

DIREITO AMBIENTAL

PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E OCUPAÇÃO DO ESPAÇO URBANO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.257/01)

Ana Maria Moreira Marchesan

Promotora de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre

INTRODUÇÃO

Como toda a nova lei que ingressa regularmente na ordem jurídica nacional, essa há de ser interpretada como parte integrante de um sistema. Esse sistema está estruturado sobre normas básicas, radiculares, as quais denominamos princípios. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define princípio como sendo o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.¹

Os princípios, mesmo os não escritos mas os que se encontram latentes no ordenamento jurídico, não podem ser afastados quando da interpretação de qualquer norma, pois muito mais grave do que violar uma norma qualquer é violar um princípio.²

O direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, embora não inserido topograficamente no rol do art. 5º da Constituição Federal é identificado como direito fundamental de terceira dimensão, ou seja, marcado pelas características de ostentar titularidade coletiva,

¹ *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, p. 545-546.

² Nesse sentido adverte o mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello na obra antes citada.

indefinida e indeterminável.³ Não é a qualquer meio ambiente que temos direito. Mas a um meio ambiente dotado de higidez – sadio e ecologicamente equilibrado.

A par disso, qualquer norma infra-constitucional que tenha uma interface ambiental – e desse rol não discrepa o Estatuto da Cidade – há de ser interpretada em jurídica correlação com os princípios do Direito Ambiental, especialmente os do poluidor-pagador, desenvolvimento economicamente sustentável e prevenção.

O DIREITO AMBIENTAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

A despeito da existência de uma ordem constitucional que agrega a função social ao direito de propriedade, unindo-os indissolivelmente, os degradadores do meio ambiente, ao invés de pregarem abertamente o desrespeito às normas de direito ambiental procuram, modo obscuro, escoimar-se sob o poderoso escudo da sagrada proteção ao direito individual de propriedade.⁴

Essa armadilha, para infortúnio da coletividade, não raras vezes atrai e captura inclusive membros do Poder Judiciário, a quem cabe decidir muitos dos conflitos envolvendo dois interesses altamente relevantes: o direito da população ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito individual de propriedade.

Sem embargo dessa constatação, há toda uma doutrina construída a partir das avançadas idéias do francês Leon Duguit, no sentido de conceber a função social como um preceito modificador do próprio conteúdo do direito de propriedade.

Pioneiramente, em 1920, DUGUIT já dizia que “todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de deter a riqueza, pode cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfa-

³ Preciosos os ensinamentos de INGO WOLFGANG SARLET, em sua magnífica obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 50-51, 1998.

⁴ Esse “fenômeno” já havia sido objeto de comentários perspicazes de Antônio Herman Benjamin, em “Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente”, “in” *Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, p. 11, 1997.

ção das necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em consequência, socialmente protegido se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais um direito subjetivo do proprietário; é função social do detentor da riqueza”.⁵

CRISTIANE DERANI, professora da USP, é uma das juristas da atualidade que mais vem se dedicando ao tema do direito de propriedade e a função social, vislumbrando que a preservação ambiental é requisito insito ao exercício do direito de propriedade atrelado à função social.

A expressão FUNÇÃO denota a conotação “pro-ativa” que se exige do detentor do direito de propriedade. Hoje se tem a clareza de que dele se podem exigir, além de condutas negativas, também obrigações de fazer (ex. manter íntegro imóvel de inegável valor cultural; efetuar reflorestamento de molde a manter o percentual mínimo de reserva legal; implantar equipamento de contenção acústica em imóvel explorado comercialmente como casa noturna, etc.).

A Constituição Federal considera o meio ambiente como bem de uso comum do povo. Não se trata de bem público em sentido estrito, mas de bem integrante do patrimônio de toda a sociedade, inserindo-se na nova categoria de bens difusos.⁶

Esses bens coletivos podem estar temporariamente sendo explorados por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, ou pelo Poder Público. Todos esses têm a obrigação comum de zelo para com o meio ambiente, de molde a assegurar condições de desfrute desse patrimônio ambiental para as futuras gerações. Essa é a norma de conduta que deriva do texto escrito no art. 225, *caput*, da Carta Magna.

Em relação à propriedade urbana, o art. 182 da Constituição consagra que essa observa a função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Assim, o plano diretor deve ser entendido como a própria condição de reconhecimento do direito de propriedade individual no espaço urbano.

Esse dispositivo, que foi detalhado pelo Estatuto da Cidade, não pode ser interpretado de forma insulada. O art. 170 da CF, que nos traz os princípios gerais da atividade econômica, coloca lado a lado a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

⁵ Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 19^{ème} édition, Paris: Félix Alcan, 1920, p. 151.

⁶ propósito, o tema é muito bem tratado por CELSO PACHECO FIORILLO, em seu Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 48-54, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001.

Portanto, as normas constantes do Estatuto da Cidade dialogam com a Constituição Federal e com as demais leis emanadas da União, dos estados-membros e dos municípios, entes competentes, de forma concorrente, para legislar em matéria de proteção ao meio ambiente⁷. Como lembra FERNANDO REVERENDO AKAOUI, “o plano diretor da cidade não poderá se afastar dos princípios constitucionais atinentes à defesa e preservação do meio ambiente e da ordem econômica, a fim de permitir que a atividade urbanística seja lesiva aos interesses da coletividade”⁸.

O ESTATUTO E SUA REITERADA PREOCUPAÇÃO COM A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NO MEIO URBANO

Por ser uma norma que vem ao encontro do princípio constitucional da função social da propriedade, o Estatuto da Cidade em momento algum esquece de se preocupar com a proteção do meio ambiente.

Ao contrário, de forma reiterada, como que alertando os gestores públicos quanto à importância de zelarem pela proteção ao meio ambiente, a lei vinculada à reforma urbana está repleta de mecanismos com ênfase na proteção ambiental.

Uma rápida passada de olhos por essa lei nos informa de que há pelo menos doze referências diretas a expressões do tipo “saneamento ambiental”, “efeitos sobre o meio ambiente”, “equilíbrio ambiental”, etc.

Portanto, como primeira conclusão, é possível afirmar que o Estatuto alinha a preocupação com a proteção ambiental às diretrizes da gestão democrática por meio da participação da população (método de implementação da lei) e ao direito a cidades sustentáveis (seu objetivo maior, sua utopia concreta⁹).

⁷ Art. 24 combinado com o art. 30, incs. I e II, da Constituição Federal.

⁸ “Apontamentos acerca da aplicação do Código Florestal em Áreas Urbanas e seu Reflexo no Parcelamento do Solo Urbano”, in *Temas de Direito Urbanístico 2*, publicação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo – CAOHURB, do Ministério Público de São Paulo.

⁹ O conceito de Cidade Sustentável está no art. 2º, inc. I, do Estatuto.

Assim, qualquer dispositivo do Estatuto deve ser analisado em constante harmonia com os ditames de seu art. 1º, parágrafo único, vazado nos seguintes termos:

“Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, *bem como do equilíbrio ambiental*”

Tamanha foi a preocupação dos redatores dessa lei com a questão ambiental que a utilização de imóvel em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental estava arrolada entre as hipóteses para caracterização de subutilização (art. 5º, parág. 1º, inc. II). Esse dispositivo foi vetado, a nosso ver erroneamente, porque sua manutenção estava em plena harmonia com os arts. 5º, XXIII; 170, III e VI, e 182, parágrafos. 2º e 4º, da CF.

Assim, fica claro o casamento do Estatuto da Cidade com as leis vigentes voltadas à proteção ambiental.

POSSÍVEIS CONFRONTOS ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Alguns problemas práticos por nós identificados poderão advir em decorrência das novas figuras jurídicas introduzidas pelo Estatuto.

Um desses está associado à usucapião coletiva de imóvel urbano. Esse importante instrumento de regularização fundiária não pode servir à legitimação de ocupações de áreas consideradas de preservação permanente nem muito menos de áreas de risco.

Sem embargo de serem declarados, por sentença, proprietários de glebas que abranjam áreas legalmente consideradas de preservação permanente, seja pelo Código Florestal Federal, seja pelo Código Estadual de Meio Ambiente, seja por Lei Municipal, o domínio reconhecido por sentença não autoriza a intervenção na área fora dos casos excepcionalmente admitidos por lei.

A questão da aplicabilidade do Código Florestal Federal às áreas urbanas não é matéria pacífica. Um exame escandido da legislação nos leva a crer que não há razões razoáveis para se distinguir as áreas de preservação permanente situadas em cidades das localizadas no meio rural, principalmente no que tange às matas ciliares.¹⁰

¹⁰ Mata Ciliar, na conceituação do *Dicionário de Direito Ambiental*, é definida como “formações florestais na margem de cursos d’água, começam subarbustivos nas nascentes, desenvolvem-se em matilhas na encosta seca e rochosa e terminam em matas de exten-

O art. 1º do Código Florestal (L. nº 4.771/65) não faz qualquer distinção quanto à localização das formas de vegetação que considera *bens de interesse comum a todos os habitantes do País*.

O que vem ensejando controvérsias é a redação do parágrafo único do art. 2º, que assim estabelece:

“No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, *respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.*” (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989).

Resulta claro da leitura do dispositivo acima transcrito que qualquer lei municipal que verse sobre o uso do solo não pode estabelecer limites menos restritivos que os ali indicados. O Estatuto, a seu turno, não entra (e nem poderia fazê-lo) nesses detalhes. Repete, por várias vezes, a preocupação com o equilíbrio ambiental e respeito à legislação ambiental.

Assim, enfatiza-se, a sentença pode declarar o domínio da área total, mas o seu uso estará restringido pela legislação ambiental.

Outro ponto que pode gerar discussão diz com a implementação das chamadas “operações urbanas consorciadas” (art. 32 do Estatuto). *Operação urbana consorciada* é definida como o “conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.¹¹

No inc. I do parágrafo 2º do mesmo artigo há previsão de admissibilidade, nesse tipo de operação, de modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, *considerado o impacto ambiental delas decorrente*.

são e altura regulares, de acordo com o volume de água e com os terrenos de aluvião” (Elaborado por Maria da Graça Krieger e outros, Editora da Universidade, Porto Alegre, 1998). Essas matas desempenham importantes funções no equilíbrio ambiental nos espaços urbano e rural. Funcionam como filtros, impedindo que as águas da chuva, que não foram absorvidas pelo solo, sejam escoadas de forma superficial, levando consigo sedimentos e, por via de consequência, nutrientes para o interior dos cursos dos mananciais, bem como evitam a formação da erosão.

¹¹ Parágrafo 1º do art. 32.

Esse tipo de flexibilização das normas gerais inscritas nas leis de uso e ocupação do solo municipal pode levar a problemas. Criam-se verdadeiras ilhas urbanas, normalmente rechaçadas pela vizinhança que costuma insurgir-se contra o casuísmo da situação. Muitas dessas alterações incidem sobre o gabarito dos prédios, com reflexos nocivos para o entorno no que tangem à insolação e à circulação do ar.

Por fim, um outro instituto que merece cautela na sua administração é o denominado SOLO CRIADO,¹² figura engenhosamente gestada pelo Direito Urbanístico com o fim de auxiliar o planejamento urbano através da possibilidade de se ultrapassar, em termos de área construída, os limites estabelecidos para um determinado bairro ou zona urbana pelo Plano Diretor.

Esse instrumento, se aplicado de forma abusiva,¹³ desgarrado de uma preocupação com o equilíbrio ambiental, poderá provocar um verdadeiro desarranjo no meio urbano, contribuindo negativamente para o aumento dos alagamentos, derivados da crescente impermeabilização do solo; redução da ventilação e redução na insolação. Assim, conclui-se, o solo criado, antes de ser empregado, deve ser planejado, sob uma visão holística que considere todas as variáveis ambientais e, inclusive, o direito fundamental à paisagem.

¹² A respeito do tema, vale conferir as críticas levantadas por José Rubens Costa, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, o qual relata que a experiência francesa com o solo criado não foi positiva, tanto assim que duas das grandes cidades daquele país, Lyon e Paris, já baniram o instituto pelo desarranjo causado. O autor questiona a constitucionalidade do instituto, por criar ficticiamente um direito de construir desgarrado do direito de propriedade. Ademais, questiona como pode o solo criado passar por cima do zoneamento urbano, esse sim norma de planejamento que visa a assegurar a função social da cidade (“O Solo Criado ou a Inconstitucionalidade da Subtração do Direito de Construir do Direito de Propriedade”, in *Boletim de Direito Municipal*, janeiro de 1996).

¹³ O geólogo SANDOR ARVINO GREHS, juntamente com o engenheiro civil CARLOS ANDRÉ BULHÕES MENDES, já advertiu quanto ao emprego dessa figura no meio urbano. Tese aprovada no 2º Congresso Nacional da Associação Nacional do Ministério Público de Meio Ambiente (Canela, de 29 a 31/08/01) concluiu que “A implementação do conceito de solo criado representa uma antítese ao equilíbrio ambiental no espaço urbano”.

O ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

O Estatuto introduziu em nossa ordem jurídica um novo instrumento de gestão urbano-ambiental. É o chamado Estudo de Impacto de Vizinhança, já alcunhado de EIV.

Nos termos do art. 36 do Estatuto, as hipóteses sujeitas à EIV deverão ser definidas em lei municipal. O estudo deverá contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação e paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

O referido estudo, como se vê, é menos complexo que o estudo de impacto ambiental, o qual tem de contemplar análises do meio físico (que deve contemplar a bacia hidrográfica – via de regra não considerada), do meio biológico e do meio sócio-econômico, dentre outros requisitos ditados pelos arts. 6º e 9º da Resolução 1/86 do CONAMA.

Enquanto o EIV afeiçoa-se mais a empreendimentos e/ou atividades sem grande impacto no ambiente natural, mas com reflexos importantes na vida urbana, o EIA/RIMA é instrumento típico para o licenciamento de empreendimentos e/ou atividades de **significativo** impacto ambiental no ambiente natural.

O importante é ressaltar que o licenciamento dos empreendimentos de significativo impacto ambiental jamais pode prescindir do EIA/RIMA, não sendo possível a substituição pelo EIV. Isso deflui da leitura do art. 38 do Estatuto, em consonância com a norma do art. 225, parág. 1º, inc. IV, da Constituição Federal.

Importante, ainda, destacar que o Estatuto da Cidade, em que pese sua recorrente preocupação com a participação comunitária na tomada das decisões, não previu a realização de audiência pública no contexto do EIV, o que seria salutar. Isso não obsta, entretanto, que a legislação municipal que venha a detalhar esse instrumento disponha sobre a audiência pública, que é o momento adequado para ouvida da comunidade e para o conhecimento, por parte dessa, dos reais impactos do empreendimento/atividade.

CONCLUSÕES

A preocupação com a preservação ambiental há de ser vista em harmonia com o necessário ordenamento urbano.

A interpretação do Estatuto da Cidade há de ser feita em consonância com os princípios constitucionais.

É inadmissível que a preocupação com a preservação do meio ambiente no espaço urbano seja vista como antagonista do planejamento urbano, pois esse só existe e só tem razão de ser quando voltado ao bem-estar das pessoas, para as quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o exercício do direito à vida.

Nossas cidades estão caóticas. Não foram planejadas para receber tanta gente. São cidades engarrafadas, alagadas, pouco arejadas, pouco ensolaradas, repletas de sujeira e de sub-habitações. São cidades repletas de conflitos, espelho de nossa sociedade tão paradoxal. Reordená-las é desafio para os gestores e para os administrados, cada vez mais chamados a interferir na tomada das decisões. *Reordenar as cidades, com a consideração da variável ambiental, é tarefa ainda mais complexa, somente passível de ser desempenhada por aqueles que detêm uma perspectiva solidarista e uma visão de longo prazo, comprometida com a qualidade de vida da presente e das futuras gerações.*

O Estatuto da Cidade para se transpor do papel à realidade necessita do empenho dos municípios, sendo o instrumento do plano diretor o grande protagonista de sua implementação.