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomom, 2014. p. 71-89.

de acordo com a complexidade do assunto, com a necessária busca pelas partes de **ganhos mútuos**. As partes identificam os interesses que compartilham entre si e preservam o relacionamento entre elas, podendo cooperar novamente à frente, usufruindo dos benefícios advindos da composição entabulada. Mais: valeram-se de instrumentos jurídicos presentes na legislação municipal, ainda que não muito utilizados, como a doação de imóvel para a implantação de parque e a possibilidade conjunta de se transferir o direito de potencial construtivo, com acréscimo, em razão da finalidade declarada do ato doador.

No caso, há claramente o efeito positivo da solução com definitividade do problema – ainda que pendente a homologação judicial do acordo –, colocando concretamente um ponto final à celeuma que se desenrola há quatro décadas.

Outro detalhe que deve ser ressaltado, na linha da aplicação da Teoria dos Ganhos Mútuos, é a constatação que, em simultaneidade à execução do acordo segundo, os participantes prosseguiram os diálogos junto ao Ministério Público no sentido de concretizar uma saída extrajudicial para o conflito do Parque Augusta.

A solução imediata conferida ao caso, ainda que possa ser criticada quanto ao seu mérito, parece ter dado números finais ao conflito de forma democrática e participativa.

## 5. Considerações finais

É certo que a discussão sobre como se efetiva o melhor aproveitamento do espaço urbano não data de hoje. São inúmeras as teorias sobre o planejamento urbano que, ao se enfeixar, apontam para a introdução de temas como **sustentabilidade** – em suas mais variadas gamas, ambiental, social, econômica e cultural –, **cidadania** e **democracia** como fatores de influência na decisão quanto à aplicação de uma determinada medida planejadora de um espaço da cidade.

Nesse contexto se insere a pauta pela busca dos cidadãos em acessar novas áreas verdes, além de preservar as existentes nos centros urbanos, em prestígio ao desenvolvimento de novas formas de lazer e de incentivo à saúde mental e física dos cidadãos, dentre outros objetivos.

Motivados pela criação de uma externalidade francamente positiva na implantação desses parques, as entidades estatais e não estatais têm desenvolvido um papel de destaque na formulação de políticas públicas gerais que incentivem a criação de tais áreas, como o fomento aos particulares para que forneçam parte ou integralidade de bens privados para a sedimentação dessas áreas verdes para o acesso público da coletividade e, principalmente, a manutenção desses espaços como passíveis de serem desfrutados pelo público.

Assim como tem sido frequente a atuação de entidades civis organizadas no sentido de pressionar os poderes públicos para que tornem, de fato, prioritária a adoção de tal caminho na produção e preservação de um meio ambiente equilibrado e acessível isonomicamente a todos os cidadãos.

Décadas de atraso com apagão de canetas dos burocratas, tentativas malsucedidas ou mal refletidas no emprego dos instrumentos jurídicos, como as declarações de utilidade pública que caducaram pela não propositura da ação expropriatória ou de acordo para o pagamento da indenização devida ao particular, tendem a ser substituídas por posturas dialógicas<sup>23</sup>, em que as partes envolvidas se conheçam reciprocamente. Caso tenham a

<sup>23</sup> Como boa novidade e estímulo, menciona-se a Lei Federal 13.140/2015, que regulou, a título de autocomposição de conflitos, a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para a União, estados, Distrito Federal e municípios.

coragem de identificar os interesses mútuos e verificar, no limite da legalidade, como podem frutificar para o futuro, as partes envolvidas podem gerar benefícios disseminados à coletividade.

Nessa medida, no caso analisado do Parque Augusta no Município de São Paulo, ainda com vários desdobramentos a seguir, concluímos que a estruturação de um processo administrativo de negociação no campo extrajudicial com o objetivo de implantação de equipamentos urbanos de fruição da coletividade certamente facilitou a chegada ao consenso que dissipa a controvérsia existente, com grandes chances de estabilização de seus efeitos, à vista do poder decorrente da homologação judicial de tal acordo.

Parte desse sucesso deve ser certamente dirigido à ampla participação pública e privada, em espelho da democracia, para obtenção do acordo que se afirma definitivo sobre a questão. Outra parcela do sucesso deve ser identificada na postura ativa dos participantes da seara da negociação quanto a não se sentirem satisfeitos com o Protocolo de Intenções firmado em 2017, especialmente diante das várias amarras jurídicas e técnicas que bloqueavam a plena efetividade de tal acordo.

Verifica-se, adiante, como a **Teoria dos Ganhos Mútuos**, desenvolvida pela Escola de Negociação de Harvard e capitaneada pelos professores Roger Fisher e William Ury, parece explicar as condutas de todas as partes envolvidas até se atingir um resultado satisfatório, com a utilização dos instrumentos jurídicos e econômicos à disposição da Prefeitura do Município de São Paulo no que diz respeito ao planejamento e ordenamento da cidade e das limitações administrativas relacionadas à edificação de prédios e à preservação de áreas verdes.

É de se aguardar que essa dinâmica de negociação seja reproduzida em outras áreas de acompanhamento e implementação de políticas públicas na cidade, na prestação de serviços públicos e na implantação de áreas públicas em prol da coletividade.

## 6. Referências bibliográficas

AMÂNCIO, Thiago. Construtoras e prefeitura de SP fecham novo trato sobre parque Augusta. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/34OU6YF>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941*. Disponível em: <https://bit.ly/385P3Ff>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. *Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard*. Brasília, DF: EAGU, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Yiee2V>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <https://bit.ly/34QVI4i>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2ON4hYd>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CÂMARA DOS VEREADORES DE SÃO PAULO. *Lei n° 15.941, de 23 de dezembro de 2013*. Disponível em: <https://bit.ly/2DIseJU>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FÁBIO, André Cabette. Doria anuncia acordo pelo Parque Augusta. O que SP cede e o que ganha. *Jornal Nexo*, [S.l.], 4 ago. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2YISsvs>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Petição protocolizada no Processo nº 1017163-55.2016.8.26.0053, comunicando formalização de acordo sobre o “Parque Municipal Augusta”, em 10 de agosto de 2018*. Disponível em: <https://bit.ly/3876JAx>. Acesso em: 14 ago. 2018.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo. *Resolução n. 23/2004*. Disponível em: [encurtador.com.br/qrwM6](http://encurtador.com.br/qrwM6). Acesso em: 10 abr. 2019.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Decreto 10.766/1973*. Disponível em: <https://bit.ly/2qm6OiN>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Decreto 10.954/1974*. Disponível em: <https://bit.ly/33OzgY8>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Decreto 9.238/1970*. Disponível em: <https://bit.ly/33Qavuw>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Protocolo de Intenções que entre si celebram Prefeitura do Município de São Paulo e Flamingo Investimentos Imobiliários Ltda. e Albatroz Investimentos Imobiliários Ltda*. Disponível em: <https://bit.ly/2RvEUw3>. Acesso em: 14 ago. 2018.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *São Paulo ganha parque na região da Rua Augusta*. Disponível em: <https://bit.ly/2YjsGrK>. Acesso em: 10 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento 2116910-91.2014.8.26.0000*. Relator: Desembargador Antonio Carlos Malheiros. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Foro Central Cível – 29ª Vara Cível. Data do Julgamento: 07/04/2015. Disponível em: [encurtador.com.br/mxSUY](http://encurtador.com.br/mxSUY). Acesso em: 10 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação 1052212-84.2014.8.26.0100*. Relator: Desembargador Maurício Fiorito. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Foro Central Cível - 29ª Vara Cível. Data do Julgamento: 07/06/2016. Disponível em: [encurtador.com.br/IPUV3](http://encurtador.com.br/IPUV3). Acesso em: 10 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Processo Ação Civil Pública 1017163-55.2016.8.26.0000*. Disponível em: [encurtador.com.br/eAHIZ](http://encurtador.com.br/eAHIZ). Acesso em: 10 ago. 2018.

VEIGA, Edison. Construtora detalha como será o Parque Augusta. *Estadão*, São Paulo, 9 fev. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2LpGPOF>. Acesso em: 10 ago. 2018.

VEIGA, Edison. Cronologia do terreno do Parque Augusta (1902-2015). *Estadão*, São Paulo, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Ym0Jzh>. Acesso em: 10 ago. 2018.



# Parcerias para a gestão urbana: o caso da concessão de parques

Karlin Olbertz Niebuhr<sup>1</sup>

Advogada

**Sumário:** 1. O contexto das parcerias e a gestão urbana; 2. O gênero “concessão”; 3. Soluções concessórias no espaço urbano; 4. A concessão de parques; 5. Um caso concreto: a proposta de concessão de parques no Município de São Paulo.

## 1. O contexto das parcerias e a gestão urbana

Durante as últimas décadas, houve um impulso muito significativo às parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a consecução de projetos públicos, inclusive (e especialmente) no campo da gestão urbana.

O fenômeno atingiu dimensão mundial. A literatura estrangeira passou a fazer referência à expressão *urbanismo concertado* para designar esse tipo de atuação em parceria, e atrelou-a à noção mais ampla de Administração concertada, a seguir definida:

*Trata-se de um sistema no qual as decisões do poder se harmonizam previamente com as dos sujeitos econômicos no sentido da consecução de resultados ótimos. A Administração, sem abdicar de suas funções nem renunciar seus poderes, pretende conseguir o concurso voluntário, a adesão livremente prestada dos particulares a partir da convicção de que só deste modo poderão ser alcançados os objetivos previamente fixados. O que se pretende é obter a colaboração da iniciativa privada para complementar ou substituir, no caso, uma gestão pública que se confessa impotente para fazer frente por si mesma às necessidades previstas<sup>2</sup>.*

Na literatura brasileira, Odete Medauar constata o “aumento das fórmulas de externalização, ou seja, das fórmulas para envolver o setor privado na execução de tarefas da Administração”; e o “aumento das práticas informadas por consenso, negociação, acordo, conciliação típicas da **Administração consensual**, da **Administração cooperativa**”<sup>3</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro é integrado por mecanismos e soluções que, no campo da gestão urbana, traduzem esses entendimentos. Um desses mecanismos, objeto deste comentário, é a concessão de parque.

<sup>1</sup> Mestra e doutoranda em Direito (USP).

<sup>2</sup> FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanístico*. Madrid: Monecorvo, 1977. p. 278. Tradução livre.

<sup>3</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 156. Conferir também: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 334.

Este breve comentário tem por objetivo examinar a figura jurídica da concessão de parque urbano, que consiste em uma espécie de parceria contratual entre Administração Pública e sujeito privado destinada a assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a exploração eficiente de parque público integrado à cidade.

A concessão no campo do urbanismo integra o contexto que se convencionou chamar de paradigma da **gestão**. A gestão é sugerida como opositora à ideia de **planejamento** que teria orientado as concepções modernas de urbanismo. Segundo esse entendimento, a gestão diria respeito a um novo modo de atuar, mais próximo da conduta empresarial, mais negociador com sujeitos públicos e privados e mais orientado à construção de consensos, à elevação dos investimentos em infraestrutura, bens e serviços públicos e à transferência de competências públicas. A perspectiva, no âmbito do urbanismo, seria a de maior imediatismo e flexibilidade para oferecer respostas satisfatórias às questões urbanas, algo que o planejamento rígido seria incapaz de alcançar.

Os argumentos formulados para justificar essa mudança de concepção são variados. Há referências à descrença na racionalidade do urbanismo moderno, que se imaginava apto a conhecer, prever e intervir no espaço urbano com grau elevado de cientificidade. Esse urbanismo seria incapaz de oferecer respostas satisfatórias para fazer frente à incerteza, à complexidade e à instabilidade que caracterizam as sociedades atuais, as quais não permitiriam prognósticos mais ou menos seguros quanto à cidade. Também há referência aos argumentos da retração dos financiamentos públicos, da crise econômica e da perda da hegemonia do interesse público enquanto interesse em tese superior, que cede lugar à consideração de direitos e identidades individuais e de grupos organizados<sup>4</sup>.

Sem querer perscrutar as razões políticas que conduziram ao atual estado de coisas, fato é que o ordenamento jurídico propicia soluções de parceria para realização das tarefas públicas, que podem ser utilizadas pela Administração. Tal se dá, inclusive, no campo do direito urbanístico, que é fértil para o aproveitamento de um dos instrumentos jurídicos mais tradicionais de parceria, que consiste na concessão.

## 2. O gênero “concessão”

Em direito administrativo e sua derivação urbanística, concessão é “um instrumento jurídico voltado a atribuir a um privado direitos ou poderes próprios da administração”, ainda que não necessariamente dela exclusivos<sup>5</sup>, e que tem por finalidade “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”<sup>6</sup>.

A atribuição de direitos e poderes jurídicos se dá mediante a celebração de um contrato que vincula concedente e concessionário<sup>7</sup>. O concedente outorga direitos e

<sup>4</sup> Um marco dessas discussões no Brasil é: COMPANS, Rose. *Empreendedorismo urbano: entre o discurso e a prática*. São Paulo: UNESP, 2005. Para a distinção entre planejamento e gestão, ver ainda: LOPES DE SOUZA, Marcelo. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

<sup>5</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 117.

<sup>6</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. Ver também: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 262-264.

<sup>7</sup> A complexidade da relação jurídica concessória conduziu a literatura a classificá-la como trilateral quando envolver a prestação de serviços públicos aos cidadãos; neste caso, o conjunto de cidadãos (ou a sociedade) integraria o contrato como parte. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 61-62.

poderes ao concessionário, que os desempenha em seu próprio nome, e que se obriga a exercê-los com a finalidade de concretizar determinados objetivos de interesse público, mediante remuneração. Esses objetivos podem dizer respeito à adequada prestação de serviços públicos, ao uso eficiente dos bens públicos, à execução satisfatória de obras públicas e, mesmo, à prestação de serviços ao próprio Estado<sup>8</sup>. O concessionário desenvolve essas atividades sob a forma de empresa, obtendo sua remuneração, usualmente, da própria exploração do empreendimento.

### 3. Soluções concessórias no espaço urbano

A concessão é instrumento jurídico utilizado, em matéria de direito urbanístico, para outorga, a um privado, do exercício de competências públicas e da exploração de bens e equipamentos públicos.

Assim, por exemplo, adota-se a concessão dita **urbanística** para conferir a um sujeito privado direitos e poderes jurídicos afetados à promoção da urbanificação de uma determinada área da cidade em troca da exploração econômica de bens nela situados<sup>9</sup>. Adota-se a concessão de **uso de bem público** para fins de implementação de políticas públicas habitacionais e a concessão de **equipamentos públicos**, que são aqueles relacionados ao funcionamento da cidade enquanto organismo para outorga da gestão, preservação e exploração de equipamentos de mobiliário urbano, abrigos e terminais de ônibus, entornos e, para o que interessa a este comentário, parques públicos urbanos<sup>10</sup>.

Nestes casos, e tal como nos demais campos das atribuições públicas, a concessão acompanha, no urbanismo, os movimentos políticos que defendem uma maior ou menor intervenção estatal. Com efeito, a literatura contemporânea registra que “é natural que se constate um declínio do uso da concessão em épocas de tendências estatizantes, seguidos de sua expansão, como no tempo que se vive hoje”<sup>11</sup>.

Esse viés ideológico inerente ao uso do instrumento conduz a severas críticas por parte de alguns urbanistas, os quais rejeitam reconhecer como legítimo o desempenho privado de atribuições públicas e a outorga da gestão de equipamentos públicos urbanos. Caberia até mesmo fazer referência a uma espécie de preconceito sustentado por parte de alguns estudiosos em vista do uso da concessão e de outras parcerias para intervenção e gestão urbanas.

Não obstante a crítica, e de um ponto de vista estritamente jurídico, o que se tem é uma opção da Constituição e da legislação ordinária que definitivamente albergam a concessão e a sua aplicação no âmbito do urbanismo. Somente de um ponto de vista político caberia discutir sobre a conveniência da concessão à luz dos vieses de maior ou menor intervenção estatal no espaço urbano. Por outro lado, ainda deste ponto de vista, parece razoável sustentar que, quando se trata do espaço urbano, há relativo consenso sobre a necessidade de um mínimo de intervenção estatal, o que resulta da

<sup>8</sup> É o caso da concessão administrativa prevista no art. 2º, § 2º da Lei 11.079/2004, cujo objeto é a prestação de serviços dos quais a Administração seja usuária direta ou indireta.

<sup>9</sup> Essa espécie de concessão foi pioneiramente prevista pela legislação municipal de São Paulo (Lei Municipal 14.917/2009).

<sup>10</sup> Um profundo estudo dos instrumentos correspondentes encontra-se em MEIRELES SCHIRATO, Renata Nadalin. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>11</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 264.

própria dinâmica da otimização individual do uso dos bens privados e coletivos no espaço urbano, que tende a produzir consequências negativas para todos, tal como já defendido em outra oportunidade<sup>12</sup>.

Mas as críticas de um e outro lado (pela maior ou menor intervenção) permanecem relevantes para que não se aceite como satisfatório (ou jurídico) tudo o que se põe sem reflexão. Nesse contexto, as parcerias, em geral, e a concessão, em específico, dizem respeito a um projeto político cuja justificativa tem residido na escassez de recursos públicos e na tese de que a exploração de um bem ou de uma atividade, segundo a lógica empresarial, seria mais eficiente do que a gestão praticada pela Administração pública.

De uma forma ou de outra, ao menos quanto ao primeiro aspecto, é muito difícil rebater esse dado material constatado: não há recursos públicos suficientes para atendimento das necessidades infindáveis dos indivíduos e da sociedade, o que propicia oportunidade para o uso da concessão.

Sob outro ângulo, e tal como identificado pela literatura<sup>13</sup>, a concessão é um instrumento maleável e capaz de ser adaptado às diversas contingências e especificidades da atividade ou do bem público que se pretende conceder – de modo que se mostra difícil sustentar uma crítica, *a priori*, da figura, como querem alguns autores em urbanismo, e especialmente do ponto de vista jurídico.

Assim, o que se põe objetivamente é que a concessão é útil para delegação das mais variadas atribuições públicas, segundo diversas formas de organização dos fatores de produção, com a vantagem de assegurar boa parcela de controle (se bem exercido) por parte da Administração, do bem ou da atividade concedida<sup>14</sup>.

É o que se passa quando se aplica o regime da concessão à exploração de um parque urbano.

#### 4. A concessão de parques

O parque urbano é um equipamento público afetado à execução de funções vitais da cidade, tais como remediar ou compensar os impactos nocivos do excesso de construções e propiciar oportunidades de lazer e recreação aos habitantes. Dessa perspectiva, o parque pode ser referido como equipamento público urbano<sup>15</sup>, afetado ao desempenho de determinadas funções na cidade, e que deve nessa medida **funcionar**

<sup>12</sup> A questão foi objeto de comentário da autora em: OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26 e ss.

<sup>13</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Concessão de parques urbanos à iniciativa privada: desafios e perspectivas. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 389.

<sup>14</sup> Como conclui Rafael Wallbach Schwind, “ao menos do ponto de vista jurídico (e não ideológico), é precipitado ser ‘contra’ as concessões de parques urbanos ou ‘a favor’ delas.” Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. Concessão de parques urbanos à iniciativa privada: desafios e perspectivas. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 390.

<sup>15</sup> O conceito não é propriamente jurídico. A Constituição Federal (CF, arts. 107, § 2º; 115, § 1º e 125, § 7º), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979, arts. 4º, § 2º e 5º, parágrafo único) e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001, art. 2º, inc. V e outros) chegam a distinguir equipamentos urbanos dos ditos equipamentos comunitários. A Lei de Parcelamento inclui os equipamentos de lazer nesta outra categoria. Não obstante, não há óbice a adotar outra concepção, que já fora albergada pela NBR 9284 e que valoriza o aspecto instrumental do equipamento à luz das funções da cidade.

adequada e eficientemente para atender aos seus usuários e aos objetivos subjacentes de interesse público.

O funcionamento adequado de um parque depende do desempenho de um conjunto heterogêneo de tarefas. Há necessidade de envolver diariamente profissionais dos serviços de limpeza, coleta de resíduos, segurança, corte de grama, capinação, preservação de jardins. Pode ser o caso de o parque sediar equipamentos culturais, tais como auditórios, museus e bibliotecas, que deverão ser geridos com controle de entrada, bilheteria e disponibilização de espaço. Ainda, são frequentes os casos de parques que sediam equipamentos esportivos, como pistas de corrida ou jardins botânicos em que se desenvolvem atividades educacionais e de preservação de espécies. Tudo isso deve funcionar de maneira integrada e propiciando facilidades aos usuários, circunstância que também poderá exigir a disponibilização de lanchonetes, restaurantes, caixas eletrônicos etc.

A complexidade das tarefas envolvidas na gestão de um parque pode conduzir a uma situação peculiar: se a gestão permanecer pública, os serviços de limpeza, conservação e segurança deverão ser preferencialmente terceirizados. Significa dizer que a Administração terá de planejar os serviços, elaborar um edital de licitação, conduzir o certame e gerir o contrato ou os contratos administrativos correspondentes. Se houver servidores públicos desempenhando essas funções, também haverá necessidade de fazer frente a essa outra interface, mediada através dos superiores hierárquicos e do departamento de gestão de pessoal. As lanchonetes e os restaurantes, por sua vez, serão, cada qual ou em lotes, objeto de outra espécie de contrato, usualmente a concessão ou a permissão de uso de bem público para os fins designados. Da mesma forma, existindo auditório ou museu, seu aproveitamento poderá se dar por outra forma de parceria.

Todas essas atividades poderiam ser conciliadas em um único contrato de concessão de parque, o qual outorgaria à concessionária os direitos e poderes jurídicos de exploração dos ambientes, assim como obrigaria a concessionária a conservá-los e disponibilizá-los ao público conforme as condições de qualidade previstas pela Administração.

Aí já reside uma primeira vantagem do uso da solução concessória para a gestão de parques urbanos. A concessão pode viabilizar que todas essas atividades sejam disponibilizadas ao público sem que a Administração necessite arcar com os custos de transação correspondentes à celebração e fiscalização de um leque de contratos. Os esforços da Administração, neste caso, poderão ser reorientados a outras tarefas públicas.

Um receio exposto pelos críticos reside em que, para assegurar a qualidade da fruição do parque, o concessionário estaria obrigado, por exemplo, a cobrar ingressos, o que inviabilizaria o acesso ao equipamento urbano pela população mais carente. Contudo, a solução concessória pode ser modelada para garantir outras formas de remuneração do concessionário, notadamente aquelas derivadas da cobrança pelo uso de espaços como lanchonetes, restaurantes, auditórios, estacionamentos e oportunidades de negócio anclares ao parque.

Assim, pode ser formulada concessão que assegure ao concessionário a exploração do mobiliário do parque para atividade publicitária, ou que permita ao concessionário explorar direitos de denominação de equipamentos culturais, atribuindo ao auditório, por exemplo, o nome de um patrocinador. Também cabe cogitar da remuneração do concessionário mediante pagamentos diretos feitos pela Administração pública, na hipótese de se celebrar a concessão segundo a disciplina da Lei 11.079/2004.

A potencialização dos ganhos públicos e privados, neste caso, pode ir além da mera conjectura: quanto maior a qualidade do parque, maior poderá ser o público usuário e cativo, assim como poderão ser maiores as receitas relacionadas à exploração dos diversos ambientes e atividades. Por outro lado, o desempenho insatisfatório da gestão do parque pode conduzir a públicos menores e a rendimentos inferiores, o que se coloca como incentivo permanente para o alcance dos padrões de qualidade dos serviços.

Outro argumento invocado para criticar a aplicação da solução concessória a parques urbanos diz respeito ao risco potencial de sua elitização. Segundo esse entendimento, haverá parques cuja exploração será evidentemente mais atrativa à iniciativa privada que outros, os quais concentrarão os interesses das empresas no setor. Como resultado, parques que adquiriram fama e que já contam com público cativo e boa estrutura poderiam ser alvo de ainda mais investimentos, desprezando-se o cuidado com parques menos estruturados ou mais periféricos. Mas mesmo essa crítica deve ser bem temperada: a solução concessória permite que os inconvenientes da tendência à elitização de um parque sejam remediados através, por exemplo, da concessão de um lote heterogêneo de parques, integrado por parques mais e menos atrativos. Adotar-se-ia, no caso, o mecanismo do subsídio cruzado, para que os rendimentos do parque mais atrativo viabilizassem investimentos nos parques periféricos.

### **5. Um caso concreto: a proposta de concessão de parques no Município de São Paulo**

Foi precisamente essa a solução adotada pelo Município de São Paulo, que lançou licitação (Concorrência Internacional 001/SVMA/2018) para a concessão da prestação dos serviços de gestão, operação, manutenção e execução de obras e serviços de engenharia nos Parques Ibirapuera, Jacintho Alberto, Eucaliptos, Tenente Brigadeiro Faria Lima, Lajeado e Jardim Felicidade, bem como para a execução de obras e serviços de engenharia<sup>16</sup>.

Previu-se concessão não integral, ou seja, há equipamentos dos parques que não serão concedidos. A remuneração do concessionário decorrerá da exploração de fontes de receitas na área da concessão, por 35 anos. O concessionário se obriga ao cumprimento de um programa de intervenções que consta do caderno de encargos, anexo ao contrato<sup>17</sup>. Há previsão de intervenções mais pontuais no Parque Ibirapuera, o parque mais famoso de São Paulo, integrado por diversos equipamentos culturais, esportivos, obras arquitetônicas e paisagísticas e que recebe uma média de 14 milhões de visitantes todos os anos<sup>18</sup>. E há previsão de reforma de todas as edificações existentes nos demais parques, menos conhecidos, e que também receberão outras grandes intervenções.

As expectativas quanto ao sucesso da concessão são grandes. Do ponto de vista da gestão urbana, espera-se o impacto do instrumento para derrocada das críticas quanto às parcerias e à colaboração da iniciativa privada.

---

<sup>16</sup> Edital disponível em: <https://bit.ly/2sXD7p1>. Acesso em: 21 jan. 2019.

<sup>17</sup> Caderno de encargos disponível em: <https://bit.ly/357jXLO>. Acesso em: 21 jan. 2019.

<sup>18</sup> Dado disponível em: <https://bit.ly/2Pa8k19>. Acesso em: 23 jan. 2019.

## Referências bibliográficas

- COMPANS, Rose. *Empreendedorismo urbano: entre o discurso e a prática*. São Paulo: UNESP, 2005.
- FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanístico*. Madrid: Monecorvo, 1977.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 61-62.
- LOPES DE SOUZA, Marcelo. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELES SCHIRATO, Renata Nadalin. *Interação público-privada no ambiente urbano: uma análise dos instrumentos jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 325-336.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Concessão de parques urbanos à iniciativa privada: desafios e perspectivas. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 389-401.



---

VII

Poder de Polícia

---



## A responsabilidade do município no enfrentamento das ocupações em áreas de risco

Ricardo Manuel Castro<sup>1</sup>  
Promotor de Justiça

**Resumo e palavras-chave:** Ocupações em área de risco – Competência constitucional e administrativa – Dever do município – Omissão, em tese, caracterizadora de crime e ato de improbidade administrativa – Inaplicabilidade da chamada tese da “reserva do possível” ou do “princípio da razoabilidade”

Por força do art. 30, VIII, e art. 182, ambos da Constituição Federal, o município é o responsável pela política de desenvolvimento urbano, devendo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos seus habitantes, planejando e controlando o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano.

Logo, o município é o primeiro e principal responsável pela tutela do **meio ambiente artificial**, que também encontra proteção no art. 225 da Constituição Federal, conforme ensinamentos de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

*O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).*

*Este aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao conceito de cidade. Vale verificar que o vocábulo “urbano”, do latim “urbs, urbis”, significa cidade e, por extensão, seus habitantes. Não está empregado em contraste com o termo campo ou rural, porquanto qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis, “não se opondo a rural, conceito que nele se contém: possui, pois, uma natureza ligada ao conceito de território”.*

*O meio ambiente artificial recebe tratamento constitucional não apenas no art. 225, mas também nos arts. 182, ao iniciar o capítulo referente à política urbana; 21, XX, que prevê a competência material da União Federal de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; 5º, XXIII, entre alguns outros (FIORILLO, 2009, p. 21).*

A Constituição Federal impõe aos entes federados – e, portanto, ao município – o dever de “**conservar o patrimônio Público**” (art. 23, I, CF); “**proteger o meio ambiente**” (art. 23, IV, CF) – sem distinção da espécie: artificial ou natural –, “**bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida**” (art. 225, *caput*, CF), e de “**promover [...] a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico**” (art. 23, IX, CF).

<sup>1</sup> 9º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social de São Paulo. Professor de Direito Ambiental da Escola Superior do MPSP.

Nesses termos, extrai-se da Carta Magna a tutela da Política Nacional do Meio Ambiente, estatuída pela Lei Federal 6.938/81, que considera o meio ambiente como **patrimônio público** (art. 2º, I) e preconiza a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, a proteção da dignidade da vida humana, manutenção do equilíbrio ecológico e racionalização do uso do solo (arts. 2º e 4º), vinculando o Governo Municipal às suas diretrizes (art. 5º, *caput*).

Ademais, o Poder Constituinte Derivado (art. 25, CF), dispendo de **forma plena** sobre normas de direito urbanístico, à falta de lei federal (art. 24, §§ 3º e 4º, CF), dispôs na **Constituição do Estado de São Paulo**, que:

*Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:*

*I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;*

*II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes;*

*III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;*

*IV – a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;*

*V – a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;*

*VI – a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos;*

*VII – as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:*

*a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;*

*b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;*

*c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.*

*§1º – As exceções contempladas nas alíneas “a” e “b” do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação.*

*§2º – A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população.*

*§3º – A exceção contemplada na alínea ‘c’ do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004,*

*e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica (grifo nosso).*

Nota-se que, segundo a **Constituição do Estado de São Paulo**, incumbe ao município assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 180, I), **preservando, protegendo e recuperando o meio ambiente urbano** (art. 180, III), observando as normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida (art. 180, V), bem como a **restrição à utilização de áreas de riscos geológicos** (art. 180, VI).

Na execução da política urbana (art. 182, *caput*, CF), dentre outras diretrizes, o município deve se atentar para a **garantia do direito ao saneamento ambiental e à infraestrutura urbana**. Deve o município ordenar e controlar o uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, o parcelamento do solo, a edificação ou o **uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana**, bem como a **deterioração das áreas urbanizadas** (art. 30, VIII, CF), a poluição e a degradação ambiental e a **exposição da população a riscos de desastres**.

É o que prevê a **Estatuto da Cidade – Lei 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:*

*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;*

*[...]*

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

*a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;*

*[...]*

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

*[...]*

*f) a deterioração das áreas urbanizadas;*

*g) a poluição e a degradação ambiental;*

*h) a exposição da população a riscos de desastres (grifo nosso).*

Ainda, os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais e de esgotamento sanitário são, dentre outras, exigências mínimas que devem ser asseguradas e conservadas pelo município. Essa conclusão se extrai da **Lei 6.766/79**:

*Art. 2º – O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.*

*[...]*

*§ 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água*

*potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação (grifo nosso).*

Como se não bastasse, a legislação, além de impor ao município que assegure a existência de obras de infraestrutura nos loteamentos e a sua conservação, prevê “diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico” (art. 1º, Lei 11.445/07). Dentre essas diretrizes, estão a **universalização do acesso** e os **serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado.**

Essa prescrição se encontra na **Lei 11.445/07**, com a redação dada pela Lei 13.308/2016:

*Art. 2º – Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:*

*I – universalização do acesso;*

*II – integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;*

*III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;*

*IV – disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado.*

*Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*

*I – saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:*

*[...]*

*c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;*

*d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas (grifo nosso).*

Diante desses dispositivos legais, conclui-se que o **Estatuto da Cidade** estabelece o “direito à infraestrutura urbana” e o “direito aos serviços públicos” (art. 2º, I, Lei 10.257/01). Extrai-se, portanto, um verdadeiro direito (difuso) aos “serviços públicos de saneamento básico” (art. 2º, *caput*, Lei 11.445/07), que compreende a “limpeza urbana” (art. 2º, III, Lei 11.445/07) e a

*disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado (art. 2º, IV, Lei 11.445/07).*

Desse modo, vale repisar, o **Estatuto da Cidade** impõe que se evitem a “deterioração das áreas urbanizadas” (art. 2º, VI, *f*, Lei 10.257/01) e a “exposição da população a riscos de desastres” (art. 2º, VI, *h*, Lei 10.257/01).

Com base nesses dispositivos constitucionais e legais, fica claro o dever do município de assegurar a existência e a conservação dos equipamentos públicos de saneamento básico da cidade, tais como os sistemas de drenagem de águas pluviais, a fim de, dentre outros, evitar a exposição da população a risco de desastres decorrentes, principalmente, da ocupação de áreas de grande declividade ou de margens de rios ou córregos.

Ainda, conforme a **Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC**, deve-se sempre priorizar as medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco de desastre (art. 4º, III, Lei 12.608/12), mesmo quando incerta tal situação (art. 2º, § 2º, Lei 12.608/12).

Nessa esteira, dentre os objetivos da PNPDEC, estão a **redução dos riscos de desastres** (art. 5º, I, Lei 12.608/12); a **prestação de socorro e assistência às populações atingidas por desastres** (art. 5º, II, Lei 12.608/12), inclusive com a **disponibilização de suprimentos** (art. 8º, VI, Lei 12.608/12), **abrigo provisório** (art. 8º, VIII, Lei 12.608/12) e **moradia temporária** (art. 8º, XVI, Lei 12.608/12) às famílias atingidas por desastres; o **estímulo ao ordenamento da ocupação do solo urbano e rural** (art. 5º, X, Lei 12.608/12); a **recuperação das áreas afetadas** (art. 5º, III, Lei 12.608/12) e o seu **monitoramento** (art. 5º, III, Lei 12.608/12).

E, em âmbito local, todos esses objetivos devem ser buscados pelo município, a quem compete a execução da PNPDEC (art. 8º, I, Lei 12.608/12).

Essas conclusões se extraem dos seguintes dispositivos da **Lei 12.608/12**:

*Art. 2º – É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre.*

*[...]*

*§ 2º A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.*

*Art. 4º – São diretrizes da PNPDEC:*

*[...]*

*II – abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação;*

*III – a prioridade às ações preventivas relacionadas à minimização de desastres [...].*

*Art. 5º – São objetivos da PNPDEC:*

*I – reduzir os riscos de desastres;*

*II – prestar socorro e assistência às populações atingidas por desastres; III – recuperar as áreas afetadas por desastres;*

*[...]*

*VIII – monitorar os eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres;*

*[...]*

*X – estimular o ordenamento da ocupação do solo urbano e rural, tendo em vista sua conservação e a proteção da vegetação nativa, dos recursos hídricos e da vida humana;*

*[...]*

*XII – estimular iniciativas que resultem na destinação de moradia em local seguro; [...].*

*Art. 8º – Compete aos Municípios:*

*I – executar a PNPDEC em âmbito local;*

*[...]*

*III – incorporar as ações de proteção e defesa civil no planejamento municipal;*

*[...]*

*V – promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas;*

*[...]*

*VII – vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis;*

*VIII – organizar e administrar abrigos provisórios para assistência à população em situação de desastre, em condições adequadas de higiene e segurança;*

*[...]*

*XII – promover a coleta, a distribuição e o controle de suprimentos em situações de desastre;*

*XIII – proceder à avaliação de danos e prejuízos das áreas atingidas por desastres;*

*[...]*

*XVI – prover solução de moradia temporária às famílias atingidas por desastres (grifos nossos).*

A **Constituição Federal**, em seu **art. 37, caput**, prevê que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Dentre os princípios da Administração Pública, está o da **eficiência**, que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre na busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, “o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum” (MORAES, 1999, p. 294, grifo nosso).

Da leitura do art. 30, VIII, da Constituição Federal, e do art. 40, da Lei 6.766/79, conclui-se que “o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária”. Deve, assim, agir de ofício (atividade administrativa vinculada) para fiscalizar o parcelamento, o uso e a ocupação do solo urbano e, constatada a sua irregularidade, promover a sua regularização, ainda que para suprir a omissão do loteador.

Por essa razão, o município é obrigado solidariamente a regularizar o parcelamento, o uso e a ocupação irregular do solo, respondendo pela omissão na fiscalização do seu parcelamento e ocupação irregulares do solo.

É que, nesse caso, se houver omissão, haverá descumprimento de dever legal (constitucional), que impõe à Administração Pública a prática de ato administrativo vinculado (fiscalização e controle do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano).

Isso fica ainda mais claro quando se tem em vista que

*o poder de administração, como subordinado à lei, apenas confere ao administrador o poder (e ao mesmo tempo o dever) de zelar pelo patrimônio público, através de ações que tenham por objetivo a conservação dos bens, ou que visem a impedir a sua deterioração ou perda, ou, ainda, que os protejam contra investida de terceiros, mesmo que necessário se torne adotar a conduta coercitiva autoexecutória ou recorrer ao Judiciário para a defesa do interesse público (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1147).*

Assim, o município responde pela desordenada ocupação do solo, pelas consequências das construções irregulares, pelo desrespeito aos padrões urbanísticos, pela falta de obras mínimas de infraestrutura, pela ocupação indevida dos espaços públicos e das áreas institucionais dos loteamentos, pela incompleta execução do projeto de loteamento, pela falta de conservação e deterioração dos espaços públicos e dos equipamentos urbanos de saneamento básico etc.

Logo, não basta que o município adote providências meramente **formais** para que cumpra o seu dever constitucional e legal na execução da política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*, CF, e art. 2º, Lei 10.257/01) e da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (art. 8º, I, Lei 12.608/12). O mencionado **princípio da eficiência** (art. 37, *caput*, CF) impõe mais que isso: a adoção de medidas concretas e **substanciais**, aptas a atingir a finalidade almejada pela lei e pela Constituição Federal.

Sobre o **princípio da eficiência**, ensina Marino Pazzagli Filho (2000):

*Por esse princípio, por exemplo, não basta o Administrador Municipal alertar a população de que vai chover e não mandar limpar todos os bueiros das áreas pluviais críticas. Se a chuva vem e causa inundação porque os bueiros estavam entupidos de sujeiras, impedindo o escoamento das águas, não houve eficiência na atuação do agente público, e a população tem o direito de responsabilizar o Município pelos prejuízos por ela sofridos decorrentes da inundação. Da mesma forma, o Estado é responsável pelos danos a estabelecimentos comerciais, depredados em tumultos*

*públicos, em face da omissão ou ineficiência da polícia militar em impedi-los ou reprimi-los.*

*A inserção na Constituição Federal da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública, fundamental e expresso, não deixa margem a qualquer dúvida: de um lado, que é legítima, e mesmo necessária, a investigação ampla da eficiência de quaisquer ações administrativas pelo Poder Judiciário; e de outro, de que a atuação denominada discricionária do administrador é sempre relativa e especialmente limitada por esse princípio (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 33).*

Por conseguinte, a absoluta omissão do município na adoção de medidas **efetivas** (princípio da eficiência – art. 37, *caput*, CF) para que, em determinado caso concreto, atenda às diretrizes da política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*, CF, e art. 2º, Lei 10.257/01) e da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (art. 8º, I, Lei 12.608/12), não pode ser escusada sob a alegação de **discricionabilidade administrativa**.

Diz-se isso, pois a

*discrção administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discrção administrativa, é maior na norma de direito do que perante a situação concreta em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar a ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrção, como condição de atendimento de sua finalidade (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 36).*

E se dessa omissão decorrerem danos, o município ficará obrigado a repará-los, por força do art. 37, § 4º, e art. 225, § 3º, ambos da Constituição Federal, e do art. 3º, IV e art. 4º, VII, ambos da Lei 6.938/81.

Portanto, na **execução da política de desenvolvimento urbano** (art. 182, *caput*, CF, e art. 2º, Lei 10.257/01), o município deve exercer o seu **poder de polícia** e lançar mão da **autoexecutoriedade dos atos administrativos**, a fim de fiscalizar e **efetivamente** controlar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF), preservando o meio ambiente (art. 23, VI, e art. 225, *caput*, CF) e conservando o patrimônio público (art. 23, I, CF).

Nesse ponto, vale transcrever trecho do acórdão do **Superior Tribunal de Justiça**, no **REsp 303.605/SP**, da relatoria do **Min. Humberto Gomes de Barros**, em que a Prefeitura Municipal de São Paulo se insurgiu contra condenação de regularizar loteamento clandestino construído às margens da Represa de Guarapiranga:

*[...] No caso dos autos, o acórdão recorrido concluiu que o caso não é de discricionariedade, ao argumento de que o Município não deveria ter se limitado apenas a aplicar multa, mas ter agido de forma concreta e efetiva para acabar com o parcelamento irregular do solo, assim que tomou conhecimento do ocorrido, tendo em conta que tal fato constituiu uma infração à lei, e neste caso, o ente público teria o poder-dever de agir.*

Eis a fundamentação do acórdão neste sentido:

*Diz-se que, dada a discricionariedade, nem o exercício do poder de polícia, nem a regularização do loteamento podem ser impostos ao Poder Público.*

*Não se acolhe a primeira assertiva. Há que distinguir a liberdade de conduta da administração em termos de ação e de reação; se naquela os critérios de conveniência e oportunidade ficam a seu critério, nesta a conduta é obrigatória e vinculada pelo comando legal explícito ou implícito.*

*Explico. Ao comando genérico de que ao Poder Público cabe cuidar do ensino e da saúde devem corresponder condutas concretas que impliquem em cuidado de tais bens da vida; os detalhes da conduta, o quando e o como, a forma de execução, etc. ficam à discricção da Administração, bastando que sejam condutas voltadas à finalidade buscada e que atendam os demais pressupostos de qualquer ato administrativo. O art. 40 da LF n.º 6.766/79 faculta, mas não obriga, o Poder Público a regularizar loteamentos; cabe ao administrador definir, por critérios de oportunidade e conveniência, se e quando fazê-lo. Cabe-lhe dispor sobre o sistema viário, iniciando ou não a construção de determinada via. São todas formas de ação, que trarão inovação até então inexistente, que implicarão em acréscimo à atividade administrativa e em presumido acréscimo ao bem público. Há reação quando o Poder Público reage a conduta já praticada por seus agentes ou por terceiros. O administrador deve agir em detectando infração à lei ou em cuidando de fatos já ocorridos ou por ocorrer. Deve interditar o imóvel em ruína, deve coibir o uso indevido dos bens públicos, deve embargar a obra feita em desacordo com as posturas municipais. Deve impedir a comercialização de alimentos deteriorados. Deve impedir a prática de crime de que tenha notícia. Não há discricionariedade: sua conduta é obrigatória e decorre do simples fato da infração.*

*Diz HELY LOPES MEIRELLES em seu “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pág. 120, que “a discricionariedade, como já vimos, traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o Poder de Polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Neste particular, e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima”.*

*Não há conflito entre tal afirmação (que é correta) e o que foi colocado no item anterior. Dentre as inúmeras atividades passíveis de fiscalização pode o administrador eleger quais, quando e de que forma serão fiscalizadas, reprimindo com maior ou menor intensidade aquelas que no momento lhe parecerem mais relevantes. Um fato deve ser notado: serão condutas de fiscalização para exame e verificação de possíveis infrações, ainda desconhecidas. A opção é um “ante” da possível descoberta da infração. Somente indo aos restaurantes e estabelecimentos comerciais poderão os agentes da autoridade verificar se há, e em que gravidade, alimentos deteriorados sendo comercializados.*

*Não há tal discricionariedade em relação às condutas já conhecidas, aparentes.*

*No momento em que o agente descobre o alimento deteriorado a discricionariedade acaba: deve agir, atuando e apreendendo. Assim ocorre com as posturas edilícias e demais infrações aparentes; por dever de ofício deve o fiscal verificar se as edificações estão licenciadas e autorizadas, deve impedir a ocupação das áreas públicas, etc. A conduta é vinculada, expressa ou implicitamente, pela lei. (fl. 550/552).*

*A Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério. O V. Acórdão recorrido, no entanto, está correto no entendimento do Tribunal “a quo”, pois o Poder Público ao tomar conhecimento de uma situação que configura ato ilícito à lei, tinha o dever de agir e deveria ter implementado medidas concretas para impedir a formação do loteamento irregular, principalmente, porque a área invadida era de proteção a mananciais hídricos que abastecem a grande São Paulo e alguns Municípios.*

*Com muita propriedade, o acórdão recorrido afirma que, “a responsabilidade do Município decorre da omissão de seus agentes em reprimir seja o parcelamento do solo, seja o arruamento, sejam as edificações. São infrações evidentes, apuráveis a olho nu, em local em que impossível autorização ter sido concedida: área de mananciais, sujeita a procedimento legal específico e rigoroso.*

*Como se disse em outros autos: “Embora concebida, especificamente, para o aproveitamento dos atos irregulares praticados pela própria Administração (refere-se ao controle dos atos discricionários pelo Judiciário, em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello), essa doutrina também se aplica aos seus comportamentos omissivos. De fato, quando não tenha impedido os atos inválidos de particulares, que devesse evitar, a Administração se põe na mesma contingência de recompor a legalidade, tarefa que deve desempenhar de modo socialmente mais útil, respeitando o princípio da segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e a legítima confiança com que estes encaram as funções estatais [...]”.*

De idêntica forma, no julgamento da Apelação Cível 249.316-5/7-00, da Comarca de São Paulo, perante a 7ª Câmara de Direito Público, pontuou o Desembargador Relator Barreto Fonseca que

*não está dentro da discricionariedade o deixar ou não que se agrida o meio ambiente e as normas urbanísticas, nem que pessoas, ainda que invasoras de terrenos públicos, vivam sem dignidade, correndo risco de vida a cada chuva mais forte (inciso III do caput do art. 1º, incisos I, III e IV do art. 3º, e caput do art. 5º, todos da Constituição da República).*

**“A municipalidade tem o dever de evitar a ocupação de imóveis por pessoas carentes e desprotegidas, quando essa ocupação possa ser perigosa para essas pessoas”** (parte final do caput e inciso VIII do art. 2º e alínea a do inciso III do art. 3º, em combinação com o parágrafo 2º do art. 15, todos da Lei 6.938/81).

Merece destaque, ainda, decisão proferida nos autos da Apelação Cível n. 735.444/9-00, também da Comarca de São Paulo, em que a 3ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Desembargador Magalhães Coelho, decidiu:

*Não há, aqui, qualquer ofensa à cláusula de Separação de Poderes, por mera pretensa ingerência do Poder Judiciário em matéria afeta à discricionariedade administrativa. É certo que se fala em discricionariedade quando a lei concede ao administrador público uma certa margem de liberdade e apreciação subjetiva para prover os campos de indeterminação normativa, para que se possa atingir o interesse público.*

*O que importa notar, todavia, é que a existência de uma opção discricionária não torna imune a função administrativa a controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não é um “cheque em branco” que possa ser preenchido com qualquer conteúdo, ainda que ofensivo aos vetores axiológicos do sistema normativo e, notadamente, da Constituição Federal.*

*O eventual exercício de faculdades discricionárias não dispensa a Administração Pública de respeito à Constituição Federal. Não há, portanto, no poder discricionário uma vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade a seu controle.*

*[...]*

*Portanto, implementar ou deixar de implementar políticas de saúde pública não é questão afeta à subjetividade do administrador.*

*Ainda que se reconheça grau de liberdade em suas opções, não pode o administrador furtar-se a cumprir e concretizar políticas públicas erigidas pela Constituição Federal, como na hipótese da saúde pública, em direito subjetivo individual e coletivo da cidadania.*

*Essa postura do administrador público pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário que é, também, um poder público no sentido de que comprometido com o bem comum – e com a implementação dos valores que formam a base do Estado Democrático e Social de Direito albergado na Constituição Federal. [...]*

*Não se cuida, admita-se de impor uma pauta axiológica do juiz e sim, os vetores axiológicos da Constituição Federal, dentre os quais se avulta o princípio da dignidade humana e a implementação de políticas como as de saúde pública.*

*Portanto, desenvolver políticas de assistência educacional, saúde e moradia não é questão afeta à subjetividade do administrador.*

*Nessa implementação terá espaços de liberdade, de discricionariedade, mas não pode ele, simplesmente, ignorar as diretrizes que lhe são dirigidas pela Constituição Federal. [...]*

*O que importa, em última análise, é que detectou no local, áreas de alto e muito alto risco de deslizamentos de encostas, por meio de estudo que foi aceito pela Municipalidade, tanto assim que assinou o termo de ajustamento de conduta.*

*Certo que posta assim a questão, aceito o fundamento fático que embasa a demanda, proceder a intervenções que ponham cabo a essas situações de risco, não é matéria que se insira na competência discricionária da Administração. Antes ao contrário, cuida-se de imperativa competência vinculada de caráter constitucional de fazer valer as normas urbanísticas e fiscalizar o uso e ocupação do solo urbano.*

*Inexiste, aqui, qualquer espaço para discricionariedade que implica opções igualmente válidas, uma delas a ser eleita pela Administração. Lembre-se que a situação fática – a existência dos apontados riscos –, em momento algum foi contestada pela Municipalidade, antes ao contrário, plenamente aceitas ao assinar o termo de ajustamento de conduta.*

*Cuida-se, portanto, da Municipalidade dar cumprimento à sua competência constitucional, cuja omissão poderá levar a gravíssimas consequências à população, sujeitando-se os gestores públicos às devidas sanções que a hipótese reclama.*

A repressão às ocupações em áreas de risco em nada viola a garantia constitucional do direito à moradia. Com efeito, os municípios, por diversas razões, exercem atração sobre determinado contingente populacional em busca de trabalho e prosperidade, o que, por vezes, provoca adensamento populacional com a ocupação desordenada de seu território, mediante construções irregulares e clandestinas, as quais, em sua maioria, formaram-se nos espaços impróprios para a construção ou de modo inadequado.

Os municípios, embora não possam impedir esse afluxo de pessoas, por imperativo constitucional que garante o **direito de ir, vir e ficar** (art. 5º, XV, CF), ao deixar de atuar na correção das ocupações em áreas de risco, renunciam a uma política habitacional para assentar essa massa migratória, optando por não controlar e regular ocupação do solo urbano, em detrimento dos direitos dos cidadãos.

A proteção à **vida** foi alçada na garantia constitucional (art. 5º, *caput*, CF), em cujo conceito se incluem o direito à **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF), à **integridade físico-corporal e moral** e o **direito à existência**.

A **saúde, moradia, segurança** e a **assistência aos desamparados**, por igual, têm estatura constitucional enquanto **direitos sociais** (art. 6º, *caput*, CF).

Os direitos à **moradia** e **saneamento básico** também têm envergadura constitucional, no rol das competências materiais da União, estados e municípios, para a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX, CF).

A proteção do patrimônio também tem guarida constitucional, enquanto direito de **propriedade** (art. 5º, XXII, CF).

Como se vê, as famílias que ocupam tal área têm direito a condições dignas de moradia, higiene, segurança, saúde e saneamento básico (art. 8º, VI, VIII e XVI, Lei 12.608/12). O **município**, que as recebe sem restrições, tem o dever de lhes garantir qualidade de vida e bem-estar em habitações salubres.

A omissão do **Prefeito Municipal** e dos **respectivos agentes municipais** em promover o necessário para afastar o risco (vida, saúde, propriedade etc.) para os moradores de sua base territorial pode caracterizar, em tese, o **crime previsto no art. 319 do Código Penal e ato de improbidade administrativa**, conforme o **art. 11, caput e IV, da Lei 8.429/92**, por se tratar de inércia na prática (oficiosa) de ato administrativo vinculado. Tais atos caracterizam, em tese, afronta aos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF).

Ademais, não se pode esquecer da possibilidade de caracterização, ao menos em tese, de **crimes omissivos por comissão** (art. 121, art. 129, art. 256 etc., CP) no caso de eventual desastre natural, deslizamento de terra e desmoronamento, considerando o dever legal de evitar o resultado e a prévia ciência inequívoca dos agentes públicos responsáveis acerca das medidas preventivas a serem adotadas, ao menos, para a minimização dos riscos (art. 13, § 2º, *a*, CP) no caso das áreas devidamente mapeadas, conforme obrigação legal.

Por esses mesmos argumentos é que a tese dos municípios, ao invocarem o chamado “princípio da razoabilidade” e “reserva do possível”, não merece qualquer aplicação na matéria ora em análise, em que se está em jogo a integridade física dos ocupantes da área e a defesa da saúde pública, já tendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça afastado a incidência da “teoria da reserva do possível” nesses temas, pontuando:

*A tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na idéia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bem escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação de direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preterir-la, visto que não é opção do governante, não é resultado do juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. [...] a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a*

*tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município (Recurso Especial 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 20/04/2010).*

Com o presente estudo, portanto, acreditamos ter contribuído com a análise da responsabilidade do município não só no mapeamento, mas também no congelamento e adoção de medidas concretas e eficazes no enfrentamento das ocupações em áreas de risco, evitando que centenas de vidas sejam ceifadas em decorrência de omissões administrativas.

### **Bibliografia**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 2000.

# Apontamentos sobre o poder de polícia da administração pública e a poluição sonora no meio ambiente urbano

Wanderley José Federighi<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

“*Indevidamente confunde-se barulho com alegria*”.

Paulo Affonso Leme Machado

## Introdução

O convívio social traz ao homem moderno o conforto e a segurança necessários a assegurar a continuidade da sua existência – serviços das áreas de saúde, da segurança pública, da limpeza urbana; a prestação de serviços públicos em geral, e tantos outros, são, hodiernamente, absolutamente inseparáveis do bem viver.

Mais do que isso, o referido convívio social impõe às pessoas o tão necessário e decantado *respeito à alteridade*, base dos denominados *direitos da personalidade*, sendo imprescindíveis as regras que, em diversos níveis, asseguram a coexistência.

Assim, observe-se que da simples convivência em condomínios edilícios (em que desponta a importância dos *regimentos internos*, a par da legislação pertinente, para colocar limites e evitar abusos por parte dos condôminos) a um quadro maior de vida em sociedade (que gera o *direito positivo* e os incontáveis textos legais cuja observância é obrigatória por todos os membros da sociedade), as regras de convívio *devem ser observadas por todos*, sob pena de jogar-se às favas séculos de evolução social e reinstaurar-se a barbárie.

Infelizmente, contudo, nem sempre as coisas funcionam dessa forma.

Os tempos modernos trouxeram à baila, também, uma tosca noção de cidadania e de civilidade. Verifica-se um verdadeiro culto ao hedonismo, aos prazeres fáceis e à rebeldia contra os valores antigos, conduzindo-se a sociedade moderna a passos rápidos às portas do caos. Instilou-se no seio da sociedade brasileira a ideia de que assistem ao cidadão incontáveis *direitos*, enumerados à exaustão no texto da Constituição Federal de 1988; tal fato pode ser decorrente do momento histórico em que a referida Carta foi elaborada, ao apagar das luzes do regime militar (1964-1985), seguindo-se, destarte, a um período de maior repressão, uma confusa ideia de liberalização geral. O leitor poderá comprovar o que aqui se diz, bastando, para tanto, que se efetue a comparação do número de vezes em que as palavras *direitos* e *deveres* são mencionadas no texto da referida Carta. Constatar-se-á, com facilidade, que aqueles sobrepõem estes com enorme vantagem.

Conclui-se, desoladamente, que, em face desse quadro desalentador, grande parte dos membros da sociedade brasileira acreditam ser titulares de uma pletera de direitos

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela mesma Faculdade. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.

tão vasta, que se lhes permite agir da maneira que bem entendem, e os *incomodados que se mudem*.

É comum constatar-se com assombro o número imenso de processos em andamento no Judiciário brasileiro, em todos os seus níveis. Sem dúvida, o número é simplesmente espantoso. Mas, se todos respeitassem os direitos dos demais (seja em qualquer área – cível, criminal, Direito Público e outros), certamente o Judiciário não viveria tão exacerbado, tão abarrotado de demandas, por vezes sem qualquer sentido.

Uma das muitas formas de mostrar-se o respeito à alteridade é dando-se o devido valor ao *direito ao repouso*, ao *silêncio* e mesmo ao próprio *sossego* que as pessoas têm, usualmente seguindo-se a um período de labuta. A legislação brasileira protege esses direitos, chegando até mesmo a *criminalizar* condutas antissociais que causem perturbação pública, o que, repita-se, seria desnecessário, se todos respeitassem os direitos dos demais.

Prepondera, outrossim, o papel do *Poder Público* na imposição das normas legais; na punição pela sua inobservância e pelo restabelecimento da ordem, tendo como norte, sempre, o *interesse público*, do qual é obrigatoriamente o guardião mor.

É pela preocupação com esses direitos – e pela consternação com o seguido desrespeito aos mesmos – que aqui se lança esta pequena reflexão.

## 1. O poder de polícia da Administração Pública

Uma das maiores garantias que se tem para a observância da lei e da ordem é o denominado *poder de polícia* da Administração Pública.

A expressão técnica em questão vem de *police power*, e é bastante moderna. Como lembra José Cretella Júnior (1986)<sup>2</sup>, ela nasceu em país de língua inglesa, disseminando-se pelos países cultores do Direito Público no mundo todo. A par da conceituação que lhe é dada pela doutrina do Direito Administrativo, o próprio Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) deixa de lado o comando e lança-se, curiosamente, à seara conceitual, em seu art. 78, caput, ao aduzir que:

*Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

O motivo pelo qual o CTN traz à baila tal conceito é o fato de constituir o exercício desse poder como um dos fatos geradores da *taxa*, nos termos do art. 77 do mesmo

<sup>2</sup> O saudoso mestre da Faculdade de Direito da USP, aliás, lembra que a expressão em questão é de origem jurisprudencial, que teria advindo de decisão do juiz Marshall, presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, empregada nos casos *Gibbons x Ogden*, de 1824, e *Brown x Maryland*, de 1827, passando, aos poucos, para trabalhos doutrinários, americanos e ingleses e espalhando-se para muitos outros países (CRETELLA JÚNIOR, 1986).

Código e do art. 145, II, da Constituição Federal, tal qual lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A doutrina mais autorizada e atual, que se encontra nas lições da referida autora, conceitua o *poder de polícia* como sendo a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (2002, p. 111).

A já clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles o conceitua como a “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (2015, p. 146).

Por seu turno, a moderna doutrina de Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho traz à baila o seu conceito de *poder de polícia*, como sendo a

*atividade da Administração que, disciplinando direitos e interesses, vale-se da edição de regras e da imposição de medidas necessárias à preservação da ordem pública, garantindo a melhor convivência possível entre as diversas aspirações legítimas que coexistem no seio da sociedade.* (2014, p. 33)

Muitos, com Waldo Fazzio Júnior, o consideram, em verdade, não apenas um dos *poderes* da Administração Pública, mas autêntico *poder/dever*, na medida em que se impõe à Administração o *dever* de restaurar a ordem, eventualmente violada por particular com a prática de ato que configure abuso de seus direitos, dever este de agir *ex officio*, independentemente da provocação de quem quer que seja (2007, p. 19).

E as violações ao *interesse público* podem ser de múltiplas facetas, como bem demonstrado no texto do próprio art. 78, caput, do Código Tributário Nacional, que destaca ser o interesse a ser protegido concernente à *segurança*, à *higiene*, à *saúde*, à *ordem*, aos *costumes* e a tantos outros aspectos de igual importância, sendo efetivamente obrigação da Administração Pública intervir, quando se verificar a ocorrência de tais violações, para impor a observância à lei e à ordem.

O *fundamento* do exercício de tal poder por parte da Administração encontra-se no conhecido *princípio da prevalência do interesse público sobre o particular*, o que pode redundar em impedir-se, no todo ou em parte, atividades que prejudiquem a coletividade. São muitos os atos que podem resultar em ofensa ao interesse público, e que podem – e devem – ser coarctados pelo exercício do poder de polícia.

Na boa fluência do *trânsito de veículos automotores* é que se encontra um dos mais recorrentes exemplos do heroico uso do mencionado poder da Administração. Os motoristas que, v.g., estacionam em locais proibidos, bloqueando o fluxo regular dos demais veículos ou a passagem de pedestres; os que abusam da velocidade ou não respeitam a sinalização; os que conduzem seus veículos manuseando telefones celulares (uma das infrações mais comuns nos dias de hoje) etc. ensejam a concretização de medidas da Administração no sentido de coarctar tais práticas ilegais e abusivas.

Mas incontáveis podem ser as situações de abuso de direito, implicando na necessidade de uso do *poder/dever* em questão. Uma situação recorrente, há alguns anos, era a dos bares e estabelecimentos variados que, sem autorização da Prefeitura local, insistiam em colocar mesas sobre o passeio, em especial na época do verão, o que poderia atrair muitos clientes, mas causar sérios prejuízos à circulação de pedestres.

Um triste episódio que denotou a falta do oportuno e regular exercício do *poder/dever* em questão foi o conhecido caso da Boate Kiss, no Estado do Rio Grande do Sul, quando, em virtude de inúmeras falhas da segurança e da fiscalização (inclusive do Corpo de Bombeiros local), *mais de duzentos jovens perderam a vida*.

Os *postos de serviço*, por seu turno, muitas vezes são alvo da fiscalização, municipal ou estadual, verificando-se a nefasta prática de diluir o combustível da água ou em outros líquidos, com o fito de obter mais lucro, o que redundará em sério prejuízo aos consumidores.

Waldo Fazzio Júnior lembra, ainda, das *rádios não autorizadas*, do *transporte irregular de passageiros* por meio de vans, ou ainda do *exercício irregular do comércio*, em *horários não aprovados pelo Poder Público*, atos estes que podem – e devem – resultar na ação da fiscalização por parte das autoridades, visando evitar-se os abusos em questão.

Também o assaz conhecido (e pernicioso) *comércio de vendedores ambulantes* é violação da lei e das posturas administrativas que pode (e deve) ser combatido por meio do uso do poder de polícia da Administração Pública.

Muitos, em verdade, são os exemplos, ficando evidente o quão importante é o correto exercício desse *poder*, para assegurar-se a observância do interesse público, o bem-estar da população em geral.

Verdade que o *poder de polícia* não pode ser usado de maneira *arbitrária*. Jungida à obediência ao *princípio da legalidade*, a Administração Pública não pode exacerbar-se no exercício de suas funções, impondo aos particulares obrigações absurdas, nem tampouco impossíveis de serem executadas, para o fim de autorizar-se a prática de determinadas atividades. Havendo *abuso* por parte da autoridade, pode o particular procurar a utilização do remédio jurisdicional cabível para a defesa de seus direitos, nos termos do art. 5º, Inciso XXXV, da Constituição Federal. Mas o que se verifica, no mais das vezes (e a experiência o demonstra), é que o abuso normalmente parte do outro lado do balcão...

Dois são os *tipos* de polícia reconhecidos pelo Direito Administrativo, para o fim do exercício desse poder<sup>3</sup>.

Ou seja; tem-se, de um lado, a *polícia administrativa*, de natureza mais *preventiva*; e, de outro, a *polícia judiciária*, de natureza mais *repressiva*. Waldo Fazzio Júnior destaca, como exemplos da primeira, a polícia de *trânsito*; a polícia *sanitária*; a de *edificações*, e outras. Já quanto à segunda, o mesmo autor aduz serem exemplos a polícia *civil estadual*, a *federal* e outras (2007, p. 21), que atuam, como referido, repressivamente, coibindo os abusos já verificados, se necessário com o emprego de força.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aprofunda-se no estudo da questão, aduzindo que a diferença entre os dois tipos de polícia não se cinge ao caráter preventivo de uma e ao caráter repressivo de outra. Em verdade, a diferença não seria absoluta, pois, como lembra a referida autora,

*a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos*

<sup>3</sup> Sobre o tema, Nelson Schiesari (1982) afirma existirem muitas modalidades e campos de atuação do *poder de polícia* da Administração Pública, enumerando a *polícia de manifestação de pensamento*; a *polícia de reunião e associação*; a *polícia sanitária*; a *polícia de trânsito e tráfego*; a *polícia da propriedade*; a *polícia das construções*; a *polícia de estrangeiros*; a *polícia do comércio*; e a *polícia das profissões*, entre outras, cada uma com sua competência e campo de atuação específicos, visando sempre a manutenção da ordem e o bem-estar geral, coibindo abusos e ilegalidades.

*automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração. (2002, p. 112, grifo nosso)*

Lembra ainda a mesma autora que há outra diferença entre os dois tipos de polícia; ou seja,

*a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social. (2002, p. 113)*

No mais, numa apertada síntese, pode-se dizer que os *atributos* do poder de polícia são: a) a *discricionariedade*; b) a *auto-executoriedade*; e c) a *imperatividade* (outros autores, como Hely Lopes Meirelles, referem-se à *coercibilidade* dos atos da Administração, no exercício do poder de polícia).

Sobre o tema, é mais uma vez Waldo Fazzio Júnior quem lembra que:

*Todo poder público é vinculado. O poder/dever de polícia, também, mas sua execução é discricionária, sem ser arbitrária. Os atos praticados a esse título não necessitam de autorização judicial e são impositivos, no sentido de que a todos obrigam. (2007, p. 21)*

Assim, vê-se, nessas poucas palavras, os três *atributos* do poder de polícia.

A *discricionariedade* é o primeiro desses atributos. Como lembrava Hely Lopes Meirelles:

*traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. (2015, p. 152)*

No que diz respeito à sua *auto-executoriedade*, o que se verifica é que os atos que configuram o regular exercício desse poder dispensam a necessidade de *autorização judicial* para serem executados. Como lembrava ainda oportunamente Hely Lopes Meirelles,

*no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da*

*atividade antissocial que ela visa a obstar. Nem seria possível condicionar os atos de polícia a aprovação prévia de qualquer outro órgão ou Poder estranho à Administração.* (2015, p. 153)

Cabível, assim, que, independente de qualquer provocação do Judiciário, possam ser praticados os atos da Administração imprescindíveis ao restabelecimento da ordem. Quanto à sua *imperatividade*, aplicam-se os referidos atos a todos os que eventualmente incidam em violação à ordem pública. É a *imposição coativa* das medidas adotadas pela Administração, lembrando mais uma vez Hely Lopes Meirelles que se admite, para a sua execução, “até o emprego da força pública para seu cumprimento, quando resistido pelo administrado” (2015, p. 155).

## 2. O município, o meio ambiente artificial e a sua proteção

Malgrado já de há muitos anos se falasse na *necessidade da proteção do meio ambiente*, o tema foi pouco abordado no Brasil, sendo objeto de leis esparsas e fragmentárias. A notável exceção foi a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu a denominada *Política Nacional de Meio Ambiente*, vindo a ser regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, aduzindo, em seu art. 2º, ser o objetivo da referida *Política* a “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (art. 2º, caput).

Outrossim, apenas com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 é que a matéria veio a receber devida importância *em nível constitucional*, tendo a Carta incluído em seu texto, no seu Título VIII, referente à Ordem Social, um capítulo atinente ao meio ambiente, configurando-se, como aduz a doutrina mais recente do Direito Constitucional, um autêntico *direito difuso de terceira geração*.

Assim, o Capítulo VI traz o art. 225, que aduz:

*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 do Estado de São Paulo, por seu turno, ecoando as preocupações do legislador constitucional com a ecologia, também trouxe a lume o art. 191, visando a proteção do meio ambiente:

*O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.*

Verifica-se, portanto, que *todos os entes públicos da denominada Administração Direta – União, Estados e Municípios – terão a sua competência e as suas obrigações na preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente*. E, ainda

que contem, como disposto, *com a participação da coletividade*, é bastante evidente que, como é de sua competência o exercício do *poder/dever de polícia*, a obrigação dessa preservação e defesa do meio ambiente é *primordialmente sua*.

É de se anotar, ainda, que a matéria atinente à *proteção do meio ambiente*, conquanto diga respeito primordialmente ao Direito Ambiental, também é objeto do Direito Urbanístico, como se verá a seguir.

Luiz Paulo Sirvinskas define o Direito Ambiental como sendo “a ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e a melhoria das condições de vida no planeta” (2008, p. 35).

A propósito disso, o *meio ambiente* é definido por José Afonso da Silva como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995).

Por seu turno, Uadi Lammêgo Bulos (2011) define o *meio ambiente* como sendo o “complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos”.

E, logo a seguir, elabora o referido autor no sentido de que o meio ambiente é um bem jurídico autônomo, de caráter *difuso*, atingindo quatro campos complementares:

- **campo natural ou físico** – *abrange a terra, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna;*
- **campo cultural** – *alberga o patrimônio genético, histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e turístico;*
- **campo artificial** – *engloba o espaço urbano composto por edificações e por equipamentos públicos; e*
- **campo laboral** – *concerne ao meio ambiente do trabalho, que visa primar pela vida, pela dignidade, sendo contrário à periculosidade e à desarmonia do homem* (2011, p. 1583-1584, grifo nosso).

Destarte, patente o fato, em verdade, da grande abrangência do conceito de *meio ambiente*, o qual não se limita a se tratar das questões referentes exclusivamente à *fauna* e à *flora*. Aliás, não é impertinente, a propósito do tema, que se recorde, aqui, do teor da Resolução nº 306, de 5 de julho de 2002, do CONAMA, que “estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais”, e que, no nº XII de seu Anexo I (“Definições”), estabelece ser o *meio ambiente* o “conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Vê-se, por consequência, que *meio ambiente* é expressão de alcance bem mais amplo, abrangendo até mesmo os *patrimônios histórico, paisagístico, genético, o labor*, e tantos outros tipos de patrimônio que podem constituir esse autêntico direito difuso de 3ª geração, como o definem os modernos constitucionalistas.

E, entre eles, vê-se que mesmo o *meio ambiente urbanístico* figura no denominado *campo complementar artificial*, não se podendo negar que o Direito Urbanístico *também trata de matérias de meio ambiente*. Aliás, ainda que mais restrita no âmbito legislativo, os Municípios têm competência inegável para atuar na área de proteção ao meio ambiente.

Malgrado não lhe assista competência *legislativa* para a defesa do meio ambiente, que é reservada à União, aos Estados e ao Distrito Federal (vide art. 24, incisos VI e VII, da CF/88), o art. 23 estabelece, assim, ser *competência comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (inciso VI). E o art. 30 diz competir aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (incisos I e II). Ainda é de se notar que a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, veio, em seus arts. 4º e 5º, a enumerar vários *instrumentos de cooperação* entre os diversos entes públicos, colocados à disposição dos Municípios para a implementação da defesa do meio ambiente, relativamente à diversas matérias dessa área.

E uma dessas matérias, decerto, é a referente à *poluição sonora*, tão lastimavelmente comum nos dias de hoje, em que grassa o mais absoluto desrespeito à alteridade.

### 3. A poluição sonora e o seu combate pelos municípios

A *poluição* é definida no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/81, da seguinte maneira:

*III – poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:*

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;*
- c) afetem desfavoravelmente a biota;*
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;*
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.*

Ao analisar a matéria, Paulo Affonso Leme Machado reporta-se ao texto do referido artigo da lei mencionada, aduzindo que nesse conceito

*são protegidos o homem e sua comunidade, o patrimônio público e privado, o lazer e o desenvolvimento econômico através das diferentes atividades (alínea “b”), a flora e a fauna (biota), a paisagem e os monumentos naturais, inclusive os arredores naturais desses monumentos – que encontram também proteção constitucional. (arts. 216 e 225 da CF/1988) (2014, p. 602)*

Já Marcelo Abelha Rodrigues oferece um conceito mais sucinto, mais objetivo, do que vem a ser a *poluição*, afirmando tal autor que o referido conceito é extraído do próprio caput do inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/81, no sentido de que “poluição é a degradação da qualidade ambiental” (2013, p. 82). Entende o mencionado autor que mais do que isso seria desnecessário para definir-se o que é *poluição*, e a tendência é concordarmos com tal afirmação.

Como observado linhas acima, a *poluição sonora* é uma das modernas pragas com a qual a sociedade civilizada é forçada a lidar. Novamente é Paulo Affonso Leme Machado que, analisando o tema, reporta-se a texto do Ministère de l’Environnement, o qual lembra que

*o som é devido a uma variação da pressão existente na atmosfera. O ruído é um conjunto de sons indesejáveis ou provocando uma sensação desagradável. Som e ruído são caracterizados por grandezas físicas mensuráveis às quais são associadas grandezas ditas “fisiológicas”, que correspondem à sensação auditiva. (LE BRUIT, 1982 apud MACHADO, 2014, p. 786)*

Abordando o tema, Antonio José Cordeiro et al. afirmam ser “sobejamente conhecido o grande malefício que o barulho excessivo causa ao organismo humano, não só pela óbvia e possível diminuição do nível de audição, mas também por outros resultados físicos e psíquicos sempre danosos” (1992, p. 56)<sup>4</sup>.

O ruído, afirma ainda Paulo Affonso Leme Machado,

*acarreta a “diminuição do tempo de reflexão e de autonomia pessoal” e produz “um modelo de sociedade em que é avassaladora a dominação dos processos sutis de venda de produtos, de indústria da diversão e de difusão da mentalidade vazia e frustrante”. (ALMEIDA, Luciano M. Paz no Coração. Folha de São Paulo, São Paulo, 21 abr. 2001. p. A-2 apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 786).*<sup>5</sup>

Séria, em verdade, é a questão do *barulho excessivo*, principalmente nos meio ambientes *trabalhista e artificial*. No *meio ambiente trabalhista*, é conhecida a sua perniciosidade, havendo, inclusive, diversas leis em vigor visando a proteção do trabalhador, inclusive com a obrigatoriedade do uso dos EPI (Equipamentos de Proteção Individual), que incluem protetores auriculares em indústrias em que o nível de ruído chegue a proporções grandes, ameaçando a integridade do aparelho auditivo do trabalhador ou, eventualmente, a sua estabilidade emocional e psíquica. Conhecida pela sigla de PAIR (Perda Auditiva Induzida por Ruído) nos meios acidentários, a perda auditiva é uma das chagas modernas, tristemente ligada ao progresso econômico.

Antonio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni afirmam que

*Entende-se por perda auditiva induzida por ruído – PAIR uma alteração dos limiares auditivos, do tipo neurossensorial, decorrente da exposição sistemática a ruído, que tem como*

<sup>4</sup> Lembra Paulo Affonso Leme Machado, quanto ao tema, que estudo publicado pela Organização Mundial da Saúde assinala como efeitos do ruído: “perda da audição, interferência com a comunicação; dor; interferência no sono; efeitos clínicos sobre a saúde; efeitos sobre a execução de tarefas; incômodo; efeitos não específicos” (2014, p. 787-788).

Ainda aduz o respeitado autor: “Como efeitos do ruído sobre a saúde em geral registram-se sintomas de grande fadiga, lassidão, fraqueza. O ritmo cardíaco acelera-se e a pressão arterial aumenta. Quanto ao sistema respiratório, pode-se registrar dispnéia e impressão de asfixia. No concernente ao aparelho digestivo, as glândulas encarregadas de fabricar ou de regular os elementos químicos fundamentais para o equilíbrio humano são atingidas (como suprarrenais, hipófise etc.).

“O incômodo ou perturbação é geralmente relacionado aos efeitos diretamente exercidos pelo ruído sobre certas atividades, por exemplo: perturbação da conversação, da concentração mental, do repouso e dos lazeres. A existência e a dimensão do incômodo são determinadas pelo grau de exposição física e por variáveis conexas de ordem psicossocial” (2014, p. 788).

<sup>5</sup> Iguualmente é Paulo Affonso Leme Machado que lembra que a medição do ruído “é feita segundo o procedimento indicado na Norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas – NBR 10.151, seja o ruído estacionário, seja intermitente” (2014, p. 787).

*características a irreversibilidade e a progressão com o tempo de exposição.* (2007, p. 55)<sup>6</sup>

Aliás, uma das características mais cruéis desse tipo de moléstia, como observado linhas atrás, é o fato de ser a mesma, como entende a Medicina, *progressiva e irreversível*. Ou seja; uma vez instalada no organismo a perda auditiva, ela *não tem cura*, e apenas pode *umentar*, jamais diminuir.

É pertinente anotar-se, quanto ao tema, que a poluição sonora pode, em verdade, configurar *crime ambiental*. Observe-se o texto do caput do art. 54 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que enumera os *crimes ambientais*; afirma o texto em questão que “causar poluição de qualquer natureza, em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana [... Ou seja,] qualquer espécie de poluição, em tais circunstâncias, é crime ambiental”.

No mínimo, a conduta do poluidor pode redundar na *contravenção penal* do art. 42 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941)<sup>7</sup>.

Quanto ao denominado *meio ambiente artificial (ou urbano)*, há, de outra banda, muitas outras formas de poluição sonora que podem causar mal à população em geral – formas estas que, infelizmente, *não têm sido observadas com a seriedade devida, seja pelas autoridades municipais, seja pela própria população*, que parece não se dar conta do quão perniciososa é tal forma de poluição à saúde.

Do carro de som de vendedores ambulantes (quem não os conhece?), que colocam o som de seus alto-falantes no máximo para atrair a freguesia e vender de pamonhas a ovos, ao som de *trios elétricos; carros de som em desfiles e festas de rua; bailes funk, blocos carnavalescos* e outros, cujo volume é insuportavelmente alto para ouvidos um pouco mais sensíveis e ainda não danificados pela perda auditiva. Não há quem não conheça, no meio ambiente urbano, esse tipo de poluição sonora – e não tenha, de uma forma ou de outra, sofrido com ela.

<sup>6</sup> Também nesse sentido é o entendimento de Irineu Antonio Pedrotti: “As lesões auditivas produzidas pelo ruído atingem as faixas de frequência de 3.000 Hz a 6.000 Hz. Permanecendo o segurado sob exposição, elas progridem e destroem os elementos sensoriais, e ensejam a perda auditiva em intensidade e em extensão para outras faixas de frequências, podendo dar causa à perda total da audição.

“Essas lesões auditivas induzidas pelo ruído fazem surgir o zumbido, sintoma que permanece durante o resto da vida do segurado e que, inevitavelmente, determinará alterações na esfera neurovegetativa e distúrbio do sono. Daí a fadiga que dificulta a sua produtividade” (1999, p. 163).

O norte-americano *The Merck Manual of Diagnosis and Therapy*, no que diz respeito à *noise-induced hearing loss* (perda auditiva induzida por ruído), afirma: “Qualquer foco de ruído intenso, tal como equipamento de serraria, motosserras, motores de combustão interna, maquinário pesado, ruído de armas de fogo ou de aviões pode danificar o ouvido interno. Atividades como tiro ao alvo, andar de *snowmobile*, voar e comparecer a concertos de *rock* são associadas com perda auditiva induzida por ruído. Exposição a ruído intenso resulta na perda das células capilares do órgão de Corti. Apesar das pessoas variarem bastante na suscetibilidade à perda auditiva induzida por ruído, praticamente todas as pessoas perdem alguma audição se expostas a ruído suficientemente intenso pelo tempo adequado. Qualquer ruído > 85 dB (maior do que oitenta e cinco decibéis) causa danos” (MERCK EDITOR, 1999, p. 681, tradução nossa).

<sup>7</sup> Sobre o tema, afirmam ainda Antonio José Cordeiro et al.: “Hodiernamente, as condutas lesivas são mais severamente apenadas, desde que se enquadrem, evidentemente, como “poluição sonora” (crime) e não como simples “perturbação do sossego alheio” (contravenção). Com isto significamos que para ser o crime ambiental é realmente necessário que a conduta lesiva do caso concreto se adapte – como poluição – a qualquer das alíneas do inciso III do artigo 3º da Lei nº 6.938/81. Não havendo adequação, poderá ser a contravenção” (1992, p. 57). De qualquer maneira, avulta o aspecto antijurídico da conduta de quem produz o ruído perturbador da ordem.

Volta-se à questão da *alteridade*, abordada na introdução deste pequeno estudo; muitas pessoas – os fãs dos festejos de Carnaval, por exemplo – parecem partir da premissa de que *100% da população gosta dessa festa*, e que, portanto, apesar do volume incrivelmente alto usado pelos blocos do Carnaval de rua, *ninguém supostamente deve ficar incomodado*. Ou, se se incomoda, *que se mude*, como diz o dito popular...

Acredita-se, contudo, que não é dessa maneira que a questão deve ser abordada. Impõe-se uma análise sóbria da matéria, feita à luz da lei e das posturas públicas pertinentes, para que se possa equacionar corretamente a situação, permitindo-se que foliões possam ter seus quatro (?) dias<sup>8</sup> de festa, sem trazer o caos ao restante da cidade.

#### 4. A poluição sonora e o dano ambiental efetivo

Uma pergunta a ser feita sobre o tema ora desenvolvido é “*há necessidade de que se constate a efetiva ocorrência de dano ambiental, para que recaiam sobre o poluidor as penalidades legais cabíveis?*”.

A resposta há de ser *negativa*. O fato é que, entre os vários princípios do Direito Ambiental, encontram-se os princípios da *prevenção* e o da *precaução*.

O *primeiro* é o que determina a tomada de medidas necessárias para afastar – ou, pelo menos, minimizar – os danos causados ao meio ambiente, em decorrência das ações humanas. Já o *segundo* concerne à necessidade de agir-se com cautela no caso de existirem dúvidas sobre a possibilidade da ocorrência de dano que possa vir a se concretizar com determinada atividade. A diferença entre os dois princípios, que são bastante semelhantes entre si, é a *certeza científica* referente ao dano ambiental. Se ela não existe, cuida-se do princípio da *precaução* (a proteção ao meio ambiente decorre do desconhecimento dos riscos de certa atividade humana); se existe, ou seja, se as consequências de determinada conduta ou atividade são conhecidas, então se está a tratar do princípio da *prevenção* (caso já existam estudos conclusivos, determinantes do risco da mencionada atividade).

Assim, o princípio da *precaução* advém de uma interrogação sobre os efeitos de certa atividade; o da *prevenção* vem da *certeza científica* de que a poluição sonora é danosa ao meio ambiente. Sobre o tema, Marcelo Abelha Rodrigues (2013) faz considerações pertinentes. Aduz o mencionado autor que, entre a conduta apta a causar o dano e sua efetiva ocorrência, pode haver um hiato temporal bastante variável; ou seja, o dano ambiental pode não ser resultado instantâneo ou imediato de uma conduta antijurídica. Os exemplos utilizados são, de um lado, o derramamento de óleo no mar (com efeitos imediatos e devastadores sobre a ecologia) e a obtenção de licença ambiental *sem* a realização de audiência pública, nos casos em que é a mesma exigida. No segundo caso, há conduta antijurídica, mas os seus efeitos podem verificar-se muito tempo depois.

Assim, conclui o referido autor que o que se pode afirmar

*é que em boa hora o legislador ambiental vem se preocupando, cada vez mais, em antecipar o momento em que se considera ocorrida*

<sup>8</sup> Na cidade de São Paulo, já existe o Pré-Carnaval, que se verifica no final de semana anterior aos festejos de Momo; também existem os blocos de rua que fazem sua folia no final de semana *seguinte* ao Carnaval, o que já leva essa festa popular a ter *oito dias, ao invés de apenas quatro*. Como dizia Fellini, *e la nave và...* Aliás, é sabido que, em outros Estados, os festejos referidos estendem-se ainda mais...

*a antijuridicidade ambiental, desvinculando-a, muitas vezes, da efetiva ocorrência do dano, justamente para se respeitar e atender ao princípio da prevenção e da precaução ambiental. Do contrário, se for sempre relacionada a antijuridicidade à ideia da ocorrência do dano, com certeza a indesejada tutela meramente reparatória (justiça restaurativa) será a mais utilizada.* (2013, p. 83)

É possível concluir-se, a propósito, que, no tocante ao *dano ambiental*, não há necessidade que se configure o próprio para que sejam acionadas as medidas legais cabíveis, sendo imperioso que, pelos princípios sobreditos, a Administração aja *preventivamente*, com o fito de impedir a ocorrência do mencionado dano, ainda que se possa entender pertinentes as *medidas repressivas*, para o fim de punir-se as transgressões à lei.

## 5. As normas técnicas e as formas de combate à poluição sonora

Para efeito de medir-se o volume de som que seria tolerável pelo ser humano, sem que isto lhe causasse os malefícios referidos anteriormente, várias normas técnicas foram baixadas pelas autoridades competentes.

Assim, a *Resolução nº 1/1990 – CONAMA* busca regular a questão, com o fito de proteger a *saúde* e o *sossego público* da população em geral, no que tange à emissão de ruídos, sejam estes decorrentes de *atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política*. A NBR 10.152, por seu turno, fornece os *níveis de ruído para conforto acústico*.

É curioso observar que as normas brasileiras, a propósito do tema, equivalem às alemãs, no tocante ao *nível de ruído tolerável*. A referida NBR 10.152 estabelece quais seriam os mencionados níveis, atenta à necessidade de observância de maior respeito ao silêncio na vizinhança de hospitais, escolas, residências, escritórios, igrejas e templos. No caso dos *hospitais*, por exemplo, seria tolerável um nível de ruído entre 35 e 45 dB, o que também se verifica na Alemanha.

Para fins de conter as atividades produtoras de ruído de alta intensidade, o Direito Ambiental brasileiro prevê alguns instrumentos de imprescindível observância.

Assim, tem-se, de um lado, o denominado *Estudo de Impacto Ambiental (EIA)*. É o mesmo previsto no art. 1º da *Resolução nº 1/1986 – CONAMA*, tendo tal Estudo o objetivo de *identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade*. Como a poluição sonora decididamente causa impacto no meio ambiente, em especial no meio ambiente urbano, afigura-se como imprescindível, para a aprovação pela Administração de determinada atividade que produza ruído, a realização do mencionado estudo, tendo-se em consideração, em especial, o entorno do local onde a referida atividade irá se desenvolver<sup>9</sup>.

Também tem relevo o mencionado *licenciamento ambiental*, a ser expedido pelos órgãos públicos competentes, após análise pela Administração Pública da atividade em

<sup>9</sup> Admissível, ainda, a realização do denominado *Estudo de Impacto de Vizinhança*, ao menos, quando se tratar de atividade potencialmente produtora de poluição sonora, que venha a se concentrar em determinada área da municipalidade, visando evitar-se a criação de distúrbios locais.

questão, afigurando-se como irregular e ilegal o desenvolvimento da mencionada atividade sem que se expeça a *licença ambiental* pertinente.

Tais formas de combate à poluição sonora revestem-se de evidente *caráter preventivo*. Ou seja; busca-se, por meio delas, impedir que as atividades nocivas à população sejam concretizadas, trazendo indesejável perturbação à paz e ao sossego que os homens de bem desejam.

Outrossim, também existem formas de se combater a conduta do poluidor de maneira *repressiva*. E essa repressão tanto pode dar-se por meio da ação das autoridades competentes (com a aplicação, por exemplo, de multas), ou, ainda, por meio de ações judiciais diversas – algumas, inclusive, podem ser movidas *pelos próprios particulares* que, molestados pelo ruído, venham a Juízo buscando a condenação do poluidor por danos morais ou por outros que consigam comprovar.

Na Cidade de São Paulo vigora, já há mais de dezesseis anos, a Lei Municipal nº 13.287/2002, mais conhecida como a lei do “Programa PSIU”, que legisla sobre as diferentes graduações de pena de multa aplicadas aos infratores que venham a causar poluição sonora na cidade, não importando qual é a atividade do poluidor (mesmo templos de cultos religiosos podem vir a ser autuados, como adiante se verá).

Um dos princípios gerais do Direito Ambiental é o conhecido princípio do *poluidor-pagador*, ou, como quer parte da doutrina, *princípio da responsabilidade*. Tal princípio encontra-se previsto na *Declaração do Rio de Janeiro* (16º princípio), da seguinte forma:

*As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.*

Seu objetivo é a *responsabilização do poluidor com o custo da degradação ambiental*, de maneira *preventiva* ou de maneira *reparatória*. Conquanto a ideia inicial seja a de *prevenir* a ocorrência do dano, é admissível que as autoridades atuem de maneira *repressiva*, impedindo a continuidade de atividade poluidora e, sendo o caso, com a *indenização residual ou integral do dano causado*.

Outrossim, a legislação ainda fornece elementos diversos para o combate à poluição sonora. A Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, dispendo sobre a redução da emissão de poluentes por veículos automotores, determina, em seu art. 13, § 2º, que os fabricantes de tais veículos são obrigados a divulgar aos consumidores as especificações de uso, segurança e manutenção dos veículos em circulação, sendo tal lei um exemplo da forma pela qual a legislação vem explicitando as obrigações dos poluidores, mesmo em potencial. Há vários municípios brasileiros que dispõem de legislação própria, no sentido de monitoramento da poluição ambiental, incluindo-se aí a poluição sonora. O referido princípio do *poluidor-pagador* traz a responsabilidade para os que violam a legislação pertinente e causam distúrbios nas cidades, molestando os demais municípios.

Importante ainda observar que, tanto sob o aspecto *preventivo* como sob o aspecto *repressivo*, sobreleva a aplicação do *poder de polícia*, objeto de análise no item nº 2 deste trabalho, impondo-se à Administração Pública a proteção do *interesse público*,

acima de quaisquer direitos individuais, para fim de adequadamente cumprir as suas funções institucionais.

Ainda é de evidente importância, a propósito, a *ação civil pública*, prevista na Lei nº 7.347/85, tendo o Ministério Público a sua titularidade, com o fito de enfrentar situações de *violação ao direito difuso à paz e tranquilidade que todos os cidadãos têm*, lembrando Paulo Affonso Leme Machado, a propósito, que a poluição sonora pode atingir e prejudicar um número indeterminado de pessoas, podendo a ação civil pública, portanto, ser proposta com fundamentos diversos:

*a) ausência de análise, no Estudo Prévio de Impacto Ambiental, da poluição acústica; b) omissão, no licenciamento ambiental, da análise da poluição sonora potencialmente existente; c) fornecimento de produto com ruído acima das normas sonoras oficiais; d) fornecimento e instalação de equipamentos antissom às vítimas de fonte poluidora específica; e) cumprimento da obrigação pelo poluidor, pelo gestor de obra ou de empresa, em vedar ou reduzir a emissão de som a partir de sua geração.* (2014, p. 804)

Anota-se que os Tribunais brasileiros já analisaram diversos aspectos da poluição sonora e de seus nefastos efeitos à saúde da população, tanto por meio das referidas ações civis públicas, como por meio de ações movidas pelos próprios particulares contra os poluidores. E estes – pasma-se – podem ter muitas formas diferentes.

Assim, verifica-se, exemplificativamente, caso em que o poluidor era *restaurante com música ao vivo*, produzindo barulho muito superior aos níveis estabelecidos pela legislação municipal (10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Apelação nº 0004885-16.2004.8.19.0001; relator: o Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto; j. 22.08.2006); *shows de música ao vivo*, com o uso de caixas de som, amplificadores, difusores, microfones, instrumentos e aparelhos musicais, em estabelecimento comercial sem tratamento acústico eficiente e eficaz para conter os ruídos no limite legal (15ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; Agravo de Instrumento nº 0062906-31.2017.8.19.0000; relatora: a Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro; j. 29.05.2018); violação aos *direitos de vizinhança*, em virtude de ruídos emitidos acima dos níveis máximos permitidos pela legislação vigente, tendo havido medição do nível de ruído pela própria Prefeitura Municipal e constatado a veracidade das informações (12ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; Apelação nº 0011775-18.2007.8.19.0210; relator: o Desembargador José Acir Lessa Giordani; j. 03.04.2018); poluição sonora advinda de bar, com ruído excessivo, reconhecendo o Acórdão a existência de *dano moral* para o autor da ação, fixando valor de indenização (9ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; Apelação nº 0040852-59.2014.8.19.0038; relator: o Desembargador Luiz Felipe Miranda; j. 27.03.2018); alvará para funcionamento do estabelecimento como “casa de festas”, desvirtuado pelo proprietário, com a promoção de shows e eventos com venda de ingressos, incluindo música eletrônica ou ao vivo, bem como pista de dança, configurando-se atividade típica de boite, danceteria e discoteca, determinando-se a interrupção das atividades e condenação do proprietário no pagamento de indenização por danos morais e materiais, em virtude do princípio da reparação integral (21ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; Apelação nº 0402343-42.2013.8.19.0001; relatora: a Desembargadora Regina Lúcia Passos; j. 13.03.2018); os conhecidos *bailes funk* (usualmente organizados e realizados sem a menor regularização e autorização por

parte das autoridades municipais e causando enorme transtorno à vizinhança), reconhecendo-se, no caso, a existência de atividade sonora em quadra de escola de samba sem atendimento às normas legais, sendo o Grêmio recreativo condenado a cessar com tal atividade, além de indenizar danos morais e materiais (9ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; Apelação nº 0038152-76.2004.8.19.0001; relator: o Desembargador José Roberto Portugal; j. 27.03.2018), entre outros.

Observe-se que mesmo os *cultos religiosos*, malgrado o fervor de seus participantes, não estão livres da observância da legislação pertinente e do respeito à comunidade. Verifica-se a existência de casos em que se reconheceu a existência de poluição sonora causada por tais cultos, em especial quando se cuida de estabelecimento sem tratamento acústico adequado para impedir a propagação de som. Decidiu-se, acertadamente, que a liberdade de culto não pode servir de justificativa para a prática de conduta ilícita que contrarie a tranquilidade e o sossego públicos, inclusive em prestígio à deseducação da vida em comunidade, concedendo-se indenização a vários autores (16ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; Apelação nº 0038065-14.2004.8.19.0004; relator: o Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito; j. 20.05.2011). No mesmo sentido, verifica-se recente V. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0043285-48.2017.8.19.0000; 2ª Câmara Cível do mesmo Tribunal; relatora: a Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves; j. 31.01.2018.

Em São Paulo, chegou-se a examinar, também, a questão da emissão de ruídos por templos de culto religioso, por conta da Lei Municipal nº 13.287/2002, entendendo-se cabível seu apenamento, como se pode ver pela decisão ora citada:

**POLUIÇÃO SONORA – EMISSÃO DE RUÍDOS EM DESACORDO COM A LEI – ALTERAÇÃO DE CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DOS ÍNDICES E ATENUAÇÃO DAS SANÇÕES – NORMAS INCOMPATÍVEIS COM A ORDEM FUNDANTE – IRRELEVÂNCIA DE SE CUIDAR DE RUÍDOS EMITIDOS DURANTE CULTOS RELIGIOSOS – AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.** (Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 141.238-0/5-00, relator: o Desembargador José Renato Nalini; j. 20.08.2008, *in DJU* de 14.10.2008, grifo nosso)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já teve oportunidade de questões diversas referentes à poluição sonora, sendo pertinente trazer-se à baila as seguintes decisões:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CLUBE SOCIAL RESPONSÁVEL POR EMISSÃO DE RUÍDOS EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 01, DE 08.03.1990 – PERÍCIA COMPROBATÓRIA DA EMISSÃO SONORA PERTURBADORA DO SOSSEGO – CONDENAÇÃO DA ENTIDADE A SE ABSTER DE TAL EXCESSO E A ADOTAR PROVIDÊNCIAS SANEADORAS – DECISÃO IRREPREENSÍVEL – APELO DO CLUBE CONDENADO DESPROVIDO.**

*O ruído em excesso não causa apenas insatisfação e desconforto, senão provoca enfermidades detectadas pela medicina tradicional e pela psiquiatria. Surdez precoce e depressão por falta de sono*

*são apenas uma parcela das conseqüências da produção de energia sonora em demasia, signo desta era mas que não é impositivo a quem alega perda evidente da sua qualidade de vida”. (1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Apelação Cível nº 922.944-5/9, Relator: o Desembargador Renato Nalini)*

E mais:

**MULTA AMBIENTAL. EMPRESA QUE SE INSTALA EM ZONA PREDOMINANTEMENTE RESIDENCIAL E EMITE RUÍDOS EM ESCALA SUPERIOR À PERMITIDA, ALÉM DE SUBSTÂNCIAS ODORÍFERAS. LICENÇA DE ALTERAÇÃO FÍSICA E DE AMPLIAÇÃO INDEFERIDA PELA CETESB. CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO E DAS OBRAS. MULTAS BEM LAVRADAS. APELO DA INFRATORA AMBIENTAL DESPROVIDO. [...]**

*A livre iniciativa prevista na Carta da República não é absoluta, mas se condiciona a não prejudicar o convívio civilizado e possivelmente harmônico nas regiões urbanas. Indústria que perturba a vizinhança e compromete a qualidade de vida não pode continuar a funcionar em zona predominantemente residencial – Z2 – no zoneamento da capital bandeirante”. (Apelação Cível nº 910.948.5/4-00, relator: o Desembargador Renato Nalini)<sup>10</sup>*

## 6. O Carnaval de rua em São Paulo; Quis custodiet ipsos custodes?<sup>11</sup>

Uma nota final sobre o tema, que se afigura como imprescindível.

Como já referido páginas atrás, as *festas de Carnaval* (não só estas, infelizmente...) têm apresentado um crescendo de público – e de distúrbios à paz dos moradores da cidade de São Paulo. Tal situação principiou com os conhecidos blocos carnavalescos da região da Vila Madalena, que não se concentravam apenas durante o feriado de Carnaval, verificando-se que sua atuação já se espalhava para os fins de semana *anterior* e *posterior* ao dito feriado.

Nos anos de 2017 e 2018, a Prefeitura Municipal de São Paulo procurou deslocar os referidos blocos de tal região, em face das seguidas (e acertadas) queixas dos moradores da Vila Madalena, tendo, no primeiro dos anos referidos, sido os blocos direcionados para a Rua Rui Barbosa, na Bela Vista. Alegadamente, aguardava-se a presença de cerca de 20 mil foliões. Contudo, a Polícia Militar, segundo estimativa feita, computou a presença de algo por volta de *80 mil pessoas*, e perdeu-se o controle da situação.

No ano seguinte, mais uma vez deslocou-se a folia, desta feita para a Avenida 23 de maio, que ficou interditada para o trânsito de veículos. É de se admitir *alguma* lógica no pensamento dos administradores públicos municipais de então, pois, tratando-se

<sup>10</sup> Pertinente, a propósito, a citação da seguinte ementa: “AÇÃO ANULATÓRIA – Programa “PSIU” – Multa administrativa – Cobrança da referida multa em decorrência de produção de ruído excessivo pelo estabelecimento requerente – Autuação válida – Presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública que vai ao encontro do entendimento do Fisco Municipal – Aplicação da pena de multa mantida, sob pena de violação do disposto na Súmula Vinculante nº 10 da Suprema Corte – Recursos providos” (12ª Câmara da Seção de Direito Público, Apelação com revisão nº 818.429.5/5-00, relator: Wanderley José Federighi, j. 18.12.2008, v.u.).

<sup>11</sup> “Quem irá guardar os guardiões?”

de feriado, o trânsito estaria muito mais calmo, e a CET (Companhia de Engenharia de Tráfego) poderia deslocar o fluxo de veículos para outras vias públicas. E reinaria a paz de um lado e a folia de outro.

Não foi, contudo, o que se viu. O *Chegadebarulho.blog* noticiou a grande dificuldade de motoristas que precisariam circular pela região – inclusive de uma *gestante* que teve enormes problemas para chegar ao hospital em que iria dar à luz<sup>12</sup>.

Aliás, se é que foi realizado algo assemelhado a um Estudo de Impacto de Vizinhança ou um Estudo de Impacto Ambiental pela Prefeitura de São Paulo, para permitir-se a realização da festa em tão importante via pública, crucial à boa circulação do trânsito, é de se concluir que tais estudos *falharam retumbantemente*. Havia *seis hospitais* na região – o Hospital Bandeirante, o Santa Joana, o Hospital do Servidor Público Municipal (o que não deixa de ser irônico...), o Hospital Paulistano, o Hospital Alemão Oswaldo Cruz e, o Hospital Beneficência Portuguesa. Este, em especial, foi o mais atingido pela incrível poluição sonora verificada. Registram-se depoimentos de pacientes do mencionado hospital no sentido de que até mesmo as janelas tremiam com a altura do som<sup>13</sup>, e na pediatria houve grande perturbação ao repouso dos bebês – isto, sem falar dos demais pacientes, inclusive dos que se encontravam internados na UTI.

Muitos outros problemas foram relatados, desde dificuldades no trânsito até atos de vandalismo e desrespeito total pela população da vizinhança (narrou-se várias vezes que foliões vomitavam, urinavam e defecavam nas vias próximas, deixando um insuportável mau cheiro)<sup>14</sup>.

Tais fatos não impediram que a Prefeitura Municipal de São Paulo afirmasse que o Carnaval da Avenida 23 de maio “foi um sucesso de público e organização”<sup>15</sup>. Público, certamente. Havia dezenas de milhares de pessoas na avenida. Já “sucesso de organização”... Não que se esperasse uma admissão de que ocorreu justamente o contrário... Aliás, criou-se até um slogan midiático para a festa: “*Carnaval de rua é em São Paulo*”.

Pois bem. Em face do que até aqui foi dito, não custa lembrar que: a) um dos mais importantes *princípios* do Direito Administrativo é o do *poder de polícia*, que alguns doutrinadores afirmam ser um *poder/dever*, impondo-se ao administrador o *dever de atuar em defesa do interesse público*, evitando atos que causem prejuízo à incolumidade e ao direito da sociedade em geral; b) para o Direito Ambiental, o Município é considerado como o *meio ambiente artificial*, merecendo proteção da legislação pertinente; c) o próprio Município tem *competência para legislar sobre assuntos referentes a matérias de interesse local*, no que toca ao Direito Ambiental, sendo seu *dever* a proteção do meio ambiente artificial de quaisquer ameaças à paz e à ordem dentro da área urbana; d) desnecessário se afigura que ocorra efetiva agressão ao meio ambiente para que a Administração Pública se utilize de seus poderes para a manutenção da ordem, podendo (e, em verdade, *devendo*) a mesma atuar de maneira *preventiva*, em respeito ao princípio da *prevenção*, efetuando sempre os necessários estudos para que não ocorram perturbações relacionadas a atividades poluidoras, no que se inclui a poluição sonora; e) a legislação ambiental (que abarca o meio ambiente artificial) traz à baila várias formas,

<sup>12</sup> Carneiro (2018).

<sup>13</sup> Carneiro (2018).

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

tanto de *prevenir* como de *reprimir* a concretização das atividades poluidoras, o que pode se dar tanto administrativamente como judicialmente, verificando-se a possibilidade de ajuizamento de *ações civis públicas* por parte do Ministério Público para tal finalidade, além de eventuais ações de *indenização* por parte de particulares que venham a sofrer danos, morais ou materiais, decorrentes de tal espécie de poluição; f) a jurisprudência de nossas Cortes demonstra que tal linha de pensamento vem sendo acolhida, não se escusando nem mesmo cultos religiosos de cumprir a legislação ambiental e reduzir os níveis de ruído produzido àqueles legalmente previstos.

O grande – talvez *insuplantável* – problema é quando as autoridades incumbidas da proteção da coletividade têm uma noção equivocada do que é o *interesse público*, passando a agir como *promotoras de eventos*, ao invés de *defensoras da comunidade e do bem-estar geral*. Esse tipo de postura, facilmente identificável como demagógica e populista, nada de bom pode trazer à sociedade, considerada *lato sensu*.

Vá um motorista desavisado utilizar-se da buzina de seu automóvel nas cercanias de um hospital, mesmo justificadamente. Estará sujeito a uma multa de trânsito, implacavelmente aplicada por uma das nossas “autoridades” dessa área, ou, ainda, de eventual processo por contravenção penal de perturbação ao sossego<sup>16</sup>.

Mas uma gigantesca folia carnavalesca pode ser instalada em uma artéria vital da cidade, bem ao lado de um dos maiores e mais conhecidos hospitais da metrópole – e *nenhuma consequência isso traz* a quem trouxe a balbúrdia aos bairros próximos, e a quem supostamente *organizou* essa balbúrdia. Ao contrário; a Prefeitura vê “sucesso” na festa e o então Prefeito Municipal descarta a gravidade da situação e diz que o barulho dos blocos na Avenida 23 de maio, que atingiu hospitais, “faz parte da novidade”<sup>17</sup>. *Uma lástima*.

#### *Quis custodiet ipsos custodes?*

É possível concluir, em verdade, em se tratando *não só desse episódio, como de outros tantos que se tem noticiado*, referentes a eventos públicos que saem do controle, no sentido de que *falhou a Administração Pública Municipal de São Paulo, seja na aplicação do princípio da prevenção, seja repressivamente, no exercício obrigatório do seu poder de polícia*, deixando de agir na sua função primacial de custodiar o bem-estar geral. E não há esforço midiático que transforme um desastre num “sucesso”.

Observe-se, a propósito, a fala de Nelson Schiesari:

*Um dos deveres fundamentais do Estado é o de garantir o exercício de todos os direitos individuais, especialmente daqueles direitos essenciais concernentes à vida, à segurança, à liberdade e à propriedade, mencionados no caput do art. 153 da Constituição*<sup>18</sup>. *O exercício desses direitos tanto poderá realizar-se normalmente, isto é, sem sacrifício do direito alheio, como, ao revés, de maneira abusiva. Na primeira hipótese tudo estará bem. Na última, todavia, exercitando-se o direito subjetivo de maneira abusiva, a ação*

<sup>16</sup> No que toca aos hospitais e ao nível de ruído que se pode permitir nas suas proximidades, Paulo Affonso Leme Machado (2014) traz, de acordo com a NBR 10.152, para os apartamentos, enfermarias, berçários e centros cirúrgicos de hospitais, o nível de conforto de 35 dB, e um nível sonoro aceitável de 45 dB. Foram respeitados tais limites, no Carnaval de 2018 da Avenida 23 de Maio?

<sup>17</sup> Fala... (2018).

<sup>18</sup> O autor refere-se à Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

*disciplinadora do Estado far-se-á sentir. E isso por uma razão de todo lógica: a necessidade imperiosa de se resguardar o bem-estar geral. (1982, p. 119-120, grifo nosso)<sup>19</sup>*

Para encerrar-se estas considerações, nada como a fala do mestre Paulo Affonso Leme Machado, que resume de maneira admirável a questão da poluição sonora e sua relação com as pessoas em geral:

*Indevidamente confunde-se barulho com alegria. Essas situações podem coexistir. Contudo, o silêncio pode propiciar alegria. Ausência de barulho não é ausência de comunicação. Muitas vezes a comunicação ruidosa nada mais é do que a falta de diálogo, em que só uma das partes transmite sua mensagem, reduzindo-se os ouvintes à passividade. (2014, p. 787).*

Que nossas autoridades aprendam algo com a sobriedade dessa lição.

### Referências bibliográficas

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. Megabloco na 23 de Maio afetam hospitais e levam barulho até a UTI. *Chegadebarulho.blog*, São Paulo, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2PdFtss>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- CORDEIRO, Antonio José; SOUSA, Antonio Ferreira de; RAPOSO JÚNIOR, Ivo; FINOTTI, Marcos de Brito; e SILVA, Marcos J. M. dos S. Magno. *Guia Prático de Direito Ambiental Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Poder de Polícia*. São Paulo: Ield, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FALA de Doria sobre barulho na Avenida 23 de maio é criticada. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 fev. 2018, 2:00. Disponível em: <https://bit.ly/2PDZ7wQ>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MERCK EDITOR. *The Merck manual of diagnosis and therapy*: seventeenth edition. New Jersey: Merck Research Laboratories, 1999.
- MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>19</sup> No mesmo sentido é a lição de José Cretella Júnior, que trazia à baila o fato do *poder de polícia* da Administração Pública visar “à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais” (1986, p. 600).

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Infortunistica: doenças profissionais polêmicas*. São Paulo: Leud, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHIESARI, Nelson. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

---

# VIII

## História

---



# O município na história das constituições do Brasil de 1824 a 1988

*Silvio Gabriel Serrano Nunes*<sup>1</sup>

Advogado

*Antonio Carlos Alves Pinto Serrano*<sup>2</sup>

Advogado

**Resumo:** Este artigo pretende abordar a evolução do município na história do desenvolvimento político e constitucional do Brasil, pela análise dos textos constitucionais de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, a Emenda Constitucional n° 1 de 1969 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esta configurando um grande marco para sua afirmação como claro e inequívoco ente da Federação. Em acréscimo, serão feitas breves referências sobre o papel do município durante o Brasil Colônia (1500-1815) e o Brasil Reino (1815-1922), abordando-se ainda seu surgimento na história de Roma e sua configuração nos períodos históricos subsequentes.

**Palavras-chave:** Município. Evolução. História. Constituições do Brasil.

**Abstract:** This article discusses the municipality in the political and constitutional history of Brazil, analyzing the Federal Constitutions of 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, the 1st 1969 Constitutional Amendment, and the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil; the last one is a milestone for the clear and undoubted understanding of the Constitution as entity of the Federation. Moreover, brief discussions on the importance of the municipality during the Colonial (1500-1815) and Imperial (1815-1922) periods of Brazilian history will be made, while also discussing its origins in the history of Rome and its development in the subsequent historical periods.

**Keywords:** Municipality. Evolution. History. Constitutions of Brazil.

**Sumário:** 1. As origens do município na história geral e na história do Brasil; 2. O município na Constituição de 1824; 3. O município na Constituição de 1891; 4. O município na Constituição de 1934; 5. O município na Constituição de 1937; 6. O município na

---

<sup>1</sup> Bacharel, mestre e doutor em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP); estágio de doutorado na Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne (Bolsa Capes – Ministério da Educação do Brasil); bacharel em Direito pela PUC-SP, especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Autônoma de São Paulo; professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Filosofia Jurídica e Ciência Política na Universidade Nove de Julho; professor de História do Direito da Ebradi. Assessor jurídico do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito do Estado na PUC-SP; especialista em Propriedade Imaterial pela Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. Assessor jurídico do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Constituição de 1946; 7. O município na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 01, de 1969; 8. O município na Constituição de 1988; Referências bibliográficas.

## 1. As origens do município na história geral e na história do Brasil

Segundo Hely Lopes Meirelles, em seu clássico *Direito Municipal Brasileiro*, a figura do município identifica-se como unidade político-administrativa na complexa estrutura de poder da República Romana, com a função de consolidar as conquistas romanas, de vez que se concediam vantagens aos povos conquistados e circunscritos em seu limite em troca de fidelidade a Roma:

*O Município, como unidade político-administrativa, surgiu com a República Romana, interessada em manter a dominação pacífica das cidades conquistadas pela força de seus exércitos. Os vencidos ficavam sujeitos, desde a derrota, às imposições do Senado, mas, em troca de sua sujeição e fiel obediência às leis romanas, a República lhes concedia certas prerrogativas, que variavam de simples direitos privados (jus connubi, jus comerci etc.) até o privilégio político de eleger seus governantes e dirigir a própria cidade (jus suffragii). As comunidades que auferiram essas vantagens eram consideradas Municípios (municipium) e se repartiam em duas categorias (municipia caeritis e municipia foederata), conforme a maior ou menor autonomia de que desfrutavam dentro do Direito vigente (jus italicum).*

*Nessas cidades o governo era eleito pelos homens livres, considerados cidadãos do Município (cives municipales), em contraste com outra categoria, formada por estrangeiros (incolae), que, por serem originários da região dominada, eram tidos como peregrinos, sem direito a voto<sup>3</sup>.*

A Administração das cidades romanas na Antiguidade era exercida por meio de um colegiado de dois a quatro magistrados “investidos de supremo poder e particularmente da administração da justiça (*duumviri juridicundo* ou *quatuorviri judicando*)”<sup>4</sup>, amparados por magistrados de hierarquia inferior com incumbências administrativas e de polícia (*aediles*)<sup>5</sup>.

Semelhante à estrutura do Senado romano, o *Conselho Municipal (Curia* ou *Ordo Decurionum*) era composto por um grande número de cidadãos do Município, escolhidos de forma periódica (*duoviri quinquennales*) para elaborar as leis locais (*edictus*)<sup>6</sup>.

Na Roma Antiga, com o advento da *Lex Julia Municipalis* o regime jurídico-político municipal foi estendido a todas as colônias e, posteriormente, no contexto das invasões de Sylla, às províncias conquistadas da Grécia, Gália e Ibéria<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 34

Durante o período medieval, o **Colégio dos Homens Livres**, que os povos germânicos chamaram de **Assembleia Pública de Vizinhos – *Conventus Publicus Vicinorum*** –, exercia tríplice atribuição: administrativa, judicial e policial. Com as invasões visigóticas, tal instituição foi mantida e, no contexto das invasões árabes, o pagamento de tributos pelos munícipes (*monera*) e a instituição de cargos como os de *alcaldes*, *alvazis* e *almotacéis* passaram a fazer parte da organização administrativa das *comunas*, como eram denominados os municípios.

Hely Lopes Meirelles afirma que a concepção romana de município foi recepcionada em Portugal com as devidas adaptações à realidade do feudalismo:

*Como o Município romano, a Comuna Portuguesa passou a desempenhar funções políticas e a editar suas próprias leis, de par com as atribuições administrativas e judicantes que lhe eram reconhecidas pelos senhores feudais*<sup>8</sup>.

Harold J. Berman aponta o surgimento de um Direito Urbano na Idade Média com caráter constitucional, já compreendendo uma série de características do constitucionalismo moderno, em especial: i) a fundação desse Direito Urbano em diversas instâncias e decretos escritos, cujos conteúdos diziam respeito à organização política das cidades e às liberdades e direitos civis; ii) a significativa semelhança entre os sistemas contemporâneos de governo constitucional e o sistema governamental das cidades medievais estabelecido por decretos ou mesmo sem eles, com governos limitados em seu poder e em regra subdivididos em funções legislativa, judiciária e executiva; iii) a previsão de um procedimento racional, com julgamento por pares, para a concessão dos direitos civis instituídos pelo Direito Urbano no lugar dos mecanismos irracionais como a batalha ou o ordálio; iv) a inclusão no rol de direitos e liberdades civis de isenções de impostos incidentes sobre um grande número de serviços e de taxas feudais, bem como a limitação rígida de muitos outros tributos, além de restrições às prerrogativas dos reis; v) a inserção de direitos e liberdades franqueadores da participação popular no governo das cidades<sup>9</sup>.

Berman também salienta traços em comum entre as diversas formas de governo das cidades europeias medievais:

*Uma grande parcela de cidades recém-fundadas era governada por assembleias populares que reuniam todos os cidadãos, cujo consentimento era necessário na eleição de funcionários e para a introdução de novas leis. No curso dos séculos XII e XIII, contudo, houve uma forte tendência em toda a Europa de substituição da assembleia popular por um conselho. Algumas cidades italianas possuíam dois conselhos, um grande e um pequeno. Primeiramente, os conselhos urbanos eram geralmente eleitos para um mandato de vários anos. Mais tarde, a cooptação substituiu a eleição. Uma forma aristocrática de governo sucedeu a forma democrática, apesar de as assembleias populares maiores terem sobrevivido à experiência, com*

<sup>8</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>9</sup> BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 493.

*o poder de veto ou ao menos desaprovação de quaisquer mudanças nas normas básicas*<sup>10</sup>.

Na Idade Moderna, período histórico marcado, dentre outros acontecimentos que desconstruíram paradigmas estruturantes do mundo medieval, pelos conflitos religiosos entre católicos e protestantes, os municípios protagonizaram um direito de resistência classificado como constitucional por mecanismos institucionais, ao fazerem cumprir em sua jurisdição territorial os éditos de tolerância religiosa ou vetarem a execução dos éditos de conteúdo persecutório contra os protestantes na Alemanha e na França, emanados do Imperador do Sacro Império Romano Germânico ou do Rei da França<sup>11</sup>.

Helly Lopes Meirelles afirma que, na contemporaneidade, o município interage com instituições e herda certas funções já identificáveis na Antiguidade e na Idade Média, porém assumindo atribuições mais complexas:

*Do passado restou apenas a tradição romana dos edis e dos medievais Conselhos dos Homens Livres, hoje modernizada nas Câmaras de Vereadores, representativas da comunidade local e fiscalizadoras da conduta do Executivo Municipal.*

*Assim, as atribuições edilícias da Antiguidade, meramente administrativas da urbe, transformaram-se em funções político-administrativas do Município da atualidade, abrangentes de todos os setores urbanos e dos aspectos rurais que interfiram na vida da cidade. A administração municipal contemporânea não se restringe apenas à ordenação da cidade, mas se estende a todo o território do Município – cidade/campo – em tudo o que concerne ao bem-estar da comunidade*<sup>12</sup>.

No período colonial brasileiro, o município português com as mesmas competências políticas, administrativas e judiciais foi transplantado para o Brasil<sup>13</sup>, sendo que a “expansão municipalista” restringiu-se em função da perspectiva centralizadora das capitânias, de forma a minar as pretensões de autonomia dos povoados originados e desenvolvidos mais pelo apoio da Igreja em seu processo de catequese na Colônia do que pelo amparo dos donatários<sup>14</sup>. De qualquer forma,

*[...] as municipalidades de então tiveram inegável influência na organização política que se ensaiava no Brasil, arrogando-se, por iniciativa própria, relevantes atribuições de governo, de administração e de justiça. Realizavam obras públicas, estabeleciam*

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 494.

<sup>11</sup> Para um aprofundamento sobre a questão: NUNES, Silvio Gabriel Serrano. *Constitucionalismo e resistência em Théodore de Bèze: secularização e universalidade do direito de resistir na obra de Du Droit des Magistrats sur leurs sujets de 1574*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; NUNES, Silvio Gabriel Serrano. *As origens do constitucionalismo calvinista e o direito de resistência: a legalidade bíblica do profeta em John Knox e o contratualismo secular do jurista em Théodore de Bèze*. 2017. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

<sup>12</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 35.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 35-36.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 36.

*posturas, fixavam taxas, nomeavam juizes-almotacéis, recebedores de tributos, depositários públicos, avaliadores de bens penhorados, alcaides-quadrilheiros, capitães-mores de ordenanças, sargentos-mores, capitães-mores de estradas, juizes de vintena, num incontido extravasamento de poder, chegaram essas Câmaras a decretar a criação de arraiais, a convocar “Juntas do Povo” para discutir e deliberar sobre interesses da Capitania, a exigir que governadores comparecessem aos seus povoados para tratar de negócios públicos de âmbito estritamente local, a suspender governadores de suas funções e até mesmo depô-los, como fez a Câmara do Rio de Janeiro com Salvador Correia de Sá e Benevides, substituído por Agostinho Barbalho Bezerra<sup>15</sup>.*

O contexto histórico do Brasil Reino (1815-1822) tem início com a *Carta de Lei de 1815*, quando Dom João VI, em 16 de dezembro de 1815, graças a interesses estratégicos e geopolíticos, cria o chamado “Reino Unido de Portugal, do Brasil e Algarves”, alterando o *status* jurídico do Brasil de Colônia para o de Reino Unido, realidade que vinha se consolidando desde a chegada da família real de Portugal, em 1808, com auxílio da Inglaterra, no contexto das guerras napoleônicas<sup>16</sup>. O município, em especial por meio de suas assembleias, desempenhou relevante atuação no processo de independência.

Alencar Santana Braga assim expressa, ao comentar a pesquisa de Carneiro Maia<sup>17</sup>:

*O autor [Carneiro Maia] não considera a conquista da independência uma dádiva ao povo brasileiro. Em sua opinião, foi a persistência e o espírito libertário de nosso povo que geraram a tão sonhada independência nacional. E as câmaras tiveram contribuição efetiva no movimento, desde 1821, quando foi iniciado.*

*Relata atitudes das Câmaras do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Pernambuco a demonstrar o levante destas frente ao arbítrio real e o apoio ao movimento do FICO. Para o autor, “a parte ativa e imediata que tiveram as câmaras do país no glorioso sucesso de sua emancipação política” merecia ser comemorada<sup>18</sup>.*

## 2. O município na Constituição de 1824

No cenário da Independência ocorrida em 1822, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 instituiu Câmaras Municipais em todas as cidades e vilas, inclusive nas que ainda seriam criadas (artigo 167), com caráter eletivo, presididas pelo vereador mais votado, como estabelecia seu artigo 168, incumbindo-lhes “o governo econômico e municipal das mesmas cidades e vilas” e “especialmente o exercício de suas funções municipais, formação das suas posturas policiais, aplicação de suas rendas e todas as suas

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>16</sup> PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 359-368.

<sup>17</sup> CARNEIRO MAIA, João de Azevedo. *O Município: Estudos sôbre a administração local*. Rio de Janeiro: Typ. de G. Leuzinger & Filhos, 1883, p. 95-99.

<sup>18</sup> BRAGA, Alencar Santana. O poder político do município no Brasil Colônia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 12, jul./dez. 2008. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-169-Alencar\\_Santana\\_Braga\\_\(municipio\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-169-Alencar_Santana_Braga_(municipio).pdf). Acesso em: 27 fev. 2019.

particulares e úteis atribuições”, que nos termos do artigo 169 seriam regulamentadas por lei ordinária.

Referida lei ordinária surge em 1º de outubro de 1828, para disciplinar juridicamente o processo de eleição dos vereadores e juizes de paz e catalogar todas as atribuições da corporação. Desbastava, por outro lado, o florescer de uma autonomia municipal possivelmente vislumbrada na Constituição do Império, uma vez que subordinava administrativa e politicamente as municipalidades aos presidentes das Províncias. “Assim, as franquias locais, que reportavam na Carta Imperial, feneciam na lei regulamentar”<sup>19</sup>.

A natureza centralizadora do governo imperial afastava veementemente as relações entre a administração central e os indicados para administração local. Para a Coroa, a figura do município não passava de uma mera delimitação territorial com ênfase nos problemas geográficos de um país com dimensões continentais, sem propriamente representar um meio de gerir as questões provinciais.

O distanciamento entre governantes e governados foi o elemento propulsor de grande insatisfação com o Império, sendo que apenas com a instituição da República é que os municípios passaram a gozar de autonomia.

Durante o Império, algumas características dos municípios chamavam a atenção, como a ausência da figura do prefeito, instituída apenas na província de São Paulo em 1835. As Câmaras, igualmente, eram apenas corporações administrativas, não gozavam de prestígio político, sendo que mesmo a publicação da Lei 105/1840 revelou-se insuficiente na tentativa de restituir parte de seu protagonismo, pois não contava com a estrutura necessária para seu fiel exercício e atendimento.

*Daí por diante amiudaram-se os projetos de reforma da administração municipal, com ampliação de órgãos e concessões de franquias aos governos locais, merecendo destaque o do Marquês de Monte Alegre, que instituía agentes especiais do governo nas cidades e vilas (1850); o do deputado Romão Ataíde, que restituía as atribuições judicantes às Câmaras (1857); o do Marquês de Olinda, que opinava pela separação das funções administrativas das deliberativas (1862); o do Visconde de São Vicente, que propunha a criação de Conselhos de Presidência nas Províncias (1867); o do deputado Paulinho de Souza, que entregava ao presidente da Câmara o Executivo Municipal (1869); e, finalmente, o do senador Carrão (1882), que outorgava às Assembleias Legislativas provinciais a atribuição de nomear prefeito para as cidades e vilas. A despeito da iniciativa desses parlamentares e da acerbadá crítica dos publicistas de então ao espírito centralizador e à sufocante uniformidade que a Lei Regulamentar de 1828 impunha às municipalidades, o malfadado diploma resistiu incólume até a proclamação da República, com todo seu cortejo de malefícios aos Municípios do Império<sup>20</sup>.*

<sup>19</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 37.

<sup>20</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 38

### 3. O município na Constituição de 1891

Com a Proclamação da República em 1889, sobreveio o artigo 68 da Constituição de 1891, que determinou que os estados-membros deveriam assegurar a autonomia dos municípios, para garantir sua competência quanto aos seus “peculiares interesses”. Diante do poder conferido aos estados-membros, as constituições estaduais modelaram seus municípios ponderando a medida do que configuraria o peculiar interesse. Ainda assim, de fato, constata-se um salto em matéria de atribuição administrativa.

Por meio de suas leis orgânicas, os municípios também trataram de reafirmar suas competências dentro da simetria constitucional vigente; porém, no momento de exercício dessas atribuições, a dificuldade cultural enfrentada relativa à convivência de anos com poderes centralizadores impediu seu efetivo cumprimento.

Na realidade, a autonomia municipal durante a Primeira República não passou de mera especulação, nenhum exercício concreto passou de tinta exposta no papel. Pautados pela máxima do centralismo e da condução da Administração Pública pelos “coronéis”, os municípios constituíam currais eleitorais conduzidos pelas mãos de ferro de seus “feitores”.

Os coronéis, investidos de um poder coercitivo equiparado ao das milícias atuais, indicavam os governadores a serem eleitos em processos eleitorais fraudulentos e estes, por sua vez, nomeavam os prefeitos de acordo com a vontade do “soberano”. Qualquer oposição era simplesmente aniquilada e a ignorância do povo impedia qualquer senso de abstração quanto à realidade vivenciada.

A situação posta mostrava não bastar a menção constitucional expressa da autonomia local do município para assegurar seu efetivo exercício, nem para oferecer a proteção necessária à municipalidade para tanto<sup>21</sup>.

### 4. O município na Constituição de 1934

O constituinte de 1934 expandiu o entendimento exegético sobre o termo “interesse local” e destacou o que seria a pedra fundamental para o efetivo desenho político nacional de emancipação do município: a possibilidade de aferir renda própria.

O artigo 13 da Constituição de 1934 apresentou como norma principiológica a autonomia municipal, como garantia à efetivação de todos os aspectos relacionados ao seu peculiar interesse, prevendo a necessária eleição de prefeitos e vereadores, bem como a arrecadação de impostos próprios e a organização de seus serviços.

A história revela a necessidade de o texto constitucional expressamente delinear certos institutos e normas, especialmente após períodos de exceção ou de regimes inócuos, razão pela qual, pela primeira vez, a Constituição descreveu didaticamente as rendas próprias dos municípios, possibilitando assim a regular instauração de um poder público local<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 39.

<sup>22</sup> “Art 13 – Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente:

I – a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II – a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas;

III – A organização dos serviços de sua competência.

§ 1º – O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais.

Juntamente com a concessão de autonomia financeira, foi autorizada a criação de órgão destinado ao controle externo das contas municipais, o que demonstra a importância que a figura política do ente passou a ter nesse novo contexto.

A breve vigência da Constituição de 1934 não permitiu segura apreciação dos resultados dessas inovações no âmbito da autonomia e da discriminação das rendas municipais<sup>23</sup>. Essas novas diretrizes foram válidas apenas até o golpe ditatorial de 1937, com a criação do “Estado Novo”<sup>24</sup> sob a ordem de Getúlio Vargas, ditador que centralizou os poderes constitucionais e esvaziou a autonomia municipal.

## 5. O município na Constituição de 1937

Nessa época, os municípios mantiveram sua competência financeira, porém lhes foi retirada a prerrogativa de eleger seus prefeitos. Em que pese a manutenção da escolha livre de vereadores, o regime ficou marcado pelo intervencionismo do governo federal em estados e municípios, através da nomeação de interventores que indicavam o nome a comandar o Executivo municipal.

*Todas as atribuições municipais enfaixavam-se nas mãos do prefeito, mas acima dele pairava soberano o Conselho Administrativo estadual, órgão controlador de toda a atividade municipal, que entravava eficientemente as iniciativas locais. Àquele tempo os interesses municipais ficaram substituídos pelo interesse individual do prefeito em se manter no cargo à custa de subserviência às interventorias<sup>25</sup>.*

O comportamento característico dos ocupantes de cargos públicos à época compreendia agradar o comando superior, sem qualquer indicação de oposição, sob pena de imediato desligamento das funções, quiçá da vida.

Demasiadamente desgastante para os municípios, esse período qualifica-se como o pior desde a criação dos mesmos no Brasil. Consoante a análise de Hely Lopes Meirelles, melhores garantias eram observadas até durante o Império, uma vez que os interesses

---

§ 2º – Além daqueles de que participam, ex vi dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios:

I – o imposto de licenças;

II – os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda;

III – o imposto sobre diversões públicas;

IV – o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais;

V – as taxas sobre serviços municipais.

§ 3º – É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização das suas finanças.

§ 4º – Também lhe é permitido intervir nos Municípios a fim de lhes regularizar as finanças, quando se verificar impontualidade nos serviços de empréstimos garantidos pelos Estados, ou pela falta de pagamento da sua dívida fundada por dois anos consecutivos, observadas, naquilo em que forem aplicáveis, as normas do art. 12.”

<sup>23</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 40.

<sup>24</sup> A propaganda getulista para fomentar o golpe foi a sombra do fantasma do comunismo. A sustentação fática para insurgir contra o regime democrático à época foi um forjado documento confeccionado por militares brasileiros, chamado de “Plano Cohen”, cujo conteúdo indicava como seria a implementação de um regime comunista no Brasil e, naturalmente, indicaram a existência e a elaboração do dito documento ao Partido Comunista, criando assim o ambiente favorável para o discurso de retomada da ordem e instauração de uma nova Constituição, não sem antes fechar o Congresso Nacional.

<sup>25</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 41.

locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores ou das Assembleias Legislativas das províncias, prática incogitável no Estado Novo<sup>26</sup>.

## 6. O município na Constituição de 1946

Diante da nova ordem mundial provinda da Europa, ares democráticos voltaram a soprar por terras brasileiras. A reconstrução da democracia brasileira foi entregue à magistratura, amparada pelas Forças Armadas, sob a incumbência de presidir as eleições. Com a Constituição da República de 1946, o desenho do município ganhou novas cores, mais uma vez fortalecido expressamente por suas tripliques atribuições – administrativa, financeira e política.

### *Revolução Municipalista.*

*No decorrer do tempo, a República sacrificou muito os municípios, não só lhes restringindo a autonomia, cada vez mais ameaçada pelos estados, senão também os desfavorecendo na discriminação das rendas políticas.*

*Pouco a pouco, a fatia do leão coube ao Tesouro Federal, que arrecadava mais de 63% dos tributos pagos a todos os brasileiros, ao passo que os municípios, em 1945, não chegavam a receber 7%, cabendo a diferença aos estados (mais ou menos 30%).*

*Esse fenômeno impressionou vivamente os constituintes. Para melhorar as finanças dos municípios, deram-lhes todo o Imposto de Indústrias e Profissões (antes tinham só 50% dele); uma quota em partes iguais, no rateio de 10% do Imposto de Renda excluídas as capitais; e quando a arrecadação estadual de impostos, salvo o de exportação, excedesse, em município que não seja o da capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o estado dar-lhe-ia anualmente 30% do excesso arrecadado<sup>27</sup>.*

Além de retomada com reforços à previsão financeira municipal, o ente passou a dispor novamente de nítido protagonismo na política brasileira, ingressando no sistema eleitoral com a força de seus órgãos Executivo e Legislativo.

*Os constituintes de 1946 partiram do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é o fim em si mesmo, mas meio para o fim. Este fim seria o homem. O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física, moral e intelectualmente o homem.*

*Melhorando-o do ponto de vista da saúde, da educação, do bem-estar econômico, viria, como consequência, o desenvolvimento total da nação.*

*Consciente de que a maior parte do País se empregava na faixa agrícola no interior, sem as oportunidades de ganho das populações urbanas, insinuava uma política de recuperação das áreas atrasadas.*

<sup>26</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 41.

<sup>27</sup> BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras*: 1946. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 13. (Coleção Constituições Brasileiras. v. 5).

*Daí a “Revolução Municipalista” já mencionada pelo “Sistema de Vasos Comunicantes” em matéria financeira: parte das receitas das zonas urbanas industrializadas e prósperas deveria ser canalizada para os municípios do interior, mediante redistribuição de 10% da arrecadação total do imposto sobre a renda por todas as prefeituras, exceto as capitais.*

*Essa redistribuição foi depois substancialmente aumentada para 15% do Imposto de Renda e 10% do Imposto de Consumo (Emenda Constitucional n. 5, de 1961).*

*O imposto único sobre combustível líquidos ou gasosos, lubrificantes, energia elétrica e minerais também foi partilhado com os municípios. Além disso, a recuperação do homem pela educação se operava através da reserva de parte dos impostos (10% dos federais; 20% dos estaduais e municipais) exclusivamente para esse fim (art. 169)<sup>28</sup>.*

O fortalecimento dos municípios gerado com a alteração do desenho federativo mostrou-se relevante em áreas antes não beneficiadas pela atuação pública, que até então conviviam com doenças endêmicas, grande taxa de analfabetos, sem a presença da força jurisdicional do estado.

Apesar de terem remanescido áreas sob influências duvidosas e intenções eleitorais escusas, as mudanças em questão foram a base para a construção do atual desenho federativo e pedra fundamental para nova interpretação do termo “interesse local”, em especial no que tange à competência legislativa e à distribuição das funções administrativas em cada uma das circunscrições municipais.

## **7. O município na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969**

Com o Golpe Militar de 1964, os textos constitucionais de 4 de janeiro de 1967 e sua Primeira Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969

*[...] caracterizavam-se pelo sentido centralizador de suas normas e pelo reforço de poderes do Executivo. Ambos mantiveram o regime federativo e asseguraram a autonomia estadual e municipal, porém em termos mais restritivos que as anteriores Constituições da República.*

*Os atos institucionais e as emendas constitucionais que a sucederam limitaram as franquias municipais no triplice plano político, administrativo e financeiro<sup>29</sup>.*

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que não apenas alterou mas estabeleceu um novo espectro para a Constituição de 1967, reforçou o papel do Poder Executivo, ainda que mantido o esboço formal federativo e as mesmas atribuições aos municípios, sob a égide de uma nova realidade constitucional centralizadora.

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 13-14.

<sup>29</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 42.

A autonomia municipal não sofreu alteração, mas a aplicação democrática do sistema de escolha de seus representantes foi verdadeiramente ferida. Conquanto prevalecesse a escolha direta de prefeitos e vereadores, nas capitais, que realmente impactavam as políticas regionais, a escolha dos chefes do Executivo passou a seguir a nova orientação normativa.

Os prefeitos de capitais, de estâncias hidrominerais e dos municípios declarados de interesse da segurança nacional passaram a ser nomeados. Já a interferência no Poder Legislativo local repercutiu na limitação de salários e do número de vereadores por município<sup>30</sup>.

A tônica do regime militar de 1969 girava em torno do que seria definido como interesse da segurança nacional. A Lei nº 5.449, de 4 de junho de 1968, declarava como de interesse da segurança nacional os municípios: (i) Brasília, Cruzeiro do Sul, Feijó, Sena Madureira e Xapuri, localizados no Estado do Acre; (ii) Atalaia do Norte, Barcelos, Benjamim Constant, Ilha Grande, Ipixuna, Japurá, Santo Antônio do Içá, São Paulo de Olivença e Uapes, no Estado do Amazonas; (iii) Paulo Afonso e São Francisco do Conde, no Estado da Bahia; (iv) Amambaí, Antônio João, Bela Vista, Cáceres, Caracol, Corumbá; Iguatemi; Mato Grosso; Ponta Porã e Porto Murtinho, no Estado de Mato Grosso; (v) Almeirim, Óbidos e Oriximiná, no Estado do Pará; (vi) Barracão, Capanema, Foz do Iguaçú, Guaíra, Medianeira, Marechal Cândido Rondon, Pérola D'Oeste, Planalto, Santo Antônio do Sudoeste e São Miguel do Iguaçú, no Estado do Paraná; (vii) Alecrim, Bagé, Crissiumal, Dom Pedrito, Erval, Horizontina, Itaqui, Jaguarão, Porto Lucena, Porto Xavier, Quaraí, Rio Grande, Santa Vitória do Palmar, Santana do Livramento, São Borja, São Nicolau, Tenente Portela, Três Passos, Tucunduva, Tuparendi e Uruguaiana, no Estado do Rio Grande do Sul; (viii) Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro; (ix) Descanso, Dionísio Cerqueira, Itapiranga, São José do Cedro e São Miguel do Oeste, no Estado de Santa Catarina; (x) Cubatão e São Sebastião, no Estado de São Paulo.

<sup>30</sup> Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

I – pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores realizada simultaneamente em todo o País, em data diferente das eleições gerais para senadores, deputados federais e deputados estaduais;

II – pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual; e

b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional por lei de iniciativa do Poder Executivo.

§ 2º Somente farão jus a remuneração os vereadores das capitais e dos municípios de população superior a duzentos mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar.

§ 3º A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do estado, somente podendo ocorrer quando:

a) se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo estado;

b) deixar de ser paga, por dois anos consecutivos, dívida fundada;

c) não forem prestados contas devidas, na forma da lei;

d) o Tribunal de Justiça do estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;

e) forem praticados, na administração municipal, atos subversivos ou de corrupção; e

f) não tiver havido aplicado, no ensino primário, em cada ano, de vinte por cento, pelo menos, da receita tributária municipal.

§ 4º O número de vereadores será, no máximo, de vinte e um, guardando-se proporcionalidade com o eleitorado do município.º

Os Prefeitos dos municípios indicados seriam nomeados pelo Governador do estado respectivo, mediante prévia aprovação do Presidente da República, ainda constando no texto constitucional a disposição expressa de que seriam imediatamente exonerados quando decaíssem da confiança do Presidente da República ou do Governador do estado.

O critério para que referidos municípios fossem considerados de interesse para a segurança nacional se fundamentava apenas na necessidade de controle da governabilidade do Governo Militar, norteado em razão da concentração de possíveis opositores à Ditadura nessas localidades.

*Selecionar municípios para ter seus representantes escolhidos por meio de indicação do governador eleito indiretamente, com as assembleias legislativas controladas pela Arena (o partido oficial do regime militar) era uma estratégia para garantir a governabilidade. Havia o receio de que áreas importantes para a manutenção da chamada “segurança nacional” fossem atacadas por comunistas ou quaisquer grupos contrários ao governo. Os Estados mais afetados foram o Rio Grande do Sul (26) e Minas Gerais (14). Apesar de inicialmente terem sido cogitados 236 municípios, 162 tiveram seus prefeitos eleitos de maneira indireta ao longo de quase 20 anos em que as duas leis e os 13 decretos que determinavam tal regra eleitoral estiveram em vigor.*

*No Rio de Janeiro, foram selecionados Duque de Caxias, por ser área militar com a refinaria da Petrobrás (a Reduc); Angra dos Reis, por causa das usinas nucleares; e Volta Redonda, sede da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), base inicial da industrialização do país. Em São Paulo, Cubatão (detentor de um grande parque industrial), São Sebastião e Santos (por possuírem portos), Paulínia (que hospeda polo petroquímico, erguido em torno da refinaria que leva o nome da cidade, a Replan) e Castilho (por abrigar em seu território a hidrelétrica Engenheiro Souza Dias) foram os municípios escolhidos. Já em Minas Gerais, Araxá, Caldas, Cambuquira, Carangola, Caxambu, Jacutinga, Lambari, Monte Sião, Passa Quatro, Patrocínio, Poços de Caldas, São Lourenço e Tiradentes, todos considerados estâncias hidrominerais, tiveram seus prefeitos indicados diretamente pelo governador, entre 1972 e 1985<sup>31</sup>.*

Quanto ao regime tributário instituído pelo golpe militar, Hely Lopes Meirelles, mais uma vez, destaca que a Constituição de 1969 teve o mérito de melhor dividir a renda pública entre as três entidades estatais; entretanto, ao fixar de forma uniforme em 20% a participação no imposto estadual de circulação de mercadorias (ICM), acabou por criar grandes disparidades entre os municípios industrializados e os predominantemente agrícolas<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-nome-da-seguranca-nacional-ditadura-proibe-voto-em-capitais-outras-cidades-20203122>. Acesso em: 11 abr. 2019.

<sup>32</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 44.

## 8. O município na Constituição de 1988

Com a redemocratização do Brasil, em relação à Constituição cidadã de 1988, é possível afirmar que:

*A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica (Carta própria), anteriormente adotada apenas pelo estado do Rio Grande do Sul, desde a Lei Júlio de Castilhos, de 12.1.1897. Extinguiu, também a nomeação de prefeitos para qualquer município, manteve a eleição direta para vereadores (art. 29) e vedou a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas (art. 31, § 4º)<sup>33</sup>.*

Em outras palavras, a Assembleia Constituinte de 1987-1988, ao entregar o documento fundamental da nação brasileira, instituiu de forma clara e inequívoca o município como ente federativo e dotado de autonomia.

No mais, a Constituição de 1988, em seu artigo 30, inciso I, emprega o termo “interesse local”, substituindo a tradicional expressão “peculiar interesse”, o que, na certa, melhor define as atribuições privativas dos municípios<sup>34</sup>.

Apesar dos grandes avanços obtidos pela municipalidade no contexto do pacto federativo brasileiro, Dinorá Adelaide Musetti Grotti alerta:

*Divergências à parte, é certo que a autonomia assegurada aos municípios, aliada às peculiaridades históricas da formação do Estado Federal brasileiro, permite concluir que os municípios participam da estrutura político-administrativa do Estado brasileiro, achando-se protegidos pelo princípio da indissolubilidade do pacto federativo. Mas, é preciso reconhecer que os municípios continuam, em sua maioria, dependentes em termos econômicos, sem a mínima condição de sobreviverem sozinhos, e essa dependência atrofia o desenvolvimento de todo o mecanismo de funcionamento autônomo que lhes foi conferido<sup>35</sup>.*

O itinerário histórico do município, desde a colonização à Independência do Brasil, reflete nos textos constitucionais de 1824 a 1988 a constante luta pela efetiva autonomia deste ente político-jurídico na estrutura do Estado brasileiro, que somente encontrou plenitude com a Constituição de 1988. Não obstante, em muitas áreas, no plano material a municipalidade carece de uma verdadeira alforria econômica dos demais entes federativos para verdadeiramente cumprir sua missão constitucional.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>35</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Origem e evolução do município no Brasil. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 80.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Anna Cecília Fernandes. O município sob o ordenamento constitucional de 1824. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 216-222.
- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Brasília, DF: OAB, 2002.
- ARAÚJO, Livia Barrocas Alexandre. O município sob o ordenamento constitucional de 1934. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 235-242.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.
- AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar; BRITTO, Luiz Augusto Fraga Navarro de; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Constituições brasileiras: 1967*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.
- BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRAGA, Alencar Santana. O poder político do município no Brasil Colônia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 12, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2YRekin>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. O município sob o ordenamento constitucional de 1937. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 243-252.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: RT: Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.
- CARVALHO, Nathalie de Paula. O município sob o ordenamento constitucional de 1946. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 253-260.
- CARNEIRO MAIA, João de Azevedo. *O município: estudos sobre a administração local*. Rio de Janeiro: Typ. de G. Leuzinger & Filhos, 1883. p. 95-99.
- CERQUEIRA, Marcello. *Cartas Constitucionais: Império, República e autoritarismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FABRIZ, Daurly Cesar; FERREIRA, Cláudio Fernandes. O município na estrutura federativa brasileira: um estudo comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 41, p. 103-127, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Origem e evolução do município no Brasil. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 43-80.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. O município sob o ordenamento constitucional de 1969. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 267-274.

MASCARENHAS, Fátima Andresa de Brito. O município sob o ordenamento constitucional de 1988. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 275-282.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Marcus André B. C. de. *Municipalismo, nation building e a modernização do Estado do Brasil*. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_23/rbcs23\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_23/rbcs23_07.htm). Acesso em: 27 mar. 2018.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Os municípios pré-constitucionais. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 183-215.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.

NUNES, Silvio Gabriel Serrano. *Constitucionalismo e resistência em Théodore de Bèze: secularização e universalidade do direito de resistir na obra de Du Droit des Magistrats sur leurs sujets de 1574*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NUNES, Silvio Gabriel Serrano. *As origens do constitucionalismo calvinista e o direito de resistência: a legalidade bíblica do profeta em John Knox e o contratualismo secular do jurista em Théodore de Bèze*. 2017. 408 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Antônia Simone Magalhães. O município sob o ordenamento constitucional de 1937. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 315-320.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 359-368.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.

QUEIROZ, Yuri Rufino. O município sob o ordenamento constitucional de 1891. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio

Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 223-234.

RODRIGUES, Cristiane de Brito. O município sob o ordenamento constitucional de 1967. In: AVELINO, Juliana de Britto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). *Estado brasileiro: evolução dos entes políticos*. São Paulo: Verbatim, 2006. p. 261-266.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.

---

# Resenha

---



## **Resenha da obra coletiva *Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei nº 13.465/2017*, coordenada por Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite e Mariana Mencio**

**Mariana Mencio<sup>1</sup>**  
Professora

**Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite<sup>2</sup>**  
Promotor de Justiça

No Brasil, a formação dos assentamentos humanos informais é um fenômeno que tem origens em diversos fatores que remontam à herança colonial da forma de apropriação da ocupação da terra, bem como das características históricas do crescimento de nossas cidades vinculado à inserção periférica no capitalismo dos países subdesenvolvidos.

A partir de meados do século XX, em razão do processo de urbanização brasileiro, que continuou a manter a formação das cidades desiguais, decorrente da valorização imobiliária e do processo de acumulação a partir do espaço, que inviabiliza o acesso à moradia por parte da população de baixa renda e às boas localizações, a formação de assentamentos precários se torna um problema estrutural brasileiro.

Os estudiosos desse fenômeno afirmam que a ilegalidade da provisão de grande parte das moradias urbanas foi funcional para manutenção do baixo custo de reprodução da força de trabalho no contexto da expansão industrial. Sendo assim, é possível afirmar que o Estado assistiu ao espantoso crescimento das habitações precárias e ilegais, sem intervir com uma política habitacional sistemática e sem realizar investimentos em infraestrutura que atendessem a população de menor renda em quantidade e qualidade.

Este fenômeno pode ser resumido na expressão cunhada pela urbanista Ermínia Maricato: “Seja no campo ou na cidade, a propriedade da terra continua a ser um nó na sociedade brasileira”.

Hoje, há milhões de pessoas residindo em assentamentos precários como favela e loteamento irregular, ocupados pela população de menor renda. As favelas, urbanizadas ou não, consolidaram-se como espaço permanente de moradias. Portanto, torna-se inegável o enfrentamento do problema dos assentamentos precários, seja pela ampliação das alternativas habitacionais e locacionais, seja pelo acesso à terra e à moradia digna por meio da elaboração de legislação para viabilizar a regularização fundiária urbana.

Diante do exposto, é possível identificar no Brasil dois sistemas de uso e apropriação do solo convivendo em um mesmo território. Os primeiros assentamentos informais não

---

<sup>1</sup> Mestre e doutora em Direito Urbanístico pela PUC/SP e professora adjunta de Direito Urbanístico e Ambiental da Universidade Federal do ABC.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direitos Humanos pela PUC/SP e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

coincidem com as mesmas origens dos assentamentos precários ocupados pela população de baixa renda. Trata-se de uma forma de ocupação adequada aos padrões mínimos urbanísticos e ambientais, destinada à população de renda média e alta, que é titular de sua propriedade e detém o acesso aos serviços e à infraestrutura urbana. Por outro lado, a segunda forma de ocupação do solo não atende aos padrões urbanísticos e ambientais previstos na legislação urbanística e ambiental e são constituídas de forma irregular e informal. Este grupo é formado pelos assentamentos precários como as favelas, cortiços, loteamentos e conjunto habitacionais populares, onde reside a população de baixa renda, que ocupa, mas não possui a área, além de não ter acesso à infraestrutura urbana.

Como forma de disciplinar juridicamente os sistemas informais de uso e ocupação do solo, destinando um tratamento prioritário à população de baixa renda, a Lei Federal nº 6766/1979 (modificada pela Lei Federal nº 9785/1999) e a Lei Federal nº 10.257/2001, fundamentadas no artigo 6º caput da Constituição Federal, formam um conjunto de normas jurídicas gerais destinadas a viabilizar o patamar mínimo de garantia ao direito de moradia por meio da regularização fundiária urbana. Vale destacar que o artigo 2º, XIV do Estatuto da Cidade, estabeleceu como diretriz geral da política urbana a regularização fundiária urbana e a 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 com vistas a promover as condições de moradia digna à população de baixa renda como forma de usufruir da infraestrutura urbana. Sendo assim, com base neste conjunto normativo, o Estado brasileiro assume a tarefa de viabilizar a melhoria das condições de vida desta população, tanto no aspecto da moradia, como ambiental (implantação de rede de esgoto e tratamento dos resíduos, canalização dos córregos, educação ambiental, recuperação e reposição de áreas verdes) e da segurança jurídica da posse dos moradores destes assentamentos.

Como forma de atribuir instrumentos jurídicos e urbanísticos aos municípios brasileiros para reverter o quadro de informalidade e precariedade da ocupação e uso do solo urbano, foi publicada a Lei Federal nº 11.977/2009, que possibilitou a introdução do primeiro diploma legislativo capaz de promover, do ponto de vista jurídico, ambiental, social e econômico, a regularização fundiária urbana, proporcionando a gradual exclusão espacial e social da população de baixa renda que habita as cidades brasileiras. Contudo, em 22 de dezembro de 2016, esta Lei Federal foi modificada pela Medida Provisória nº 759/16, posteriormente convertida pela Lei Federal nº 13.465/17.

Desse modo, por meio da introdução da Lei Federal nº 13.465/2017 houve uma sensível alteração do regime jurídico até então vigente, que provocou inúmeros debates entre os operadores do direito, arquitetos, planejadores urbanos e territoriais e outros profissionais envolvidos com o tema, em razão das premissas adotadas pela nova legislação no tocante à introdução de novos instrumentos até então inexistentes. Neste sentido, destacamos a legitimação fundiária, direito real de laje, ampliação das hipóteses de consórcio imobiliário, adoção de mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, por meio da adoção pelos municípios de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Ao lado destas inovações, instrumentos de política urbana até então consagrados pelo Estatuto da Cidade igualmente sofreram alterações, tais como a usucapião coletiva, concessão de uso especial para fins de moradia, adoção do prazo de 5 anos para caracterização dos bens vagos, zonas especiais de interesse social e demarcação urbanística. Além disto, a nova lei qualifica a Regularização Fundiária Urbana (Reurb) a

partir do conceito de núcleo informal urbano, desde que estabelecidos anteriormente a 22/12/2016 e estabelece duas modalidades, quais sejam: Reurb de Interesse Social aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda e a Reurb de interesse específico aplicável aos núcleos urbanos informais não caracterizados como de baixa renda. Assim, a Reurb abre-se como instrumento de regularização de ocupação do solo urbano bem como do uso da propriedade para qualquer categoria de assentamento informal.

Enfatizamos que o tratamento conferido pela nova lei ao processo de implementação da regularização fundiária urbana continua a envolver abordagens interdisciplinares, que abrangem medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à garantia do direito à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer para as populações que estão localizadas nos assentamentos humanos informais. Foi por esta razão que a obra coletiva reuniu uma coletânea de artigos com abordagens interdisciplinares de professores e pesquisadores de universidades, juízes, promotores de justiça, defensores públicos, oficiais de cartório de registro de imóveis, advogados, geógrafos, planejadores urbanos e engenheiros para discutir as possíveis interpretações da atual lei federal com vistas a proporcionar à população dos assentamentos humanos informais a fruição do direito às cidades sustentáveis, consagrado pela Lei Federal nº 10.257/2001, que regulamenta as diretrizes da Política Urbana, por meio de normas de ordem pública que disciplinam o uso da propriedade urbana em prol da implementação das funções sociais da cidade e da propriedade.

A obra coletiva foi coordenada por Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite e Mariana Mencio. O primeiro é promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo desde 2003, mestre em Direitos Humanos pela PUC/SP e doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Além disso, foi responsável por assessorar o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente, Habitação e urbanismo entre os anos de 2014 e 2016 e coordenar o mesmo órgão entre os anos de 2016 e 2018. A segunda coordenadora é doutora em Direito Urbanístico pela PUC/SP e professora adjunta de Direito Urbanístico e Ambiental da Universidade Federal do ABC desde 2014. A obra também contou com o prefácio da professora Daniela Campos Libório, doutora em Direito Urbanístico pela PUC/SP, conselheira federal da OAB-SP e professora da PUC/SP na graduação e pós-graduação.

A obra está dividida em quatro partes. A primeira apresenta o regime jurídico da regularização fundiária urbana dentro dos aspectos urbanísticos com seus objetivos, princípios, objeto, responsabilidades e possíveis flexibilizações de sua estrutura. Os artigos da primeira parte foram redigidos pelos seguintes autores: Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite, Mariana Mencio, Luciana Nicolau Ferrara, Rosana Denaldi, Angela Seixas Pilotto, Renata da Rocha Gonçalves, Paula Bittencourt Poggi Pollin, José Carlos Freitas, Victor Carvalho Pinto e Francisco Eduardo Loureiro.

Por sua vez, a segunda parte dispõe sobre a Regularização Fundiária e as instituições essenciais para seu funcionamento e efetividade tais como Defensoria Pública, sociedade civil e Cartório de Registro de Imóveis. Além disto, traz o debate dos mecanismos extrajudiciais para resolução dos conflitos fundiários urbanos e aborda a função social dos imóveis da regularização fundiária. Nesta parte da obra, contamos com a colaboração dos seguintes autores: Daniela Campos Libório, Luiza Lins Veloso, Luciana Bedeschi, Marcus Vinicius Monteiro dos Santos e Naila de Rezende Khuri.

Já a terceira parte enfrenta a questão da aplicação de instrumentos complexos e inovadores da regularização fundiária, tanto que alguns já estavam previstos no Estatuto da Cidade, como ZEIS, usucapião pró-moradia e consórcio imobiliário, como outros anteriormente previstos pela lei federal 11.977/09 tais como demarcação urbanística e legitimação de posse. Inclui na análise novos instrumentos, como o “direito de laje” e discorre sobre as possibilidades de aplicabilidade dos instrumentos pré-existentes à lei federal 13.465/17. Para efetuar a análise destes pontos convidamos os seguintes autores: Claudia Franco Corrêa, Julia de Azevedo Moretti, Thiago Marrara, Paulo Afonso Cavichioli Carmona, Guadalupe Maria Jungers Abib de Almeida, Gisele Gonçalves Dias e Rosane de Almeida Tierno.

E por fim, na quarta parte os artigos tratam essencialmente dos aspectos ambientais relacionados à regularização fundiária urbana, em especial as Áreas de Preservação Permanente, as Unidades de Conservação, as Áreas de Proteção aos Mananciais e Áreas de Risco. Colaboraram conosco na redação destes artigos os seguintes autores: Marcos Roberto Funari, Raphael Bischof dos Santos, Katia Canil, Caio Santo Amore e Ricardo de Sousa Moretti.

É importante ressaltar que o processo de regularização fundiária dos assentamentos humanos diante do novo marco legal permanece um desafio, sobretudo, por ser desenvolvido pelos municípios que contam com uma limitada capacidade administrativa para enfrentar complexas questões fundiárias e a articulação entre instrumentos da política ambiental e urbana.

É justamente neste ponto que a obra ganha sua relevância por propiciar ao público em geral o conhecimento científico para executar o complexo processo de regularização fundiária urbana, com vistas a alcançar os objetivos da República Federativa Brasileira, traduzidos na forma do artigo 3º, I da Constituição Federal pela busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

## Resenha da obra coletiva *Direito Urbanístico – estudos fundamentais*

Renata Nadalin Meireles Schirato<sup>1</sup>  
Advogada

Fruto dos estudos e discussões travados no âmbito do CEDAU (Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico), sob a batuta de sua presidente, a professora titular Odete Medauar, essa obra coletiva, coordenada por ela juntamente com Vitor Rhein Schirato, Bruno Grego-Santos e Felipe Hadlich Miguel, compila artigos de seus membros em torno do sempre desafiador tema do Direito Urbanístico.

Embora não se trate de um comentário ao Estatuto da Cidade, de certa forma atualiza debates travados pelo CEDAU no início dos anos 2000, quando foi então publicado o *Estatuto da Cidade: lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários*, obra de referência em matéria de Direito Urbanístico, editada no momento em que ainda florescia uma produção acadêmica mais robusta sobre o tema no Brasil.

Passados mais de 17 anos da publicação daquela obra, novos institutos, instrumentos e desafios afloraram em matéria urbanística, de modo que se mostrou oportuno que os membros do CEDAU se voltassem novamente para essas questões, o que inclusive permite uma análise retrospectiva e prospectiva destes instrumentos e desafios.

Com a lucidez que lhe é característica e a bagagem de quem foi pioneira em muitas questões afetas ao Direito Urbanístico ao longo de sua atuação como Procuradora do Município de São Paulo, a Profa. Titular Odete Medauar inaugura a obra com a apresentação “Panorama e evolução do Direito Urbanístico”, por meio do qual traz uma análise evolutiva desse ramo do Direito, discutindo seu surgimento, autonomização, interdisciplinaridade, princípios, desafios atuais, dentre outros. Interessante, como antecipado, o cotejo do pensamento da autora nesta nova obra em relação ao seu texto, também inaugural, na obra publicada em 2002.

Ao lado do texto da Profa. Titular Odete Medauar, compõem a primeira parte da obra – intitulada “Fundamentos de Direito Urbanístico” –, os textos do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, em coautoria com o Professor Marcos Augusto Perez e o Professor Bruno Grego-Santos. O primeiro, ato contínuo e na linha do estudo de Medauar, aborda o “Delineamento do Direito Urbanístico no Brasil”, mas em complemento à abordagem da administrativista, enfoca no aspecto – sempre desafiador em nosso ordenamento – das competências em matéria urbanística. Já o artigo de Grego-Santos (“Direito Urbanístico brasileiro e ordem urbanística internacional”) consiste numa tradução parcial de estudo que o autor apresentou no âmbito de consultoria prestada à UN-habitat e traça importante paralelo entre as discussões travadas nas principais Conferências internacionais das Nações Unidas e as normas que compõem o arcabouço do Direito Urbanístico no Brasil.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da USP e LLM em Direito dos Contratos pelo Inesper.

A segunda parte da obra contém textos que abordam de alguma forma o tema da *Regulação Urbanística*, uma das facetas mais conhecidas de atuação do Poder Público no trato da questão urbana. José Fernando Brega trata, juntamente conosco, sobre a “Função social da propriedade urbana e condicionamentos da propriedade”. No item sobre “Bens urbanos: seus titulares e reflexos na regulação do solo”, Brega discorre, através de abordagem didática e com a familiaridade de quem lida com o assunto em seu ofício na Procuradoria do Município de São Paulo, sobre como a regulação urbanística e seus condicionamentos incidem conforme a titularidade e a função que desempenham os bens na urbes, trazendo à baila os variados planos e posturas municipais que se impõem a estes bens. Tratando de temática semelhante, segue-se texto de nossa autoria, que aborda especificamente a questão da função social da propriedade urbana. No mencionado texto nos propomos a fazer um breve apanhado histórico sobre os caracteres da propriedade, para então chegar à ideia, não mais contestada, de que a propriedade não mais é concebível como direito absoluto, devendo, também no contexto urbano, atender à sua função social, com todas as consequências e problematizações que daí decorrem. Por fim, fechando o tema da “Função social da propriedade urbana e condicionamentos da propriedade”, José Fernando Brega trata especificamente dos condicionamentos à propriedade urbana, tema indissociável da sua função social.

Ainda no âmbito da segunda parte da obra, o Professor Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, juntamente com o Professor Carlos Vinicius Alves Ribeiro e Vitor Monteiro tratam da temática do “Planejamento, urbanismo e as normas reguladoras da ocupação do solo”. Questões relevantes sobre o tema são trazidas à baila, como exemplificativamente, o espectro variado de planos aos quais se sujeitam as propriedades e como se dá essa “multissujeição”, os efeitos do plano diretor, seu conteúdo e embates com as leis posteriores editadas pelo próprio Município e/ou outro ente federativo. Alexandre Cunha trata ainda de aspectos relevantes do zoneamento urbano, umas das mais conhecidas formas de regulação do espaço urbano pelo Estado, sendo seguido por importante debate travado pelo Prof. Carlos Vinicius a respeito dos “Limites ao direito de construir e seus efeitos”, no qual o autor traz à discussão o caloroso tema da cisão do direito de propriedade e do direito de construir. O bloco do “Planejamento, urbanismo e normas da ocupação do solo” é fechado com dois textos de Vitor Monteiro, nos quais o doutorando aborda o tema do planejamento em cotejo, respectivamente, com as regiões metropolitanas e as leis orçamentárias.

Por fim, fechando a segunda parte da obra, vem o artigo de Fabio Gomes dos Santos, no qual o autor aborda o relevantíssimo tema da “Participação democrática e gestão urbana”, temática à qual o autor já é familiar em razão dos estudos de mestrado. Trata-se de assunto que demanda atenção dos juristas, sobretudo porque quis o legislador que a temática urbana fosse permeada de mecanismos que permitissem a participação dos cidadãos, sendo certo, contudo, que o assunto envolve desafios que persistem desde a publicação do Estatuto da Cidade.

Por fim, chega-se à terceira parte da obra, denominada “Instrumentos de conformação urbanística”. No primeiro bloco, o Prof. Titular Fernando Dias Menezes de Almeida e a Profa. Karlin Olbertz tratam dos instrumentos políticos e jurídicos da política urbana, encartados no rol exemplificativo do art. 4 do Estatuto da Cidade. Conforme alerta inicial dos autores, trata-se de rol que contém falhas e imprecisões técnicas, daí os mesmos alertarem para a *problemática da sistematização*, que, contudo, não inviabiliza seu estudo

e aplicação. Nesta parte, tivemos a oportunidade de contribuir de forma modesta com o tema da preempção urbanística.

Fechando a obra, tem-se os textos do Professor Luiz Felipe Hadlich Miguel e de nossa autoria, tratando, respectivamente, das “Políticas públicas e planejamento urbanístico” e da “Interação público-privada na realização do direito urbanístico”. Os dois textos retomam, em alguma medida, questões abordadas pelos demais autores, mas o fazem com outro viés. Luiz Felipe Hadlich, assim, retoma a questão do planejamento, tratando do tema mais sob a ótica das políticas públicas, ao passo que em nosso texto, abordamos os mecanismos de interação entre agentes público e privados, sejam eles viabilizados no plano da participação na concertação público-privada (aqui com alguma interlocução com o texto de Fábio Santos, por exemplo) ou mediante instrumentos contratuais que admitam essa interação, alguns dos quais tratados pelos professores Fernando Menezes e Karlin Olbertz.

Em síntese, *Direito Urbanístico – estudos fundamentais* é uma obra fruto de discussões acaloradas dos membros do CEDAU, pesquisadores devotos das questões jurídicas afetas à temática urbana, que estão decorridas quase duas décadas da edição da Lei nº 10.257/2001, longe de terem sido equacionadas. Ao contrário, como bem alerta a Profa. Odete Medauar, a despeito do bom arcabouço legislativo, ainda carecem de efetividade as normas urbanísticas, de modo que os problemas se avolumam nas cidades brasileiras, apesar dos instrumentos à disposição das administrações municipais. A obra, portanto, é um intento de seus autores para trazer luzes sobre a temática urbana, ajudando, quiçá, na elucidação de questões jurídicas a ela relacionadas.



---

# Jurisprudência

---



## Regularização de loteamento em zona rural Alternativas entre Código Civil, Lei nº 4.591/64 e Lei nº 6.766/79

**Ricardo Cintra Torres de Carvalho<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Resumo:** o presente trabalho é baseado em um caso concreto julgado pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente em 15-8-2013, por maioria, em decisão mantida em 22-5-2014 em embargos infringentes (AC nº 0005751-60.2003.8.26.0099), com pequena alteração no STJ para reconhecer a execução subsidiária contra a Prefeitura, onde o voto vencido analisou as diversas formas possíveis de regularização de parcelamento de pequena dimensão em zona rural. O recurso extraordinário não foi conhecido pelo STF.

**Caso:** Embargos infringentes rejeitados, sessão de 22-5-2014, Rel. Moreira Viegas. REsp não admitido, AREsp nº 1.136.393-SP, STJ, 2ª Turma, 7-12-2017 não conhecido, e 24-5-2018 (da Prefeitura) provido para reconhecer a execução subsidiária, Rel. Mauro Campbell Marques. Remetido ao STF em 16-8-2018, ARE nº 1.154.221-SP, STF, 24-8-2018, Rel. Rosa Weber, nega seguimento. – 26-8-2019.

Um grupo de pessoas comprou em 1993 uma área de 25.000 m<sup>2</sup> à beira da represa do Jaguari, em Bragança Paulista, subdividiu a área em lotes e formou um condomínio com partes localizadas sem licença de qualquer órgão ambiental ou administrativo. Verificada a infração, depois de uma alteração na lei municipal, a Prefeitura aprovou em 2000 o projeto do Condomínio Arco Íris (ou Clube Arco Íris). O Ministério Público entende que o parcelamento deva obedecer à LF nº 6.766/79; o juiz entendeu tratar-se de um empreendimento de pequena proporção e baixo impacto que não causa ônus à administração, com poucas unidades (onze casas) e ocupação temporária, situado na zona rural; o empreendimento é viável e foge à proporcionalidade enquadrá-lo como loteamento, que prevê áreas institucionais e áreas públicas e transfere ao erário a manutenção desses espaços hoje feita pelos condôminos; afastou a necessidade de implantação de um loteamento, mas ante as irregularidades indicadas pelo perito, foi anulada a aprovação municipal às construções e determinou-se que o empreendimento fosse regularizado nos termos dos art. 8º, 32 e 68 da LF nº 4.591/64 do Plano Diretor do Município e das normas ambientais, com a obtenção das licenças respectivas e registro no cartório imobiliário.

A Câmara proveu em parte a apelação do Ministério Público para fixar a área *non aedificandi* em 50 m contados da cota máxima de operação da represa Jaguari/Jacareí e impor aos réus a obrigação de fazer consistente em promover a demolição das construções inseridas nesta faixa, remover o entulho para local adequado e recuperar as condições originais da área degradada, para então promoverem a regularização do empreendimento, na parcela em que isto for possível, nos moldes da Lei nº 6.766/79 e do Plano Diretor

---

<sup>1</sup> Coordenador de Direito Ambiental e Urbanístico da EPM. Integrante do NEDU.

Municipal; e negou provimento à apelação dos réus, mantendo-se, quanto aos demais aspectos, a sentença nos termos acima.

O voto vencido acompanhou a maioria na fixação da área protegida em 50 m e, no mais, manteve a sentença. Segundo ele, o parcelamento do solo se faz, grosso modo, de três maneiras: pelo condomínio em partes ideais e não localizadas do Código Civil (mas que podem ser localizadas sem a alteração do regime jurídico), pelo condomínio horizontal da LF nº 4.591/64 ou pelo parcelamento da LF nº 6.766/79.

Os réus parcelaram o terreno na forma de um condomínio tradicional (em parte ideais segundo o Código Civil), mas localizaram suas partes e pretendem negociá-las livremente, apesar de a doutrina, a jurisprudência e a Corregedoria Geral de Justiça – CGJ terem se posicionado frontalmente contra essa forma de burla à legislação. Essa forma de parcelamento, usual em certo período, mas não mais aceita neste Estado, desnatura o condomínio previsto no Código Civil e constitui clara fraude que não pode ser tolerada. Apenas em raras circunstâncias tal condomínio pode ser admitido, usualmente quando há prévia *affectio societatis* entre os condôminos e a localização das partes não configura um parcelamento. A anulação do registro foi bem determinada.

O parcelamento pode adotar a forma do condomínio horizontal da LF nº 4.591/64, que incentiva a construção de moradias e separa as áreas de propriedade exclusiva e de propriedade comum, de que o adquirente tem uma parte ideal; é uma forma adequada aos pequenos e médios empreendimentos que se presta à venda de unidades em construção ou construídas (art. 8º), não à venda de terrenos para que o adquirente, eventualmente, construa o que preferir. Não é uma forma adequada ou substitutiva do parcelamento, nem era a intenção dos réus (tanto que um deles dividiu o terreno em três partes, quando o condomínio horizontal não permite a alteração da área de propriedade exclusiva).

Pode ainda adotar a forma do loteamento previsto na LF nº 6.766/79 que cuida do parcelamento do solo urbano (e aqui temos um solo rural, embora a jurisprudência tenha dado ênfase à finalidade não rural = urbana, mais que à localização geográfica) e à formação de áreas de novas moradias, componentes de bairros existentes ou embriões de futuros bairros a pressupor uma área maior, o acréscimo de número relevante de moradores e a exigir a adequação do sistema viário, dos serviços essenciais de água, luz e esgoto e da preparação da cidade (e da administração) para os novos moradores: escolas, postos de saúde, ventilação e higiene etc. Por isso prevê a doação das ruas que se integram ao sistema viário existente, de áreas institucionais onde se construam os equipamentos básicos para os moradores (escolas, postos de saúde etc.), de áreas verdes que assegurem um mínimo de qualidade ambiental. Não é uma forma adequada, ou é uma forma onerosa, pesada e complexa para o caso de áreas pequenas, com pequeno número de lotes e de moradias. No caso analisado, o terreno fica na zona rural, foi formado com onze residências de lazer em terrenos grandes e com piscinas, não há pressão populacional nem a necessidade dos equipamentos que as áreas institucionais visam oferecer, não há problemas urbanísticos ou de trânsito a resolver; a perspectiva de ali chegar à mancha urbana é nenhuma ou quase nenhuma, como não chegou nesses 20 anos.

Finalmente, a área pode ser desmembrada (art. 2º § 2º, 10 e 11 da LF nº 6.766/79), quando a subdivisão da gleba em lotes aproveita o sistema viário existente, sem a abertura de novas vias ou logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. É uma forma própria à subdivisão de lotes ou a glebas pequenas, com

reflexo menor nos equipamentos urbanos e por isso sem a separação de áreas institucionais, sistema viário, áreas verdes etc.

Sensível a isso, o juiz entendeu que a implantação de um loteamento traria dois problemas: (i) é uma estrutura desproporcional à pequena dimensão do empreendimento (dezesseis lotes, onze casas com frente para uma única rua interna) e ao impacto ambiental e urbanístico do condomínio; e (ii) transfere para o erário um ônus que os proprietários hoje assumem (o cuidado da única rua e das áreas comuns, da coleta de lixo até a porta do condomínio, do abastecimento de água, esgoto e eletricidade). Ainda que as áreas vizinhas hoje desocupadas sejam loteadas, não há previsão de adensamento populacional nem da formação de uma mancha urbana de residentes permanentes no local. Nesses termos, a implantação de um condomínio horizontal (as casas estão construídas) regulariza o local, permite a distinção das áreas privativas e comuns e permite o registro das unidades autônomas no registro de imóveis. É a solução adequada do problema criado.

Ao invés de um loteamento, poder-se-ia permitir um desmembramento (art. 10 e 11 da LF nº 6.766/79), que não prevê vias de circulação e áreas institucionais, considerando a rua interna apenas como uma via de circulação interna; mas isso não resolveria o problema dos réus, pois não haveria como classificar a via de circulação e as áreas comuns e a LF nº 6.766/79 não prevê a existência dessa área comum acoplada à área privativa.

A outra solução seria determinar a regularização nos termos da LCM nº 108/95 de 10-11-1995 de Bragança Paulista que deveria ter sido observada pelos réus e que permite os parcelamentos fechados e, a partir da aprovação, o registro imobiliário, mantendo-se as vias de circulação na propriedade dos réus e permitindo sua indicação como área comum, um misto da Lei de Condomínios e da Lei de Parcelamento do Solo.

A solução dada pelo tribunal (a regularização administrativa e ambiental nos termos da LF nº 6.766/79) traz as consequências que o juiz quis evitar. É uma estrutura pesada e desnecessária nesse parcelamento de onze casas; cria áreas públicas e institucionais, inclusive a única rua, e as transfere para o cuidado da Prefeitura e dos munícipes que ali não têm interesse algum; obriga a abertura da via pública ao uso de todos, reduzindo a privacidade e a segurança dos moradores. Finalmente, o condomínio está construído e parece impossível a regularização nos termos determinados, o que implicará na demolição de uma parte das casas para a formação das áreas reservadas.

Uma coisa é certa: o caso dos autos não se enquadra adequadamente nas formas possíveis de regularização; a forma adotada pela maioria, que está correta segundo o entendimento dado à lei, não atende ao interesse do município ou dos proprietários e onera o erário com uma despesa sem interesse para os demais munícipes; a forma sugerida na sentença permite a regularização dominial do empreendimento, a independência das frações ideais que se tornam áreas privativas, não onera o erário e se amolda à realidade descrita nos autos. São casos que recomendam maior flexibilidade da administração e do julgador.

*Coordenação geral*  
Wanderley José Federighi

*Coordenação editorial*  
Marcelo Alexandre Barbosa

*Capa*  
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

*Editoração, revisão, impressão e acabamento*  
Tikinet

*Revisão*  
Camila Corrêa | Tikinet  
Maísa Kawata | Tikinet

*Diagramação*  
Sandra Kato | Tikinet

*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*  
700 exemplares

Dezembro de 2019