MARIO ROBERTO ATTANASIO JÚNIOR

A FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E O ORDENAMENTO TERRITORIAL DO MUNICÍPIO

Serviço de Pós-Graduação EESC/USP

EXEMPLAR REVISADO

Data de entrada no Serviço..01.../..09.../..05...

Ass.:.....

Dissertação Apresentada à Escola de Engenharia de São Carlos, da Universidade de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Ciências da Engenharia Ambiental.

ORIENTADOR: Prof. Titular Marcelo Pereira de Souza

DEDALUS - Acervo - EESC

31100052273

EESC-USP Biblioteca CAMPUS DE S. CARLOS

SÃO CARLOS

2005

Class. TESE
Cutt. 0524
Tombo T246/05
Sysno 1460839

Ficha catalográfica preparada pela Seção de Tratamento
da Informação do Serviço de Biblioteca – EESC/USP

A883f

Attanasio Júnior, Mario Roberto
A função social e ambiental da propriedade e o ordenamento territorial do município / Mário Roberto Attanasio Júnior. -- São Carlos, 2005.

Dissertação (Mestrado) -- Escola de Engenharia de São Carlos-Universidade de São Paulo, 2005.
Área : Ciências da Engenharia Ambiental.
Orientador: Prof. Tit. Marcelo Pereira de Souza.

1. Função social e ambiental da propriedade. 2. Ordenamento territorial municipal. 3. Planejamento e gestão ambientais. I. Título.

FOLHA DE JULGAMENTO

Candidato: Bacharel **MARIO ROBERTO ATTANASIO JUNIOR**

Dissertação defendida e julgada em 18-08-2005 perante a Comissão Julgadora:

APROVADO

Prof. Dr. **EDUARDO MARIO MENDIONDO (Orientador Substituto)**
(Escola de Engenharia de São Carlos/EESC)

APROVADO

Prof. Dr. **VICTOR EDUARDO LIMA RANIERI**
(Escola de Engenharia de São Carlos/EESC)

APROVADO

Prof. Dr. **PAULO AFFONSO ~~LEME MACHADO~~**
(Universidade Metodista de Piracicaba/UNIMEP)

Prof. Associado **EVALDO LUIZ GAETA ESPINDOLA**
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Ambiental

Profa. Titular **MARIA DO CARMO CALIJURI**
Presidente da Comissão de Pós-Graduação

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus dois amores:
À minha esposa Gabriela. Sua paciência, ajuda intelectual e simples presença ao meu lado me transmitiram confiança e energia positiva para que eu pudesse terminar esse trabalho.

À minha pequenina Mariana que me tornou uma pessoa mais alegre e feliz.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos que de alguma forma contribuíram para realização deste trabalho.

Ao meu professor orientador Marcelo Pereira de Souza, pela oportunidade de crescimento intelectual, competência na orientação, confiança em meu trabalho e, sobretudo, por fazer despertar em mim a valorização do meio ambiente.

Aos meus pais, Mario e Regina, que sempre me proporcionaram liberdade e incentivo nas escolhas que fiz.

Aos Meus familiares, em especial, à minha irmã Cláudia, ambientalista dedicada.

Ao professor Paulo Affonso Leme Machado, que me ensinou a tratar o direito com precisão e rigor científico.

Aos professores que fizeram parte de minha banca, Eduardo Mario Mendiondo e Victor Ranieri.

Aos meus amigos e colegas de mestrado em Ciências da Engenharia Ambiental da EESC – USP, em especial, à Isabel que tanto me ajudou na discussão de pontos importantes do trabalho e à Elisânia que me atendeu, sempre com paciência, para esclarecer algumas questões do estudo de caso.

Aos funcionários da EESC – USP pelo atendimento às minhas solicitações.

E, finalmente, à Capes e ao CNPq pela concessão da bolsa de mestrado.

RESUMO

A apropriação do espaço urbano tem sido feita ao longo do tempo de maneira a privilegiar, fundamentalmente, os interesses privados em detrimento dos interesses sociais e ambientais, comprometendo a qualidade de vida e gerando sérios impactos ambientais nas cidades. Contudo, esta realidade está em desacordo com o novo paradigma do direito de propriedade, adotado pela Constituição Federal, que passou a abranger, além dos interesses individuais, os sociais e ambientais. Enfim, uma nova ordem jurídica, afinal a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da função social da propriedade, nele incorporando uma dimensão ambiental. A propriedade urbana, embora não mencionado expressamente, também deverá cumprir a sua função social e ambiental, conforme interpretação que conjuga os dispositivos sobre defesa do meio ambiente, função social da propriedade e política urbana previstos na Constituição Federal. Para concretizar o princípio da função social e ambiental da propriedade urbana a Constituição Federal prevê o adequado ordenamento territorial do município, que deverá ser realizado por meio de um processo de planejamento e gestão ambientais, observando-se as diretrizes e instrumentos ambientais previstos no Estatuto da Cidade e os dispositivos do Código Florestal e da Lei de Parcelamento do Solo, como forma de harmonizar a produção do espaço urbano e a proteção do meio ambiente, garantindo-se, então, o bem-estar dos cidadãos. O presente trabalho trata da análise do princípio da função social e ambiental da propriedade, sua efetivação no âmbito do território municipal, por meio de um adequado ordenamento do território, mediante planejamento da ocupação do solo, bem como dos reflexos desta efetivação com relação ao direito de propriedade e eventuais indenizações.

Palavras-chave – função social e ambiental da propriedade, ordenamento territorial municipal, planejamento e gestão ambientais.

ABSTRACT

The appropriation of the urban space has been made along the time in way to privilege, fundamentally, the private interests to the detriment of the social and environmental interests, committing the life quality and generating serious environmental impacts in the cities. However, this reality is in disagreement with the new paradigm of the property right, adopted by the Brazilian Federal Constitution, that it started to include, besides the individual, social and environmental interests. Finally, a new juridical order, after the Federal Constitution of 1988 consecrated the principle of the social function of the property, incorporating an environmental dimension. The urban property, although no mentioned expressly, it should also accomplish the social and environmental function, as interpretation that conjugates the devices on defense of the environment, social function of the property and urban policy mentioned in the Federal Constitution. To put in pratice the principle of the social and environmental function of the urban property the Federal Constitution foresees the appropriate territorial legislation of the municipal district, that should be accomplished through a planning process and environmental administration, being observed the guidelines and environmental instruments of the Statute of the City, the devices of the Forest Code and of the Land Occupation Law, as a form of harmonizing the production of the urban space and the protection of the environment, being guaranteed, then, the citizens' well-being. The present work treats of the analysis of the principle of the social and environmental function of the property, and this application at urban scale, through an appropriate legislation of the territory, by planning of the occupation of the soil, as well as of the reflexes of this implementation regarding the property right and eventual compensations.

Key-Words - social and environmental function of the property, municipal territorial legislation, planning and environmental administration.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO 1
2 - OBJETIVOS (GERAL E ESPECÍFICO) 5
3 – MATERIAIS E MÉTODOS 7
4 – REVISÃO BIBLIOGRÁFICA 8
4.1 – AS PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO INSTITUTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE, SEUS FUNDAMENTOS E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 9
4.1.1 - As transformações ocorridas no instituto jurídico da propriedade – Do Estado Liberal à função social da propriedade 9
4.1.2 - Léon Duguit e a concepção da propriedade como função social 11
4.1.3 - O Estado Social e a função social da propriedade 13
4.1.4 - A concepção atual de propriedade 15
4.1.5 - Função social: propriedade pública e propriedade privada 16
4.1.6 - Direitos humanos fundamentais, meio ambiente e propriedade 17
4.2 – ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL 19
4.2.1 - A expressão "função social da propriedade" 19
4.2.2 - Função social da propriedade, limitações administrativas e poder de polícia 20
4.2.3 - A natureza jurídica da função social como elemento da estrutura da propriedade e a possibilidade de indenização 22
4.2.4 – A dimensão ambiental da função social da propriedade e seu conteúdo 24
4.2.5 – A conformação da propriedade pelos planos urbanísticos 27
4.3 A FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 29
4.3.1 A função social e ambiental da propriedade como princípio jurídico constitucional 29
4.3.2 As Constituições brasileiras e o princípio da função social da propriedade 31
4.3.3 A função social e ambiental na Constituição Federal de 1988 32
4.3.4 A efetividade do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana 36
4.3.5 O novo Código Civil e as mudanças no direito de propriedade 39
4.3.6 O Estatuto da Cidade 41
4.3.6.1 Direito urbanístico e meio Ambiente 43
4.3.6.2 Meio ambiente e habitação 45

4.4 A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE URBANA E AS DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CIDADE, LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO E CÓDIGO FLORESTAL. 49
4.4.1 O adequado ordenamento do território municipal e o princípio da função social e ambiental da propriedade urbana 49
4.4.2 A competência do município para dispor sobre ordenamento do território 43
4.4.3 O Plano Diretor 54
4.4.4 A disciplina do parcelamento do solo 58
4.4.5 O ordenamento do uso e a ocupação do solo municipal 60
4.4.5.1 O zoneamento e o uso do solo 60
4.4.5.2 A ocupação do solo e a densidade urbana 64
4.4.6 A ocupação do solo: os espaços livres, as áreas verdes e as praças 66
4.4.7 O planejamento do desenvolvimento das cidades e as áreas de preservação permanente 70
4.4.8 O zoneamento ambiental (zoneamento ecológico-econômico - ZEE) 75
4.4.9 O estudo de impacto ambiental (EIA), a avaliação de impacto ambiental (AIA) e a avaliação ambiental estratégica (AAE) 80
4.4.10 A participação pública de forma democrática 84
4.5 REFLEXOS DECORRENTES DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE: A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. 87
5. ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DE UM CENÁRIO RELATIVO À ADOÇÃO DE MEDIDAS NÃO-ESTRUTURAIS NO PLANEJAMENTO DO SISTEMA DE DRENAGEM URBANA, SOB O PONTO DE VISTA DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE. 92
5.1 Considerações iniciais 92
5.2 Caracterização da área de estudo 93
5.3 A metodologia utilizada para a proposição de cenários de ocupação do solo na área de estudo segundo ALVES (2005) 94
5.3.1 Considerações sobre o Projeto de Lei do Plano Diretor de São Carlos segundo ALVES (2005) 97
5.3.2 Descrição do cenário de acordo com Alves (2005) 99
5.4 Simulação hidrológica do cenário proposto 103
5.5 Análise do cenário proposto sob o ponto de vista da função social e ambiental da propriedade 105
6. CONCLUSÕES 110
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: 115

1. INTRODUÇÃO

O intenso processo de urbanização e o crescimento espontâneo das cidades brasileiras têm gerado conseqüências desastrosas para o meio ambiente.

Este problema decorre, fundamentalmente, da omissão do poder público em promover um planejamento e gestão municipais democráticos e comprometidos com a melhoria da qualidade de vida nas cidades (SOUZA, 2003), que limitem os exageros cometidos no exercício da relação de propriedade em benefício dos interesses sociais dentre eles a promoção do equilíbrio ecológico.

Com efeito, a falta de políticas públicas e habitacionais voltadas à diminuição da exclusão social, causada por um planejamento municipal fortemente influenciado pelas forças do mercado imobiliário tem resultado no surgimento nas cidades de uma parte legal, estruturada de acordo com os interesses deste mercado e outra ilegal, caracterizada pela construção de habitações precárias, sem condições mínimas de infra-estrutura – água, luz, esgoto – em lugares ambientalmente inadequados (ARANTES, O; VAINER C.; MARICATO; E. , 2002; FRANCO, 2001).

Além disso, o predomínio dos interesses individuais em garantir ao máximo a ocupação do solo, em detrimento das áreas verdes e praças (MORANT, 1971), que têm importância fundamental na promoção do equilíbrio ambiental nas cidades, contribui para agravar o problema.

Esta situação leva a reflexões sobre como o novo paradigma da função social e ambiental da propriedade pode influenciar o exercício do direito de propriedade na produção do espaço no âmbito das cidades brasileiras.

Afinal, o direito de propriedade tem evoluído de uma concepção individualista e privatista, característica do Estado Liberal, para uma concepção que agrega os interesses sociais, decorrentes do surgimento do Estado Social e das transformações ocorridas ao longo do século XX (DUGUIT, 1975).

Mais recentemente, esta nova concepção incorporou uma dimensão ambiental, por conta do agravamento da crise ecológica e do aumento da

consciência sobre a necessidade da proteção do meio ambiente (FIGUEIREDO, 2003; GUERRA FILHO, 2003).

Assim, enquanto no Estado Liberal garantia-se a propriedade contra terceiros, no Estado Social a relação de propriedade é protegida na medida em que o proprietário, ao utilizar o bem de acordo com seus interesses individuais, realiza concomitantemente determinados fins de interesse social, dentre eles a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (DERANI, 2002).

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade, qualificado por uma função social e ambiental, de modo que a apropriação da natureza seja feita respeitando-se o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, II. III e VI, conjugados com o art. 225).

O novo Código Civil seguiu na mesma linha ao dispor em seu art. 1.228, §1º que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."

Com relação à política de desenvolvimento urbano, o art. 182 da Constituição Federal de 1988 prevê que esta será "executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, e tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes". Além disso, dispõe que "a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (art. 182, § 2º). Este é o instrumento básico, porém não o único, para concretização do referido princípio, que pode ser invocado diretamente da Constituição Federal ou das diretrizes do Estatuto da Cidade (MATTOS, 2003).

Embora não haja nestes dispositivos uma referência expressa sobre a dimensão ambiental da função social da propriedade urbana esta deve ser reconhecida, uma vez que a defesa do meio ambiente e a função social da propriedade estão relacionadas como princípios gerais da atividade econômica, previstos no Título "Da Ordem Econômica e Financeira" da CF, no qual está inserido o capítulo da política urbana (MILARÉ, 2004), sendo que as

disposições incluídas neste título devem ser interpretadas à luz dos dispositivos sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida (art, 225 da CF).

Como norma fundamental a função social e ambiental da propriedade urbana emerge como um verdadeiro princípio constitucional. Nestes termos, este princípio deve nortear a elaboração de um adequado ordenamento territorial, bem como orientar o proprietário do bem urbano a conformar este bem de acordo com as disposições urbanísticas e ambientais de modo a promover a melhoria da qualidade de vida de todos os habitantes das cidades.

Esta conformação apenas disciplina a utilização do bem, havendo a possibilidade de indenização apenas quando houver o aniquilamento completo do direito de propriedade.

O capítulo da política urbana, previsto na Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que incorporou a preocupação com a sustentabilidade ambiental ao estabelecer, em seu art. 1º, parágrafo único, 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.

Em seu art. 2º o Estatuto menciona que "a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes..." Dentre as diretrizes previstas no art. 2º destacam-se várias de caráter ambiental com objetivo de promover a sustentabilidade em âmbito urbano.

O Estatuto prevê alguns instrumentos de planejamento e gestão territoriais para concretização de suas diretrizes ambientais, a saber, o plano diretor, a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, o zoneamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental, sendo que os dois últimos estão previstos também na Política Nacional do Meio Ambiente.

A implementação destes instrumentos de planejamento e gestão territoriais de acordo com as referidas diretrizes ambientais, a articulação entre eles de forma adequada, o respeito às áreas de preservação permanente e às reservas legais, a proteção dos espaços livres, notadamente de áreas verdes, e a efetiva participação pública de forma democrática na gestão das cidades

são fundamentais para a concretização do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana.

O fracasso de um planejamento convencional em proporcionar melhores condições de vida para todos os cidadãos não significa que este deva ser negligenciado, mas sim aperfeiçoado, para contemplar os interesses sociais e ambientais que proporcionam uma melhoria da qualidade de vida nas cidades (SOUZA, 2003), conformando a propriedade urbana de maneira que ela possa atender não somente aos interesses individuais, mas também à sua função social e ambiental, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988.

2) OBJETIVOS:

2.1) OBJETIVO GERAL:

Pretende-se analisar a incorporação do princípio da função social e ambiental da propriedade pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua efetivação no âmbito do ordenamento territorial do município.

2.2) OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

a) Apresentar a evolução histórica do princípio da função social e ambiental da propriedade, destacando-se as alterações ocorridas desde o liberalismo individualista até os novos valores sociais e ambientais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

b) Analisar o significado da função social da propriedade e sua dimensão ambiental tendo em vista as principais questões teóricas sobre este tema discutidas pela doutrina.

c) Analisar de forma sistemática o ordenamento jurídico brasileiro para avaliar em que medida o princípio da função social da propriedade contém uma dimensão ambiental.

d) Analisar a efetivação do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana por meio da implementação dos instrumentos de planejamento e gestão ambientais previstos no Estatuto da Cidade, Código Florestal e Lei de Parcelamento do Solo, a saber, o estudo de impacto ambiental, o zoneamento ambiental, a disciplina do uso e ocupação do solo, as áreas de preservação permanente, as reservas legais e a participação pública de forma democrática.

e) Avaliar os reflexos da implementação do referido princípio no exercício do direito de propriedade e eventuais indenizações.

f) Aplicar o arcabouço conceitual desenvolvido num estudo de caso sobre a adoção de medidas não-estruturais no sistema de planejamento da drenagem urbana e analisar tais medidas sob o ponto de vista do princípio da função social e ambiental da propriedade.

3. MATERIAIS E MÉTODOS

O presente trabalho será desenvolvido por meio de uma revisão bibliográfica dos assuntos mais relevantes para a elaboração da pesquisa, bem como do levantamento do estado da arte do tema.

Será aplicado o arcabouço teórico-conceitual desenvolvido num estudo de caso.

4. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Os tópicos considerados relevantes na revisão bibliográfica, na medida em que contemplam os principais assuntos discutidos no presente trabalho, são os seguintes: as principais transformações ocorridas no instituto jurídico da propriedade, seus fundamentos e direitos humanos fundamentais; análise do princípio da função social da propriedade e sua dimensão ambiental; a função social e ambiental da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro; a efetivação do princípio da função social e ambiental da propriedade no âmbito urbano e as diretrizes e instrumentos de ordenamento territorial previstos no Estatuto da Cidade, Lei de Parcelamento do Solo e Código Florestal; os reflexos decorrentes da efetivação do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana: a possibilidade de indenização.

4.1 AS PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO INSTITUTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE, SEUS FUNDAMENTOS E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

4.1.1 As transformações ocorridas no instituto jurídico da propriedade – do Estado Liberal à função social da propriedade

A noção atual que se tem do instituto jurídico da propriedade é produto de uma evolução histórica. Nestes termos, para que se tenha uma compreensão adequada deste instituto e sua função social se faz necessária uma exposição, ainda que sintética, das principais transformações ocorridas em sua concepção. Tendo em vista que o escopo desta primeira parte do trabalho é mostrar a diferença entre a concepção de propriedade como direito absoluto e a concepção que contempla a função social, o período escolhido para análise vai desde o advento do Estado Liberal, em que a propriedade aparece como um direito absoluto, ao moderno Estado Social, que incorpora a noção de função social da propriedade.

A teoria do Estado Liberal tem a sua mais destacada formulação na obra "Segundo Tratado sobre o Governo Civil" de John Locke, escrita no final do século XVII. Esta obra contém um capítulo específico sobre a propriedade.

O fundamento da propriedade formulado por Locke nasce no estado de natureza, que antecede a própria criação do Estado. Para este filósofo os Homens possuem alguns direitos naturais como o direito à vida, à liberdade e à propriedade e a principal finalidade do Estado é garantir estes direitos. O fundamento da propriedade é o trabalho, pois para sua sobrevivência, o Homem é levado a trabalhar e, por meio do seu esforço, se apropria dos recursos em estado natural, transformando-os e acrescentando-lhes valor e por isto adquire a legitimidade de se apropriar deles (LOCKE, 1983; BOBBIO, 1995; OST, 1995).

Esta apropriação é limitada pela parte necessária à satisfação das necessidades humanas sendo que o que restar da apropriação deve ser suficiente para os outros Homens em qualidade e em quantidade. Entretanto, o

aparecimento do dinheiro que permite aos Homens possuir mais que o necessário gerou desproporções e desigualdades com relação à propriedade (LOCKE, 1983; BOBBIO, 1995; OST, 1995).

O ideário do Estado Liberal foi consagrado pela Revolução Francesa. Em 1789 a Assembléia Nacional da França adotou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que se consagrou a propriedade como direito inviolável e sagrado, inserindo-o no rol dos direitos naturais do Homem: "A propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma prévia e justa indenização" (art. 17). Já o Código Civil francês, de 1804 garantiu, de forma mais concreta, no âmbito do direito positivo a absolutividade, a exclusividade e a perpetuidade dos direitos do proprietário (OST, 1995).

Outros textos de lei deste período ilustram bem o ideário desta época. Num deles, a proteção da natureza é sacrificada em benefício da propriedade e da liberdade: "Os bosques deixarão de estar sujeitos aos agentes florestais. O proprietário pode administrá-lo livremente e dispor como lhe aprouver" (Lei de 1791). No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793) prevê que "o direito de propriedade é o que pertence a todo cidadão, para sua fruição e disposição, como ele bem entender, de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria".

A propriedade passa então a ser definida como o direito de usar, fruir e dispor das coisas da forma mais absoluta (art. 544 do Código Napoleônico). Segundo OST (1995), a expressão "dispor de" significa mais do que a própria apropriação da coisa. A livre disposição consagra o direito de abusar da coisa, a ponto de deixá-la deteriorar ou destruir. A liberdade de dispor da coisa de forma mais absoluta atinge o seu auge neste período.

Os valores preconizados pelo liberalismo, contrários à interferência do Estado nas ações dos indivíduos, proporcionaram o surgimento das condições para a implementação da Revolução Industrial. A necessidade crescente por mão de obra para trabalhar nas fábricas fez com que houvesse um crescimento acelerado da população nas cidades por conta da industrialização, acarretando com isto, por um lado, uma forte degradação ambiental como aumento da poluição, falta de saneamento básico, e, por outro, uma diminuição na

qualidade de vida dos trabalhadores pelas precárias condições de trabalho nas fábricas (FIGUEIREDO, 2003).

Este cenário de aumento da desigualdade e injustiça sociais inspirou a obra de Marx e Engels, que criticavam a injusta distribuição de riquezas, na qual a propriedade sobre os meios de produção estava nas mãos de poucos burgueses, separada das forças de trabalho, que eram representadas pelo proletariado. Esta situação era responsável pela exploração de uns (proletários) pelos outros (burgueses) (ENGELS; MARX).

O trabalho assalariado não cria propriedade para o proletariado, mas apenas capital. O capital é produto do trabalho de todos os membros da sociedade. Neste sentido, para estes autores, os bens, objeto da relação de propriedade, não poderiam pertencer a poucos, mas a toda coletividade.

A partir desta concepção o modelo de propriedade absoluta e individualista foi sendo substituído por uma concepção voltada aos interesses de toda a sociedade.

4.1.2 Leon Duguit e a concepção da propriedade como função social

Em 1912 o jurista Leon Duguit desenvolveu a concepção de função social da propriedade, no âmbito jurídico, em sua obra "Las Transformaciones Generales del Derecho Público Y Privado".

DUGUIT (1975) defende a Teoria Realista do Direito que o considera como resultado constante e espontâneo dos fatos e não como obra do legislador, restrito apenas a um momento histórico. Os Códigos e as leis permanecem intactos, enquanto a força dos fatos e as necessidades práticas formam constantemente novas instituições jurídicas. Uma nova interpretação da lei pode dar um novo sentido, um novo alcance jamais sonhado pelo legislador.

A concepção individualista expressa na Declaração de Direitos de 1789 protege apenas os direitos individuais naturais dos Homens: vida, liberdade e propriedade. Neste sistema a riqueza é afeta apenas aos interesses individuais. Na concepção de DUGUIT (1975), mais adequada aos novos

tempos, o indivíduo não é o fim e sim o meio; o indivíduo é apenas uma roda na vasta máquina que constitui o corpo social. Todo Homem, como possuidor de riquezas, tem uma função social a desempenhar, qual seja, o uso produtivo do bem em benefício de toda a coletividade.

A teoria de DUGUIT (1975) é desenvolvida a partir do pensamento positivista de Augusto Comte, segundo o qual não há direitos individuais nem coletivos e sim uma função social a ser cumprida por todos os membros da sociedade. A propriedade individual é protegida pelo direito em razão do benefício social que resulta de sua utilização, ou seja, a propriedade privada é protegida na medida em que cumpra a sua função social, e seja utilizada de forma produtiva, aumentando a riqueza em benefício de toda a sociedade.

Dentro desta perspectiva, segundo a teoria de DUGUIT (1975), o direito positivo não protege o direito subjetivo de proprietário, embora garanta a sua liberdade de empregar o bem no cumprimento de uma função social. É garantida e protegida a propriedade privada (não coletiva, não socialista), sendo que esta não deve ser absoluta e individualista e sim ter uma função social. Todo indivíduo tem uma função social a cumprir na sociedade e, portanto, deve empregar sua riqueza para a realização deste objetivo.

A propriedade individual deixa de ser um direito subjetivo do proprietário (poder de impor aos demais a sua vontade) e passa a se constituir numa função social do detentor desta. Todos os atos que realizar em desacordo com esta função serão reprimidos. Por outro lado, se cumprir sua função, seus atos serão garantidos e protegidos.

Esta regra é considerada o fundamento social do direito objetivo, que tem como característica ser realista e socialista. Realista porque a função social pode ser comprovada e observada concretamente. Socialista porque baseada nas condições da vida social. As regras jurídicas não têm a finalidade de proteger os direitos individuais baseados nos desejos e vontades individuais e sim proteger o cumprimento da função social que incumbe a cada indivíduo.

Ao lembrar Durkheim e a noção de solidariedade social, DUGUIT (1975) explica que os Homens de uma mesma sociedade estão unidos uns aos outros, porque têm necessidades em comum, cuja satisfação somente ocorrerá por meio de uma vida comum e, além disso, porque têm necessidades e aspirações diferentes e, portanto, podem ajudar a assegurar a realização delas

por meio da divisão do trabalho. Nestes termos, o direito passa a ter uma concepção solidarista, em oposição a uma concepção jusnaturalista, baseada em direitos inatos e individualizados do indivíduo.

O conceito de função social de Duguit modificou a noção de propriedade no âmbito jurídico (FIGUEIREDO, 2003). Embora não negue a propriedade privada, adota uma concepção solidarista do direito de propriedade em oposição à concepção individualista. Segundo esta concepção, baseada no direito subjetivo, o proprietário tem a liberdade de fazer o que bem entender com sua propriedade, desde que não prejudique terceiros, ao passo que, na concepção de DUGUIT (1975), o bem deverá ser empregado para cumprir uma função social, em benefício de toda a coletividade.

4.1.3 O Estado Social e a função social da propriedade

A concepção do Estado Social teve como uma das mais importantes contribuições a doutrina da Vontade Geral de Rousseau. Esta doutrina tem algumas diferenças essenciais em relação à doutrina do liberalismo de Locke. Este preconiza que o Estado existe apenas para garantir os direitos naturais, dentre eles o direito de livremente dispor sobre a propriedade; entende que o Estado será mais perfeito quanto mais suas ordens forem limitadas e concebe a liberdade como a faculdade de agir sem ser impedido pelos outros (BOBBIO, 1995)

Por outro lado, Rousseau entende a liberdade como autonomia - faculdade de estabelecer leis a si mesmo - sendo que cada pessoa tem maior liberdade quanto mais a vontade de quem faz as leis se identificar com a vontade de quem deve obedecer estas leis, ou seja, o Estado é mais perfeito quanto mais suas ordens exprimirem a vontade geral de todos (BOBBIO, 1995).

Neste sentido, a liberdade natural é transformada em liberdade civil que é a obediência à vontade geral. A liberdade significa a participação da população de forma democrática e consciente de acordo com a lei do Estado que deve ser elaborada de acordo com a vontade geral. Segundo esta

concepção a propriedade não é um direito natural, pois deriva da lei (BOBBIO, 1995).

Segundo o pensamento político de Rousseau (compartilhado por Hobbes), conhecido como a Teoria da Lei, a propriedade privada não é um direito natural, mas um direito civil. A propriedade privada nasce somente com a constituição do Estado Civil. É somente um efeito do contrato social. Existe apenas porque a lei a criou (BOBBIO, 1995).

As principais características do Estado social moderno são a sua adesão à ordem capitalista – ao contrário do socialismo marxista – fundado juridicamente no constitucionalismo democrático e promotor dos valores e princípios da justiça social e paz econômica (BONAVIDES, 2001).

Com relação à função social da propriedade, na segunda metade do Século XX, a partir da forte influência do constitucionalismo social da Constituição de Weimar de 1919, a concepção da função social da propriedade foi alterada passando a ter o sentido de conciliação entre a garantia de propriedade privada e um dever de uso social. De acordo com o art. 153 da referida Constituição: "A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam das disposições legais (...) A propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum" (COMPARATO, 2003).

Segundo PINTO (2001) se a doutrina original propunha o conceito de função social como substituto do direito subjetivo, seus desdobramentos posteriores evoluíram no sentido de uma coexistência entre ambos. Esta foi a tendência observada durante o processo de positivação do princípio, a partir do início do século XX.

Constatou-se que não há somente um único regime de propriedade, mas muitos regimes de propriedade, conforme o objeto a que se refiram: como os terrenos rurais, urbanos, bens de produção e a legislação que a disciplina, como a Constituição Federal, o Código Civil e legislação especial. Cada tipo de propriedade tem seu regime jurídico próprio (PINTO, 2001).

No Brasil, com a consolidação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, fundado nos princípios da justiça social, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da legalidade, do direito de propriedade, da função social da propriedade, do meio ambiente

ecologicamente equilibrado, dentre outros, a propriedade deverá atender de forma conciliadora os interesses individuais e de toda a coletividade.

4.1.4 A concepção atual de propriedade

A concepção mais tradicional de propriedade a considera como o direito de usar, gozar, dispor da coisa e reivindicá-la em poder de quem injustamente a detenha. Os limites à ação do proprietário são definidos pela lei. Como bem destaca RODOTÀ (1986) a concepção tradicional estabelece que propriedade consiste na possibilidade de fazer do objeto tudo aquilo que não está vedado pela lei. A propriedade, segundo esta concepção, é um direito subjetivo[1] em que ao direito do titular de usar, gozar e dispor da coisa corresponde o dever da coletividade em respeitar estes direitos. Não se fala em deveres do proprietário em relação à coletividade e sim em limites impostos pela lei, como algo externo e estranho ao direito de propriedade (LOUREIRO, 2003).

De acordo com uma visão mais contemporânea, que incorpora a noção de função social e ambiental, propriedade é uma relação jurídica (relação de direitos e deveres entre dois pólos. No caso da propriedade: relação entre proprietário e sociedade) em que não há somente o direito do proprietário de usar, gozar e dispor do bem de um lado (um dos pólos) e o dever da sociedade em respeitar estes direitos de outro lado (o outro pólo), mas sim há tanto direitos como deveres por parte do proprietário e da sociedade (LOUREIRO, 2003). Portanto, a propriedade não pode mais ser encarada como um direito subjetivo, mas sim como uma relação jurídica sobre a qual incide um conjunto de direitos e deveres, constituindo um direito-dever.

Assim, ao se apropriar de um recurso natural como, por exemplo, a superfície do solo urbano, o proprietário terá o direito de utilizá-lo, mas terá o dever de mantê-lo ecologicamente equilibrado. Por outro lado, a sociedade terá o dever de respeitar a utilização do proprietário, mas terá o direito de exigir dele que esta utilização mantenha o ambiente ecologicamente equilibrado.

---

[1] Trata-se de um interesse juridicamente protegido

4.1.5 Função social: propriedade pública e propriedade privada

Não somente a propriedade privada está submetida ao princípio da função social e ambiental, mas também os bens do domínio público, que são "o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal Territórios e autarquias)" (DI PIETRO, 1999, p. 519). Estes bens são divididos em bens de uso comum do povo, abertos para utilização pública, como é o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) e bens de uso especial, que se destinam à execução dos serviços públicos.

Segundo HAURIOU (1999)[2] a propriedade regida pelo direito público difere da propriedade privada apenas no que se refere à existência da destinação (afetação) dos bens. Estes bens, no direito privado, são coisas suscetíveis de valor econômico e podem ser de propriedade ou posse exclusiva do indivíduo, ao passo que os bens, no direito administrativo, abrangem, além das coisas que podem ser objeto de posse ou propriedade exclusivas, as coisas destinadas ao uso do próprio poder público (bens de uso especial – art. 99, II do Código Civil) ou ao uso coletivo (bens de uso comum do povo – art. 99, I do Código Civil).

Com relação aos bens de uso comum do povo, como por exemplo, os rios e mares a melhor doutrina entende que o Estado deve atuar apenas como seu gestor (LOUREIRO, 2003; MACHADO, 2004). Por outro lado, no tocante aos bens de uso especial (por exemplo, uma repartição pública), estes também estão sujeitos às restrições de ordem ambiental.

Cabe observar que GRAU (2003) entende que a idéia da função social só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada uma vez que a referência à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, constitui um pleonasmo, visto ser ela já vinculada ao interesse social.

De qualquer maneira, vale lembrar que também a propriedade estatal está submetida aos interesses públicos que envolvem aspectos ambientais, uma vez que muitas vezes, com o pretexto de agir em nome do interesse

---

[2] apud DI PIETRO (1999)

público, o Poder Público acaba agindo em detrimento dos interesses ambientais.

De fato, conforme preconiza a Constituição Federal, além da coletividade, impõe-se ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente (art. 225 da CF).

4.1.6 Direitos humanos fundamentais, meio ambiente e propriedade.

Os direitos humanos fundamentais surgiram com os novos ideais preconizados pela Revolução Francesa. A partir daí foram se transformando.

De acordo com SILVA (2002a), a cada período histórico, novos direitos fundamentais surgem. Neste sentido é possível falar em gerações de direitos fundamentais: direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Os direitos humanos de primeira geração buscavam garantir aos particulares a vida, a liberdade e a propriedade contra os excessos de ingerência na vida dos indivíduos cometidos pelo Estado Absoluto. Segundo o ideário liberal deste período o Estado deveria existir para garantir esses direitos e as relações estabelecidas entre os indivíduos.

O modelo do Estado liberal favoreceu apenas a burguesia e não atendeu de maneira adequada às demandas da sociedade. Surgiram vários problemas sociais e uma nova concepção de Estado – o Estado Social – que tinha como objetivo promover o bem estar de toda a coletividade. Neste cenário surgem os direitos humanos fundamentais de segunda geração, que têm como sujeito passivo o Estado, pois somente este pode atendê-los. São direitos de crédito do indivíduo em relação ao Estado, tais como, o direito ao trabalho, direito à saúde e à educação (LAFER, 1988). Mais tarde esta concepção será responsável pelo surgimento da teoria da função social da propriedade.

Segundo LAFER (1988, p. 127) "há uma complementaridade entre os direitos de primeira e segunda geração, uma vez que estes buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros".

Por fim, os direitos de terceira geração têm como titular não o indivíduo em sua singularidade como os direitos de primeira e segunda geração, mas grupos de indivíduos como o povo e a família. Entre os direitos de terceira

geração é possível destacar o direito à paz, ao desenvolvimento e à proteção do meio ambiente (LAFER, 1988).

Para SILVA (2002a, p. 52) a proteção do meio ambiente "não tem apenas uma dimensão negativa e garantística, como os direitos individuais, nem apenas uma dimensão positiva e prestacional, como os direitos sociais, porque é, ao mesmo tempo, direito positivo e negativo; porque, de um lado, exige que o Estado, por si mesmo, respeite a qualidade do meio ambiente e, de outro lado, requer que o Poder Público seja um garantidor da incolumidade do bem jurídico, ou seja, a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Por isso é que, em tal dimensão, não se trata de um direito contra o Estado, mas de um direito em face do Estado, na medida em que este assume a função de promotor de direito mediante ações afirmativas que criem as condições necessárias ao gozo do bem jurídico chamado qualidade do meio ambiente."

De acordo com GUERRA FILHO (2003, p. 39) ao invés de se falar em gerações é melhor se falar em dimensões de direitos fundamentais, uma vez que os direitos preexistentes adquirem novas dimensões a partir do aparecimento de novos direitos: "os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de gerações mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental".

No processo de evolução dos direitos fundamentais a propriedade privada passa de um direito absoluto e individualista (1ª geração) para um direito vinculado a uma função social (2ª geração) e ambiental (3ª geração), devendo ser exercido de forma a conciliar os interesses individuais, sociais e ambientais.

4.2 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

4.2.1 A expressão "função social da propriedade"

Para a adequada compreensão da expressão *função social* há necessidade de uma análise dos termos que a compõem. De acordo com RODOTÀ[3] (2003) o termo *função* significa o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. Não basta conhecer como é feito o direito, mas para quê ele serve. Para este autor o termo função social representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes que existe uma utilidade social definida pelo legislador.

Segundo DERANI (2002, p. 60) a palavra *função* deve ser compreendida como *conteúdo.* Assim, vincular a função social à relação de propriedade significa verificar o modo como o sujeito se apropria do objeto e não somente se a finalidade da apropriação está em conformidade com o direito. Ressalta a autora que "é na dinâmica da escolha dos meios, da sua disposição e do resultado obtido que é preenchido o princípio da função social da propriedade". A escolha do que realizar e dos meios empregados deve ser tomada do ponto de vista não somente do proprietário, como também da coletividade.

Cabe ressaltar que nem toda relação de propriedade deverá cumprir finalidades sociais. A relação de propriedade capaz de atender à função social é aquela em que o bem a ser apropriado é apto a satisfazer concomitantemente os interesses individuais e os da coletividade, que segundo a Constituição Federal de 1988 são os bens destinados à produção econômica, a propriedade urbana, a propriedade agrária, os bens culturais e os bens ambientais (DERANI, 2002).

Com relação ao termo *social*, de acordo com RODOTÀ[4] (2003) fala-se em função social como sinônimo de certas expressões, como bem-estar social, utilidade social, interesse social, fim social. Estas expressões conduzem a um

---

[3] apud LOUREIRO (2003)
[4] apud LOUREIRO (2003)

máximo social. O termo *social* liga-se inicialmente à proteção da propriedade em razão da utilização produtiva dos bens, ao aumento da produção e da riqueza. Uma segunda concepção coloca o termo como meio de alcançar o estabelecimento de relações sociais mais justas, de promover a igualdade real. Assim, não basta a simples utilização do bem para geração de riquezas. Para que se cumpra a função social, o aumento da riqueza deve vir acompanhado de sua distribuição de maneira socialmente justa.

Deve-se acrescentar como resultado da promoção de relações mais justas a promoção do bem-estar, da dignidade, da felicidade, enfim, da melhoria da qualidade de vida das pessoas.

4.2.2 Função social da propriedade, limitações administrativas e poder de polícia.

As Limitações Administrativas podem ser definidas como "toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social" (MEIRELLES, 2000). Derivam, geralmente do poder de polícia, que se consubstancia na faculdade da administração de limitar a utilização de um bem em benefício da coletividade, e admitem a imposições de obrigações de não-fazer, deixar fazer e fazer (MEIRELLES, 2000), sendo certo que não é válido afirmar-se como critério para distinção entre função social da propriedade e limitações decorrentes do poder de polícia, que a primeira implicaria imposições de comportamentos positivos, prestações de fazer, enquanto as segundas ensejariam comportamentos negativos (DI PIETRO, 1999; MEIRELLES, 2000).

A função social não se confunde com as limitações do direito de propriedade uma vez que estas atingem o exercício do direito de propriedade, ao passo que a função social atinge a própria substância desse direito, constituindo-se "no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*" (GOMES, 1991, p. 100). No mesmo sentido COLLADO (1979, p. 128): "hemos intentado, sin outro alcance, delimitar la función social, como definición de um derecho, enquanto a atividade de polícia, como control del ejercicio del mismo."

Na esteira deste entendimento menciona SILVA (2000) que a função social da propriedade não implica mera interferência no exercício do direito de propriedade. Na verdade, ela condiciona a propriedade, delimitando seu conteúdo. Segundo este autor as limitações ligam-se aos caracteres da propriedade. Esses são gêneros, do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação. Com efeito, as limitações administrativas interferem nos aspectos do direito de propriedade, a saber: absoluto (restrições), exclusivo (servidões) e perpétuo (desapropriação).

Portanto, complementa SILVA (2000), há uma diferença entre a estrutura do direito de propriedade (condicionada ao cumprimento de sua função social) do exercício de propriedade, que pode ser limitado. As limitações dirigem-se ao proprietário enquanto tal. Já a função social é um princípio condicionante da propriedade, manifestando-se na configuração estrutural desse direito.

Segundo PINTO (2001) o que distingue o princípio da função social da propriedade das limitações impostas pelo poder de polícia não é a natureza da regra a ser cumprida pelo particular (obrigação ou proibição), mas sua finalidade. Enquanto as limitações impostas pelo poder de polícia visam a limitar uma liberdade absoluta anterior, para impedir que ela seja exercida contra o interesse público, o princípio da função social da propriedade visa a orientar a atividade do proprietário no sentido de conformá-la ao interesse público. Não há, portanto, uma restrição a um direito fundamental preexistente, mas a própria conformação deste direito pelas normas constitucionais e infra-constitucionais.

De fato, o princípio da função social da propriedade "não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social da propriedade atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no Código Civil (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário(...). Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são

submetidos" (TJSP-Apelação Cível nº 212.726-1/8, Rel. Des. José Osório de Azevedo Jr.)[5].

Por fim, de acordo com FIGUEIREDO (2003), é possível afirmar que as limitações administrativas ao direito de propriedade têm como fundamento o princípio da função social da propriedade, mas com ele não se confundem. Uma limitação administrativa ao direito de propriedade deve necessariamente conformar-se ao princípio da função social da propriedade, não podendo contrariá-lo, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.

De fato, o princípio da função social pode ser considerado o fundamento de legitimidade das limitações administrativas.

4.2.3 A natureza jurídica da função social como elemento da estrutura da propriedade e a possibilidade de indenização

A doutrina se divide basicamente em duas posições quanto à natureza jurídica da função social da propriedade.

A primeira posição preconiza que se trata de um elemento externo ao conteúdo constitucional do direito de propriedade, sendo que qualquer lei que venha impor limitações a este direito pode ser encarada como uma restrição a um direito subjetivo garantido pela Constituição. Assim, caberá indenização ao proprietário sempre que as leis que determinarem limitações ao direito de propriedade forem consideradas desproporcionais ao conteúdo fundamental deste direito, que é previsto constitucionalmente, análogo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais (FERNANDEZ, 2001).

Por outro lado, a maior parte da doutrina entende que a função social da propriedade é um elemento estrutural do direito de propriedade, um componente deste direito (RODOTÀ, 1986, p. 221). Segue-se daí que os deveres impostos ao proprietário pela função social não devem ser encarados como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento que integra a sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim conformativa do legislador. As leis que

---

[5] apud LOUREIRO (2003)

impõem limites ao direito de propriedade, como por exemplo, as leis ambientais, assumem um sentido conformador dos limites impostos pela constituição, não ensejando indenização para o proprietário, que terá o ônus de respeitar estes limites.

Cabe observar que a lei pode limitar o direito de propriedade, mas não pode ferir o seu conteúdo mínimo, o seu rendimento possível. Portanto, nem toda intervenção legislativa importa necessariamente numa conformação dos limites constitucionais, podendo configurar uma restrição que enseja indenização.

Assim, segundo este entendimento a propriedade tem um conteúdo mínimo, além do qual as limitações não podem avançar, sob pena de caracterizar desapropriação. Tal conteúdo consiste na utilização econômica do bem. É possível a legislação urbanística e ambiental impor limites ao uso do bem, mas estes devem estar de acordo com a Constituição Federal.

A função social da propriedade legitima certas limitações ao direito de propriedade. Na ausência de sua previsão constitucional expressa, estas limitações poderiam caracterizar desapropriações, exigindo indenização. Entretanto nada é devido quando estas limitações estão de acordo com a Constituição Federal (BENJAMIN, 1996).

Embora com resultados semelhantes no tocante às indenizações, a segunda opção – função social como elemento estrutural ao direito de propriedade – é mais adequada aos valores previstos em nossa Constituição, que coloca a função social no mesmo patamar hierárquico do direito de propriedade, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII). Como ensina RODOTÀ[6] (2003) a dissociação entre as idéias de direito subjetivo e função social, como valores antagônicos cria o risco de fazer prevalecer o direito subjetivo, mais solidificado na tradição jurídica e expresso de modo mais claro nos ordenamentos jurídicos. De fato, segundo PERLINGIERI (2002, 226), a função social não deve ser entendida em oposição, ou ódio, à propriedade, mas "a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito".

---

[6] apud LOUREIRO (2003)

Finalmente, cabe destacar que a primeira posição é defendida por parte da doutrina portuguesa com base em sua constituição, que não acolhe de forma expressa o princípio da função social da propriedade. Ao contrário da Constituição portuguesa as Constituições italiana (art. 42, nº 2 da Constituição Italiana), alemã (art. 14, nº 2 da LF), espanhola (art. 33, nº 2 da Constituição espanhola) e brasileira (art. 5º, XXIII) acolhem de forma expressa e inequívoca o princípio da função social da propriedade.

4.2.4 A dimensão ambiental da função social da propriedade e seu conteúdo

A função social da propriedade incorpora uma dimensão ambiental (FIGUEIREDO, 2003; GUERRA FILHO, 2003). Esta dimensão impõe que o meio ambiente deve ser apropriado de forma sustentável para a promoção da qualidade de vida.

Para o correto entendimento de como deve ser feita esta apropriação é necessária a compreensão dos termos "meio ambiente" e "sustentabilidade" (ou desenvolvimento sustentável)

Meio ambiente segundo o art. 3º da Lei 6.938/8 é o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Entretanto, esta definição contempla apenas os aspectos biofísicos.

De acordo com SILVA (2002b) e MILARÉ (2004) o conceito de meio ambiente abrange uma visão mais estrita e outra mais ampla.

Segundo a visão mais estrita o meio ambiente se refere apenas aos recursos naturais e às relações entre os seres vivos.

Por outro lado, numa visão mais ampla, abrange não só os elementos naturais como também os artificiais e culturais.

Assim, de acordo com esta visão mais ampla não somente os recursos naturais que constituem o espaço urbano seriam considerados meio ambiente, mas também o patrimônio histórico, arqueológico, paisagístico, turístico, todas as edificações, equipamentos e alterações promovidas pelo homem.

Um bem ambiental, objeto da relação de propriedade, deve estar inserido num meio ambiente ecologicamente equilibrado. A proteção deste envolve uma relação harmônica entre os recursos naturais, as construções e os bens culturais. A atividade humana deve se desenvolver levando-se em conta a proteção dos recursos naturais, culturais e artificiais.

No tocante à sustentabilidade (desenvolvimento sustentável), a origem das discussões sobre este tema remete à primeira metade do Século XX, época em que desenvolvimento significava essencialmente desenvolvimento econômico.

A partir do agravamento da crise ecológica, na segunda metade do século XX houve uma percepção das nações ricas e industrializadas que o modelo de desenvolvimento por elas adotado causava intensa degradação ambiental e por conseqüência progressiva escassez de recursos naturais. De fato, surgiu a percepção de que os desejos dos Homens são ilimitados e os recursos naturais limitados. Por conta disso foi realizada em 1972 a Conferência de Estocolmo a qual transmitiu ao mundo a necessidade de se implementar estratégias ambientalmente adequadas para promover um desenvolvimento social e econômico eqüitativo. O desenvolvimento não se reduziria mais ao crescimento econômico, mas deveria levar em conta a dimensão ambiental (SACHS, 2000)[7].

Em 1987 a World Commission on Environment and Development divulgou o documento *"Our Common Future" (Nosso futuro comum)* elaborado por uma comissão conhecida como Comissão Brundtland o qual previa estratégias de desenvolvimento (DERANI, 2001).

Em 1992 a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento", conhecida como ECO-92 adotou na *Declaração do Rio e na Agenda 21* o desenvolvimento sustentável como meta as ser atingida por todos os países. De acordo com o princípio 4 da *Declaração do Rio* "para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste" (MILARÉ, 2004). Já, no contexto urbano, a Agenda 21prescreve em seu capítulo 7 a necessidade do planejamento ambiental que leve em conta a

[7] apud SOUZA (2000)

administração do uso sustentável do solo para a redução da pobreza urbana. (FRANCO, 2001).

De acordo com o documento *Our Common Future* o desenvolvimento é sustentável quando satisfaz as necessidades das presentes gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações em satisfazer suas próprias necessidades.

CAVALCANTI (2002, p. 38), ao analisar a sustentabilidade entende que esta significa o reconhecimento de limites biofísicos presentes na biosfera no processo econômico uma vez que a ecologia sustenta a economia. O meio ambiente é fonte de certas funções sem as quais a economia não pode existir, nem operar. Assim, para ser sustentável o sistema econômico deve possuir uma base estável de apoio. Isto requer que as capacidades e taxas de regeneração e absorção sejam respeitadas. De acordo com o mencionado autor "uma estratégia de desenvolvimento sustentável é necessária para a formulação de política que leve a natureza em conta como fator restritivo, cuja produtividade deve ser maximizada no curto prazo, cuja disponibilidade deve ser preservada no futuro distante e cuja integridade não pode ser deformada".

SOUZA (2003)[8], por sua vez, chama a atenção para o equilíbrio entre as seguintes interfaces para a concretização da sustentabilidade: espacialidade (verificação da capacidade de suporte dos fatores ambientais – meio físico, biológico e antrópico), temporalidade (atendimento das necessidades das presentes gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações em atender as suas necessidades) e participação pública (participação da sociedade nos processos de decisão sobre o meio ambiente, o que garante a legitimidade desses processos e torna a sociedade co-responsável por seus atos).

A função social da propriedade se relaciona com a sustentabilidade na medida em que apropriação de um bem ambiental é garantida somente quando for realizada de forma sustentável.

A apropriação sustentável é aquela que promove o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Destaca DERANI (2002) que o indivíduo quando se apropria de bens ambientais para a satisfação de seus interesses deverá

---

[8] apud OLIVEIRA (2004).

assumir o ônus, perante a sociedade, de garantir o direito desta ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nestes termos, o uso privado de um recurso natural será limitado, sendo que o modo de agir do proprietário deverá garantir a promoção do equilíbrio ecológico, direito de toda a sociedade. Esta garantia resultará na melhoria da qualidade de vida, expressa pelo bem-estar e felicidade das pessoas. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade solidária uma vez que o exercício de uma atividade privada deve ser feita de forma sustentável, resultando em benefício, não somente para o proprietário, mas para toda a coletividade

Como mencionado anteriormente, garante-se a propriedade quando esta atende à sua função social. É possível dizer agora que a função social é cumprida quando a utilização da propriedade seja ambientalmente sustentável. Observa BENJAMIN (2003)[9]: "A proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição, não está em conflito com o direito de propriedade. Ao contrário, é parte da mesma relação sociedade-indivíduo que dá à propriedade todo o seu significado e amparo".

Do mesmo modo que a função social é incorporada pelo direito de propriedade, diante do surgimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a função ambiental também deve ser incorporada por tal direito[10]. Assim, a função social da propriedade deve ser conjugada à função ambiental, uma vez que os interesses sociais e a promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado têm como objetivo comum a melhoria da qualidade de vida.

4.2.5 A conformação da propriedade pelos planos urbanísticos

As normas de direito urbanístico, na visão tradicional, devem proteger e garantir os direitos dos proprietários particulares, não podendo o direito urbanístico sobrepor o ordenamento jurídico preexistente (direito de

[9] Apud CAVEDON et al, (2003)

[10] A expressão "função social e ambiental" usada no presente trabalho objetiva justamente destacar que a proteção ambiental é um valor social. Os valores da sustentabilidade implicam a promoção do desenvolvimento econômico, social e ambiental de forma conciliatória. Cabe

propriedade) que o condiciona. Já a visão contemporânea concebe que inexistem direitos do proprietário preexistentes à legislação urbanística, pois nascem exatamente desta. Segundo VEIGA DE FARIA (2002)[11]: "A propriedade particular e os planos de urbanização não são mais pólos que se combatem, mas elementos de organização territorial, e as licenças de construção não são limites ao gozo pleno do direito de propriedade lançados pelas estatais, mas instrumentos de aplicação e de execução da organização fixados nos planos que se impõem à própria administração".

Esta nova concepção de direito urbanístico tem como fundamento a participação da sociedade na formulação dos planos e leis urbanísticas; "e é por essa razão, que esse direito prescinde, na fase de sua aplicação, do problema da conciliação entre direitos subjetivos e direitos coletivos, posto que esta questão, como pressuposto, está já superada, uma vez que a intervenção no direito de propriedade já ocorreu ao nível do plano urbanístico e não ao nível da licença para construir" (SPANTIGATI, VEIGA DE FARIA, 2002)[12].

A propriedade já nasce conformada pelos planos urbanísticos (os quais devem estar de acordo com a legislação urbanística e ambiental) e a concessão de uma licença deverá observar o que dispõe estes planos (PINTO, 2001). Assim, o proprietário deverá respeitar a legislação expressa num plano urbanístico, que representa os interesses sociais, dentre eles a proteção do meio ambiente, caso queira exercer o direito de construir.

---

observar que os problemas sociais e econômicos não podem ser invocados em detrimento da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual não há vida na terra.

[11] Apud MUKAI (2002, 11)

[12] apud MUKAI (2002, 11)

4.3 A FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.3.1 A função social e ambiental da propriedade como princípio jurídico constitucional

A função social e ambiental da propriedade constitui um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios são as idéias centrais de um determinado sistema jurídico. Conferem a este "um sentido lógico, harmônico, racional e coerente" (SUNDFELD, 1996)[13] Princípio, como esclarece MELLO (1996)[14] "é aquela disposição fundamental que influencia e repercute sobre todas as demais normas do sistema".

Sendo assim, a análise dos princípios permite compreender adequadamente um sistema jurídico como uma unidade coerente e racional de normas em que estas são aplicadas à luz daqueles.

Ressalta SUNDFELD (1996)[15] que no caso do sistema jurídico ambiental a aplicação dos princípios, como forma de harmonizar o sistema é fundamental uma vez que as normas deste sistema estão dispersas em vários textos de lei, que são elaborados ao longo dos anos, sem critério preciso, nem método definido. Nesses casos é possível, por meio dos princípios, extrair soluções coerentes com o ordenamento globalmente considerado.

Além de proporcionar a aplicação coerente das normas jurídicas, destaca MIRRA (1996) que os princípios exercem também influência na interpretação do Direito uma vez que se constituem como normas hierarquicamente superiores às demais regras do sistema jurídico. Dentro desta perspectiva, menciona o referido autor, se da interpretação de uma regra jurídica resultar contradição com os princípios, essa interpretação será incorreta e deverá ser afastada; se uma determinada regra admitir, do ponto de vista lógico, mais de uma interpretação, deverá prevalecer, como válida, aquela

---

[13] apud MIRRA (1996)
[14] Apud MIRRA (1996, 51)
[15] apud MIRRA, (1996)

que melhor se compatibilizar com os princípios; e, ainda, na hipótese da ausência de uma regra específica para regular uma situação determinada (é o caso da lacuna), a regra que falta deverá ser completada e construída de acordo com os princípios.

Finalmente, segundo ALEXY (2002)[16] "os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes". No mesmo sentido, CANOTILHO (2002)[17] leciona que princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, não basta a um princípio a imediata eficácia e sim sua máxima eficácia.

Portanto, os princípios exercem uma função importante no ordenamento jurídico, seja como parâmetro para interpretação do direito, seja como norma que estabelece a coerência do sistema, ou então, como mandamento de otimização.

Assim, quando se diz que a função social e ambiental da propriedade é um princípio jurídico, significa dizer que não deve haver dúvida quanto ao cumprimento da função social e ambiental pelo titular do direito de propriedade de modo a proteger o meio ambiente da melhor maneira possível; que as regras devem ser interpretadas de acordo com os ditames deste princípio, ou seja, impõe-se ao proprietário, seja público ou privado, o dever de exercer o seu direito de propriedade, não somente segundo seus próprios interesses, mas também em benefício da qualidade de vida de toda coletividade, sendo que é o cumprimento da função social e ambiental da propriedade que legitima o exercício do direito de propriedade pelo proprietário.

Além disso, do ponto de vista do legislador, significa dizer que este deverá levar em conta tal princípio na elaboração de leis, sob pena de inconstitucionalidade destas.

---

[16] apud GRAU (2002, 161)
[17] apud GRAU (2002)

4.3.2 As Constituições brasileiras e o princípio da função social da propriedade.

A função social da propriedade foi incorporada pela Constituição de 1934. Antes o direito à propriedade privada no Brasil era praticamente absoluto, cedendo, apenas, diante da desapropriação pelo Poder Público, mediante justa indenização.

A primeira Constituição brasileira, a de 1824, em seu art. 179, inciso 22, dispunha: "É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público, legalmente qualificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização".

No mesmo espírito, a Constituição de 1891, a primeira Constituição Republicana dispunha em seu art. 172, parágrafo 17º, que: O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia".

Segundo FIGUEIREDO (2003) a incorporação da função social ao direito de propriedade surgiu com o advento da Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã (Weimar), cujo art. 113, inciso 17, previa: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior".

Já a Carta de 1937 transferiu para a lei ordinária determinar o conteúdo e limites da função social.

A carta de 1946, com a redemocratização do país, restaurou a necessidade do cumprimento da função social da propriedade nos seguintes termos: Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, mediante desapropriação".

A Constituição de 1967 referiu-se expressamente à expressão "função social da propriedade" entre os princípios da ordem econômica e social, dispondo, em seu artigo 157, inciso III: "Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III – função social da propriedade".

4.3.3 A função social e ambiental na Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo mais enfático, elevou a função social da propriedade à condição de princípio constitucional, previsto no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, inciso XXXIII) e no capítulo dos princípios da Atividade Econômica do Título da Ordem Econômica e Financeira, inciso III do art 170, ao lado dos princípios da propriedade privada (inciso II) e da defesa do meio ambiente (inciso III).

Embora a Constituição não mencione explicitamente a expressão "função social e ambiental da propriedade" é possível concluir, por meio da análise do Título que trata da Ordem econômica, que a Constituição confere uma dimensão ambiental ao princípio da função social da propriedade. Não é porque a Constituição confere o direito à livre iniciativa, o direito à propriedade privada que o proprietário poderá explorar o seu bem da maneira que bem entender, pois há outros requisitos que deverão ser levados em conta nesta exploração. Com efeito, a leitura do art. 170 leva a concluir que o proprietário terá a liberdade de explorar o seu bem de acordo com seus interesses, desde que respeite os outros princípios, quais sejam, o da função social da propriedade e o da defesa do meio ambiente, mantendo o equilíbrio ecológico nesta exploração.

Na feliz expressão de GRAU (2002, 113) "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços" (113). A interpretação do direito deve ser feita considerando-se o todo, não apenas partes de textos isolados. MORAES (2003), por sua vez, destaca que a necessidade de se interpretar a Constituição de forma a demonstrar a interdependência e complementaridade

das normas constitucionais, que não poderão, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte, ser interpretadas isoladamente.

Assim, apesar da expressão "função social e ambiental da propriedade" não constar de forma explícita no texto constitucional, e não ter sido incorporada expressamente no novo Código Civil, "trata-se de um princípio implícito positivo latente, descoberto no interior do ordenamento (GRAU, 2002, 151) e pode ser deduzido dos elementos anteriormente apontados, considerando-se, sempre, a necessidade de atendimento do princípio da unidade da Constituição na interpretação dos dispositivos constitucionais".

O entendimento do Direito de Propriedade ligado a uma função ambiental é compartilhado por BENJAMIN (2003)[18] ao colocar que "ao lado da funcionalização social da propriedade, com o novo texto constitucional deu-se também sua funcionalização ambiental", o que está expressamente previsto no art. 186 do texto constitucional ao estabelecer como requisito para o cumprimento da função social da propriedade rural a utilização adequada e a preservação do meio ambiente. Para o autor, "a propriedade privada, nos moldes da Lei maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma ordem pública ambiental (...).

O princípio da função social e ambiental relaciona-se a três tipos de bens previstos na Constituição Federal, a saber: a propriedade rural, os bens destinados à produção econômica e à propriedade urbana.

A função social da propriedade rural é cumprida quando esta atende simultaneamente os quatro requisitos previstos no art. 186 (capítulo sobre a Política Agrícola e Fundiária e a Reforma Agrária da Constituição Federal de 1988), a saber: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. A preservação do meio ambiente como requisito para o cumprimento da função social deixa claro que a proteção ambiental é inerente à função social da propriedade rural.

---

[18] apud CAVEDON et al (2003)

Com relação aos bens destinados à produção econômica, no capítulo da Constituição relacionado aos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, III) está prevista a função social da propriedade como um princípio norteador da atividade econômica, bem como da defesa do meio ambiente (art.170, VI). O disposto nos arts. 170 e 225 da Constituição Federal brasileira prevê que a ordem econômica tem por objetivo "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observando-se, entre outros princípios, a função social da propriedade (inciso III) e a defesa do meio ambiente (VI). Assim, para que se concretize a existência digna deverão ser observados os princípios da função social e defesa do meio ambiente.

De acordo com DERANI (2001) o art. 225 da CF ao estabelecer que as presentes e futuras gerações têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial a uma sadia qualidade de vida tem em vista a mesma finalidade de uma existência digna (art. 170) a todos uma vez que é possível deduzir que uma "sadia qualidade de vida" (art. 225) é elemento fundamental para a concretização de uma existência digna (art.170). Portanto, para realizar a livre iniciativa devem ser levadas em conta as disposições que impõem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, decorrentes do capítulo sobre o meio ambiente da Constituição Federal. De fato, a conciliação entre os dois princípios (o da livre iniciativa e o do meio ambiente ecologicamente equilibrado) é necessária para a realização de uma existência digna.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 está presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no artigo 170, VI e deve ser conjugado aos princípios da propriedade privada (170, II) e da função social da propriedade (170, III).

Finalmente, com relação à propriedade urbana[19], as cidades constituem o local onde atualmente se desenvolvem as diversas atividades humanas. Dentro desta perspectiva elas devem viabilizar as melhores condições para que estas atividades possam ser desenvolvidas com qualidade de vida.

A propriedade urbana não constitui necessariamente um bem de produção, ensina DERANI (2002, p. 64), mas também está sujeita ao princípio

[19] De acordo com SILVA (2000) a propriedade urbana é aquela que cumpre as funções urbanísticas, ou seja, deve propiciar habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e

da função social, constituindo este na "disposição, finalidade, transformação, modo de utilização desse bem, que deverá contribuir para o desenvolvimento de uma vida social urbana agradável e produtiva".

PRIEUR (2003)[20], por sua vez, destaca a necessidade da inserção de aspectos de proteção ambiental na produção do espaço urbano visando a redução da poluição urbana e a proteção dos elementos naturais existentes no ambiente urbano.

O art. 182, §2º da Constituição Federal condiciona o cumprimento da função social da propriedade ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Ao contrário do art. 186, que trata da propriedade rural e faz menção expressa sobre a necessidade de preservação do meio ambiente, o art. 182 não menciona este aspecto.

Entretanto, isto não significa que propriedade urbana não deva cumprir uma função ambiental, pois as áreas urbanas fazem parte do meio ambiente, definido por SILVA (2002, p. 21) como meio ambiente artificial "constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto)".

Além disso, o capítulo sobre a política urbana está inserido no Titulo que trata da ordem econômica, o qual tem como um dos princípios a defesa do meio ambiente. Assim este princípio deve nortear toda a elaboração da política urbana, inclusive deve ser levado em conta para estabelecer os parâmetros para que a propriedade cumpra sua função social (MILARÉ, 2004).

MILARÉ (2004) esclarece que a posição da Política Urbana na Constituição, inserida no capítulo sobre a ordem econômica, diverso do que ocorre com o Meio Ambiente, que integra a ordem social (Título VIII, capítulo VI, art. 225), decorre notadamente de dois aspectos: o primeiro diz respeito às circunstâncias históricas da elaboração da Constituição que talvez tivessem induzido o constituinte a enfatizar o direito à propriedade urbana e o seu uso, porque o processo acelerado de urbanização gerava a especulação imobiliária e a exclusão social; o segundo decorre do entendimento de que a Constituição

---

circulação. Além disso, deve estar inserida num ambiente que proporcione qualidade de vida para os cidadãos.

[20] apud FIGUEIREDO (2003)

deve ser interpretada no seu conjunto, como uma unidade em que as partes se complementam para formar um todo coerente. A atividade econômica e a vida na cidade se desenvolvem no âmbito do meio ambiente, que é mais abrangente do que a economia e a vida nas cidades. A qualidade ambiental, portanto, deve compreender qualidade do meio ambiente urbano.

Esta concepção decorre da interpretação finalística e sistemática dos dispositivos constitucionais. Conforme leciona MAXIMILIANO (1995, p. 128) o processo sistemático é "a comparação entre o dispositivo sujeito a exegese, com outros da mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma".

Portanto, a produção do espaço municipal deva ser feita levando-se em conta a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Embora o artigo 182 da Constituição Federal não disponha de forma literal, conforme interpretação sistemática que conjuga os artigos 170, 182 e 225 da Constituição Federal, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público, deve contemplar a defesa do meio ambiente como elemento integrante da função social da propriedade, impondo a esta o cumprimento de uma função ambiental.

4.3.4 A efetividade do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana

Parte da doutrina entende que a função social da propriedade constitui um princípio ordenador da propriedade com eficácia imediata.

Segundo COLLADO (1979), a admissão de tal princípio nestes termos implica para o direito de propriedade duas conseqüências. A primeira é que tal princípio não se confunde com uma mera fórmula verbal indicadora de um complexo de informações impostas ao proprietário por diversas disposições legais. Tais obrigações podem encontrar seu fundamento tanto em títulos distintos de intervenção na ordem pública patrimonial como na atividade de

polícia administrativa. A segunda é que o princípio incide no conteúdo do direito como já mencionado anteriormente.

PERLINGIERI (2003)[21] observa que apesar do princípio da função social da propriedade conter noções socialmente indeterminadas, tais como solidariedade, função social, dignidade social e justiça social "a vagueza é intencional ou programática, para perseguir certas finalidades, não se confundindo, pois, com obscuridade". A necessidade tanto da precisão como da imprecisão constituem vetores opostos. A imprecisão tem a vantagem de possibilitar a atualização da norma às situações novas, de acordo com valores contemporâneos, e permitindo a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta. Na lição de POPPER (2003)[22] "é necessário jamais tentar ser mais preciso do que exige a solução do problema".

Com relação à aplicação de tal princípio pelo juiz, observa PERLINGIERI (2003)[23] que o jurista não é completamente livre para atribuir um conteúdo ao princípio, que deverá, sempre, estar coerente com as outras normas do ordenamento jurídico que disciplinam as relações em questão.

A função social não é uma norma em branco, com a qual o constituinte delegou ao legislador um poder amplo de determinação de conteúdo. A lei ordinária deve se conformar à função social, que vale como princípio hábil ao seu controle de constitucionalidade.

Como salienta PERLINGIERI (2002, p. 227), o princípio tem objetivo assecuratório, impondo ao legislador ordinário "não apenas a predisposição de um estatuto que não conceda poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse positivamente tutelado, mas também um estatuto que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir o interesse – determinável a cada vez e - constitucionalmente relevante".

Parte da doutrina entende o princípio da função social da propriedade como norma programática, inapta para produzir efeitos, necessitando de norma posterior, infraconstitucional, para regulamentá-la.

De acordo com MATTOS (2003) este entendimento carece de consistência, uma vez que a função social é elemento do conceito de

---

[21] apud LOUREIRO (2003)
[22] apud LOUREIRO (2003)
[23] apud LOREIRO (2003)

propriedade, inseparável desta. Segundo a referida autora entender a função social como norma programática implica entender a propriedade com o mesmo perfil. Isto inviabilizaria a aplicação de todas as disposições referentes ao direito de propriedade, o que não seria aceito pela doutrina e nem pela jurisprudência.

Entretanto, mesmo aceitando o referido princípio como norma programática esta teria plena eficácia vinculativa conforme dispõe CANOTILHO (2003): "além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as normas programáticas vinculam também os tribunais, pois os juízes têm acesso à Constituição, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento (...), dos atos normativos contrários às mesmas normas".

Com relação à função social da propriedade urbana dispõe o art. 182 da Constituição Federal que "a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (art. 182, § 2º).

Segundo MATTOS (2003), de maneira geral a interpretação que se faz deste artigo é de que a propriedade urbana cumpre sua função social *somente* quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Este tipo de interpretação tem sido utilizada para sustentar a não efetividade deste princípio nas cidades onde não haja ou não seja obrigatório ter plano diretor. Para evitar este tipo de interpretação a referida autora sustenta que: a) a efetividade da função social da propriedade não se restringe ao plano diretor; b) o plano diretor não é requisito obrigatório para a propriedade urbana ser compelida a atender uma função social.

Para justificar esta posição utiliza quatro argumentos: o conteúdo mínimo da função social se encontra nas diretrizes previstas em seu art. 2º; há outros instrumentos que se prestam para a concretização da função social da propriedade sendo que o plano diretor é o instrumento básico; as normas contidas no art. 5º da Constituição Federal, dentre elas a função social da propriedade tem aplicação imediata (art. 5º, §1º); finalmente, subordinar um

princípio constitucional à elaboração de uma lei ordinária (plano diretor) significaria afastar a função social do conteúdo do direito de propriedade.

No mesmo sentido LOUREIRO (2003, 128) entende que a função social não se esgota no simples atendimento a determinado plano, mas sim "busca tornar a cidade um lugar mais adequado para a conveniência das pessoas. Por isso é que também as cidades de pequeno porte, que não tenham o plano diretor, sujeitam a propriedade urbana a funcionalização, mediante regras limitadoras e impulsionadoras legais e administrativas".

Assim, toda propriedade urbana está vinculada à uma função social (e ambiental como visto anteriormente), independentemente da existência de plano diretor para conformá-la. Nos casos em que a relação de propriedade envolver bens de natureza ambiental, o princípio da função ambiental da propriedade urbana tem eficácia imediata podendo ser invocado diretamente da Constituição Federal e das diretrizes e instrumentos ambientais previstos do Estatuto da Cidade.

A aplicação imediata do princípio da função social e ambiental da propriedade não afasta a possibilidade de se regulamentar este princípio, ordenando o espaço urbano de modo a conformar o direito de propriedade de acordo com os valores deste princípio. Pelo contrário, a construção de um modelo de planejamento e gestão ambientais democráticos e dinâmicos que promova um ordenamento territorial de acordo com os valores sociais e ambientais previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade possibilitará a concretização do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana com muito mais eficiência.

4.3.5 O novo Código Civil e as mudanças no direito de propriedade

O Código Civil Brasileiro de 1916 tratava a propriedade de forma eminentemente individualista, influenciado pelo ideário produzido pela Revolução Francesa e pelo Código Napoleônico de 1804. Dispunha o art. 524 que "a lei assegura ao proprietário o Direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua" e o

art. 527 que "o domínio presume-se, exclusivo e ilimitado, até prova em contrário".

O novo Código Civil de 2002 inovou com relação ao direito de propriedade ao estipular em seu artigo 1.228 §1º que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."

Assim, a concepção privatista e individualista de propriedade deu lugar à uma concepção social e ambiental, ajustando-se à concepção prevista na Constituição Federal.

Cabe observar que algumas limitações relativas à proteção dos direitos difusos mantiveram-se dentro da perspectiva individualista como, por exemplo, o art. 1277, em substituição ao art. 554 do Código anterior, que trata do direito de vizinhança, e dispõe que: "O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocados pela utilização de propriedade vizinha"; e o art. 1299 que substituiu o art. 572 do Código de 1916 e estabelece que: "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos". Nestes casos somente o indivíduo que sofre o incômodo poderá exigir a tutela jurisdicional.

De qualquer maneira, estas limitações têm dentre seus objetivos proteger o direito do vizinho a um meio ambiente saudável que lhe proporcione uma sadia qualidade de vida, notadamente quando o uso da propriedade acarretar poluição e outras espécies de degradação que afetem a sua propriedade. Conforme destaca LEITE (2000) o direito de vizinhança tem sofrido transformações, passando de um instrumento ligado ao direito de propriedade para um instrumento que visa a proteger a qualidade de vida tendo em vista o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com CAVEDON et al. (2003) o novo Código Civil não faz menção expressa à função social e ambiental da propriedade, nem quanto ao seu conteúdo e limitações, sendo que a especificação e abrangência destes acaba gerando muitas discussões. Além disso, perdeu-se a oportunidade de

gravar expressamente o termo "função social e ambiental da propriedade" no âmbito do Código Civil.

Espera-se que a prática do direito possa incorporar a configuração da propriedade como função social e ambiental.

4.3.6 O Estatuto da Cidade

A Constituição Federal previu dois importantes direitos da coletividade: o direito ao planejamento da cidade e o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, os quais devem ser integrados à luz da noção de função social e ambiental da propriedade.

De fato, conforme prevê o art. 182 da Constituição Federal de 1988, "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 dos seus habitantes". Além disso, previu que "a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (art. 182, § 2º).

Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 10.257/01 que estabeleceu, em seu art. 1º, parágrafo único, 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. Nestes termos, a propriedade urbana será regulamentada tendo em vista o interesse social, a qualidade de vida, bem estar do cidadão e justiça social e, notadamente, o equilíbrio ambiental, estabelecendo, então, uma função social e ambiental para o direito de propriedade.

Em seu artigo 2º previu que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, através de algumas diretrizes. Dentre elas, o Estatuto relacionou uma série de diretrizes de cunho ambiental, incorporando-as nas funções sociais da propriedade e da cidade, as quais deverão ser levadas em conta por ocasião de tal ordenação, destacando-se as seguintes:

1) garantia do direito a cidades sustentáveis; gestão democrática; planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
2) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis, a poluição e a degradação ambiental, b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
3) adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental, proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
4) audiência do Poder Público e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio natural ou construído, o conforto e a segurança da população.

Assim, o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana deve garantir o direito a cidades sustentáveis.

A cidade deve proporcionar o bem-estar aos seus cidadãos e promover o equilíbrio ecológico. Explica SUNDFELD (2003, p. 54) que "como o espaço da cidade é parcelado, sendo objeto de apropriação, tanto privada (terrenos e edificações) como estatal (ruas, praças, equipamentos etc.), suas funções têm de ser cumpridas pelas partes, isto é, pelas propriedades urbanas. A política urbana tem, portanto, a missão de viabilizar o pleno desenvolvimento das funções sociais do todo (a cidade) e das partes (cada propriedade em particular)". A construção de uma edificação num lote de acordo com as normas de ordenamento refletirá favoravelmente na construção ordenada da cidade, isto é, o sucesso do todo depende da contribuição de cada parte.

No artigo 4º do Estatuto, para que os fins desta política sejam atingidos, foi prevista uma série de instrumentos que deverão ser utilizados na elaboração do ordenamento da cidade. Dentre eles, destaca-se o plano diretor, instrumento básico de política de desenvolvimento urbano, que deverá assegurar o atendimento das necessidades de qualidade de vida dos cidadãos

(art. 39 do Estatuto da Cidade), envolvendo disposições de caráter ambiental, uma vez que a expressão "qualidade de vida" remete ao disposto no art. 225 da Constituição Federal de acordo com uma perspectiva sistemática que leve em conta as demais normas que guardam correlação com este dispositivo, bem como levar em conta as diretrizes ambientais previstas no art. 2º desta lei, uma vez que tal plano é instrumento básico para concretização das diretrizes da política.

Entretanto, o Estatuto, ao dispor sobre o conteúdo mínimo do plano diretor, em seu art. 42, foi muito limitado ao não prever expressamente a inclusão de aspectos ambientais explicitados nas diretrizes da lei, para se fazer cumprir a função social e ambiental da propriedade em âmbito municipal.

Além disso, a lei federal apenas elenca alguns instrumentos sem regulamentá-los para aplicação em âmbito municipal. A falta de uma regulamentação adequada e ausência de dados e informações dificulta a efetiva operacionalização e articulação dos instrumentos previstos no artigo 4º.

O Estatuto da Cidade, dentro da perspectiva do princípio da função social e ambiental da propriedade, estabeleceu critérios de ordem ambiental na elaboração da Política Urbana e deixou claro que esta deverá levar em conta não somente instrumentos urbanísticos, mas também instrumentos de proteção ambiental. Cabe ao poder público promover a regulamentação dos referidos instrumentos de maneira que possam ser implementados de forma articulada e eficaz.

4.3.6.1 Direito urbanístico e meio ambiente

O direito urbanístico tem como objeto o urbanismo. Este se relaciona com o meio ambiente na medida em que busca ordenar de forma adequada o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem-estar de seus habitantes, o qual, por sua vez, envolve a melhoria da qualidade do meio ambiente. Desta maneira, o urbanismo visa também à proteção do meio ambiente.

MEIRELLES (2003, p. 491) define o urbanismo como "o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a

propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade". Segundo a Carta de Atenas[24] as áreas habitáveis são áreas onde o homem exerce as funções de habitação, trabalho, circulação e recreação. Atualmente soma-se a estas funções a melhor qualidade de vida no meio urbano o que inclui a melhoria da qualidade do meio ambiente urbano.

JACQUIGNON (1975)[25] define o direito urbanístico com íntima relação com o direito ambiental: "é a arte de arranjar as cidades sob aspectos demográficos, econômicos, estéticos e culturais, tendo em vista o bem do ser humano e a proteção do meio-ambiente". Para MOREIRA NETO (1975, p. 57) "os princípios e as normas do urbanismo jamais deverão colidir com os da Ecologia; a comunidade humana localizada só será sadia e segura na medida em que não agrida o meio-ambiente e, talvez, seja mais feliz na medida em que com ele se integre e se harmonize".

MACHADO (2002)[26] segue na mesma linha destacando o íntimo relacionamento entre urbanismo e meio ambiente: "Conciliar o desenvolvimento de nossas cidades, sua expansão demográfica, sua trajetória econômica, com hábitos saudáveis de vida, em ambiente puro e agradável, esse o desafio do momento presente".

Ensina MUKAI (2002, p. 53) que "o urbanismo, especialmente em países mais adiantados, se ocupa não mais do arranjo físico territorial das cidades, mas abrange, quantitativamente, um espaço maior (o território todo, englobando o meio rural e o meio urbano), e, quantitativamente, todos os aspectos relativos à qualidade do meio ambiente, que há de ser o mais saudável possível".

O Estatuto da Cidade estabelece regras e princípios para o adequado ordenamento das cidades tendo em vista promover o equilíbrio ambiental nos centros urbanos de forma que o crescimento urbano seja feito de forma sustentável.

---

[24] apud MEIRELLES (2003)
[25] apud MOREIRA NETO (1975, 56)
[26] apud MUKAI (2002, 54)

4.3.6.2 Meio ambiente e habitação

As questões urbanas e ambientais são indissociáveis. Entretanto, a ocupação do espaço urbano, tem sido feita de forma desordenada, sem planejamento, atingindo locais ambientalmente inadequados, o que acarreta, dentre outras conseqüências, enchentes, deslizamentos, disseminação de doenças e insegurança.

A regularização de assentamentos em locais ambientalmente impróprios em nada contribui para a melhoria das condições de vida de seus habitantes. Muito pelo contrário, pois além de se perpetuar o impacto ambiental que repercutirá na qualidade de vida de todos os cidadãos e não somente dos da região atingida, causa sérios riscos à saúde e segurança aos moradores destas regiões.

O direito fundamental de moradia deve ser conjugado ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado responsável pela vida em nosso planeta.

Neste sentido, destaca SILVA (2002) que a proteção do direito à vida garantido como direito fundamental depende das condições do meio ambiente, que, segundo nossa Constituição Federal, deve ser mantido ecologicamente equilibrado. Assim o meio ambiente ecologicamente equilibrado, embora não expressamente previsto no capítulo sobre direitos fundamentais deve ser considerado como tal, pois é pressuposto necessário para a sobrevivência humana, não podendo ser alterado por emenda constitucional.

O meio ambiente "é um valor preponderante que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, de respeito ao direito de propriedade e da iniciativa privada. Esses valores também são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem preponderar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, mediante essa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida humana" (SILVA, 2002a, p. 53).

Para se impedir a degradação ambiental nas cidades é necessária a realização de um planejamento que objetive a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos.

O Estatuto da Cidade dispõe de alguns instrumentos que permitem minimizar o processo de ocupação ilegal que tem ocorrido ao longo do tempo nas cidades, tais como a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda. Entretanto, estes instrumentos podem estimular ainda mais o processo de ocupação sem resolver o problema do direito de moradia digna para todos, perpetuando uma situação de insustentabilidade ambiental nas cidades.

A Lei nº 6.766/79 que dispõe sobre parcelamento do solo urbano, admite a regularização fundiária de loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem a observância das determinações da licença, no sentido de evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e em defesa dos direitos dos adquirentes de lotes portadores de justo título e boa-fé (arts. 38, 40 a 44). Entretanto, como sustenta CUSTÓDIO (2002, p. 215) trata-se de uma medida de exceção pois "o Direito Urbanístico, de natureza essencialmente preventiva, não admite qualquer diretriz contraditória ou qualquer instrumento politicamente demagógico que possa estimular o uso nocivo da propriedade imóvel urbana (pública ou privada) com invasões ou ocupações ilegais, conflitantes e incentivadoras da ilegal indústria dos loteamentos clandestinos ou irregulares, das favelas ou quaisquer outras habitações sub-humanas ou contrárias à dignidade da pessoa humana constituindo crime contra a Administração Pública (Lei nº 6766/79, arts. 50 a 52), crimes de ação pública (CP, art. 161, §1º, II) e crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural (Lei nº 9.605/98, arts. 62 a 64)".

Com relação à urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda devem ser observados os princípios constitucionais, do direito ambiental e do direito urbanístico os quais prevêem o adequado planejamento, o Estudo de Impacto Ambiental, o zoneamento ambiental como instrumentos que atestam se há viabilidade ambiental para ocupação de um determinado local, sem discriminar se os moradores são de classe baixa, média ou alta, garantindo-se então a todos qualidade de vida saudável.

Nestes termos, a lição precisa de CARVALHO (2000, p. 15): "As cidades ilegais devem ser objeto de intervenção do estado como intuito de promover a melhoria progressiva, mas determinada, destes *habitats* como direito das pessoas que ali vivem. Em muitos casos críticos deve-se fazer a remoção. Não

se pode simplesmente legalizar estes assentamentos subnormais e institucionalizar a miséria. Não se pode nivelar por baixo, porque isto é uma opção de subdesenvolvimento, para a barbárie. Para se libertar das armadilhas das soluções imediatistas de curto prazo, que a longo prazo anula-se, é necessário uma compreensão econômico-política da produção do espaço urbano (CARVALHO, 1996).

Segundo CARVALHO (2000) até que ponto pode-se melhorar um assentamento construído sobre uma canalização de gás ou sob uma rede de transmissão de alta tensão, ou de mananciais? A questão é que muitos destes assentamentos são de risco e têm causado mortes em várias cidades brasileiras, passando então a ser casos de polícia. A omissão do Estado continua, primeiramente em permitir estes assentamentos irregulares de risco, e em segundo lugar, em não prover as necessidades básicas de uma população marginalizada.

Dentro desta perspectiva, cumpre observar que o princípio da função social e ambiental da propriedade se refere ao adequado planejamento para a promoção do bem estar de toda a população. O atendimento a tal princípio não se confunde com medidas de assistência social (CF, arts. 203, 204), nem se limita apenas a programas habitacionais de interesse econômico e social destinados à população de baixa renda, uma vez que este princípio é aplicável a todos os planos, programas ou projetos urbanísticos e habitacionais do município, sem distinção de classe e no legítimo interesse geral de todos (CUSTÓDIO, 2002).

O direito à moradia digna para a população mais carente deve ser um objetivo a ser conquistado. É perfeitamente possível realizar isto por meio de um planejamento urbano democrático e políticas sociais adequadas. O que não é razoável é deixar chegar numa situação em que a qualidade do meio ambiente passa a ser um entrave para a melhoria do problema de habitação.

Caberá ao Poder Público municipal implementar uma política urbana que promova a função social e ambiental da propriedade com base num planejamento municipal adequado e democrático, comprometido com a melhoria da qualidade de vida de toda população das cidades, coibindo o abuso do direito de propriedade as ilegalidades produzidas e promovendo

políticas habitacionais adequadas para que a ocupação do espaço urbano seja feita de forma justa e ambientalmente sustentável.

4.4 A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE URBANA E AS DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CIDADE, LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO E CÓDIGO FLORESTAL.

Para que o princípio da função social e ambiental da propriedade não fique apenas num plano retórico, vago se faz necessária à busca de sua operacionalização, aplicação e efetivação dos seus elementos em campos específicos, como no caso da propriedade urbana. Assim, como o objetivo primordial do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana é a apropriação do espaço urbano de forma sustentável de modo a proporcionar melhoria da qualidade de vida para toda coletividade, este pode ser alcançado por meio da implementação de um adequado ordenamento territorial que contemple as diretrizes e instrumentos de planejamento e gestão territoriais ambientais previstos no Estatuto da Cidade em articulação com os dispositivos do Código Florestal e Lei de Parcelamento do Solo.

4.4.1 O adequado ordenamento do território municipal e o princípio da função social e ambiental da propriedade urbana

A Constituição Federal prevê a competência dos municípios para realizarem um adequado[27] ordenamento territorial. Para que a propriedade cumpra de maneira eficaz a sua função social e ambiental no âmbito municipal o ordenamento deverá ser feito por meio de um planejamento e gestão territoriais que incorporem a dimensão ambiental em seus procedimentos (art. 2º, II, IV e VI, *g* do Estatuto da Cidade), sob pena de inconstitucionalidade.

Segundo SOUZA (2003, p. 46) planejar significa "tentar simular os desdobramentos de um processo, com o objetivo de melhor precaver-se contra prováveis problemas ou, inversamente, com o fito de melhor tirar partido de prováveis benefícios". Por outro lado, segue o autor, "gestão remete ao presente: gerir significa administrar uma situação dentro dos marcos dos

[27] O termo "adequado" deve ser entendido de acordo com os valores previstos na constituição tais como o equilíbrio ecológico (art. 225) e o planejamento (art, 174).

recursos presentemente disponíveis e tendo em vista as necessidades imediatas. O planejamento é a preparação para a gestão futura, buscando-se evitar ou minimizar problemas e ampliar margens de manobra; a gestão é a efetivação, ao menos em parte (pois o imprevisível e o indeterminado estão sempre presentes, o que torna a capacidade de improvisação e a flexibilidade sempre imprescindíveis), das condições que o planejamento feito no passado ajudou a construir. O planejamento e a gestão são distintos, porém complementares e imprescindíveis" .

De acordo com SOUZA (2000) o planejamento está contido no sistema de gestão, uma vez que estrutura as diretrizes a serem seguidas pelos planos de ação e pela própria gestão. Dessa maneira, a gestão pode ser entendida como a prática do planejamento, devido aos elementos contidos dentro de um sistema de gestão. Cabe ao sistema de gestão fornecer a retroalimentação para que o planejamento, em um momento subseqüente, possa adequar as diretrizes à nova realidade do sistema, promovendo um desenvolvimento contínuo e dinâmico.

O planejamento e a gestão devem promover a conciliação entre o desenvolvimento e a manutenção do equilíbrio ecológico. Neste caso são conhecidos como planejamento e gestão ambientais.

O planejamento ambiental é definido por FRANCO (2001, p. 35) como "todo planejamento que parte do princípio da valoração e conservação das bases naturais de um dado território como base de auto-sustentação da vida e das interações que a mantém, ou seja, das relações ecossistêmicas". Tem como objetivo o desenvolvimento sustentável e pressupõe três princípios de ação humana sobre os ecossistemas, os quais podem ser combinados em diversos graus:

a) princípio da preservação: alguns ecossistemas, por representarem área de reserva de bancos genéticos de interesse para vida futura, devem permanecer intocável;

b) princípio da recuperação: prevê a recuperação de áreas alteradas pela ação humana.

c) princípio da conservação: pressupõe a utilização dos recursos naturais pelo homem sem degradar o meio.

SANTOS (2004, p. 28), por sua vez entende que o planejamento ambiental consiste "na adequação de ações à potencialidade, vocação local e à sua capacidade de suporte, buscando o desenvolvimento harmônico da região e a manutenção da qualidade do ambiente físico, biológico e social". Deve avaliar as potencialidades e fragilidades do meio, definindo a ocupação deste de acordo com suas características. As demandas sociais se sobrepõem às econômicas e as restrições ambientais se sobrepõem às sociais e econômicas.

Já a gestão ambiental é definida por COIMBRA (2002, p. 466) como "um processo de administração participativa, integrado e contínuo, que visa à compatibilização das atividades humanas com a qualidade de vida e a preservação do patrimônio ambiental, através da ação conjugada do Poder Público e da sociedade organizada em seus vários segmentos, mediante priorização das necessidades sociais e do mundo natural, com alocação dos respectivos recursos e mecanismos de avaliação e transparência". No âmbito municipal, corresponde à um "processo político-administrativo que incumbe ao Poder Público Local (Executivo e Legislativo) para, com a participação da sociedade civil organizada, formular, implementar e avaliar políticas ambientais (expressas em planos, programas e projetos), no sentido de ordenar as ações do Município, em sua condição de ente federativo, a fim de assegurar a qualidade ambiental como fundamento da qualidade-de-vida dos cidadãos, em consonância com os postulados do desenvolvimento sustentável, e a partir da realidade das potencialidades locais" (COIMBRA, 2002, p. 466).

Para SOUZA (2000, p. 27), gestão ambiental pode ser entendida como o "conjunto de procedimentos que visam à conciliação entre desenvolvimento e qualidade ambiental", devendo ser observada a capacidade de suporte do meio ambiente e as necessidades identificadas pela sociedade civil, governo e iniciativa privada.

O processo de planejamento e gestão resultará no adequado ordenamento do território. Este segundo PARDAL (1997)[28] é um espaço topológico que reúne indiscriminadamente elementos físicos e sociais com os seus movimentos, práticas e relações, (...), pelo que se constitui "como um conjunto universal onde se referenciam as categorias fundamentais das

[28] Apud BRITO (1997, 136)

análises física e sócio-econômica". O território é o palco que serve de infra-estrutura e de marco físico da realidade jurídico-social necessária para que o Estado Democrático em nome da população e com a sua participação cumpra seus objetivos (promover a justiça social, a dignidade de todos, a melhoria da qualidade de vida, etc).

Para se ordenar um território é necessário o conhecimento do meio físico, natural, econômico e social. Trata-se de uma atividade complexa, uma vez que ordenar a utilização do solo em termos racionais de equilíbrio ecológico é disciplinar a própria atividade humana. Nestes termos o ordenamento do território é sempre uma questão política que deve ser decidida pelo poder público, iniciativa privada e sociedade, não cabendo o privilégio da decisão apenas aos arquitetos, geógrafos, economistas, sociólogos ou qualquer outra classe de peritos (embora devam participar da elaboração do planejamento e gestão e das tomadas de decisão).

Assim, ordenar o território significa arranjar, organizar o território. "Consiste em implementar um conjunto de medidas concertadas que regulamentem a utilização do espaço de modo a melhorar as condições de vida dos indivíduos, a desenvolver as actividades económicas e a valorizar os recursos e o património, evitando perturbar gravemente os equilíbrios naturais" (BRITO, 1997, p. 135). Trata-se de um processo dinâmico, contínuo, flexível e participativo que procura encontrar o justo equilíbrio entre o homem, o solo e os recursos naturais.

Portanto, o adequado ordenamento do território é o resultado de um processo dinâmico de planejamento e gestão ambientais conduzidos pelo poder público com a participação da iniciativa privada e a sociedade civil em que haverá a tomada de decisão relativa à ocupação e o uso do território.

No tocante ao princípio da função social e ambiental da propriedade urbana para que este princípio possa ter efetividade e concretize a qualidade de vida nas cidades há necessidade da implementação de um adequado ordenamento do território municipal, conformador do direito de propriedade, que leve em consideração os instrumentos de planejamento e gestão ambientais adequados ao cumprimento das diretrizes da política urbana e que possam viabilizar, da melhor maneira possível, a promoção da apropriação do espaço urbano de forma sustentável.

4.4.2 A competência do município para dispor sobre ordenamento do território

A competência para concretização do princípio da função social e ambiental da propriedade mediante o adequado ordenamento do território municipal é dos municípios, devendo este ser realizado mediante um processo de planejamento e gestão territoriais, garantida a participação pública de forma democrática.

A Constituição Federal atribuiu competência material comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" e preservar as florestas, a fauna e a flora"(art. 23, VI e VII). Assim, qualquer dos entes públicos mencionados tem poder para aplicar a legislação ambiental, ainda que essa não tenha sido de sua autoria. Por exemplo, o município não pode legislar sobre as águas, mas pode, e deve, aplicar a legislação federal de águas no ordenamento do território municipal (MACHADO, 2003).

Segundo o art. 24, VI compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Neste caso caberá à União estabelecer normas gerais. Estas são "todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem discriminações, ou seja, normas de aplicação isonômica em todo território nacional" (FARIAS, 1999, p. 294). Aos Estados caberá suplementar às normas gerais da União ou na falta destas exercer competência plena para atender suas peculiaridades através de lei estadual, sendo que esta é suspensa na sua eficácia quando sobrevém lei federal geral que contrarie a lei estadual anterior (parágrafos do art. 24 da CF). Aos Municípios caberá legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, I e II, ambos da Constituição Federal).

De acordo com o inciso I do art. 30 da CF compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, que, segundo a melhor doutrina, significa interesse predominantemente local. A União e Estados, por sua vez, irão legislar sobre seus respectivos interesses. Destaca MACHADO (2003)

que, ao procurar a utilidade nacional, não poderá a União prejudicar concretamente o direito dos munícipes à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se tal ocorrer, a disposição federal merecerá ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Vale lembrar que o art. 21, IX da CF estabelece competência material exclusiva para a União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território sendo que no âmbito municipal a competência para promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"é do município (art. 30, VIII).

Este dispositivo deve ser interpretado à luz do art. 23, VI e VII da Constituição Federal, que dispõem que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, da fauna e da flora. Sendo assim, é possível deduzir que o adequado ordenamento significa, além de outras medidas, proteger o meio ambiente no processo de ordenamento do território municipal.

Deve-se destacar que não se trata, portanto, de meramente legislar sobre uso, parcelamento e ocupação do solo, mas planejar para o adequado ordenamento territorial. Não é possível considerar que a legislação desarticulada que resulta do atual processo decisório realiza de fato um adequado ordenamento territorial. Ordenação não é apenas a definição de um regime jurídico qualquer, mas de um regime coerente, capaz de produzir ordem e não desordem (PINTO, 2001). E esta ordenação deve ser feita de acordo com os valores previstos na própria Constituição, notadamente, a promoção do desenvolvimento sustentável.

4.4.3 O Plano Diretor

O resultado do processo de planejamento é o plano, que "é o meio pelo qual se instrumentaliza o planejamento" (SILVA, 2000, p. 85). Nas cidades este processo se traduz no plano diretor, que deverá contemplar as exigências

fundamentais de ordenação da cidade e deverá ser gerido de forma democrática pela sociedade.

No âmbito urbano a propriedade deverá seguir diretrizes específicas para cumprir a sua função social e ambiental, notadamente àquelas expressas no plano diretor.

O Estatuto da Cidade ao estabelecer o conteúdo mínimo obrigatório do Plano Diretor limitou-se a prever apenas instrumentos de cunho urbanístico, a saber, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir sem estabelecer critérios ambientais bem definidos para aplicação destes.

Além disso, não previu a devida articulação do plano diretor com os instrumentos de proteção ambiental. Estes estão previstos no art. 4º de forma genérica, sem obrigatoriedade e regulamentação adequada para aplicação em âmbito municipal.

Entretanto, embora o art. 39 do Estatuto da Cidade que trata do plano diretor não faça menção expressa à proteção ambiental a expressão "qualidade de vida" e as disposições finais deste artigo remetem às diretrizes do art. 2º que preconizam a promoção da sustentabilidade no âmbito das cidades.

Como um instrumento fundamental de gestão territorial urbana, o Plano Diretor deverá contemplar os aspectos ambientais envolvidos na produção do espaço urbano.

Com efeito, destaca BRAGA et al. (2001) que o documento do Ministério do Meio Ambiente chamado "Cidades Sustentáveis", para a formulação e implementação de políticas públicas compatíveis com os princípios de desenvolvimento sustentável definidos na Agenda 21, estabelece quatro estratégias de sustentabilidade urbana sendo que duas remetem diretamente ao Plano Diretor:

1) "aperfeiçoar a regulação do uso e da ocupação do solo urbano e promover o ordenamento do território, contribuindo para a melhoria das condições de vida da população, considerando a promoção da eqüidade, eficiência e qualidade ambiental;

2) promover o desenvolvimento institucional e o fortalecimento da capacidade de planejamento e gestão democrática da cidade, incorporando no

processo a dimensão ambiental urbana e assegurando a efetiva participação da sociedade." (BRAGA et al. 2001, p. 99)

O Plano Diretor é um instrumento obrigatório para cidades que cumpram um dos requisitos do art. 41 do Estatuto da Cidade. No que se refere ao processo de elaboração do Plano diretor o Estatuto da Cidade determina que o plano diretor deverá:

a) ser aprovado por lei municipal; o direito brasileiro prevê no art. 5º da Constituição Federal que toda obrigação será criada por meio de lei (art. 5º, II). Cumpre observar que as regras sobre imposição e alteração de zoneamento têm suscitado divergência jurisprudencial quanto ao instrumento legal para sua efetivação. Alguns julgados entendem que só podem ser consubstanciadas em lei municipal; outros as admitem por decreto do prefeito. Segundo MEIRELLES (2003) as normas de zoneamento (diretrizes, critérios, usos admissíveis, tolerados e vedados nas zonas previstas) deverão ser veiculadas por lei ao passo que a fixação de zonas (individualização de zonas e especificação dos usos concretamente para cada local) será veiculado por decreto.

b) englobar o território do município como um todo (em que pese a opinião de MUKAI (2002) no sentido de que o plano diretor estaria restrito apenas a zona urbana, entendemos com amparo no art. 40, parágrafo 2º que menciona expressamente que o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo). Na lição de MACHADO (2003, p. 370) "a redação deste parágrafo não diz expressamente que o plano diretor deve abranger ao mesmo tempo a parte urbana e a parte rural, mas está subentendido tal diretriz. Não me parece que a lei tenha sido inconstitucional nesse ponto, pois a norma geral federal tentou indicar meios de se implementar a função social não só da propriedade urbana, como também da propriedade rural. Vejo como uma carência criticável a omissão do Município em se ocupar do planejamento rural de seu território de forma entrelaçada com o plano urbano. Basta refletir-se na necessidade de integrar a moradia de trabalhadores rurais nas zonas urbanas e suburbanas e suas atividades na zona rural; a localização de aterros sanitários para os rejeitos domiciliares; a necessidade da proteção dos mananciais de abastecimento hídrico". SUNDFELD (2003) ressalta que a política urbana e a política fundiária estão em capítulos diferentes na Constituição sendo que a última está ligada ao problema social da distribuição

das terras e de sua exploração econômica. Já a política urbana se relaciona com os assuntos do meio rural na medida que tem como objetivo disciplinar a passagem de uma área da zona rural para zona urbana, proteger os recursos naturais responsáveis pelo desenvolvimento das cidades, enfim, disciplinar as questões espaciais do meio rural naquilo que não estiverem diretamente relacionadas à política agrária. Assim, a zona rural deve ser abordada somente em seus aspectos urbanísticos. Nestes termos o zoneamento urbano, ressalta SILVA (2000, p. 232), não deve restringir-se a fixar o uso do solo urbano. Há que projetar-se para fora do perímetro urbano, visando a ordenar o uso de todo o território sob jurisdição municipal. Ainda que os municípios não tenham competência para definir o uso do solo para fins agrícolas e pastoris, o certo é que lhes cabe orientar a urbanificação do seu território, pelo quê se insere em sua competência declarar que solo fora do perímetro urbano não deva urbanizar-se, com o quê, em verdade, de modo negativo, estarão qualificando o solo que há de permanecer com seu uso rural. Servindo-se do zoneamento de uso, o Município definirá não só as zonas de uso do perímetro urbano, mas também ordenará os usos futuros do território municipal para fins de expansão urbana ou de áreas urbanizáveis. Nestes termos, será utilizado neste trabalho o termo "zoneamento municipal".

c) possibilitar a participação pública na gestão e planejamento das cidades através de audiências públicas, publicidade com relação aos documentos e informações produzidos e acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. Ressalte-se que o poder público deve garantir a participação pública no processo de elaboração do plano diretor e a fiscalização de sua implementação.

Além disso, os dispositivos da Lei de Parcelamento do solo (6.766/79) deverão ser observados pelo plano diretor, e como este deve englobar todo território do município, deverão ser observadas também as disposições relativas às unidades de conservação (Lei 9.985/2000), às terras indígenas que possam existir em algum município e ao Código Florestal (Lei 4.771/65), notadamente às reservas legais e áreas de preservação permanente (estas serão tratadas em item próprio).

A reserva legal não se aplica à propriedade urbana, entretanto sua localização deverá levar em conta o plano diretor municipal conforme prevê o

art. 16§ 4º do Código Florestal que dispõe: "a localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver: I – plano de bacia; II – plano diretor municipal; III – o zoneamento ecológico-econômico; IV – outras categorias de zoneamento ambiental; V – a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente , unidade de conservação ou outra área legalmente protegida". Cabe ressaltar que as reservas legais averbadas não são passíveis de alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação de área - art. 16 §8 - o art. 16 § 5º, com redação determinada pela MP 2.166-67/2001 que previu algumas hipóteses de redução ou ampliação da Reserva Legal Florestal pela Administração Pública. Segundo COSTA NETO (2003) a exigência de averbação não constitui condição de existência da reserva legal, pois a reserva existe independentemente da averbação.

Para que o plano diretor possa promover no âmbito municipal o exercício do direito de propriedade de forma a cumprir sua função social e ambiental de acordo com os parâmetros constitucionais, deverá levar em conta as características e as limitações ambientais do espaço urbano ao determinar o seu uso e ocupação, bem como se adaptar às disposições relativas às diretrizes da política urbana, previstas no art. 2º do Estatuto, notadamente sobre ordenação do solo, proteção ambiental e participação democrática. Além disso, deverá se articular, para concretização destas diretrizes, com os instrumentos de proteção ambiental previstos no art. 4º, a saber, o Estudo de Impacto Ambiental e o Zoneamento Ambiental.

4.4.4 A disciplina do parcelamento do solo

A estruturação da expansão da cidade é feita pelo processo de parcelamento do solo, disciplinado no Brasil pela Lei 6.766/79 (Parcelamento do solo). Esta lei estabelece exigências para que o parcelamento do solo seja

feito de forma compatível com o interesse público. Em seu art. 3º prevê que "somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal".

A referida lei estabeleceu em seu parágrafo único quatro hipóteses em que não será permitido o parcelamento do solo:

I – em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II – em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III – em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV – em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção". Vale lembrar neste inciso que as áreas de preservação permanente, bem como parques estaduais e municipais estão abrangidos pela expressão "áreas de preservação ecológica" (MACHADO, 2004).

A análise para constatar a viabilidade do terreno não foi prevista pela lei. "Essa análise equivale a um Estudo de Impacto, ou seja, uma avaliação prévia, evitando-se a constatação dos prejuízos depois que o projeto está em marcha ou até executado" (MACHADO, 2003, p. 397).

O parcelamento do solo para fins urbanos transforma glebas rurais em lotes urbanos edificáveis. O proprietário somente poderá parcelar sua gleba caso esta esteja inserida numa das hipóteses previstas no artigo 3º da referida lei, excluindo-se os casos previstos no parágrafo único deste artigo.

Após o cumprimento das exigências previstas na lei o direito de construir incorpora-se ao terreno, que passa a ser qualificado de lote (PINTO, 2001). Este é considerado pela lei como terreno destinado à edificação, em oposição à gleba, que é inedificável, devendo respeitar a legislação urbanística e ambiental, que deve ser resultado de um planejamento adequado que incorpore os aspectos ambientais notadamente sobre densidades, áreas verdes, relação espaço público e privado, parcelamento, uso e ocupação do solo.

4.4.5 O ordenamento do uso e a ocupação do solo municipal

A Constituição Federal de 1988 (art. 182) previu que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade para que seja possível a materialização do o princípio da função social (e ambiental) da propriedade na esfera municipal.

Um dos aspectos mais importantes relacionados ao ordenamento da cidade se refere à ordenação do uso e ocupação do solo.

De acordo com SILVA (2000) há uma relação íntima entre uso e ocupação do solo, uma vez que só se ocupa o solo para nele exercer um determinado uso. Segundo este autor o termo "zoneamento[29]" é utilizado para as regras relativas aos usos, enquanto o termo "modelo de assentamento urbano" é utilizado para regras de ocupação do solo que dizem respeito às densidades permitidas. Assim, um mesmo tipo de uso permitirá diferentes modelos de assentamento urbano.

4.4.5.1 O zoneamento e o uso do solo

O zoneamento, nos moldes da tradição urbana, pode ser definido como um "conjunto de normas legais que configuram o direito de propriedade e o direito de construir, conformando-os ao princípio da função social" (SILVA, 2002b, p. 233).

O modelo tradicional de zoneamento tem caráter funcional, ou seja, a divisão da cidade em zonas, de acordo com as categorias de usos e atividades. Prevê a separação de usos evitando os que se mostrarem conflitantes.

Ensina SOUZA (2003) que a idéia de separação rígida entre os diferentes usos da terra e as diversas funções do viver em nome da ordem e da higiene encontrou seu auge com a realização do 4º Congresso Internacional de Arquitetura Moderna o qual produziu um documento denominado Carta de Atenas e teve como maior expoente o urbanista Le Corbusieur. Este tipo de

[29] No presente trabalho foi adotada a terminologia usada por SILVA (2000) que separa uso do solo (zoneamento) e ocupação do solo (referente à modelo de assentamento que trata das

planejamento urbano que tem como principal instrumento o zoneamento funcionalista e ficou conhecido como urbanismo modernista foi resultado de uma tentativa de melhor adaptar as cidades à era industrial e as necessidades do capitalismo, inserindo no ambiente urbano a ordem e a racionalidade por meio das categorias da produção industrial ("a casa é uma máquina de morar", "onde reina a ordem nasce o bem-estar" - LE CORBUSIEUR, 2003)[30] com o objetivo de promover o progresso e harmonia sociais que seriam alcançados por meio da reestruturação do espaço.

Este modelo tem sido criticado pela doutrina, por apresentar ao longo do tempo um caráter de disciplinamento da propriedade urbana sob o ponto de vista eminentemente econômico, voltado mais para os interesses do mercado imobiliário sem se preocupar com os problemas sociais e ambientais da cidade. Neste sentido, DALLARI (1999)[31] chama atenção para o "corrompimento" do zoneamento na cidade de São Paulo em decorrência de um jogo de interesses marcado pela ilegalidade, imoralidade e pela falta de transparência e participação efetiva do público.

Segundo ARANTES, O; VAINER C.; MARICATO; E. (2002), o zoneamento funcional apenas legitima os usos já consolidados, aumentando a exclusão social que tem como uma de suas conseqüências a degradação ambiental promovida por esta dinâmica de exclusão habitacional. Segue a autora afirmando que "as áreas ambientalmente frágeis – beira de córregos, rios e reservatórios, encostas íngremes, mangues, áreas alagáveis, fundos de vale – que, por essa condição, merecem legislação específica e não interessam ao mercado legal, são as que sobram para a moradia de grande parte da população. As conseqüências são muitas: poluição dos recursos hídricos e dos mananciais, banalização de mortes por desmoronamentos, enchentes, epidemias etc." (ARANTES, O; VAINER C.; MARICATO; E. , 2002, p. 162).

Uma das conseqüências do zoneamento apontada pela doutrina é a especulação imobiliária. Esta, segundo CAMPOS FILHO (2001)[32], assume

---

questões sobre densidade) para justamente tratar de forma separada as questões sobre uso e densidade.

[30] apud SOUZA, (2003,126)

[31] apud MILLIKAN (1999)

[32] apud BRAGA (2001)

especificamente duas formas que são conseqüências diretas ou indiretas do zoneamento. No primeiro caso, o zoneamento por conta do estabelecimento de normas de uso e ocupação do solo, pode acarretar ganhos especulativos aos proprietários, como, por exemplo, na ampliação do perímetro urbano que implica transformação de solo rural em solo urbano o que aumenta o preço da terra e resulta num aumento de renda do proprietário, sem que este tenha feito qualquer tipo de investimento. No segundo caso, o estabelecimento de normas exageradamente restritivas pode acarretar a sua não observância, dando uma vantagem ao empreendedor clandestino face ao que age conforme a lei. "É a velha fórmula de criar dificuldades para vender facilidades" (BRAGA, 2001, p. 106).

O zoneamento funcional que não leve em conta os aspectos sociais e ambientais está em desacordo com a função social e ambiental da propriedade, na medida em que exclui a maior parte da população da "área planejada" para lugares inapropriados acarretando graves impactos ambientais.

Destaca CARVALHO (2000) que o zoneamento tem como objetivo a organizar as localizações das atividades urbanas, tendo em vista principalmente as desigualdades sociais. Neste sentido, os países centrais obtiveram um grau de sucesso muito maior que os países periféricos.

Segue o autor afirmando que nos países periféricos o impacto da urbanização e industrialização ocorreu de forma muito mais drástica e acelerada comprometendo uma organização territorial mais eficaz. Nestes países em que a população marginalizada compreende a maior parte, a desigualdade social é mais acentuada e a dimensão dos problemas sociais é muito maior, a implantação de um planejamento urbano moderno e eficiente não obteve êxito. Assim, surgiram nas cidades periféricas, duas cidades, a legal, com padrões satisfatórios de habitação e a ilegal, com moradias precárias em locais inadequados.

Parte da doutrina mantém uma postura crítica em relação aos instrumentos legais de gestão urbana, entendendo que se trata de instrumentos que perpetuam uma situação de exclusão social que ocorre nas cidades. Este posicionamento defende a flexibilização da legislação e a regularização dos loteamentos clandestinos que em sua maioria são implantados de forma precária em áreas que oferecem risco ambiental e à

própria população dando pouca ênfase às condições sociais desiguais de acesso à moradia e submetendo o meio ambiente, bem de uso comum de todos, aos "interesses sociais" de uma parcela da população.

Entretanto, este tipo de posicionamento acaba favorecendo a manutenção desta situação, incentivando-se novas invasões. Neste sentido comenta CARVALHO (2000, p. 7): "a regularização de assentamentos urbanos precários pela implantação ou localização, devido a insustentabilidade de certos geosistemas, não melhora a qualidade de vida das pessoas que os habitam, mas se omitem na necessidade imperiosa de resgatar-lhe a vida urbana digna, ou seja, a cidadania. É o nivelamento por baixo que sempre viabiliza maiores pressões para baixar o nível de vida destas pessoas que se procura proteger e, na verdade, viabiliza a aceleração da acumulação excludente".

Segundo SOUZA (2003) um zoneamento de uso do solo funcionalista não precisa ser elitista ou excludente, com objetivos de segregação residencial e separação de grupos sociais, nem precisa ser rígido quanto à separação dos usos.

De fato, a rigidez excessiva havendo no máximo alguma permissão de "uso misto" (comercial e residencial, principalmente) para certas áreas é uma crítica que a doutrina faz a este tipo de zoneamento. Segundo TURNER (1998), uma conseqüência lamentável dos planos de zoneamento é a restrição à diversidade de usos do solo. Da mesma forma que em um habitat natural, há uma rede de interação entre animais e plantas, cujas comunidades têm proteção mútua e reciclam seus sub-produtos, as comunidades humanas, para maior eficiência, também necessitam ocupar áreas de uso misto. No mesmo sentido, para JACOBS (2000) as cidades necessitam da diversidade de usos, mais complexa e densa, que propicie entre eles uma sustentação mútua e constante, tanto econômica, quanto social; e o zoneamento combate essa diversidade, racionaliza a urbanização, transformando-a em coisa estéril, rígida e vazia.

Todavia, a separação excessiva pode ser evitada, sem que isto signifique oferecer privilégios ao capital privado. Com efeito, a combinação de certos usos (levando-se em conta os fatores naturais, as características do espaço construído, a dinâmica social e as necessidades dos moradores),

podem ser muito úteis. Por outro lado, a instalação de templos religiosos e bares que causam a poluição sonora em zonas residências que restringem este tipo de atividade deve ser rigorosamente coibida. Do mesmo modo a instalação de indústrias poluentes que agridam o meio ambiente e a saúde das pessoas devem ter sua localização criteriosamente analisada.

O importante é que na definição do ordenamento do uso do solo se impeça a prevalência dos interesses elitistas, se eliminem os usos cuja localização contígua seja considerada incompatível ou inconveniente, evitando-se uma rigidez excessiva, possibilitando a compatibilização entre a participação pública de forma democrática e as diretrizes de ordem técnica nos procedimentos de tomada de decisão e se considere os aspectos ambientais na sua elaboração, segregando-se os usos ambientalmente incompatíveis e definindo-se zonas especiais de proteção ambiental.

4.4.5.2 A ocupação do solo e a densidade urbana

A ocupação do solo (modelo de assentamento urbano), segundo SILVA (2000), tem como objetivo realizar o equilíbrio da densidade urbana – que considera dois problemas: a densidade populacional e a densidade de edificação. A primeira consiste na distribuição da população no solo urbano, relacionando habitante com área urbana, área urbanizável, área urbana global ou líquida (isto é, contando, ou não, as vias). A segunda consiste na quantidade de edificação (metros quadrados de área construída) relacionada à área do terreno (coeficiente de aproveitamento – quantidade de edificação, em metros quadrados, que pode ser construída na superfície edificável do terreno - , taxa de ocupação – área do terreno que será ocupada).

A definição das densidades urbanas deve ser feita com base na capacidade de suporte dos equipamentos sociais urbanos existentes e as limitações de ordem ambiental (capacidade de suporte do meio ambiente), evitando-se a ocupação ou a indução à ocupação de áreas inadequadas.

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar o uso da propriedade de forma que ela cumpra a sua função social previu em seu art. 182, § 4º que "é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área

incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não edificado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de: I) parcelamento ou edificação compulsórios; II) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais". O Estatuto da Cidade regulamentou este dispositivo dispondo que o plano diretor contenha, no mínimo a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei (art. 42, I). Dispõe o art. 5º: "Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do uso do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar condições e os prazos para implementação da referida obrigação". Já no art. 8º foi previu o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação.

Esta disposição que obriga a edificação em áreas não edificadas ou subutilizadas vinculada à existência de infra-estrutura pode estimular o aumento das densidades simplesmente por conta da ociosidade da área, sem que se leve em conta as limitações de ordem ambiental.

A definição da densidade na ocupação do solo urbano é um assunto que diz respeito a vários problemas como os congestionamentos, poluição, falta de área verde e de lazer, baixa qualidade ambiental, problemas de drenagem urbana, limitação de espaço residencial que aumenta os custos e valores do espaço urbano, etc. (ACIOLY E DAVIDSON, 1998).

Com relação aos níveis de densidade ACIOLY E DAVIDSON (1998) mostram as vantagens e os problemas das altas e baixas densidades. Assim a alta densidade oferece as seguintes vantagens: eficiência na oferta de infra-estrutura, uso eficiente da terra, geração de receitas, vitalidade urbana, maior controle social, economias de escala, facilidade de acesso aos consumidores e maior acessibilidade a emprego. Problemas: sobrecarga nas infra-estruturas, criminalidade, poluição, maiores riscos de degradação ambiental,

congestionamentos e saturação do espaço. Com relação às baixas densidades os autores mencionam as seguintes vantagens: possibilidade de saneamento de baixo custo, menos poluição e mais silêncio e tranqüilidade. Problemas: precária acessibilidade aos serviços, pouca interação e controle social, excesso de consumo de terra urbana e infra-estrutura, altos custos para oferta e manutenção de serviços e altos custos e precariedade do transporte público.

As baixas densidades apresentam vantagens sob o ponto de vista eminentemente ambiental ao passo que sob a ótica socioeconômica as altas densidades apresentam maior eficiência. O importante na definição destas taxas é que possa haver a compatibilização entre os dois aspectos.

O que não é possível admitir é ocupar uma área somente por conta da sua ociosidade sem se observar critérios de ordem ambiental e de qualidade de vida (aumento de poluição, falta de áreas verdes, surgimento de ilhas de calor, etc) nesta ocupação.

Não se deve pensar apenas em aumentar a disponibilidade de moradia em nome dos interesses sociais quando se fala em áreas não utilizadas ou subutilizadas, mas também em instalação de parques, áreas verdes, praças, bem como a recuperação das áreas de preservação permanente e a melhoria da drenagem urbana.

É necessário tornar a densidade de ocupação com a capacidade de infra-estrutura de serviços urbanos coerente com a capacidade de suporte em termos ambientais.

Assim, a identificação das áreas incluídas no plano diretor a serem submetidas ao parcelamento ou edificação compulsórios deve ser objeto de análise das condições de moradia da população bem como da possibilidade de melhoria da qualidade ambiental das cidades.

4.4.6 A ocupação do solo: os espaços livres, as áreas verdes e as praças

A falta de espaços livres, notadamente de praças e áreas verdes tem gerado sérios problemas ambientais, entre eles o aumento de poluição, temperatura mais elevada e problemas de drenagem urbana. É possível destacar dois fatores que estão na origem deste problema. O primeiro diz

respeito ao interesse do proprietário em lotear o máximo sua gleba o que diminui o espaço para instalação de praças e áreas verdes; o segundo, como se não bastasse o primeiro, refere-se à pressão imposta por setores da sociedade para desafetação dos parcos espaços livres existentes com a finalidade de vender ou edificar prédios públicos.

Com relação ao primeiro problema, atualmente tem-se observado o abuso no exercício do direito de propriedade que tem sido feito de forma desordenada, movido apenas pelo lucro, explorando o bem até as últimas conseqüências em detrimento da manutenção ou instalação de parques, praças e jardins, pois como ensina MORANT (1971, p. 3) "la realización de espacios libres para parques y jardines será cuidadosamente evitada y considerada como uma innecesaria pérdida económica. El resultado de esta concepción política ha sido descrita en muchos libros y es de todos conocido; la cosntrucción de unas ciudades unhumanas, insalubres y totalmente inadecuadas para el desarrollo da la persona humana".

A Lei 6.766/79 (Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano) prevê como requisitos urbanísticos mínimos as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamentos urbano e comunitário e espaços livres de uso público, que serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem (art. 4º, I).

De acordo com a redação original da Lei 6.766/79, as áreas públicas não poderiam ser inferiores a 35% da gleba loteada, mas essa exigência foi revogada pela nova redação do art. 4º, §1º que dispõe: "A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento".

Com relação à área do lote o art. 4º, II estabelece que estes terão no mínimo 125 metros quadrados e frente mínima de 5 metros, salvo quando a legislação estadual, ou municipal determinar maiores exigências ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes. Além disso, previu (art. 4º, III) a reserva obrigatória de uma faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado, salvo maiores exigências da

legislação específica, ao longo de águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos.

Embora a lei tenha previsto o tamanho mínimo dos lotes, a reserva de faixa *non aedificandi*, a obrigatoriedade da presença de espaços livres, inclusive praças nos loteamentos (art. 4º. I e art. 9º, §1º, IV), a inexistência de uma proporção mínima entre espaço livre, notadamente entre área verde, e área edificável prevista em norma federal, deixando para os municípios estabelecerem em seus planos diretores ou leis municipais esta proporção pode facilitar a prevalência dos interesses individuais em detrimento dos interesses sociais e ambientais (MORANT, 1971; MACHADO, 2003), notadamente em alguns municípios em que a participação pública e por conseqüência a promoção do interesse social e ambiental no destino da cidade é ínfima.

De qualquer maneira a elaboração de um planejamento de acordo com as diretrizes ambientais previstas no Estatuto da Cidade deverá levar em conta a proteção e a delimitação de áreas verdes, contribuindo para que a propriedade cumpra a sua função social e ambiental.

Discorrendo sobre a importância de áreas verdes nas cidades menciona SILVA (2000) que o regime jurídico de áreas verdes pode incidir sobre espaços públicos ou privados. A legislação urbanística poderá impor aos particulares a obrigação de criar ou preservar as áreas verdes em seus terrenos, ainda que permaneçam com sua destinação ao uso dos próprios proprietários. As áreas verdes, sejam elas públicas ou privadas, não têm função apenas recreativa, mas promovem o equilíbrio do meio ambiente urbano.

Com relação ao segundo problema, a Lei 6.766/79 previu em seu art. 17 que "os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta lei". O art. 22, por sua vez dispõe que "desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo".

Os espaços públicos não são expropriados pelo município, mas transferidos gratuitamente pelo proprietário do loteamento, pois, o município tem competência vinculada para gerir essa parte do loteamento. Nestes termos, a integração das praças e áreas verdes no domínio municipal se faz no intuito de ter quem as administre. O município não age como proprietário delas, mas como administrador, gestor desses bens (MEIRELLES, 2000; MACHADO, 2003).

Retirou-se de modo expresso o poder dispositivo do loteador sobre as praças, as vias e outros espaços livres de uso comum (art. 17 da Lei 6.766/79), mas de modo implícito, vedou-se a livre disposição desses bens pelo município. Este só teria liberdade de escolha nas áreas do loteamento que desapropriasse e não naquelas que recebeu por título gratuito. De fato, de acordo como art. 180, VII da Constituição Estadual de São Paulo de 1989 "as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originalmente estabelecidos, alterados" (MACHADO, 2004). Nestes termos, é ilegal a conduta de algumas administrações que utilizam espaços vazios para construção de edifícios públicos, onde deveria haver uma área verde ou uma praça uma vez que o poder público é apenas gestor do bem e não pode fazer o que bem entender.

Dispõe o Código Civil que as praças são bens públicos (bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito interno, art. 98) de uso comum do povo (art. 99). Ressalta o art. 100 do CC que "os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar". São características dos bens públicos a inalienabilidade, entretanto, esta é absoluta apenas para os bens insuscetíveis de valoração patrimonial (DI PIETRO, 1999, p. 523) como os rios, mares, praças. Devem ser acrescentadas a estes bens as áreas verdes, pois além da enumeração do art. 99, antigo art. 66 do Código Civil, não ser exaustiva, apenas exemplificativa (MEIRELLES, 2000), as áreas verdes possuem uma função fundamental para o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida (art. 225 da CF).

A política dos espaços verdes deverá de ser estabelecida por um planejamento e gestão urbanas que promova a manutenção e criação destes

espaços ao redor das cidades, entre as habitações e centro das cidades, tendo como objetivo a manutenção do equilíbrio ecológico nas cidades (SILVA, 2000).

4.4.7 O planejamento do desenvolvimento das cidades e as áreas de preservação permanente

Segundo o Estatuto da Cidade o planejamento das cidades deverá evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (art. 2º, IV). Um dos instrumentos mais importantes de proteção ambiental dos centros urbanos, notadamente de proteção dos recursos hídricos, são as Áreas de Preservação Permanente. Estas consistem numa área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º do Código Florestal, que limitam o exercício do direito de propriedade, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art 1º, *caput* e II).

Os limites impostos para estas áreas deverão ser observados nas cidades. Assim, o argumento que sustenta a não aplicação do Código Florestal em áreas urbanas deve ser afastado. Com efeito, dispõe a parágrafo único do art. 2º (com redação alterada pela Lei nº 7.803) do Código Florestal que "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 território abrangido, observar-se-á o dispositivo nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo". De acordo com ANTUNES (2001) este parágrafo foi recepcionado pelo artigo 30 da Constituição Federal sendo que os municípios não poderão flexibilizar os parâmetros estabelecidos neste artigo.

Ademais, o Estatuto da Cidade prevê entre suas diretrizes a garantia do direito a cidades sustentáveis, o planejamento do desenvolvimento das cidades de modo a corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos

negativos sobre o meio ambiente e o ordenamento e controle do uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental. Nestes termos, a supressão das matas ciliares e a impermeabilização do solo constituem as principais causas de enchentes nas áreas urbanas o que prejudica sensivelmente a qualidade de vida dos habitantes (FIGUEIREDO, 2003). Cabe esclarecer que o dispositivo mencionado não autoriza os municípios a deliberar sobre as áreas de preservação permanente, devendo ser respeitados os limites impostos pelo Código Florestal na elaboração do plano diretor[33], podendo apenas aumentar as exigências, jamais diminuí-las, conforme dispõe os arts. 23 (VI e VII) e 24, (VI e §2º) da CF. (MACHADO, 2004; SILVA, 2002, 191).

Uma controvérsia suscitada pela doutrina diz respeito ao conflito de normas entre o inciso III, do art. 4º da Lei 6.766/79 (Lei de parcelamento do Solo) e a redação da alinea "a" do art. 2º da Lei 4.771/65 com redação determinada pela Lei 7.803/89. A controvérsia fundamenta-se em saber se a Lei de Parcelamento do solo, que estabelece faixa não-edificável de 15 metros da cada lado ao longo das águas correntes foi revogada parcialmente pelo novo dispositivo do Código Florestal, mais restritivo (prevê mínimo de 30 metros). De fato, deve prevalecer o entendimento que houve revogação no que tange às águas correntes, uma vez que lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível (§1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil), sendo que neste caso houve derrogação do mencionado dispositivo da Lei 6.766/79 pelo aludido dispositivo do Código Florestal. (PEREIRA, M.S; FINK, 1996).

Por outro lado, no caso de águas dormentes (reservatórios, lagos, etc) o Código Florestal não estabeleceu limites em metros para elas. Contudo, segundo PEREIRA e FINK (1996) a Resolução Conama 004/85 criou as reservas ecológicas, dentre elas "as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d´água naturais ou artificiais...cuja largura será de 30 metros para os que estejam em áreas urbanas" (art. 3º, inc. II). Considerando-se que a Lei 6.766/79, em seu art. 3º,

---

[33] Em sentido contrário posiciona-se MORAES (2002), o qual entende, com base no princípio da especialidade da Lei 6.766/79, que cabe ao Município estabelecer seus limites por meio do Plano Diretor, desconsiderando os previstos no Código Florestal. Também em sentido contrário BORGES e MAGRI (1996) os quais entendem que a expressão "limiites" (par. único do art. 2º

parágrafo único e inciso V prevê a "preservação ecológica" é possível depreender que deverá ser observada a legislação ambiental específica, no caso a Resolução Conama 004/85, devendo-se respeitar, segundo os autores mencioanados, o limite de 30 metros[34] para faixas marginais de águas dormentes naturais ou artificiais, não sendo passível, dentro deste limite, o parcelamento do solo para fins urbanos.

Cabe observar que esta análise foi feita em 1996, antes da edição das Resoluções do Conama 302/2002 (áreas de preservação permanente e reservatórios artificiais) e 303/2002 (dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente), as quais devem prevalecer nos assuntos que tratam.

O art. 3º da Res. 302/2002 prevê várias medidas que deverão ser respeitadas ao redor de reservatório artificial, assim como na Res. Conama 303/2002 foram estabelecidos os entornos dos lagos e lagoas naturais, veredas e de alguns outros elementos geomorfológicos, sendo que o Código Florestal não prevê nenhuma medida para estes casos.

Analisando o tema MACHADO (2004) entende que, como as medidas previstas nas resoluções 302 e 303 não constam no Código Florestal, o que ultrapassar os limites previstos neste Código não tem força obrigatória uma vez que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei e não de Resolução. Segundo o referido autor o Conama não tem função legislativa, do mesmo modo que o Conselho Monetário Nacional não pode criar impostos e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária definir os crimes. As áreas de preservação permanente devem ser protegidas, mas dentro do Estado de Direito.

Com relação à possibilidade de supressão de vegetação em áreas de preservação permanente[35], esta somente poderá ser autorizada em caso de

---

do Cód. Florestal) significa que a lei municipal não pode fixar padrões mais rigorosos do que os contidos no Código Florestal.

[34] De acordo com MORAES (2003), nos casos de águas dormentes previstos na alínea b do arl. 2º do Código Florestal, deve prevalecer o limite de 30 metros pois é o menos restritivo previsto neste artigo.

[35] A possibilidade de supressão das áreas de preservação permanente estava prevista somente no art.3, §1º do Código Florestal e segundo a melhor doutrina .não abrangia as hipóteses do art. 2º. Após a edição da MP 1956 a possibilidade de supressão e alteração de vegetação de preservação permanente passou a figurar no art. 4º abrangendo também as hipóteses do art. 2º .

utilidade pública ou de interesse social, previstos nos incisos IV e V do § 2º do art 2º do Código Florestal, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto (art. 4º do Código Florestal, com redação determinada pela M.P 2.166-67/ 2000). Segundo MACHADO (2004) deverá ser realizado Estudo de Impacto Ambiental neste caso uma vez que o "procedimento administrativo" referido no dispositivo deverá compreender a análise das alternativas técnicas e locacionais (art. 4º, *caput*), análise do impacto ambiental (art. 4º, §3º) e estudo de medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas se houver a supressão da vegetação (art. 4º, §4º). Do mesmo modo, de acordo com ANTUNES (2001) uma eventual supressão deve ser antecedida de Estudo de Impacto Ambiental, em virtude de haver previsão constitucional no sentido de que a supressão ou alteração de espaço territorial especialmente protegido só pode ocorrer quando não implicar utilização que venha a comprometer a integridade dos atributos que justifiquem a proteção, o que só poderá ser constatado através do estudo mencionado.

No caso de supressão em área urbana dispõe o art. 4º, §2º, do Código Florestal (com redação determinada pela M.P 2.166-67/ 2000): "A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o Município possua Conselho de Meio Ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico". Portanto, deve-se destacar que somente nos Municípios onde houver plano diretor e Conselho de Meio Ambiente, que propicie a participação pública é que tal supressão poderá ser autorizada.

Vale lembrar que de acordo com o mencionado art. 4º não se admite a supressão da área de preservação permanente, mas somente a supressão da vegetação (SILVA, 2002), levando a crer que não se trata da supressão das áreas de preservação permanente como espaços protegidos constitucionalmente. De acordo com FRANCO (2005) seria possível apenas a regulamentação da alteração ou supressão de parte da vegetação. Já para MACHADO (2004) não é possível dar outra destinação do solo nestas áreas que não a florestal: "a menos que haja clara e insofismável revogação do Código Florestal para casos especiais, todas as desvirtuações mencionadas

(construção de estrada, ranchos e hotéis) podem e devem ser nulificadas, ou pelo poder público ou por ação popular".

A possibilidade de supressão (art. 4º e parágrafos) estabelecida na Medida Provisória 2.166-67/2001 é questionável, pois a vegetação em área de preservação permanente cumpre uma função ecológica importante nas áreas urbanas e não é razoável pensar em casos de utilidade pública e interesse social que se sobreponham ao meio ambiente equilibrado. Do mesmo modo, ainda que não haja alternativa técnica e locacional para determinado empreendimento, o que dificilmente ocorre na prática – na verdade o que prepondera na definição do local ou técnica é a viabilidade econômica em detrimento da viabilidade ambiental-, há que se levar em conta a promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, e direito fundamental previsto no art. 225 da Constituição Federal.

Além disso, a possibilidade de supressão mediante procedimento administrativo da vegetação em área de preservação permanente seria inconstitucional, por afrontar o disposto no artigo 225, § 1º, III da CF, uma vez que nele ficou claramente estabelecido que a supressão dos espaços territoriais (dentre os quais se inclui as áreas de preservação permanente) e seus componentes a serem especialmente protegidos somente será permitida através de lei em sentido formal, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (COSTA NETO, 2003; MACHADO, 2004)[36].

Sendo assim, a possibilidade de supressão de vegetação em áreas de preservação permanente com fundamento nos critérios de interesse social ou utilidade pública é, no mínimo, temerária, pois sobrepor os mencionados critérios em detrimento do interesse ambiental é incompatível com os preceitos constitucionais, podendo acarretar sérios danos à biodiversidade, aos recursos hídricos e a estrutura do solo, bases da vida na Terra.

O direito de propriedade seja esta pública ou privada deverá ser exercido conforme os valores previstos na Constituição Federal. Os interesses sociais e econômicos jamais devem estar dissociados do interesse ambiental,

---

[36] Decisão do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Nelson Jobim, suspendeu dia 25 de julho de 2005 o art. 4º, *caput*, e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do Código Florestal.

muito pelo contrário, eles devem, segundo nossa Constituição, estar compatibilizados. (art. 5º, XXIII, art. 170 e art. 225).

4.4.8 O zoneamento ambiental (zoneamento ecológico-econômico - ZEE)

Para que seja concebido um ordenamento do território em âmbito municipal, comprometido com o princípio da função social e ambiental da propriedade, é necessário que se conheça bem o meio a ser ocupado acerca de seus aspectos físicos (recursos hídricos, geologia, pedologia) bióticos (biodiversidade, etc) e antrópicos (uso do solo, legislação, aspectos socioeconômicos, etc), a fim de viabilizar a tomada de decisão sobre a sua ocupação (SOUZA, 2000).

Dentro desta perspectiva, o Zoneamento Ambiental previsto no art. 4º, III, *c* do Estatuto da Cidade e no art. 9º, II da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), regulamentado em nossa legislação com base nesta lei como Zoneamento Ecológico-Econômico (Dec. 4.297/02), é o instrumento mais adequado a subsidiar estas decisões uma vez que tem como objetivo produzir, analisar e sistematizar informações sobre um determinado território, avaliando-se as suas restrições e potencialidades, direcionando a localização de uma determinada atividade de acordo com os princípios da sustentabilidade (equilíbrio entre o ecológico e o econômico) e da função social e ambiental da propriedade.

Segundo BECKER E EGLER (2003)[37] o Zoneamento Ecológico-Econômico consiste na "divisão do território por zonas que podem ser denominadas de ecológico-econômicas, delimitadas segundo critérios ecológicos, ambientais e socioeconômicos". Trata-se de um instrumento de conformação da propriedade (SILVA, 2002) à sua função social e ambiental conforme dispõe o art. 5º do Dec. 4.297/02.

Entretanto, cabe esclarecer que o zoneamento Ecológico-Econômico não deve ser confundido com o zoneamento municipal (SHUBART, 2003), que

---

Jobim acatou o pedido de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República.

[37] Apud SHUBART (2003)

prescreve normas sobre ordenamento do uso e ocupação do solo, definindo-se por lei as atividades que podem ou não ser realizadas numa determinada zona.

Direcionado para o planejamento regional, o Zoneamento Ecológico-Econômico não constitui um fim em si mesmo. Apenas oferece subsídios, cenários tendenciais e alternativos, para o posterior ordenamento territorial sem determinar previamente um determinado uso para uma determinada zona, constituindo-se num mapeamento não prescritivo das limitações ecológicas, dos recursos naturais, dos vetores socioeconômicos e do uso do solo, a partir do qual se podem derivar alternativas de ação para orientar o Poder Público na gestão do território. Nestes termos, SHUBART (2003, p. 3) o define como "a avaliação estratégica dos recursos em um território determinado, com a finalidade de prover o poder público e a sociedade de informações georreferenciadas para orientar o processo de gestão territorial".

Neste contexto, a participação democrática é um elemento fundamental nos processos de Zoneamento Ecológico-Econômico. De fato, segundo MILLIKAN (1999) e BENATTI (2003) o ZEE deve constituir um exercício de gestão social do espaço, baseado em processos democráticos de negociação, envolvendo órgãos públicos, sociedade civil e setor privado. NITSCH (1998), por sua vez, critica o excesso de tecnicismo nas metodologias e procedimentos adotados para o ZEE. Nestes termos, o Poder Público deve levar em conta as opiniões e críticas da sociedade ao selecionar as alternativas oferecidas pelo Zoneamento Ecológico-Econômico para a implementação de políticas, planos e programas que irão configurar o ordenamento territorial.

Portanto, o Zoneamento Ecológico-Econômico pode ser caracterizado como um instrumento: a) técnico, de informação sobre o território sobre as vulnerabilidades naturais e potencialidades socioeconômicas; b) político, de negociação entre o poder público, setor privado e sociedade civil para o ordenamento do território; c) do planejamento e da gestão do território, para a promoção do desenvolvimento regional sustentável (BECKER, EGLER e SHUBART, 2003)[38].

Assim, num processo de gestão territorial ambiental a tomada de decisão do Poder Público, sociedade e iniciativa privada sobre os recursos

[38] apud SHUBART (2003)

naturais e a ocupação do solo terão como fonte de informações territoriais o Zoneamento Ecológico-Econômico, que levará em conta as potencialidades socieconômicas, as vulnerabilidades naturais e a legislação atual (SNUC, Código Florestal, PNRH, etc). Deste modo a propriedade do solo poderá cumprir sua função social e ambiental.

O Decreto Federal nº 4.297/02 regulamentou o Zoneamento Ecológico-Econômico estabelecendo que este obedecerá aos princípios da função sócio-ambiental da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor pagador, do usuário pagador, da participação informada, do acesso eqüitativo e da integração (art. 5º).

O ZEE dividirá o território em zonas, de acordo com as necessidades de proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável (art. 11), sendo que a definição de cada zona observará, no mínimo, o diagnóstico dos recursos naturais, da sócio-economia e do marco jurídico-institucional; informações constantes do Sistema de Informações Geográficas; cenários tendenciais e alternativos; as diretrizes constantes no art. 14 do Decreto (art. 12), dentre elas as atividades adequadas a cada zona, de acordo com sua fragilidade ecológica, capacidade de suporte ambiental e potencialidades.

A competência para a elaboração e execução do ZEE nacional ou regional é do poder público federal (art. 6º) sendo que este poderá, mediante celebração de documento apropriado, elaborar e executar o ZEE em articulação e cooperação com os Estados (art. 6º, §1º) e enfocar escalas regionais ou locais (art. 6º, §2º).

O decreto praticamente ignorou a esfera municipal acerca da competência para elaboração e execução do ZEE. Entretanto, este deverá ser obrigatoriamente levado em conta na implantação de planos, programas, projetos, obras, atividades públicas e privadas (art. 2º e 3º). Com relação às diretrizes gerais e específicas o ZEE deverá conter, no mínimo, planos, programas e projetos dos governos federal, estadual e municipal (art. 14, VII) - como, por exemplo, plano diretor - e critérios para orientar as atividades de urbanificação (art. 14, IV).

O zoneamento ambiental, assim como o plano diretor é um importante instrumento a ser observado no ordenamento do solo em nível municipal. Foi

somente citado no Estatuto da cidade, porém sem regulamentação e desvinculado do plano diretor.

Entretanto, o zoneamento ambiental é um instrumento de planejamento municipal a ser utilizado com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade (art. 4º, III, c, e art. 2ºcaput e inciso IV) para promoção do equilíbrio ambiental. O plano diretor, por sua vez, é um instrumento obrigatório a ser seguido nas hipóteses previstas no art. 41 do Estatuto. Assim, seria ilógico que ao promover a ordenação das funções da cidade de forma ambientalmente equilibrada o plano diretor não contemplasse as informações contidas no zoneamento ambiental para a proteção do meio ambiente (notadamente, no que tange a área de expansão urbana). Vale lembrar que o art. 9º, XI, da Lei 6.938/81 prevê a garantia da prestação de informações ambientais, obrigando-se o poder público a produzi-las, quando inexistentes e o zoneamento ambiental é um importante instrumento de informação.

No caso de não existir as informações do ZEE estadual ou federal, caberá ao poder público municipal elaborar o zoneamento ambiental, sendo que este deverá ser observado na elaboração do planejamento do desenvolvimento das cidades, sobretudo no plano diretor, que é o instrumento básico de ordenação das funções da cidade que deve ser feita de forma ambientalmente equilibrada, mediante as informações oferecidas pelo zoneamento ambiental.

Por outro lado, havendo o ZEE estadual ou federal, o município poderá levar em conta as informações neles contidas para elaboração do seu zoneamento ambiental. Cumpre destacar que o art. 21, IX da CF, no qual se fundamenta o ZEE, estabelece competência material exclusiva para a União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território (regra esta prevista também no art. 3º, V do Estatuto da Cidade) sendo que, no âmbito municipal, a competência para promover o adequado ordenamento do território e protegendo o meio ambiente é do município (art. 30, VIII e 23, VI), que poderá suplementar o ZEE estadual ou federal para promover o zoneamento ambiental para suas finalidades.

O zoneamento ecológico-econômico ao fornecer informações sobre aptidões e potencialidades do meio em que a cidade está inserida poderá

direcionar e ordenar de forma sustentável a ocupação urbana, contribuindo para o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do município e do território sob sua influência, de modo a corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

Tem-se discutido muito sobre as metodologias para elaboração do ZEE. Uma opção razoável é realizar o ZEE em função de uma determinada atividade analisando-se capacidade de suporte do meio em receber tal atividade. Esta capacidade, em que pese outras opiniões, pode ser entendida como a "capacidade dos ambientes de acomodar, assimilar e incorporar um conjunto de atividades antrópicas, sem que suas funções naturais sejam fundamentalmente alteradas em termos de produtividade primária propiciada pela biodiversidade, e, ainda assim, proporcionar padrões de qualidade de vida aceitáveis às populações que habitam esses ambientes" (SOUZA, 2000, p. 31).

Assim, para cada tipo de atividade (por exemplo, área para loteamento, expansão urbana, área para aterro sanitário, área para distrito industrial, espaços livres, áreas verdes, área para passagem de duto, etc) seriam identificadas as melhores alternativas para sua localização, considerando-se as características dos meios físico, biológico e socioeconômico de uma determinada área (por exemplo, o município). Cumpre ressaltar que poderia ser instalada uma atividade num lugar não totalmente adequado, por falta de opção, desde que se adotassem medidas mitigadoras e a exceção não se tornasse uma regra (RANIERI, 2000).

A decisão sobre a localização de cada atividade (principalmente num local apto a receber qualquer tipo de atividade) no município seria decidida, com base no ZEE e com a participação da iniciativa privada, sociedade civil e poder público, sendo que este último poderá estimular ou desestimular a localização de uma atividade, tendo em vista a proteção ambiental, por meio de instrumentos econômicos (RANIERI, 2000).

A localização das atividades também agilizaria o procedimento do EIA uma vez que o ZEE forneceria informações sobre as alternativas locacionais previstas nas diretrizes do EIA (o art. 5º da Res. Conama 01/86 estabelece que o EIA deverá contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de

projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto) (SOUZA, 2000)

Dentro desta perspectiva o ZEE torna-se um parâmetro básico a ser observado para o ordenamento territorial do município a fim de que o direito de propriedade possa ser exercido da maneira a conciliar os interesses do empreendedor, da sociedade e da proteção do meio ambiente.

4.4.9 O estudo de impacto ambiental (EIA), a avaliação de impacto ambiental (AIA) e a avaliação ambiental estratégica (AAE)

A Avaliação de Impacto Ambiental consubstancia-se num importante instrumento de planejamento e gestão ambiental. Busca antecipar e prevenir impactos ambientais possibilitando a tomada de decisão, antes que o dano ocorra, sobre a utilização do direito de propriedade, possibilitando a esta o cumprimento de sua função social e ambiental.

Trata-se, segundo CANTER (1996) de uma identificação e avaliação sistemática dos potenciais impactos de projetos, planos, programas, ou políticas, relativos aos componentes físico-químico, biológico, cultural e socioeconômico do meio ambiente[39]. SÁNCHEZ (1993) por sua vez, o considera como um instrumento de caráter preventivo, condicionando sua eficiência ao desempenho de quatro papéis complementares: instrumento de ajuda à decisão; instrumento de concepção de projeto e planejamento; instrumento de negociação social; e instrumento de gestão ambiental.

O processo de AIA se divide em três grandes etapas (SÁNCHEZ, 2001)[40]: a) etapa de avaliação inicial, definindo-se o tipo de estudo a que deve ser submetido a proposta; b) análise detalhada, que vai desde a execução do estudo de impacto, passando por sua análise, participação pública e decisão do órgão competente; c) etapa pós-aprovação, que inclui o monitoramento e a

---

[39] Tradução livre do original em inglês: "Environemntal impact assesment" (EIA) can be defined as systematic identification and evaluation of the potential impacts (effects) of proposed projects, plans, programs, or legislative actions relative to the physical-chemical, biological, cultural, and socioeconomic components of the total environment (pg. 2).

[40] Apud DIAS; SÀNCHEZ (2001).

adoção de medidas mitigadoras relativos aos eventuais impactos ambientais, bem como programas de gestão ambiental e auditoria.

A AIA surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 6803/80 que dispõe sobre zoneamento industrial. Mais tarde com o advento da Lei 6938/81 foi definida como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, III da Lei 6.938/81).

A Resolução Conama 01/86 regulamentou o Estudo de Impacto Ambiental com base na AIA, causando confusão conceitual na doutrina, vinculando o EIA ao licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente previstas, em caráter exemplificativo, no art. 2º. Posteriormente a Constituição Federal de 1988 foi mais precisa (art. 225, §1º, IV) ao prever o EIA para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, a que se dará publicidade.

A Avaliação de Impacto Ambiental pode ser realizada tanto para determinados empreendimentos por meio de um Estudo de Impacto Ambiental (EIA), como para políticas, planos e programas, através da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE). Neste sentido ensina OLIVEIRA (2000) que não se pode confundir a Avaliação de Impacto Ambiental com uma ferramenta do licenciamento denominada Estudo de Impacto Ambiental. De fato, aquela é gênero do qual o EIA e a AAE são espécies (no mesmo sentido MILARÉ, 2003 e COSTA NETO, 2003). Vale lembrar que no Brasil a Lei 6.938/ 81 instituiu a AIA e o licenciamento ambiental em incisos diferentes e autônomos deixando clara a diferença entre ambos.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental é um importante instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável impedindo que o empreendedor, seja público ou privado, exerça seu direito de propriedade de maneira absoluta, sem observar sua função social e ambiental. Está vinculado ao licenciamento ambiental e tem como objetivo descrever os impactos ambientais previsíveis em decorrência de obras ou atividades, identificar a extensão destes impactos, com sugestões específicas relacionadas a alternativas que sejam apropriadas para dirimir impactos negativos sobre o meio, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto, avaliando-se, também, o grau de reversibilidade ou irreversibilidade dos impactos (SOUZA, 2000)

Enfim, deve avaliar a viabilidade ambiental de uma atividade, impedindo que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja lesionado. Deve ser realizado por uma equipe técnica multidisciplinar, e deverá preceder a execução de qualquer projeto, seja ele público ou privado, potencialmente causador de significativa degradação ambiental.

Como instrumento vinculado ao licenciamento ambiental, está limitado à análise pontual de empreendimentos cuja decisão sobre a instalação já foi decidida previamente, muitas vezes funcionando como um instrumento burocrático de aprovação de projetos, propondo apenas medidas mitigadoras ou compensatórias de impactos ambientais. Atualmente encontra-se sobrecarregado, por conta fundamentalmente da não implementação dos outros instrumentos da política ambiental, notadamente o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE) e a regulamentação da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE). (OLIVEIRA, 2004).

A AAE, instrumento ainda não regulamentado no Brasil, representa o processo de avaliação ambiental de políticas, planos e programas (THERIVEL et al, 1994; PARTIDÁRIO, 1998). Assenta-se nos princípios da avaliação ambiental, cujo objetivo genérico é informar à decisão sobre as conseqüências de uma determinada opção e as medidas para evitar, reduzir ou compensar as conseqüências negativas da decisão (PARTIDÁRIO, 1998). Trata-se de um processo sistemático, pró-ativo, participativo, contínuo e estratégico dos processos de decisão. Neste sentido a AAE pode ser definida como "o procedimento sistemático e contínuo de avaliação da qualidade do meio ambiente e das conseqüências ambientais decorrentes de visões e intenções alternativas de desenvolvimento, incorporadas em iniciativas tais como a formulação de políticas, planos e programas (PPP), de modo a assegurar a integração efetiva dos aspectos biofísicos, econômicos, sócias e políticos, o mais cedo possível, aos processos públicos de planejamento e tomada de decisão".(PARTIDÁRIO, 1998, p. 71). No mesmo sentido, SADLER E VERHEEM (2001)[41] definem a AAE como um "processo sistemático para avaliar as conseqüências ambientais de uma política, plano ou programa, de forma a assegurar que elas sejam integralmente incluídas e apropriadamente

[41] Apud EGLER (2001, 177)

consideradas no estágio inicial e apropriado do processo de tomada de decisão, juntamente com as considerações de ordem econômicas e sociais".

A avaliação ambiental estratégica deverá preceder ao momento de implantação do empreendimento, dirigindo-se para etapas anteriores e mais estratégicas, ou seja, aos níveis de políticas, planos e programas, analisando e decidindo sobre a compatibilidade destes com a promoção do equilíbrio ambiental, ampliando assim, a perspectiva preventiva de impactos ambientais.

Assim, antes de se indagar se determinada atividade é lesiva ao meio ambiente, cabe questionar acerca das estratégias de desenvolvimento para uma determinada região em função dos princípios do desenvolvimento sustentável.

Nestes termos, antes de verificar se a instalação de um projeto de distrito industrial causaria significativo impacto ambiental, a avaliação ambiental estratégica proporcionaria a discussão democrática sobre o incentivo à atividade industrial no âmbito das estratégias de desenvolvimento municipal, podendo ser analisado se tal atividade é compatível com o modelo de desenvolvimento social e ambiental que se quer implantar num determinado município, ou se diante das potencialidades e restrições do meio não seria melhor investir no turismo, agricultura ou outro tipo de atividade (OLIVEIRA, 2004).

Emerge, pois, a instituição e regulamentação deste importante instrumento no âmbito da política ambiental brasileira. De fato, assim como o Estudo de Impacto Ambiental foi regulamentado para um determinado empreendimento com fundamento na Avaliação de Impacto Ambiental prevista na Lei 6.938/81, é possível que se faça o mesmo com relação à avaliação de políticas, planos e programas. Contudo, mesmo não havendo regularização deste instrumento o art. 5º, IV da Resolução Conama 01/86 poderá ser invocado para a aplicação dos fins da AAE, uma vez que dispõe o referido dispositivo que "o Estudo de Impacto Ambiental deverá considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade". Dentro desta perspectiva propõe THERIVEL (1994) que nos países em que ainda não foi instituída a AAE, a solução é ampliar o EIA para abranger as políticas, planos e programas, enquanto não se possui o instrumento adequado.

Cumpre ressaltar que o ZEE ao realizar o diagnóstico ambiental da área e produzir as informações sobre as potencialidades e restrições do meio é fundamental para subsidiar as discussões no procedimento da AAE relativos às políticas, programas e plano municipais, notadamente o plano diretor. De posse dos resultados das análises proporcionadas por estes dois instrumentos o EIA teria seu procedimento realizado com mais eficiência e agilidade.

A implementação de tais instrumentos pelos municípios e a sua incorporação na elaboração e aplicação do plano diretor integra os princípios da sustentabilidade no âmbito do planejamento e gestão municipais. Tanto o EIA como a AAE disciplinam a utilização da propriedade de modo que esta possa cumprir sua função social e ambiental.

Obviamente a promoção da sadia qualidade de vida nos centros urbanos através do uso sustentável do direito de propriedade como preconiza o princípio da função social e ambiental da propriedade vai depender do nível de consciência e obediência às disposições impostas a este direito pelos referidos instrumentos a serem observados pelo poder público, iniciativa privada e coletividade.

4.4.10 A participação pública de forma democrática

A participação pública de forma democrática nos processos de planejamento e gestão constitui um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito e um dos principais instrumentos para a concretização do desenvolvimento sustentável. Trata-se de um pressuposto de legitimidade das normas urbanísticas e ambientais.

A participação pública exigida para as questões ambientais implica no direito do cidadão de participar das decisões ambientais de forma democrática. O princípio democrático, em que todo poder emana do povo, implica numa democracia participativa. Esta segundo CANOTILHO (2003, p. 288), consiste na "estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar dos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos".

Cabe ressaltar que a participação pública envolve não somente o momento da decisão, mas também o das discussões, elaboração, concretização e execução de políticas, planos e programas ambientais.

Para tanto, o modelo de participação pública deve possibilitar a livre e equânime discussão e negociação entre os sujeitos envolvidos de modo que as contradições possam ser superadas e a decisão tomada com base no melhor argumento e não na imposição de setores mais poderosos da sociedade, o que confere maior legitimidade a todo processo de planejamento e gestão (VALLE, 2002).

As decisões construídas coletivamente são mais facilmente implantadas, pois haverá uma menor possibilidade da sociedade descumprir as próprias regras que criou.

Vale lembrar que como a questão ambiental é essencialmente política, enseja participação da sociedade. Os técnicos conhecedores de instrumentos e técnicas de planejamento e gestão não podem definir as prioridades, as metas e os objetivos das intervenções, mas podem colaborar no esclarecimento de diversas questões, cabendo a sociedade decidir sobre os aspectos de planejamento, gestão e ordenamento de seus espaços (VALLE, 2002).

No âmbito do ordenamento jurídico o principal fundamento para participação democrática nas questões ambientais foi previsto pela Constituição Federal de 1988 ao estipular em seu art. 225 que o meio ambiente é bem de uso comum do povo e cabe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo.

Com relação à legislação infraconstitucional o Estatuto da Cidade prevê a gestão democrática da cidade (art. 2º, II; art. 43, 44 e 45) e a cooperação entre os governos, iniciativa privada e a sociedade para o ordenamento do desenvolvimento das funções da cidade e da propriedade urbana. No caso específico do plano diretor é prevista a realização de audiências públicas (art. 40, I), publicidade, informação (art. 40, I) e acesso de qualquer interessado quanto aos documentos produzidos (art. 40, III). Quanto ao EIV o art. 37, parágrafo único prevê a publicidade dos documentos integrantes deste estudo. *pg 55

O Dec. 4.297/2002 que trata do Zoneamento Ecológico-Econômico estabelece a "ampla participação democrática" no art. 4º, II. Já o art. 225,§1º, IV, da Constituição Federal obriga o Poder Público a dar publicidade ao Estudo

Prévio de Impacto Ambiental e a Resolução Conama 237/97, em seu art. 3º, determina que ao EIA/RIMA "dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas" que será realizada nos termos da Resolução Conama 009/87.

4.5 REFLEXOS DECORRENTES DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE: A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO.

No ordenamento jurídico brasileiro o direito de propriedade está condicionado ao cumprimento de uma função social que envolve a proteção do meio ambiente.

De acordo com BENJAMIN (1996), COSTA NETO (2003) e COSTA (2000), em regra, a obrigação de proteger o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando indenização, exceto quando impede integralmente o uso da propriedade, como no caso da instituição de unidades de conservação que, por sua natureza, tenham que passar para o domínio público ou que possuam caráter integral de proteção.

Por outro lado, não caberá indenização quando, com base na função social e ambiental da propriedade, prevista na Constituição Federal (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, III e VI, 182, 186 e 225) o Poder Público regrar a utilização da propriedade, não retirando o direito de domínio pleno, nem inviabilizando o aproveitamento econômico do bem (COSTA NETO, 2003). Cabe observar que a Constituição assegura o uso do bem pelo proprietário de acordo com estes dispositivos, o que significa que nem sempre será o uso mais lucrativo ou o mais aprazível (BENJAMIN, 1996).

Nestes termos, as reservas legais e as limitações contidas nas florestas de preservação permanente previstas no art. 2º, do Código Florestal, não são indenizáveis pelo Poder Público (MACHADO, 2004; BENJAMIN, 1996), pois conformam a propriedade de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, estabelecem limites para exploração da propriedade tendo em vista a manutenção do equilíbrio ecológico e concomitantemente preservam o conteúdo econômico do bem. De acordo com PEREIRA (2004, 711)[42] "sua conservação não é apenas por interesse público, mas por interesse direto e imediato do próprio dono".

Já as florestas de preservação permanente, criadas pelo Poder Público, na maioria das hipóteses previstas no art. 3º do Código Florestal, impedem a

[42] apud MACHADO (2004)

utilização normal da propriedade. Nestes casos, em que não há o caráter de generalidade (afetam poucos proprietários), em que há perda do valor econômico por conta de um aniquilamento do seu uso, deverá haver a indenização (MACHADO, 2004).

Por outro lado, sem fazer a distinção entre os artigos 2º e 3º do Código Florestal, SILVA (2002) entende que a natureza jurídica das áreas de preservação permanente não é de restrição imposta pelo Poder Público à propriedade privada como as servidões jurídicas. Trata-se de uma interdição natural para o uso do solo que não enseja indenização. Já as reservas e parques, quando incidentes sobre florestas de propriedade privada, dependem de desapropriação por interesse social, pois a área deles passará para o domínio público, o que não ocorre com as áreas de preservação permanente que, não obstante as restrições, continuam sob o domínio do proprietário. De acordo com este jurista "exigir reparação civil, por manutenção de matas evidentemente protetoras, é o mesmo que pedir ao Poder Público recompensa pelas áreas perdidas com montes inaproveitáveis, lagoas e banhados, areais, pedreiras, etc" (SILVA, 2002, 173). Nestes casos, portanto, não haveria o que indenizar.

Uma questão levantada pela doutrina paira sobre a possibilidade de indenização no caso em que o proprietário já vinha utilizando a área antes da incidência do instituto das áreas de preservação permanente. O Código Florestal previu em seu art. 18 o florestamento ou o reflorestamento das áreas de preservação permanente, nas terras de propriedade privada, onde seja necessário, sendo que o Poder Público poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário, o qual deverá ser indenizado no caso de tal área estar sendo utilizada com culturas (§1º, art.18), indicando que o proprietário não poderá continuar a utilizar tais áreas, mas será indenizado se estiver utilizando estas áreas para culturas. Cabe, portanto, aos proprietários o plantio ou o reflorestamento das áreas de preservação permanente e segundo MACHADO (2004), caso haja omissão do proprietário, ainda que não esteja literalmente previsto no Código Florestal, cabe ao Poder Público o

ressarcimento das despesas efetuadas caso venha a executar o plantio ou o reflorestamento[43].

Além dos casos de recuperação de áreas de preservação permanente, deve-se considerar também a obrigação da manutenção da reserva legal e, mais genericamente, a manutenção da propriedade livre de fatores capazes de gerar riscos e danos ao meio ambiente. Com efeito, de acordo com os arts. 3º, III e IV, e 14 da Lei 6.938/81(Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) os danos ambientais devem ser reparados pelo proprietário, ou seja, o titular de um bem ambiental responde pelos danos ocorridos neste bem em sua propriedade. Além disso, as obrigações de recuperação do meio ambiente transferem-se ao adquirente da propriedade imobiliária (obrigações *propter rem*)[44], embora não isentem de responsabilidade o causador do dano, havendo, portanto, a possibilidade do surgimento de uma responsabilidade solidária entre o proprietário adquirente e o proprietário degradador anterior, de modo que ambos poderão ser chamados para responder pelos danos (SALLES, 2004).

Com relação às condicionantes ambientais impostas com base num planejamento urbano-ambiental (por exemplo, plano diretor e zoneamento ambiental, Estudo de Impacto Ambiental), estas disciplinam o direito de propriedade e o direito de construir, conformando estes ao princípio da função social e ambiental da propriedade urbana o qual "não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia" (SILVA, 73, 2000). Assim, as condicionantes impostas pelas normas urbanísticas e ambientais não ensejam indenização, a menos que esvaziem a propriedade de seu conteúdo mínimo, aniquilando o seu uso.

A alteração da lei de zoneamento é outra questão levantada pela doutrina. Ao analisar esta hipótese SILVA (2000) seguido por MACHADO (2004) colocam a questão sobre se existe direito de renovação da licença caso

---

[43] De acordo com MACHADO (2004) há obrigação para poder público plantar ou reflorestar as áreas de preservação permanente previstas no ar.t 2º do Código Florestal. No caso das hipóteses previstas no art. 3º o poder público decidirá da conveniência e da oportunidade do plantio ou reflorestamento, com decisão motivada.

[44] Obrigação que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real, sendo que este consiste no poder jurídico do titular de uma coisa sobre esta com exclusividade e contra todos.

haja alteração na lei de zoneamento. Segundo o mencionado autor, o interessado somente terá direito de renovação quando o uso esteja conforme as determinações legais para o local, ou no caso de estar desconforme, por conta da alteração da lei de zoneamento, seja tolerado por dispositivo expresso nesta lei. Caso contrário, não haverá direito adquirido à continuidade do uso licenciado, por conta do interesse público, sendo certo que poderá ser indenizado de forma justa.

Finalmente, como regra geral, para que se estabeleça um equilíbrio entre os interesses do proprietário e os da coletividade, que evitem tanto o abuso do direito de propriedade quanto à expropriação sem justa indenização[45], LOUREIRO (2003, p. 153), com base em vários autores, propõe alguns critérios, os quais devem ser sempre ponderados no caso concreto: a) aplicação do princípio da adequação, isto é, os meios adotados devem ser apropriados aos fins pretendidos, ou seja, a apropriação do bem deve ser adequada a fazê-la cumprir a função social; b) a aplicação do princípio da necessidade, ou seja, que a medida restritiva à relação proprietária seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; c) aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, mediante ponderação entre a carga de restrição em função dos resultados; d) aplicação do princípio da concordância prática, ou da harmonização, pelo qual se procura preservar ao máximo direitos e bens constitucionalmente protegidos; e) devem ser consideradas as peculiaridades do bem e o seu significado para o proprietário.

A função social e ambiental da propriedade não somente impõe limites, mas também impõe deveres e obrigações ao proprietário, sendo que esses devem ser discutidos e decididos pelo conjunto da sociedade que os legitima. A possibilidade de indenização por conta de imposições urbanísticas e ambientais dependerá das disposições constitucionais, da ocorrência do aniquilamento do conteúdo mínimo da propriedade e dos critérios apresentados para o caso concreto.

---

[45] Justa indenização é aquela que recompõe o patrimônio do expropriado na medida do desfalque sofrido.

As imposições de ordem ambiental e urbanística não devem ser entendidas como oposição ao direito de propriedade, mas um poderoso instrumento para melhoria da qualidade de vida nas cidades. Nas palavras de SPIRN (1995, 15): as forças da natureza não devem ser ignoradas ou subvertidas nas cidades, pois neste caso ampliam os seus problemas como enchentes, deslizamentos, poluição do ar e da água, mas devem ser reconhecidas e aproveitadas, pois "representam um poderoso recurso para a conformação de um habitat urbano benéfico".

5. ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DE UM CENÁRIO RELATIVO À ADOÇÃO DE MEDIDAS NÃO-ESTRUTURAIS NO PLANEJAMENTO DO SISTEMA DE DRENAGEM URBANA, SOB O PONTO DE VISTA DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.

5.1 Considerações iniciais

O crescimento espontâneo das cidades e o uso indisciplinado e sem planejamento do direito de propriedade, sobretudo, segundo TUCCI (2002), sem planejamento adequado do sistema de drenagem urbana, têm causado um excesso de impermeabilização do solo urbano o qual, por sua vez, tem gerado graves problemas de drenagem urbana.

Com efeito, o aumento das áreas impermeabilizadas implica aumento do volume das águas pluviais e diminuição do tempo de concentração na bacia destas águas, o que provoca uma sobrecarga na macrodrenagem a jusante, acarretando, na maioria das vezes, inundações, erosões nas margens, danos a pontes e estradas, etc. (ALVES, 2005).

Na tentativa de minimizar o problema têm sido utilizados sistemas de drenagem urbana com base na implementação de medidas estruturais que promovem o rápido escoamento das águas pluviais, tais como, a retificação de rios, canalização e execução de condutos subterrâneos, dentre outras medidas. São medidas pontuais, com alto custo, que na maior parte das vezes não produzem resultados satisfatórios (SOUZA, 2002).

Além disso, estas medidas estruturais, muitas vezes, apenas transferem o problema a jusante, além de promoverem alterações no regime biológico dos rios, comprometerem o balanço dos ciclos biogeoquímicos, a erodibilidade e a estabilidade ecológica das várzeas (ALVES, 2005).

Por outro lado, o planejamento global do sistema de drenagem urbana, por meio de medidas não-estruturais, tais como, a criação, recuperação e manutenção de áreas verdes (áreas de preservação permanente, parques, praças etc), tem proporcionado resultados mais satisfatórios. Estas áreas capturam a água da chuva e diminuem o escoamento superficial, além de promoverem a melhoria da qualidade da água, diminuição de poluentes na

estrutura de drenagem, redução de enchentes a jusante, redução da erosão e do custo do sistema de drenagem, dentre outras (TURNER, 1998).

O planejamento da drenagem urbana por meio de medidas não-estruturais requer o disciplinamento do exercício do direito de propriedade, garantindo-se um percentual de área não impermeabilizada, contribuindo para que a propriedade possa cumprir sua função social e ambiental.

O presente estudo de caso trata da análise de um cenário (elaborado por ALVES, 2005)[46] de ocupação do solo, feita de forma planejada, utilizando-se medidas não-estruturais, tendo em vista a melhoria do sistema de drenagem do local. A disciplina do uso da propriedade, com a melhoria do sistema de drenagem urbana, contribui para que a propriedade cumpra sua função social e ambiental.

O objetivo do estudo é analisar as imposições propostas para o cenário escolhido (4a) sob o ponto de vista do princípio da função social e ambiental da propriedade.

5.2 Caracterização da área de estudo

A área objeto do estudo fica no Município de São Carlos, que está situado na região central do Estado de São Paulo, a cerca de 248 Km da capital do Estado. Faz divisa ao Norte com os municípios de Luis Antônio e Santa Lúcia; ao Sul, com Ribeirão Bonito, Brotas e Itirapina; a Oeste, com Ibaté, Araraquara e Américo Brasiliense e a Leste, com Descalvado e Analândia. Possui uma extensão de 1.132 Km2, com taxa de urbanização de 95,04% (Fundação Seade, 2000).

A área especificamente analisada situa-se na Bacia do Córrego do Gregório, que está totalmente situada no município de São Carlos, na sua porção central, abrangendo uma área de 19 km^2, na qual foi feito um recorte, abrangendo as porções do alto e médio curso do córrego, cuja área é de aproximadamente 10 km^2 (53% da área de toda a bacia), dos quais 6 km^2

[46] Consultar trabalho elaborado por ALVES (2005): "O Uso de Medidas Não-Estruturais na Prevenção e Controle de Enchentes em Bacias Urbanas: O Caso do Córrego do Gregório, São

correspondem à área rural ou em urbanização e 4 km^2 referem-se à área já urbanizada.

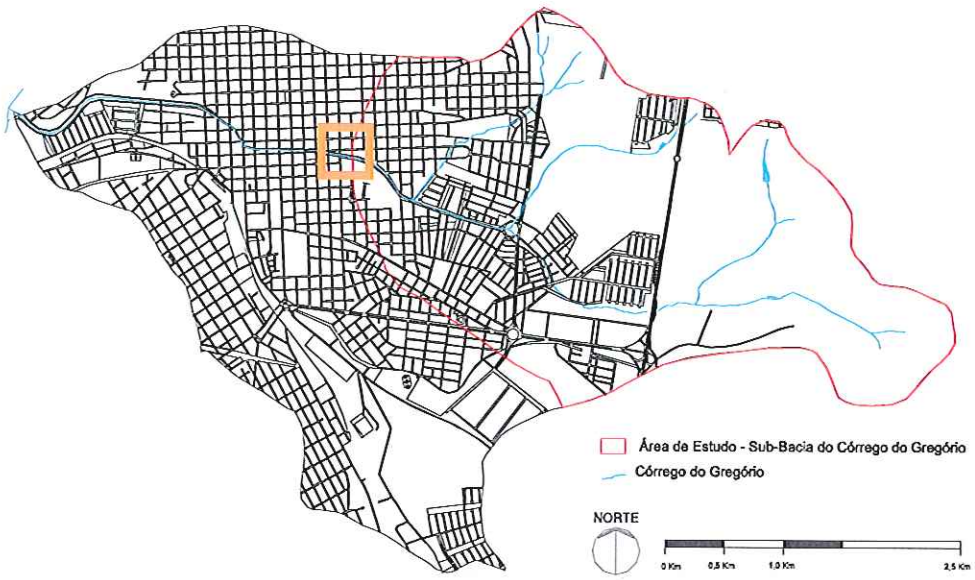

Figura 1: Área de estudo: trechos do alto e médio curso do Córrego do Gregório. No detalhe o trecho final do rio na área de estudo.
Fonte: ALVES (2005).

5.3 A Metodologia utilizada para a proposição de cenários de ocupação do solo na área de estudo segundo ALVES (2005)

Para a realização do estudo de caso do presente trabalho ALVES (2005) propõe uma intervenção não-estrutural da área em estudo para montagem do cenário proposto neste estudo de caso, envolvendo uma análise da caracterização ambiental e do diagnóstico do município, realizado pela Prefeitura Municipal de São Carlos, tendo como base restrições legais (legislação federal sobre direito ambiental e urbanístico) e incompatibilidades ambientais, as quais foram consideradas na proposta de ocupação do solo na Bacia do Córrego do Gregório.

O cenário proposto por ALVES (2005) aponta algumas sugestões de medidas não-estruturais para diminuição do problema de drenagem urbana:

Carlos-SP". Texto apresentado à Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo para obtenção do Título de Mestre em Ciências da Engenharia Ambiental.

a) as áreas suscetíveis de erosão e as relativas à declividade acentuada (acima de 30% - parágrafo único, III do art. 3º da Lei 6.766/79) para as quais se recomenda a não ocupação e recuperação da vegetação. Nas áreas suscetíveis de erosão, foi considerada uma região delimitada pelo levantamento feito para o projeto de Plano Diretor relacionada à área objeto de estudo.

b) a possibilidade de recomposição e manutenção da vegetação e a proximidade dos remanescentes de vegetação, sejam eles isolados ou contíguos aos córregos, de modo a possibilitar a conectividade das massas verdes, formando corredores ou parques lineares na bacia.

Parte dos aspectos considerados se compatibilizam com as determinações do projeto de Lei do Plano Diretor de São Carlos, que delimita como Área de Especial Interesse Ambiental (AEIA)[47] as faixas de proteção dos dois principais córregos afluentes do Gregório (Lazarini e Invernada) e incorpora outras áreas públicas lindeiras a essas faixas, com uma grande área verde na região do bairro Centreville.

Com relação às imposições de ordem ambiental previstas na legislação, foram considerados os dispositivos constitucionais previstos no art. 225, os arts. 3º e 4º da Lei 6.766/79, os dispositivos do Código Florestal, relativos às Reservas Legais e às Áreas de Preservação Permanente e a Lei Orgânica do Município de São Carlos, que reitera as determinações previstas na Constituição Federal e no Código Florestal.

Com efeito, a Lei Orgânica do Município de São Carlos[48] preconiza a importância da manutenção dos ecossistemas e dos processos ecológicos, reconhecendo o valor de áreas de preservação permanente (nascentes, matas ciliares, várzeas, etc.), a obrigatoriedade da manutenção da capacidade de

---

[47] O Projeto de lei do Plano Diretor de São Carlos no artigo. 62 diz que: *As Áreas Especiais de Interesse Ambiental são porções do território destinadas a proteger e recuperar os mananciais, nascentes e corpos d´água; a preservação de áreas com vegetação significativa e paisagens naturais notáveis; áreas de reflorestamento e de conservação de parques e fundos de vale.* (PMSC, 2004a).

[48] A Lei Orgânica do Município (34/90) estabelece no Art. 264: "O Município, para proteger e conservar as águas e prevenir seus efeitos adversos, adotará medidas no sentido:**I-** - da instituição de áreas de preservação das águas utilizáveis para abastecimento às populações e da implantação, conservação e recuperação de matas ciliares; **II-** do zoneamento de áreas inundáveis, com restrições a usos compatíveis naquelas sujeitas a inundações freqüentes e da manutenção da capacidade de infiltração do solo;..."

infiltração do solo, do zoneamento em áreas de risco de inundação[49] e a recuperação de áreas degradadas.

Sendo assim, de acordo com a referida legislação foram definidas como áreas suscetíveis de proteção :

- As áreas ao longo dos córregos e ao redor de lagoas e nascentes;
- As áreas situadas em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (parágrafo único, III do art. 3º da Lei 6.766/79);
- A Reserva Legal, para áreas rurais e/ou não ocupadas dentro do perímetro urbano[50].

A delimitação dessas áreas somadas às áreas com as imposições de ordem ambiental foram consideradas por ALVES (2005) como medidas não-estruturais de prevenção de enchentes, utilizadas na formulação dos cenários de uso e ocupação do solo.

A partir daí, com o apoio da bibliografia, ALVES (2005) definiu medidas que pudessem ser espacializadas na bacia em estudo, tais como:

1. Arborização urbana – essa medida prevê que por volta de 1/3 da área correspondente a ruas e calçadas seja considerada área com cobertura vegetal. Toda área ocupada já existente é arborizada. As porcentagens de cobertura vegetal e área impermeável nesta referida área passam a ser 36% e 64%, respectivamente.
2. Manutenção das Áreas de Preservação Permanente ao longo dos corpos d'água, lagoas e nascentes nas áreas onde estão preservadas (onde não há edificações) - faixas de 30m, 50m e 50m, respectivamente, como determina o Código Florestal
3. Aumento das áreas permeáveis nas áreas públicas dos loteamentos e sua conexão às APPs – essa medida determina que 1/3 das áreas públicas dos loteamentos seja considerada área verde[51].
4. Aplicação da Reserva Legal – essa medida determinou que fosse preservada e destinada a áreas verdes Florestais 20% de toda a

---

[50] As Reservas Legais destinam-se ás propriedades rurais. Segundo a proposta de ALVES (2005), quando as propriedades rurais são transformadas em urbanas as reservas legais poderiam ser utilizadas como parques urbanos.

[51] as porcentagens estão explicitadas no item sobre a descrição do cenário proposto.

zona rural e 20% das áreas dentro do perímetro urbano ainda não loteadas.

Cabe ressaltar que não foram determinadas medidas de controle dentro do lote, como aumento da área permeável, por ser considerada uma medida de difícil controle e fiscalização por parte do Poder Público. Considerou-se apenas a aplicação da porcentagem de 5% de área verde do total da área dos lotes, em todos os cenários propostos pelo trabalho, conforme determina a Lei de Edificações (Lei Municipal nº. 6910/72, art. 20).

5.3.1 Considerações sobre o Projeto de Lei do Plano Diretor de São Carlos segundo ALVES (2005)

Na formulação de alguns cenários ALVES (2005) considerou as seguintes determinações estabelecidas pelo Projeto de Lei que institui o Plano Diretor do município de São Carlos: o Macrozoneamento do município, que divide o território em Macrozona Urbana, Macrozona de Uso Multifuncional Rural e a delimitação da Área de Especial Interesse Ambiental que incide sobre a bacia em estudo.

Da Macrozona Ubana[52], coincidem com a área da bacia as seguintes zonas:

- Zona 1: Ocupação Induzida (composta por áreas do território que requerem uma qualificação urbanística e que têm as melhores condições de infra-estrutura da cidade);
- Zona 2: Ocupação Condicionada (composta por áreas com predominância de uso misto do território com grande diversidade de padrão ocupacional) e
- Zona 3B: Recuperação e ocupação Controlada (áreas caracterizadas por fragilidades sociais e ambientais) .

---

[52] A Macrozona Urbana é composta por áreas dotadas de infraestruturas, serviços e equipamentos públicos e comunitários, apresentando maior densidade construtiva e populacional que requerem uma qualificação urbanística e em condições de atrair investimentos imobiliários privados (art. 22, PMSC, 2004b)

Da Macrozona de Uso Multifuncional Rural[53], coincidem com a área da bacia as seguintes zonas:

- Zona 5A (arts. 43 e seguintes do Projeto de Lei que institui o Plano Diretor de São Carlos): Proteção e Ocupação Restrita.
- Zona 5B (arts. 43 e seguintes do Projeto de Lei que institui o Plano Diretor de São Carlos): agrossilvopastoril
- Zona 6 (arts. 49 e seguintes do Projeto de Lei que institui o Plano Diretor de São Carlos): Produção Agrícola Familiar

A delimitação dessas zonas na bacia é ilustrada na figura a seguir:

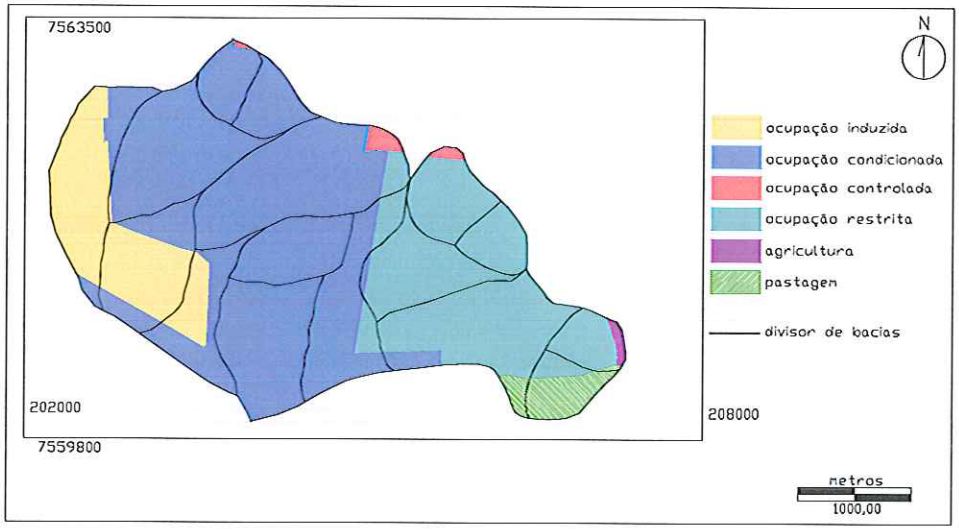

Figura 2: Zoneamento da bacia de acordo com o projeto de Lei que institui o Plano Diretor de São Carlos.
Fonte: ALVES (2005).

Com relação aos espaços livres de uso público do loteamento, destinados a sistemas de circulação, áreas de uso institucional e lazer, o projeto do Plano Diretor não contempla nenhuma restrição quanto ao coeficiente de permeabilidade ou de cobertura vegetal das mesmas, ficando à mercê do loteador manter ou não áreas permeáveis nesses espaços.

[53] A Macrozona de Uso Multifuncional Rural é composta por áreas de uso agrícola, extrativista ou pecuário, com áreas significativas de vegetação natural, condições de permeabilidade próximas aos índices naturais, por áreas de preservação ambiental formadas por reservas florestais, parques e reservas biológicas, bem como por áreas de usos não agrícolas, como chácaras de recreio, lazer, turismo, fazendas históricas, indústrias e sedes de distritos (art. 23, PMSC, 2004b).

No tocante à porcentagem da gleba destinada às áreas publicas, o Plano Diretor de São Carlos determina que da área total a ser loteada, 10% seja destinado às áreas de lazer, 8% para uso institucional e não especifica a porcentagem de área para circulação. Essas determinações valem para todas as zonas passíveis de parcelamento.

A previsão de áreas públicas é determinada, primeiramente, em âmbito federal, pela lei 6.766/79, no art. 4°, que trata dos Requisitos Urbanísticos para Loteamento, onde se estabelece que: *"as áreas de uso público devem ser proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a respectiva zona".* Entretanto, a redação original da lei previa a reserva para esse fim de não menos que 35% da gleba, quando destinada a loteamento de uso habitacional, mas essa norma foi revogada, passando a valer então as determinações previstas por legislação municipal.

Diante dessas observações, o trabalho elaborado por ALVES (2005) considerou a partir de cálculos de média de área destinada à circulação na cidade já consolidada, um total de 16% para ruas e calçadas, que somados aos 18% referentes aos usos institucional e lazer totalizam 34%, ou seja, muito próximo da porcentagem que a lei 6.766/79, com a nova redação que lhe foi dada, deixou de exigir.

5.3.2 Descrição do cenário de acordo com ALVES (2005).

No presente estudo que avalia um cenário proposto por ALVES (2005) é considerada uma ocupação futura que leva em conta a expansão da urbanização na bacia até o limite do perímetro urbano respeitando-se as determinações do atual Projeto de lei do Plano Diretor Urbano mais a adoção de medidas não estruturais.

Cabe destacar que será avaliado apenas o cenário que permite uma implementação concreta, com bons resultados, já que os cenários ideais dependem da remoção de construções de boa parte das áreas já ocupadas o que demanda a adoção de outras medidas, como a desapropriação, que a curto e médio prazo entende-se como inviáveis.

ALVES (2005) descreve o cenário proposto de forma que a ocupação urbana passa a ser guiada pelo uso de medidas não-estruturais associadas às determinações do Plano Diretor Urbano, da seguinte forma:

- O limite do perímetro urbano é respeitado e as áreas rurais são mantidas na situação atual, exceto a área corresponde à zona 5A, que é parcelada para chácaras de recreio.
- A área de Especial Interesse Ambiental é preservada, considerando-se que ela coincide com parte das áreas de preservação permanente ao longo dos Córregos Lazarini, Invernada e o próprio Gregório.
- As determinações do Código Florestal, referentes às áreas de preservação permanente de rios, lagoas e nascentes são aplicadas em toda a bacia, exceto para as áreas já invadidas atualmente. Essas áreas devem ser objeto de especial atenção pelo poder público, que deve impedir a reforma ou ampliação de tais instalações. São áreas de risco que, portanto, devem ser gradativamente desocupadas.
- A área urbana é adensada com a ocupação dos lotes atualmente vazios, os quais são ocupados da seguinte forma: 5% para áreas permeáveis verdes e 95% para áreas impermeáveis para cada lote.
- Toda área ocupada pelo sistema de circulação (ruas e calçadas) já existente é arborizada, cujas porcentagens de área com cobertura vegetal[54] e área impermeável passam a ser 36% e 64%, respectivamente.
- As áreas destinadas aos novos loteamentos situados na Zona de Ocupação Condicionada (Zona Urbana 2), descontadas as áreas de preservação permanente, quando existentes, e descontados 20% para as Reservas Legais[55], têm suas categorias de uso do

[54] inclui as áreas cobertas por copas de árvores.

[55] Para estes cenário, o cálculo da área para reservas legais e áreas de preservação permanente foi feito da seguinte maneira: a porcentagem de 20% da área da propriedade para as Reservas Legais inclui a área total da propriedade, inclusive as áreas de preservação permanente. Para a área da propriedade possível de ocupação deve-se descontar a área ocupada pelas áreas de preservação permanente e 20% de Reserva Legal, sendo que, para o cálculo destes 20% de área deve-se levar em conta a área total da propriedade, incluindo as áreas de preservação permanente.

EESC-USP Biblioteca Campus de S. Carlos

solo distribuídas da seguinte forma: para as áreas públicas[56] (cerca de 1/3 da gleba possível de ser ocupada), 1/3 foram destinados para áreas permeáveis verdes e 2/3 para áreas impermeáveis; para as ruas arborizadas, 1/3 foram destinados para áreas com cobertura vegetal e 2/3 para áreas impermeáveis; o restante da área foi destinada para lotes, dos quais, 5% para área verde e 95% para área impermeável.

- As áreas destinadas aos novos loteamentos situadas na Zona de Ocupação Restrita (Zona Rural 5A), descontadas as áreas de preservação permanente, quando existentes, e descontados 20% para as Reservas Legais, têm suas categorias de uso do solo distribuídas da seguinte forma: para as áreas públicas (cerca de 1/3 da gleba possível de ser ocupada), 1/3 foram destinados para áreas permeáveis e 2/3 para áreas impermeáveis; o restante foi destinado para chácaras de recreio, sendo cerca de 30% desta área impermeável e 70% área verde.
- As áreas situadas na Zona Agrossilvopastoril (Zona Rural 5B), descontadas as áreas de preservação permanente e 20% para Reservas Legais, foi destinada a área que restou para pastagem e agricultura.
- As áreas situadas na Zona Agrícola Familiar (Zona Rural 6), descontadas as áreas de preservação permanente e 20% para as Reservas Legais, foi destinado o que restou para agricultura.
- Nas demais zonas não ocorrem novos loteamentos

A seguir são apresentados os gráficos e as figuras relativos aos cenários de ocupação do solo (tendência atual) e planejado com a adoção de medidas não-estruturais:

Cenário que segue a tendência de ocupação atual:

A espacialização das classes de uso do solo na bacia, para o cenário tendecial atual é ilustrada na figura nº3 e as porcentagens relativas às classes de uso do solo resultam na distribuição percentual apresentada no gráfico nº 1.

---

[56] Representam as áreas de lazer e institucional

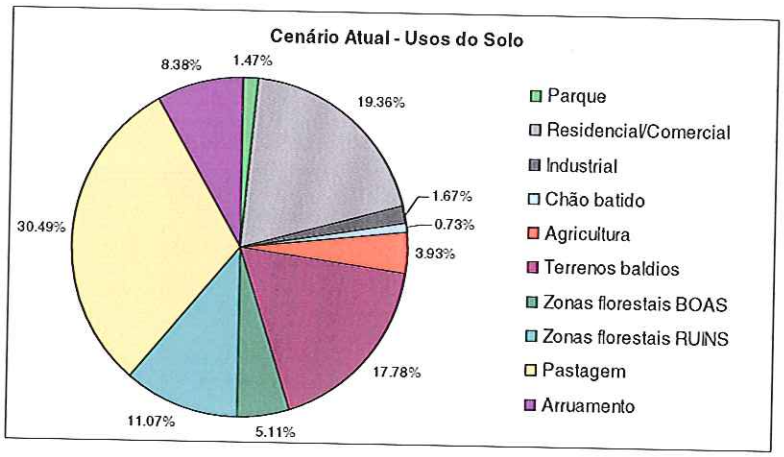

Gráfico 1 : Distribuição percentual de uso do solo no Cenário atual. Fonte: Alves (2005)

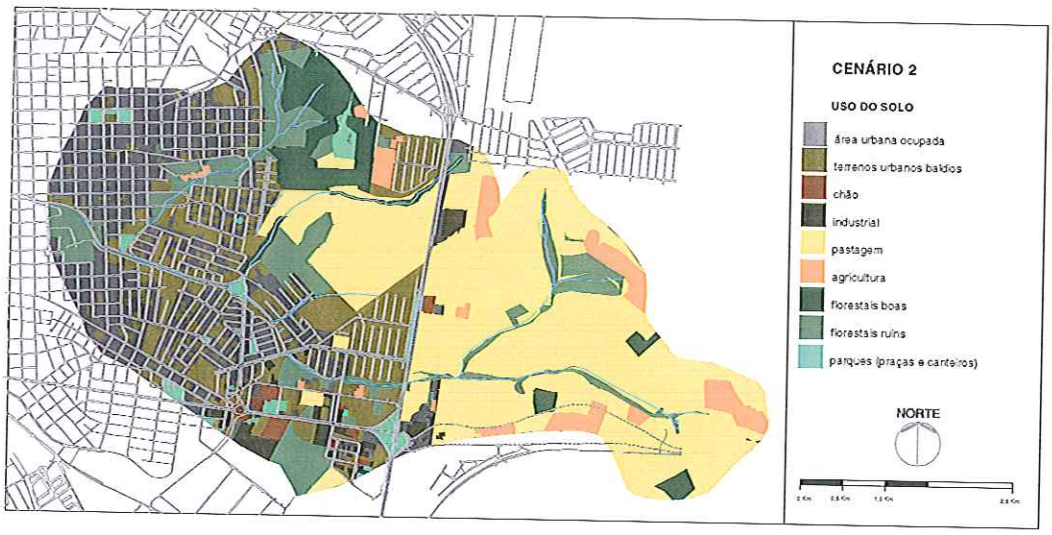

Figura 3: Cenário Atual. Fonte: ALVES (2005).

Cabe observar que na referida figura 3 o termo "chão" significa "solo exposto" e os termos "florestas boas" e "florestas ruins" significam, respectivamente, florestas "mais conservadas" e florestas "menos conservadas".

Cenário proposto (figura 4, gráfico 2):

A espacialização das diretrizes propostas por ALVES (2005) para o uso do solo na bacia em estudo pode ser vista na figura nº 4 e as porcentagens relativas às classes de uso do solo resultam na distribuição percentual apresentada no gráfico nº 2.

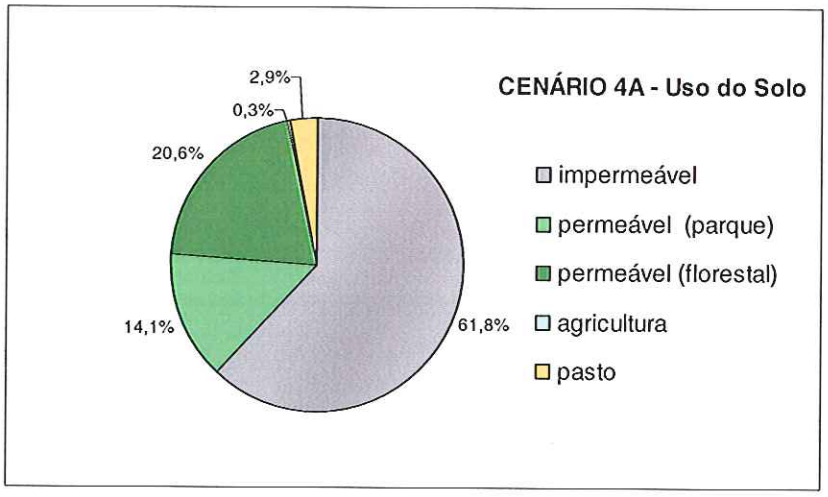

Gráfico 2: Distribuição percentual de uso do solo no Cenário proposto (4a).
Fonte: ALVES (2005)

FIGURA 4: Cenário proposto (4a).
Fonte: ALVES (2005)

5.4 Simulação hidrológica do cenário proposto (figura 4, gráfico 2).

BOLDRIN (2005)[57] realizou uma simulação hidrológica nos diferentes cenários de urbanização na bacia, a fim de verificar o comportamento do escoamento na bacia em situações alternativas de futuro, de forma a prever os

[57] Consultar trabalho de BOLDRIN (2005). "Avaliação de Cenários de Inundações Urbanas a partir de Medidas Não-Estruturais de Controle: Trecho da Bacia do Córrego do Gregório – São

impactos da ausência ou implementação do planejamento da drenagem urbana.

A simulação do cenário proposto (figura 4) para uma chuva de período de recorrência (tempo de retorno) de 10 anos apresentou menor volume escoado e atenuação na vazão de pico.

No caso de chuva de período de recorrência (tempo de retorno) de 25 anos, embora ocorram vazões além do limite do canal, o cenário proposto causa impactos pouco expressivos, quando comparados com os altos picos de vazão atingidos por outros cenários avaliados. Isso mostra que a aplicação de medidas não estruturais oferece boas respostas e reduz os impactos que poderão ser causados pelos cenários tendenciais de ocupação.

Já para chuva com tempo de retorno igual a 50 anos todos os cenários onde foram aplicadas as medidas tiveram vazão de pico menor que a vazão do cenário tendencial atual, porém todas ultrapassam a capacidade limite do canal, por ser uma chuva de grande intensidade. Para o cenário proposto, em que as medidas aplicadas não possibilitaram a ampliação suficiente das áreas de preservação permanente, seria necessária a associação de medidas estruturais às não-estruturais já implantadas, como dispositivos de retenção e detenção, localizados nas áreas públicas dos loteamentos ou contíguas às áreas de preservação permanente, além do uso de pavimentos permeáveis.

De acordo com ALVES (2005) e BOLDRIN (2005), considerando-se os hidrogramas em conjunto, é possível dizer que o cenário proposto, de execução possível, caso o projeto de Plano Diretor de São Carlos seja aprovado e venha a ser implementado, revela uma direção para a tomada de decisão relacionada à ocupação do solo e ao sistema de drenagem, que deverá, necessariamente, considerar a associação de medidas não-estruturais e práticas estruturais de controle na fonte, como reservatórios de detenção, pavimentos permeáveis, etc.

Os resultados gerados revelam que a aplicação de medidas não-estruturais para a drenagem urbana, tais como a criação, recuperação de áreas verdes e manutenção surtiriam efeitos significativos na redução do escoamento superficial e, conseqüentemente, nos volumes e nas vazões de pico,

---

Carlos, SP. Dissertação apresentada à EESC-USP como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Ciências da Engenharia Ambiental.

minimizando os impactos negativos da urbanização de toda a bacia ou grande parte dela.

5.5 Análise do cenário proposto sob o ponto de vista da função social e ambiental da propriedade urbana.

A realização do adequado ordenamento do território do município previsto pela Constituição Federal envolve um planejamento urbano que disciplina a utilização da propriedade a fim de que se promova o equilíbrio ecológico nas cidades.

Entretanto, a tendência de ocupação atual, sem considerar o cenário proposto, desfavorece o cumprimento da função social e ambiental da propriedade urbana, pois não contempla um percentual de áreas verdes para a ocupação do solo, de especial relevância no que diz respeito à drenagem em âmbito urbano.

As imposições de ordem ambiental previstas pelo cenário proposto (planejamento por meio de medidas não-estruturais) não impedem a utilização normal da propriedade urbana, apenas condiciona a sua utilização para que possa ser cumprido o princípio da função social e ambiental da propriedade, não ensejando, portanto, qualquer tipo de indenização.

As imposições ambientais são as seguintes:

- as relativas às áreas de preservação permanente (salvo nos casos passíveis de indenização: art. 3º do Código Florestal e havendo aniquilamento completo do direito de propriedade) e reservas legais. As áreas de preservação permanente deverão respeitar os limites mínimos previstos no Código Florestal cuja aplicação prevalece sobre o limite de 15 metros para cursos d´água previsto na Lei de Parcelamento do Solo (Lei 6.766/79) ou qualquer outro limite menos restritivo previsto em plano diretor.

- as propostas com base na Lei Municipal 6.910/72 (art. 20) (5% para áreas permeáveis verdes e 95% para áreas impermeáveis para cada lote).

-as propostas com base nos incisos do parágrafo único do art. 3º da Lei 6.766/79, (não será permitido o parcelamento do solo: I – em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para

assegurar o escoamento das águas; II – em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III – em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas as exigências específicas das autoridades competentes; IV – em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção);

- as propostas com base no plano diretor;

- a proposta de uma porcentagem mínima de áreas verdes para novos loteamentos desde que prevista em lei ;

- a proposta de arborização, desde que prevista em lei.

O cenário apresentado propõe a manutenção de vegetação em áreas de preservação permanente e a conversão das reservas legais em parques urbanos.

No tocante à manutenção da vegetação em áreas de preservação permanente o Código Florestal (art. 4º) previu a possibilidade de supressão desta vegetação em caso de utilidade pública ou interesse social[58], quando inexistir alternativa técnica ou locacional ao empreendimento proposto, mediante procedimento administrativo próprio.

As definições de utilidade pública e interesse social constam respectivamente nos incisos IV e V do §2º do art. 1º do Código Florestal. Esta previsão abre espaço para construção de vias marginais em áreas de preservação permanente o que seria possível mediante o mencionado procedimento administrativo respeitando-se as condições do §2º do art. 4º. Este procedimento deverá compreender a análise das alternativas técnicas e locacionais (art. 4º, *caput*), análise do impacto ambiental (art. 4º, §3º) e estudo de medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas se houver a supressão da vegetação (art. 4º, §4º).

Cabe observar que esta possibilidade é de constitucionalidade duvidosa uma vez que a Constituição prevê (art. 225, §1º, III) a possibilidade de alteração e supressão de espaços protegidos (no qual incluem-se as áreas de preservação permanente) somente por lei e não procedimento administrativo,

---

[58] A supressão de que trata o art 4º do Código Florestal se refere tanto às hipóteses previstas no art. 2º como nas do art. 3º, observando-se que o §5º do art. 4º autoriza a supressão de

além de vedar a utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

A construção de casas ou de vias marginais em áreas de preservação permanente compromete o equilíbrio ecológico no local, sobretudo o sistema natural de drenagem urbana. É difícil pensar numa hipótese em que a utilidade pública ou o interesse social se sobreponham à relevância da proteção das nascentes, da perenidade dos rios e córregos, estabilidade geológica, biodiversidade, enfim, de todos os fatores que promovem o equilíbrio ecológico. Como já fora sustentado, os interesses econômicos e sociais não devem estar acima dos ambientais e sim devem ser compatibilizados.

O que realmente deve ser perseguido é a recuperação da vegetação nas áreas de preservação permanente, sendo que as construções, que impeçam estas áreas de cumprirem suas funções ecológicas e que foram concluídas antes da incidência do instituto poderão ser removidas e indenizadas e as concluídas após a incidência do instituto, anuladas e removidas sem indenização, cabendo a responsabilização por danos ambientais (arts. 3º, III e IV, e 14 da Lei 6.938/81), conforme o caso, à prefeitura que autorizou, ao loteador e ao proprietário.

Por outro lado, nas áreas sem construções, em que não houver mais cobertura vegetal, aplica-se o art. 18 do Código Florestal que prevê o florestamento ou o reflorestamento das áreas de preservação permanente, nas terras de propriedade privada, onde seja necessário, sendo que o Poder Público poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário, o qual deverá ser indenizado no caso de tal área estar sendo utilizada com culturas (§1º, art.18).

Com relação às reservas legais o Código Florestal (art. 16, §8º) estabelece que elas "devem ser averbadas à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis..."

O proprietário de uma área localizada em zona rural ao ter esta área transformada em zona urbana ou de expansão urbana[59] não poderá alterar a

---

vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues previstos no art. 2º , *alíneas c e f* somente em caso de utilidade pública.

[59] De acordo com o art. 3º da Lei 6.766/79 "somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal". Segundo MEIRELLES (2003) zona

Reserva Legal, sendo razoável que seja utilizada como parque, mantendo-a como área verde.

Ocorre que boa parte dos proprietários de áreas localizadas em zona rural não cumpre a exigência legal de averbar a Reserva Legal. Assim, no momento em que o Poder Público autoriza a transformação da zona rural em zona urbana ou de expansão urbana, aqueles proprietários acabam sendo favorecidos pela falta de previsão expressa na lei quanto à manutenção da Reserva Legal, pois o Código Florestal faz exigência expressa de averbação somente em relação à propriedade rural.

Cabe, portanto, uma maior fiscalização do Poder Público quanto à averbação das Reservas Legais, notadamente no momento em que a zona rural é transformada em zona urbana ou de expansão urbana.

O ambiente urbano sofre cada vez mais com a poluição atmosférica, falta de saneamento básico, de local adequado de destinação de resíduos sólidos e de arborização, entre outros. O planejamento do sistema de drenagem por meio da aplicação de medidas não-estruturais contribui para a

---

urbana caracteriza-se pela existência de edificações e equipamentos públicos destinados a habitação, comércio, indústria ou utilização institucional; zona de expansão urbana define-se como área reservada para o crescimento da cidade ou vila, ou seja, é a que se reserva em continuação à área urbanizada, para receber novas construções e serviços públicos, possibilitando o normal crescimento de cidades e vilas (a zona de expansão urbana se diferencia da área urbanizável a qual aplica-se à parte distinta e separada de qualquer núcleo urbano); zona rural identifica-se pela sua destinação agrícola, pastoril ou extrativista, geralmente a cargo da iniciativa privada. "A delimitação da zona urbana ou perímetro urbano deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários. No primeiro caso a competência é do município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos que darão à área condição urbana ou urbanizável, e, atendidos esses requisitos, a lei especial delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização" (MEIRELLES, 2003, 525). "Para efeitos tributários, notadamente para efeito de IPTU, zona urbana é a definida em lei municipal, que pode abranger as áreas urbanizadas, as urbanizáveis e as de expansão urbana (Código Tributário Nacional, art. 32, §§ 1º e 2º)" (MEIRELLES, 2005, 200). "As áreas urbanizáveis e de expansão urbana, declaradas como tais por lei municipal, configuram zonas urbanas, para efeito de IPTU, desde que constantes de loteamentos destinados à atividade urbana, aprovados pelo Ministério da Agricultura, após exame dos respectivos projetos pelo INCRA, nos termos do art. 32, §2º, do Código Tributário Nacional e do art. 16 do Decreto-lei 57, de 18/11/1966" (MEIRELLES, 2005, 201). Sendo assim, "as áreas de expansão urbana, embora zonas rurais, passam, excepcionalmente, a áreas urbanas, sujeitas aos tributos municipais e regidas pelas leis locais de uso do solo e pelas normas edilícias da municipalidade". (MEIRELLES, 2005, 70). "O Decreto-lei alterou os arts. 29 e 32 do Código Tributário Nacional incluindo as chácaras ou sítios de recreio em zona rural na competência tributária do município (art. 14) e excluindo desta as glebas situadas na zona urbana desde que comprovadamente utilizadas em exploração extrativista vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, sujeitando-se ao ITR (art. 15). Os sítios ou chácaras continuam imóveis rurais, mas com incidência de IPTU, e aquelas glebas referidas, permanecem com características urbanas, com incidência de ITR" (MEIRELLES, 2005, 525).

promoção do equilíbrio ecológico nas cidades, objetivo do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana.

6. CONCLUSÕES

A concepção de propriedade evoluiu ao longo do tempo de um modelo individualista para um novo modelo que inclui uma função social e, mais recentemente, uma função ambiental. A incorporação destas novas funções não afasta a concepção anterior que apenas deve ser entendida à luz dos novos valores da sociedade. Assim, a utilização da propriedade deverá atender aos interesses individuais, sociais e ambientais, de maneira conciliatória.

Cabe esclarecer que não somente a propriedade privada está submetida ao princípio da função social e ambiental da propriedade, mas a propriedade pública também deve estar de acordo com os interesses públicos, dentre eles a promoção da sustentabilidade ambiental.

A Constituição Federal brasileira incorporou o princípio da função social e ambiental da propriedade de modo que a apropriação de bens ambientais deve ser feita de forma sustentável, beneficiando não somente o proprietário, mas toda coletividade.

No âmbito da Política de Desenvolvimento Urbano (art. 182 da Constituição Federal) não houve menção expressa ao princípio da função ambiental da propriedade, entretanto este princípio está presente de forma implícita uma vez que o princípio da "defesa do meio ambiente" previsto no art. 170, VI da Constituição Federal deve nortear toda elaboração da política urbana. Sendo assim, o plano diretor, importante instrumento de concretização da função social da propriedade urbana, deve, da mesma forma, promover a proteção do meio ambiente, fazendo com que a propriedade cumpra não somente uma função social, mas também ambiental.

As condicionantes ao direito de propriedade não devem, rigorosamente, ser confundidas como limitações a este direito, uma vez que a função social e ambiental faz parte da própria estrutura do direito de propriedade, não constituindo um elemento exterior a este direito. Este entendimento decorre da posição da função social na Constituição Federal de 1988 no mesmo patamar hierárquico do direito de propriedade.

As referidas condicionantes apenas disciplinam a utilização do bem para que este cumpra a sua função social e ambiental, não impedindo sua normal

utilização. Caso haja aniquilamento do direito de propriedade, em desacordo com a Constituição Federal, o proprietário poderá ser indenizado.

Levando-se em conta que o objetivo do princípio da função social e ambiental da propriedade urbana é a promoção da sustentabilidade ambiental, no âmbito do ordenamento territorial do município, a implementação dos instrumentos de planejamento e gestão ambientais previstos na legislação ambiental e urbanística e a articulação entre eles disciplinarão a utilização da propriedade e definirão em que medida esse objetivo será cumprido.

Nestes termos, se faz necessária a implementação do zoneamento ambiental e a regulamentação da avaliação ambiental estratégica para que, em conjunto com os outros instrumentos mencionados neste trabalho possam subsidiar o conjunto da sociedade na tomada de decisão sobre a ocupação de um determinado território.

A participação de toda a coletividade nos procedimentos de tomada de decisão sobre o planejamento e gestão das cidades deve ser amplamente estimulada. A decisão conjunta entre Poder Público, empresários e a sociedade sobre como ocupar o espaço nas cidades, levando-se em conta os valores da sustentabilidade, é que legitima esta ocupação, possibilitando a cada propriedade urbana, seja pública ou privada, o cumprimento de sua função social e ambiental. Ou seja, o sucesso do todo, depende da contribuição de cada parte e o respeito a esta relação deverá estar presente nas atitudes dos referidos atores.

Com relação ao cenário proposto no estudo de caso, há evidências de que a observância simples das restrições legais e ambientais apresentaria um quadro muito mais favorável do ponto de vista da drenagem urbana, sem que houvesse necessidade de desapropriações ou ônus ao poder público e à sociedade. Ao contrário, não haveria os elevados custos de indenizações e as necessárias intervenções estruturais para minimizar os efeitos das enchentes.

Deve-se ressaltar a necessária preocupação com a desocupação gradativa das áreas de risco, atualmente ocupadas de maneira permanente com construções.

A disciplina do uso e ocupação do solo por meio do planejamento do sistema de drenagem urbana que contemple medidas não-estruturais contribui para que a propriedade cumpra sua função social e ambiental. As enchentes e

inundações, na maioria das vezes, são causadas pelo abuso na ocupação do solo.

Dentro desta perspectiva emerge a importância da aplicação da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) que reforça, em suas diretrizes (art. 3º, V), a necessidade da "articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo" para o cumprimento de um de seus objetivos, qual seja, "a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais" (art. 2º, III da Lei 9.433/97). Vale ressaltar que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (art. 1º, VI da Lei, 9.433/1997) de forma solidária.

O ideal é planejar antes de ocupar. De todo modo, mesmo numa área já ocupada, a adoção de medidas não-estruturais, tais como, a criação, recuperação e manutenção de áreas verdes, traria bons resultados. Ademais, as áreas já ocupadas poderiam ser objeto de algum tipo de instrumento de política urbana, como, por exemplo, o IPTU, que poderia incidir de maneira diferenciada para que elas se ajustassem aos parâmetros ambientais (art. 4º, IV, c do Estatuto da Cidade).

O adequado ordenamento do território municipal que leve em conta o equilíbrio ecológico contribui para a conciliação das atividades humanas nas cidades e a proteção da natureza. As condicionantes de ordem ambiental impostas para que a propriedade cumpra sua função social e ambiental não devem ser vistas como restritivas e punitivas, mas como uma maneira de melhorar a qualidade de vida de toda a coletividade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLY, C.; DAVIDSON, F. (1998). *Densidade Urbana. Um Instrumento de Planejamento e Gestão Urbana.* Rio de Janeiro: Ed Mauad.

ALVES (2005): "*O Uso de Medidas Não-Estruturais na Prevenção e Controle de Enchentes em Bacias Urbanas: O Caso do Córrego do Gregório, São Carlos-SP".* Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo.

ANTUNES, P.B. (2001). *Direito Ambiental*, 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris.

ARANTES, O; VAINER C.; MARICATO; E. (2002) *A Cidade do Pensamento Único. Desmanchando Consensos.* Petrópolis. Vozes.

BENATTI, J.H. (2003). Aspectos Legais e Institucionais do Zoneamento Ecológico-Econômico. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 29, p 103-114.

BENJAMIN, A. H. V. (1996). Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente, *Revista de Direito Ambiental,* n.4. São Paulo. Revista dos Tribunais.

BOBBIO, N. (1995). *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.* 3º Edição. Brasília: UnB.

BOLDRIN (2005). *Avaliação de Cenários de Inundações Urbanas a partir de Medidas Não-Estruturais de Controle: Trecho da Bacia do Córrego do Gregório – São Carlos, SP.* Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo.

BONAVIDES, P. (2001). *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 7.ed. São Paulo: Malheiros.

BORGES, A.L.M; MAGRI, R.V.R. (1996). Vegetação de preservação permanente e área urbana – uma interpretação do parágrafo único do art. 2º do

Código Florestal. *Revista de Direito Ambiental*, n.2, abr-jun, São Paulo, Revista dos Tribunais.

BRAGA, R.; CARVALHO, P.F. (2001). *Perspectivas de Gestão Ambiental em Cidades Médias*. São Paulo: Unesp.

BRITO, António J. dos S. L. de (1997). *A Protecção do Ambiente e os Planos Regionais de Ordenamento do Território*. Coimbra: Almedina.

CANTER, L.W. (1996). *Environmental Impact Assessment*. 2.ed. Oklahoma: McGraw-Hill.

CANOTILHO, J.J.G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, P. F. de (2000). Instrumentos Legais de Gestão Urbana: Referências ao Estatuto da Cidade e ao Zoneamento. In: *Estatuto da Cidade: política urbana e cidadania*. Rio Claro: LPM-IGCE-UNESP, p. 41-59.

CAVALCANTI, C. (2002) Política de governo para o desenvolvimento sustentável: uma introdução ao tema e a esta obra coletiva. In: *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. Clóvis Cavalcanti (org). 4.ed. São Paulo: Cortez: Recife: Fundação Joaquim Nabuco.

CAVEDON, F. de S.; DIEHL, F. P.; SIQUEIRA, C. B.; SOUZA E. M. de (2003). Função Ambiental da Propriedade Urbana e Áreas de Preservação Permanente: A Proteção das Águas no Ambiente Urbano. In: *Congresso Internacional de Direito Ambiental. Direito, Água e Vida*. São Paulo: Imprensa Oficial.

COIMBRA, A. (2002). *O Outro Lado do Meio Ambiente*. Campinas: Millenium.

COLLADO, P. E. (1979) *La Propriedad Privada Urbana.Encuadramiento y regimen*. Madrid: Montecorvo.

COMPARATO, F. K. (2003). *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva.

COSTA, F.D. de C. (2000). Desapropriação em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental,* n. 18, p.139-152. Revista dos Tribunais.

COSTA NETO, N. D. de C. (2003). *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey.

CUSTÓDIO, H. B. (2002). Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais. *Fórum de Directo Urbano e Ambiental*. Ano 1 – n. 3.

DERANI, C. (2001). *Direito Ambiental Econômico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad.

_____ (2002). A Propriedade da Constituição Federal de 1988 e o Conteúdo da Função Social. *Revista de Direito Ambiental,* n. 27, p. 58-69. Revista dos Tribunais.

DIAS, E.G.C.S.; SÁNCHEZ, L.E. (2001). Deficiências na Implementação de Projetos Submetidos à Avaliação de Impacto Ambiental no Estado de São Paulo. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo, v. 23, p. 163-204.

DI PIETRO, M. S. Z. (1999). *Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas.

DUGUIT, L. (1975). *Las Transformaciones Generales del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta.

EGLER, P. C. G. (2001). Perspectivas de Uso no Brasil do Processo de Avaliação Ambiental Estratégica. *Médio Ambiente*, Valdivia, v. 44, n. 11, p. 175-190.

ENGELS, F.; MARX,K. *Manifesto Comunista*. 2.ed. São Paulo: Unitas.

FARIAS, P.J.L. (1999). *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.

FERNANDEZ, M. E. M. (2001). *Direito ao Meio Ambiente e Propriedade Privada*. Coimbra: Universidade de Coimbra.

FIGUEIREDO, G. J. P. de. (2003). *A Dimensão Ambiental da Função Social da Propriedade*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

FINK, D.R.; PEREIRA, M.S. (1996). Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano. *Revista de Direito Ambiental.* N.2, abr-jun, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FRANCO, J.G.O. (2005). *Direito Ambiental Matas Ciliares*. Curitiba: Juruá.

FRANCO, M.A.R.F. (2001). *Planejamento Ambiental para Cidade Sustentável.* São Paulo: Annablume: Fapesp.

GOMES, O. (1991) *Direitos Reais*.10ª Ed. Rio de Janeiro, Forense.

GRAU, E. R. (2003). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (2002). *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros.

GUERRA FILHO, W. S. (2003). *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3.Ed. São Paulo: Celso Bastos.

JACOBS, J. (2000). *Morte e Vida de Grandes Cidades*. São Paulo: Martins Fontes.

LAFER, C. (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras.

LEI DE EDIFICAÇÕES DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS (6.910/72).

LEITE, J.R.M. (2000). *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOCKE, J. (1983). *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural.

LOUREIRO, F. E. (2003). *A propriedade como Relação Jurídica Complexa*. Rio de Janeiro: Renovar.

MACHADO, P.A.L. (2003). *Direito Ambiental Brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (2004). *Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (1994). *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros.

MATTOS, L.P. (2003). *A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias.

MAXIMILIANO, C. (1995). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense.

MEDAUAR, O. (2004). *Coletânea de Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, H. L. (2000). *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (2003). *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros.

MILARÉ, E. (2004) *Direito do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MILLIKAN, Brent H. (1999). *Zoneamento-econômico-ecológico e políticas públicas no Estado de Rondônia*. Projeto Brasil 94/007.

MIRRA, Á.L.V. (1996). Princípios Fundamentais de Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental,* n. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORAES, A. de. (2003). *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

MORAES, L.C.S. (2002). *Código Florestal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Atlas.

MORANT, R.G. (1971). *Las Zonas Verdes Y Espacios Libres Como Problema Jurídico*. Madrid: Editorial Tecnos.

MOREIRA NETO, D. de F. (1975). *Introdução ao Direito Ecológico e a Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense.

MUKAI, T. (2002). *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. 2.Ed. São Paulo: Dialética.

NITSCH, M. (1998) *Planejamento sem Rumo*. Berlin: [s.n.].

OLIVEIRA, A. I. de A. (2000). Avaliação de Impacto Ambiental x Estudo de Impacto Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, N. 17, p. 141-153.

OLIVEIRA, I.S.D. (2004). *A Contribuição do Zoneamento Ecológico-Econômico na Avaliação de Impacto Ambiental: bases e propostas conceituais*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo.

OST, F. (1995). *A Natureza à Margem da Lei*. Lisboa: Piaget.

PARTIDÁRIO, M. R. (2000?). Perspectivas Futuras: A Emergência da Avaliação Ambiental Estratégica. *Avaliação de Impacto Ambiental*. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, p. 69-82. Documentos Ambientais.

PERLINGIERI, P. (2002). *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar.

PINTO, V. C. (2001). *Plano Diretor e o Direito de Propriedade*. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

PMSC (2004). *Plano Diretor do Município de São Carlos I*: Projeto de Lei, PROC 2146.03, PL 215, Câmara Municipal de são Carlos.

RANIERI, V.E.L. (2000) *Discussão das potencialidades e restrições do meio ambiente como subsídio para o zoneamento ambiental – o caso do município de Descalvado (SP)*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo.

RODOTÀ, S. (1986) *El Terrible Derecho. Estudos Sobre La Propiedad Privada.* Madrid. Civitas.

SALLES, C.A. (2004). Propriedade Imobiliária e Obrigações *propter rem* pela Recuperação Ambiental do Solo Degradado. *Revista de Direito Ambiental,* n. 34, São Paulo, Revista dos Tribunais.

SÁNCHEZ, L.E. (1993) – Os papéis da avaliação de impacto ambiental. In: L.E.SÁNCHEZ (org.), *Avaliação de Impacto Ambiental*: Situação Atual e Perspectivas. São Paulo, Escola Politécnica da USP.

SANTOS, R.F. (2004). *Planejamento Ambiental. Teoria e Prática*. São Paulo: Oficina de Textos.

SCHUBART, H. O. R. (2003). *O Zoneamento Ecológico-Econômico e a Gestão dos Recursos Hídricos*. Programa Zoneamento Ecológico-Econômico. Secretaria de Políticas para o Desenvolvimento Sustentável. Ministério do Meio Ambiente.

SILVA, J. A. da. (2002a). Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente. *Revista de Direito Ambiental,* n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (2002b). *Direito Ambiental Constitucional*. 4.Ed. São Paulo. Malheiros.

_____ (2000). *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

SOUZA, M. L. (2003) *Mudar a Cidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

SOUZA, M. P. (2000) *Instrumentos de Gestão Ambiental: Fundamentos e Prática*. São Carlos: Riani Costa.

SOUZA, V. C. B. (2002). *Estudo Experimental de Trincheiras de Infiltração no Controle da Geração do Escoamento Superficial.* Tese (Doutorado) - Engenharia de Recursos Hídricos e Saneamento Ambiental - Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SPIRN, A.W. (1995). *O Jardim de Granito: A natureza no desenho das cidades.* Tradução de Paulo Renato Mesquita Pellegrino. São Paulo: USP.

SUNDFELD, C. A. (2003). O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio: Coordenadores. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais.* São Paulo: Malheiros.

THERIVEL, R. et al. (1994) *Strategic Environmental Assessment.* London: Earth.

TUCCI, C E. M. (2002). Gerenciamento da Drenagem Urbana. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos.* v.7, n.1.

TURNER, T. (1998). *Landscape planning and environmental impact design.* [s.l.]: UCL Press.

VALLE, R. T. do (2002). *Sociedade Civil e Gestão Ambiental no Brasil: uma análise da implementação do direito à participação em nossa legislação.* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.