

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

CARLOS ARAÚJO LEONETTI

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Carlos Araújo Leonetti, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-328-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Urbanístico. 3. Cidade.
4. Alteridade. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Direito Urbanístico experimentou profundas e sensíveis mudanças. A própria Carta, ao se referir especificamente a “Direito urbanístico” (art. 24, inciso, I), tratou da competência legislativa, dita concorrente. Para muitos, nesta previsão, o constituinte de 88 deixou claro seu reconhecimento de que o Direito Urbanístico adquiriu foros de autonomia. Mas o constituinte dedicou um capítulo à Política Urbana, no qual estabeleceu normas fundamentais de direito urbanístico, enfatizando o papel central exercido pelo Plano Diretor e estipulou as condições para que o princípio da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII) seja considerado cumprido, no âmbito urbano. Dessa forma, verifica-se que o Direito urbanístico evolui e ganha dimensões de estatus constitucional, sendo relevante discuti-lo e aperfeiçoá-lo. Dessa forma se justifica a produção científica nessa área.

Assim, os trabalhos apresentados no GT Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, no XXV Congresso do CONPEDI, em Curitiba, que agora se encontram encartados nesta Coletânea que temos a satisfação de apresentar, demonstram os avanços e a seriedade com que o tema Urbanístico tem sido enfrentado e discutido pelos juristas e estudiosos do Direito. Docentes e discentes dos vários Programas de Pós-Graduação em Direito do país apresentaram suas pesquisas no GT que tivemos a honra de coordenar, demonstrando a diversidade das preocupações com a construção do espaço urbano e a sustentabilidade das cidades, conforme se verá.

Esta obra inicia-se com o artigo intitulado **A CARTA DE ATENAS DE 1933 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS E DEFICIENTES FÍSICOS: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ARQUITETURA**, onde o autor defende a ideia de mobilidade no espaço urbano, por pessoas idosas e portadoras de deficiência e, nesse sentido, traça um paralelo entre a arquitetura e o Direito, para regular o usufruto dos espaços públicos nas cidades, concluindo que o progresso e novas tecnologias avançam com uma velocidade que a velhice e a deficiência não conseguem acompanhar; daí a necessidade de se criar espaços específicos para essas pessoas, dentro da cidade.

Já no artigo intitulado A DOCTRINA DO DIREITO SOCIAL E SUA INFLUENCIA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA, trata-se do Princípio da Função Social da propriedade, trazendo uma análise histórica deste instituto, no âmbito da propriedade privada; e faz, também, um paralelo com a Doutrina do Direito Social.

No mesmo sentido, o artigo A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE trata das novas configurações das cidades, utilizando-se do Princípio da Função Social da propriedade como norteador das construções urbanas e como solução dos conflitos, buscando sustentáculo no uso sustentável do espaço urbano como garantia de direitos aos menos favorecidos, evidenciando as diretrizes do Estatuto da Cidade e do dever do Estado em propiciar moradias dignas e espaço urbano de qualidade.

Já o artigo A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO HOMEM NO PLANEJAMENTO URBANO DOS MUNICÍPIOS: O CONSELHO MUNICIPAL NA CIDADE DE LONDRINA faz uma análise dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 e, em especial, a liberdade de agir. Dá ênfase à necessidade de participação popular na construção de Diretrizes para o Desenvolvimento Sustentável; conclui que ainda é tímida a participação popular mas é de vital importância que a população seja informada para ter participação efetiva. O artigo A INEFETIVIDADE DO TOMBAMENTO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL ARQUITETÔNICO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO evidencia que a existência de edificações urbanas desconectadas do conjunto cultural ou tombadas isoladamente, esvaziam o valor econômico do bem e que é necessário a preservação do patrimônio cultural arquitetônico sobre o prisma da Política de Desenvolvimento Urbano, primando pela participação popular nas decisões administrativas. Seguindo a mesma linha temática, o artigo A NATUREZA JURÍDICA DOS LOTEAMENTOS URBANOS PRIVATIVOS E SUA VIABILIDADE JURIDICA, retrata a necessidade de que a lei do parcelamento do solo urbano seja observada com rigor; pois os espaços públicos e urbanos não estão sendo, nestes, contemplados; principalmente no âmbito dos condomínios e loteamentos fechados, restringindo o acesso à população causando injustiça social. Já o artigo PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ELABORAÇÃO E REVISÃO DOS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS discute a política urbana e o Estatuto da Cidade, evidenciando a necessidade da participação popular e que o município cumpra com o seu dever de fomentar políticas urbanas e, destaca os movimentos políticos sociais como atores importantes para a construção da sustentabilidade urbana. O artigo A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA EM PROL DA SUSTENTABILIDADE esclarece que pode o Estado utilizar-se do instituto da desapropriação para oportunizar melhorias ao meio ambiente urbano. Para isso, destaca que é

preciso planejar os espaços e desapropriar áreas particulares que devem servir à coletividade. Esclarece que, nesse sentido, a desapropriação estará em harmonia com a sustentabilidade. O artigo intitulado ASPECTOS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA faz uma análise da regularização fundiária como um direito fundamental que engloba um tríplice aspecto : arquitetura, urbanismo e engenharia e analisa o Programa “Minha Casa minha Vida” utilizando-se de princípios da regularização fundiária e faz breve análise das espécies de regularização fundiária. O artigo intitulado CIDADE, FAVELA E DIREITO : COMO PRODUZIMOS O SUBALTERNO, analisa o estigma conferido ao morador da favela e traça breve panorama das políticas remocionistas destinadas às favelas; evidencia as políticas públicas utilizadas e a violência reinante nas favelas, destacando a necessidade de se olhar com olhos de ver, evidenciando que essa população tem direito à cidade. Já o artigo CONFERÊNCIAS DAS CIDADES E GESTÃO DEMOCRÁTICA: INCLUSÃO, PARTICIPAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL, retrata que a conferência Nacional das Cidades já está na sua sexta edição, mas que muito pouco tem contribuído para a melhoria dos espaços urbanos e gestão sustentável das cidades. Na mesma linha de raciocínio, o artigo intitulado DIREITO À CIDADE, SEGURANÇA E OS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS DE PORTO ALEGRE E CANOAS destaca que mais de 80% da população brasileira vive na área urbana; logo é preciso planejar essa ocupação do espaço urbano a fim de que o mesmo seja sustentável; analisa a importância do Plano Diretor estar em sintonia com a Política de Desenvolvimento e de Segurança Pública sem os quais, o espaço urbano estará ameaçado. Já o artigo intitulado DIREITO DE PROPRIEDADE E IRREGULARIDADE FUNDIÁRIA URBANA destaca a necessidade de se olhar a propriedade de maneira solidária, sem egoísmo, pois a propriedade, pública ou privada, tem que atender às necessidades da coletividade e dá ênfase ao cumprimento da função social, pela propriedade, e conclui que os planos Diretores devem ser planejados pelo Estado pois as ocupações irregulares violam o conceito de função social da propriedade. O artigo “Gentrificação: a tributação como atenuante da segregação social e urbana” mostra como a tributação pode ser útil na redução dos efeitos da segregação urbana e rural pela assim chamada “gentrificação:” a mudança das características de um bairro, ou região, decorrente das alterações da dinâmica local, geralmente, “modernizando-o. A gentrificação promove o êxodo da população original, devendo ter seus efeitos mitigados por políticas públicas, principalmente na esfera tributária. O artigo denominado “ Invisíveis sociais: a negação do direito a cidade a população em situação de rua.” analisa o processo que torna “invisíveis” as pessoas que vivem em situação de rua, no Brasil., retirando-se-lhes o gozo de seus direitos como moradores da cidade. Os autores procuram mostrar formas de permitir que os homeless usufruam, em alguma medida, daquilo que a cidade tem a lhes oferecer. No artigo intitulado “O avanço urbanístico e o desenvolvimento sustentável para a garantia do direito a moradia”, os autores, tendo como pano de fundo a cidade de São Paulo,

mostram como o direito a moradia se relaciona com a urbanização das cidades. No artigo “O conflito entre o direito a moradia e meio ambiente na cidade das luzes” o autor revisita o tema do uso do solo urbano, sob a ótica do conflito entre o direito a moradia e a proteção ao meio ambiente. Estudando o caso específico do Município de Manaus – AM, o autor demonstra que o Poder Público muitas vezes combate os movimentos sociais por moradia acusando-os de cometer crimes contra o meio ambiente. Já o artigo “O direito a cidade e o desenvolvimento sustentável urbano: dilemas do planejamento urbano moderno”, os autores se debruçam sobre os danos ao meio ambiente decorrentes do crescimento desordenado das cidades, fortemente estimulado pelo liberalismo econômico, permitindo-se a mercantilização dos espaços urbanos, em detrimento de seu usufruto pela coletividade. O artigo intitulado “O direito do hipossuficiente a assistência gratuita, em projetos de construção urbanística, como instrumento de política urbana” aborda o direito do hipossuficiente de receber assistência gratuita, por parte do Poder Público, em projetos de construção urbanística, ilustrando com exemplos da cidade de Manaus. Os articulistas mostram que, na verdade, esta assistência técnica gratuita atende não apenas os interesses do cidadão mas também da comunidade como um todo. No artigo “O impacto do plano diretor do Município de Volta Redonda na busca de uma sociedade cidadã”, a autora analisa o Plano Diretor do Município de Volta Redonda – RJ, com vistas a se determinar se o mesmo efetivamente garante uma “sociedade cidadã.” Infelizmente, a conclusão é no sentido de que muitas das ações públicas precisam ser revistas. O artigo denominado “O meio ambiente cultural e as políticas públicas para sua preservação” trata da necessidade e importância da preservação do meio ambiente histórico e cultural, como integrante do patrimônio cultural imaterial, de uma cidade ou região. Por seu turno, o artigo “O princípio da proibição do retrocesso alcança o direito urbanístico?” procura esclarecer se, em que medida, o o princípio da vedação do retrocesso ambiental afeta o direito urbanístico. Já o artigo intitulado “Regularização fundiária, urbanização e a necessidade de implementação de políticas públicas no espaço brasileiro” busca analisar as políticas públicas de regularização fundiária urbana, no Brasil. Os autores demonstram que o Estado brasileiro não se preparou, adequadamente, para enfrentar os efeitos do êxodo rural verificado nas últimas décadas, que “inchou” as cidades gerando problemas sociais, ambientais, dentre outros. No artigo “Telhado verde: uma alternativa para cidades sustentáveis”, os autores mostram as comprovadas vantagens a proteção do meio ambiente decorrentes do uso de “telhados verdes” nos prédios, ao invés da cobertura tradicional. Finalmente o artigo “Zoneamento ambiental e urbanístico como instrumento legal na consolidação da função social da propriedade e da cidade: estudo de caso na microbacia hidrográfica do Barracão, Município de Bento Gonçalves” analisa como o zoneamento ambiental e urbanístico pode ser um instrumento eficaz de planejamento urbano. A autora se louvou no estudo de caso da microbacia hidrográfica do Barracão, área urbana do Município de Bento Gonçalves – RS.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti - UFSC

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ALCANÇA O DIREITO URBANÍSTICO?

DOES THE PRINCIPLE OF NON-RETURN IN THE ENVIRONMENTAL LAW REACH URBANISTIC LAW?

Samir Ramos Zaidan ¹

Resumo

Este artigo buscou analisar se o princípio da vedação do retrocesso ambiental alcança o direito urbanístico. Além disso, buscou-se verificar os fundamentos filosóficos e jurídicos que sustentam o princípio da proibição do retrocesso ambiental. Ainda, buscou-se discutir as relações entre desenvolvimento sustentável e os paradigmas éticos que orientam a construção normativa ambiental e urbanística. O Superior Tribunal de Justiça, no caso do City Lapa, aplicou o princípio em matéria de direito urbanístico. A finalidade precípua desse princípio é impedir o movimento de ioiô normativo, evitando o retrocesso legislativo e contratual.

Palavras-chave: Princípio da proibição do retrocesso, Direito ambiental e urbanístico, Paradigmas éticos

Abstract/Resumen/Résumé

This article looked to analyse if the principle of non-return in the environmental law reaches the urbanistic law. Besides, it looked to check the philosophical and legal bases that support this principle. It still looked to discuss the relations between sustainable development and the ethical paradigms which orientate the environmental and urbanistic law. The Superior Tribunal de Justiça, in case of City Lapa, applied the principle on the subject of urbanistic law. The essential finality of this principle is to obstruct the movement of ioiô normativo, avoiding legislative and contractual retreat.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of non-return, Environmental law and urbanistic law, Ethical paradigms

¹ Mestrando pelo programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD /FND/UFRJ). Especialista em Direito Ambiental (PUC-RJ). Bolsista da CAPES.

INTRODUÇÃO

O Direito não é uma técnica neutra que funciona por si mesma. O direito positivo não está à salvo das ideologias e expectativas daqueles que, num Estado Democrático de Direito, controlam seu processo de elaboração normativa.¹ Com efeito, o próprio Poder Legislativo - seja Federal, Estadual ou Municipal - e os particulares em suas relações são potenciais violadores dos direitos conquistados historicamente. Um mecanismo de defesa, que busca assegurar essas conquistas, é o princípio da proibição do retrocesso. É verdade que não se deve colocar o direito numa camisa de força; as transformações sociais exigem constante adequação normativa. Entretanto, as alterações normativas não devem implicar retrocesso, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, tal como o direito ao meio ambiente equilibrado.

Embora seja de uma evidência enfadonha, dizer que um meio ambiente sadio é condição capital para a sobrevivência da espécie humana não é ocioso. Também parece desnecessário dizer que sem ar limpo e sem água potável, a raça humana perecerá. Apesar desse espetáculo de obviedades, o homem continua ou finge estar indiferente aos resultados de sua jornada devastadora. As pegadas ambientais que tem deixado serão testemunhadas pelas presentes e futuras gerações. Sem condições ambientais mínimas de sobrevivência, de que adianta falar de outros importantíssimos direitos humanos tais como liberdade de ir e vir e liberdade de expressão? E a relação não para por aí: o direito humano à saúde, por exemplo, depende diretamente de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental encontra poderosa justificativa.

O trabalho aqui desenvolvido tem como objetivo básico a análise da possibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental no campo do direito urbanístico. Para superar esse desafio, precisa-se, em primeiro lugar, entender as relações de interdependência entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico, destacando sua natureza de direitos de terceira geração, tutelando interesses difusos, fundamentados na noção de solidariedade, o que lhes confere a peculiaridade de serem, a um só tempo, direitos-deveres, para que se possa ter uma visão holística do fenômeno jurídico e assim alcançar a melhor solução para cada caso concreto que se apresente.

Em segundo lugar, deve-se elaborar um entendimento elementar sobre princípios. Na sequência, necessita-se conceituar o princípio da proibição do retrocesso ambiental, para que

¹ FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 17-18.

em seguida possa se compreender sua aplicação e sua relação antagônica com o princípio da mutabilidade do direito.

Depois, este estudo buscará investigar os fundamentos filosóficos que sustentam o princípio da proibição do retrocesso e os fundamentos jurídicos que amparam sua aplicação no direito positivo brasileiro. Em seguida, serão abordadas as relações entre desenvolvimento sustentável, modo de exploração econômica e paradigmas éticos, articulando esses conceitos para melhor compreensão da questão que se coloca.

A pesquisa traz, ainda, um dado empírico sobre a aplicação do princípio da proibição do retrocesso em questão urbanística. Trata-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça que aplicou o princípio no caso do City Lapa,² na cidade de São Paulo.

1. DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO AMBIENTAL E DIREITO URBANÍSTICO

A luta pela proteção do meio ambiente não pode se dar desvinculada da luta pela proteção dos direitos humanos. A questão extrapola o problema da exploração dos recursos naturais e do espaço urbano: trata-se de garantir a manutenção das condições essenciais à própria sobrevivência da humanidade. Em que pese o paradigma antropocêntrico estar estampado na bandeira desta luta, a questão da sobrevivência é uma causa por demais importante que, por si só, justifica a inclusão da proteção ambiental na agenda dos direitos humanos.³ E não se trata apenas do meio ambiente natural: os problemas da urbanização descontrolada somada à pobreza generalizada nas grandes cidades incluem também o Direito Urbanístico, cujo núcleo é o Direito à Cidade,⁴ no rol desta agenda. Com efeito, a cidade, meio

² É uma área localizada no bairro Alto da Lapa, na cidade de São Paulo. No início do século XX, a empresa Cia City, loteadora, adquiriu terrenos no bairro e estipulou, em âmbito contratual, restrições ao direito de construir, permitindo apenas construções unifamiliares de até dois pavimentos. As restrições convencionais são aquelas estabelecidas pelo loteador no plano de loteamento, arquivando-se no registro imobiliário e transcrevendo nas escrituras de alienação dos lotes. São cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Ocorre que a empresa CCK Construtora e Incorporadora LTDA comprou o terreno em 1996 e iniciou a construção de um prédio com mais de dois pavimentos, desrespeitando a restrição convencional, de natureza *propter rem*. Propuseram-se duas ações com a finalidade de demolir o prédio irregularmente edificado: uma ação de nunciação de obra nova e uma ação civil pública. As ações foram reunidas e julgadas procedentes no juízo de origem. Inconformada, a construtora apelou, sendo este recurso não provido, razão pela qual interpôs recurso especial a fim de ver a decisão reformada. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, confirmou a sentença do juízo de origem, negando provimento ao recurso (STJ, 2ª T., R. Esp. 302.906-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DJe 01/12/2010).

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 23-28.

⁴ Entende-se por direito à cidade um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito à moradia, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos, ao lazer, à segurança, ao transporte público, à preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado (CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. In COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.)

ambiente construído no qual o ser humano passa a maior parte de sua existência inserido e sendo, por isso mesmo, condição indispensável a uma vida digna, não poderia deixar de ser incluída no catálogo dos direitos humanos.⁵

A partir da década de 1970, o reconhecimento da crise ambiental, conforme o Relatório do Clube de Roma, somado ao fortalecimento dos movimentos sociais e políticos, coloca a questão ambiental na agenda da Organização das Nações Unidas (ONU), culminando na Declaração de Estocolmo de 1972, marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental em sede internacional.⁶ Sob influência direta desta Declaração, foi constituído o Direito Ambiental brasileiro, bem como sua elevação ao status constitucional em 1988, conforme o art. 225 da Constituição Federal.⁷

O Direito Urbanístico, por seu turno, começa a se institucionalizar ao longo da metade do século XX, buscando regular a atividade de planejamento e ordenação do espaço das cidades. No Brasil, a consagração do Direito Urbanístico se dá especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, dentro de seu título VII, da ordem econômica e financeira, dedica seu capítulo II à política urbana, conforme seus artigos 182 e 183. Mais tarde, no ano de 2001, mais um marco normativo vem fortalecer e consagrar este campo do Direito: o Estatuto da Cidade (lei 10.257/2001).⁸

São inegáveis as relações entre Direito Ambiental e Direito Urbanístico. É claro que cada campo tem seus objetos, princípios e instrumentos próprios, mas convergem num ponto fundamental: procuram organizar o uso do meio ambiente e do espaço de sorte que se alcance a melhor qualidade de vida possível para aqueles que deles dependem. Em outras palavras, ambos tem por objeto direitos difusos, bens usufruídos e utilizados por toda comunidade.

Com efeito, tanto o Direito Ambiental como o Direito Urbanístico inserem-se no rol de direitos de terceira geração, fundados na ideia de solidariedade, onde cabem a todos, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, direitos e deveres de preservar um meio ambiente adequado para as presentes e futuras gerações. Esta natureza, a um só tempo, de

Direito da Cidade: Novas Concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 50).

⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Op. cit.* p. 50.

⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 148.

⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6-7.

⁸ FAUTH, Gabriela. Os “novos” direitos: uma abordagem sob a perspectiva do Direito à Cidade e a busca por uma tutela paisagística. In CAVALLAZZI, Rosângela; AYRES, Madalena Junqueira (orgs.) **Direito e Urbanismo:** construções normativas e códigos da cidade na zona portuária. Rio de Janeiro: PROURB, 2012. p. 186-189.

direito-dever, conferindo a todos seus titulares direitos oponíveis aos particulares e ao Estado, supera o modelo jurídico estruturado sobre uma concepção puramente patrimonialista e individualista da propriedade. Alguns dos resultados desse processo são a alteração da titularidade dos sujeitos processuais habilitados para a defesa dos interesses difusos e a inserção de novos princípios jurídicos mais adequados para a defesa desses interesses, como, por exemplo, o princípio da proibição do retrocesso ambiental. A evolução do Direito Ambiental e do Direito Urbanístico provocam transformações na teoria jurídica, ampliando o conceito de meio ambiente, não o considerando apenas como natureza em sentido estrito, mas como um conjunto de relações do ser humano com o espaço que o cerca, seja ele natural ou urbano.⁹

Outro ponto de convergência entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico é sua relação umbilical com o princípio da função social da propriedade. A propriedade é uma instituição jurídica que protege a relação de poder de um sujeito sobre determinado objeto. Entretanto, somente aquela relação que preencha os requisitos estabelecidos pelo conjunto do ordenamento jurídico é que merece ser protegida. Assim, falar em função social da propriedade é destacar que sua utilização não se dá fora de um contexto social. A propriedade privada é uma instituição social, que deve atender a satisfação da coletividade. Dessa forma, o sujeito proprietário deve atuar de forma que a utilização de sua propriedade traga um resultado vantajoso para toda a coletividade. De outro ângulo, a atuação do proprietário não deve criar prejuízos para a coletividade, criando-se um verdadeiro ônus ao proprietário privado perante a sociedade.¹⁰ Uma das finalidades das normas de Direito Ambiental e Direito Urbanístico é justamente fazer com que os sujeitos façam uso de sua propriedade de modo a não realizar atividades que possam vir a prejudicar a sociedade, bem como estimulá-los a praticar atividades que resultem em melhorias ao bem-estar da sociedade.

No plano dogmático, inúmeras são as provas dessa relação: basta uma pesquisa no Código Florestal (Lei 12.651/2002),¹¹ na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei

⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito Ambiental e Teoria Jurídica no final do século XX. In VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 20-22.

¹⁰ DERANI, Cristiane. A propriedade na constituição federal de 1988 e o conteúdo da “função social”. **Revista de Direito Ambiental**. N. 27: 58-69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58-63.

¹¹ O Código Florestal, em seu art. 1º-A, estabelece que cada ente da federação é responsável pela preservação e restauração de vegetação nativa em áreas urbanas e rurais; em seu art. 2º, prevê que as áreas verdes urbanas devem ser protegidas e consideradas no Plano Diretor e nas Leis de Zoneamento Urbano e Uso do Solo do Município; em seu art. 4º, estabelece as Áreas de Preservação Permanente (APPs) em zonas rurais e urbanas; em sua seção III, no seu art. 25, o Código Florestal trata expressamente do Regime de Proteção das Áreas Verdes Urbanas; em seu art. 65, que trata do processo de regularização fundiária de áreas urbanas inseridas em APPs, leva em conta os sistemas de infra-estrutura urbana e saneamento básico implantados, bem como considera as áreas urbanas tombadas como patrimônio histórico e cultural e a faixa não edificável de 15 metros de cada lado de rios ou cursos d’água.

6.938/1981),¹² na Lei do Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza (Lei 9.985/2000),¹³ no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).¹⁴

Acredita-se que essa análise da natureza difusa dos bens jurídicos tutelados, conjuntamente com a verificação do fundamento ético da solidariedade que procura romper com o paradigma individualista, bem como da verificação, em nível dogmático, das interdependências entre os campos ambiental e urbanístico, é suficiente para demonstrar as relações entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. Não se pretende aqui enfraquecer a autonomia de cada campo do Direito, mas apenas demonstrar, como não poderia deixar de ser, que são campos relativamente autônomos, sendo o campo o espaço de luta pela definição de quais são os objetos, princípios e instrumentos legítimos, bem como pela definição de quem está legitimado dentro de cada campo.¹⁵

Nessa lógica de funcionamento dos campos, de um ponto de vista sociológico, a posição que o agente ocupa é de fundamental importância para a explicação da consagração dos objetos legítimos dentro de cada campo. Por exemplo, no campo do Direito Ambiental, o Ministro Antônio Herman Benjamin ocupa um cargo numa instituição estatal com grande

¹² A Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, define o meio ambiente como 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. Ora, permitir, abrigar e reger a vida em todas as suas formas, não pode excluir as áreas urbanas do conceito de meio ambiente, especialmente no Brasil onde cerca de 70% da população vive nas cidades

¹³ A Lei do Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza (Lei do SNUC), em seu art. 46, determina que a instalação de equipamentos de infra-estrutura urbana em geral, tais como redes de abastecimento de água e energia em Unidades de Conservação estão sujeitos à prévia aprovação do órgão ambiental competente, além da realização de estudos de impacto ambiental. Esse dispositivo, além de destacar a relação entre os dois campos do direito, ressalta a importância do diálogo institucional entre os órgãos competentes envolvidos nessas atividades. Em seu art. 49, por sua vez, a Lei do SNUC prevê que as zonas de amortecimento das Unidades de Conservação do Grupo de Proteção Integral não poderão ser transformadas em zonas urbanas. Por essa razão, um eventual Plano Diretor e Lei de Uso e Ocupação do Solo devem respeitar essa limitação, demonstrando o diálogo entre Direito Ambiental e Urbanístico.

¹⁴ Também o Estatuto da Cidade é revelador das relações entre Direito Ambiental e Direito Urbanístico. Já em seu art. 1º destaca que esta norma tem por objetivo regular o uso da propriedade em prol do bem coletivo e do equilíbrio ambiental; no seu art. 2º, determina que a ordenação do uso do solo deve ser realizada de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental; em seu art. 4º contempla como instrumento urbanístico, além do Plano Diretor e da disciplina de parcelamento e ocupação do solo, a figura do zoneamento ambiental, instrumento também previsto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), em seu art. 9º, II, evidenciando que a utilização desses instrumentos deve se dar de forma articulada pelo poder público tendo em vista a melhor qualidade ambiental possível; o Estatuto da Cidade também traz em sua norma o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), instrumento típico de Direito Ambiental, consagrado no art. 225, §1º, IV, da Constituição Federal de 1988 e na Resolução nº 01/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Na sua seção X, que trata das Operações Urbanas Consorciadas (OUC), o Estatuto da Cidade, em seu art. 32, determina que a lei municipal específica que criar a OUC, baseada no Plano Diretor, com o objetivo de melhorar o conjunto urbano, social e ambiental. Em seu art. 41 estabelece que o Plano Diretor é obrigatório para cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

¹⁵ O campo é um espaço relativamente autônomo de lutas constantes pela definição de quem é e do que é legítimo dentro do campo. O Campo é “*o universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem a arte, a literatura ou a ciência. Esse universo é um mundo social como os outros, mas que obedece a leis sociais mais ou menos específicas*” (BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004. p. 20)

prestígio perante o arcabouço institucional: o Superior Tribunal de Justiça. Além disso, Benjamin é professor de uma instituição renomada e autor de diversos artigos no campo do Direito Ambiental. Tudo isso lhe confere um grande capital simbólico¹⁶ dentro do campo, de modo que quando ele, na condição de Ministro do STJ, professor, autor de diversos artigos, afirma que o princípio da proibição do retrocesso ambiental é um princípio do Direito Ambiental,¹⁷ acaba consagrando o princípio dentro do campo. Não é apenas uma questão de argumento de autoridade, é muito mais: é um argumento de uma autoridade legitimada e legítima. Sua autoridade é reconhecida pelos seus pares integrantes do campo, conferindo um grande poder simbólico¹⁸ às suas afirmações.

Superada esta etapa das relações entre Direito Ambiental e Urbanístico, façamos agora uma análise sobre o que sejam os princípios jurídicos em sentido geral, para depois avançarmos especificamente para o princípio da proibição do retrocesso ambiental e como ele se aplica tanto ao Direito Ambiental como ao Direito Urbanístico.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A questão sobre o que é um princípio é uma questão essencial dentro da teoria do direito. Essa questão relaciona-se com o problema das fontes do Direito, que, muito resumidamente, procuram investigar onde (em quais fontes normativas) e como os juízes estão autorizados a buscar soluções para os casos concretos que se lhes apresentam, especialmente em casos difíceis, nos quais não se encontram normas expressas postas pelo Estado que resolvam o litígio, exigindo que o aplicador do Direito se utilize, dentre outros recursos, dos princípios, o que acaba resgatando a questão das relações entre direito e moral, já que muitos dos princípios aplicados em suas decisões decorrem de imperativos éticos e não estritamente jurídicos.¹⁹

¹⁶ *O capital [...] é uma espécie particular do capital simbólico (o qual, sabe-se, é sempre fundado sobre atos de conhecimento e reconhecimento) que consiste no reconhecimento (ou no crédito) atribuído pelo conjunto de pares concorrentes no interior do campo.* (BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004. p. 26)

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE E CONTROLE. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 55-72.

¹⁸ *Poder simbólico é o poder de que permite obter o que se quer sem o uso da força, porque sua arbitrariedade é velada, através de procedimentos de legitimação.* (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. p. 14)

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1-10.

Dworkin denomina de princípio “um padrão a ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, assim, o padrão segundo o qual um homem não pode beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.²⁰ Da mesma forma, o imperativo ético que aponta para o progresso da humanidade, o padrão segundo o qual o legislador não poderia impedir os avanços legislativos, provocando retrocessos ao elaborar novas normas seria um princípio: o princípio da proibição do retrocesso.

Conforme Dworkin, a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos é de natureza lógica. Ambos orientam decisões particulares em casos concretos, mas as regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada.²¹ Em caso de conflito entre regras, uma deve prevalecer sobre a outra.²²

No caso dos princípios, como, no da proibição do retrocesso ambiental, sua violação e consequências jurídicas não se seguem automaticamente conforme as situações são apresentadas; ao contrário, enunciam uma razão que conduzem o argumento em uma direção, mas mesmo assim necessitará de uma operação mental do aplicador do direito para encontrar para onde o princípio aponta²³.

Se os princípios entram em conflito, não se segue que um revoga o outro. O adversário principal do princípio da proibição do retrocesso é o princípio da mutabilidade do direito. Estes dois princípios são conflituosos por essência. Para resolver a questão, o aplicador deve ponderar cada caso, e encontrar a solução para o conflito, sem, contudo, revogar o princípio afastado naquele caso concreto ou declarar que não se trata de um princípio que integre determinada ordem jurídica. Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso ou importância.²⁴ Ou, conforme Humberto Ávila, os princípios são normas imediatamente

²⁰ Assim, a norma do art. 4º, II, “b” do Código Florestal (Lei 12.651 de 2012), que determina que uma faixa com largura mínima de 30 metros nas áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais são Áreas de Preservação Permanente em zonas urbanas é sem sombra de dúvida uma regra. É aplicável na forma do tudo-ou-nada. Se um aplicador dessa regra encontrar numa zona urbana uma faixa de preservação com largura de apenas 15 metros em torno de uma lagoa natural, não poderá, em sua decisão, considerar essa situação regular, e a consequência normativa nesse caso, também prevista em regra, é que o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação (*Ibid.* p. 36).

²¹ Assim, se o legislador está na iminência de aprovar uma lei que represente um retrocesso legislativo em matéria ambiental, então essa é uma razão que o aplicador levará em conta ao decidir se ela viola ou não o princípio da vedação do retrocesso ambiental. Da mesma forma, como no caso do *City Lapa*, se as partes estão na iminência de desfazer uma estipulação contratual que represente um retrocesso, essa é uma razão que deve ser levada em conta na solução do caso concreto, mas não existe uma regra que determine qual seja a solução (*Ibid.* p. 39).

²² As regras do antigo Código Florestal (lei 4.771/65) não dispensavam os empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto da constituição de Reserva Legal. A regra do Novo Código Florestal, por sua vez, dispensam esses empreendimentos da constituição da Reserva Legal. Em casos como este, de conflito de regras, prevalece a norma mais recente; fica revogada a norma anterior.

²³ *Ibid.* p. 40-41.

²⁴ *Ibid.* p. 41-42.

finalísticas.²⁵O princípio da proibição do retrocesso ambiental não define direitos específicos nem deveres específicos ao legislador e aos destinatários das normas. Sua aplicação dependerá de cada situação que se apresente, impondo-se àquele que vai resolver o conflito considerar a força relativa de cada um.

Assim, os princípios apontando para propósitos a serem perseguidos, acabam repercutindo na interpretação das próprias regras. A finalidade imediata do princípio da proibição do retrocesso ambiental é orientar o legislador na direção do progresso e da melhoria da qualidade do meio ambiente, sem contudo, descrever especificamente como o legislador deve realizar essa tarefa.

3. OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

Não é o objetivo deste trabalho discutir a velha questão do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. Muito já se debateu sobre esse assunto, muito já se avançou, mas a polêmica está longe de chegar a um consenso.²⁶ O que nos importa é saber, a título de evitar a ingenuidade, que o debate existe e que, muito simplificada, o apego ao valor da segurança jurídica aponta para o modelo positivista. Dentro desse modelo, é natural buscar-se dentro de um conjunto de normas postas por um Estado os fundamentos para os princípios jurídicos. No caso do princípio da proibição do retrocesso ambiental, estas normas que lhe dão suporte são a Constituição Federal de 1988 e a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA), em que pese também encontrar-se fundamentos éticos e declarações internacionais com natureza de *soft law*, como, por exemplo, na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), na Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, na Convenção Americana de Direitos Humanos que da mesma forma lhe conferem legitimidade.²⁷

²⁵ *Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção* (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 180).

²⁶ RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

²⁷ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE E CONTROLE. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 16-24.

Em todas essas convenções e declarações citadas, e em tantas outras,²⁸ depara-se com a ideia de progressividade e melhoria dos direitos relacionados ao meio ambiente. Mas o fato é que, mesmo para o positivista mais rigoroso, é possível localizar fundamentos nos ordenamentos jurídicos positivados para o princípio da proibição do retrocesso ambiental.²⁹ Também a jurisprudência já vem reconhecendo e aplicando este princípio, conforme demonstrado por Michel Prieur.³⁰

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 4º, IX, consagra a ideia de progresso da humanidade. O constituinte de 1988 escolheu como um dos fundamentos da República estimular o progresso tanto material quanto imaterial da sociedade. Vale dizer: A Constituição expressamente rejeita a ideia de retrocesso. A Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), em seu art. 2º, enuncia que um de seus objetivos é a melhoria da qualidade ambiental. A partir dessa linha de raciocínio, apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar fundamento constitucional e infraconstitucional para o princípio da proibição do retrocesso. Progresso, avanço, caminhar para frente e melhoria querem dizer não retroceder, não piorar, não andar para trás. Busca-se, dentre outras finalidades, evitar o uso ornamental das normas e o ioiô legislativo, isto é, o princípio da proibição do retrocesso, em uma de suas dimensões, dirige-se ao momento da elaboração normativa, impondo ao legislador o dever de não retroceder em matéria legislativa, impedindo que os direitos conquistados sejam suprimidos sem que haja qualquer compensação. O princípio da proibição do retrocesso, no campo do Direito Ambiental e Urbanístico, apresenta uma faceta peculiar que facilita sua aceitação e aplicação: nesses campos do direito a aplicação desse princípio não exige dispêndio de recursos econômicos do Estado; exige-se tão somente um não fazer, isto é, um não legislar suprimindo direitos já conquistados. Além disso, a qualidade de vida em boa parte de nossas cidades já se encontra caótica; também o meio ambiente natural já se encontra degradado a ponto de não apenas afetar a qualidade do ar e da água que utilizamos, mas também a fauna e a flora, molestando nossos parceiros de jornada planetária, criando o risco de que mais espécies

²⁸ Nesse sentido, conferir: o Acordo de Livre Comércio entre os Estados Unidos e a América Central, de 2003, onde fica proibida a redução dos níveis de proteção ambiental; o Protocolo de Cartagena, de 2000; a Convenção sobre o Direito do Mar; A Convenção de Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos, de 1989; a Convenção de Berna de 1979 sobre a conservação da vida selvagem e do meio natural da Europa; a Convenção de Helsinki, de 1992; a Convenção Europeia da Paisagem, de 2000 (PRIEUR, Michel. *Op. cit.* p. 25-30)

²⁹ Conforme as Constituições da Alemanha, Turquia, Argentina, Guatemala e Equador (PRIEUR, Michel. *Op. cit.* p. 30-37)

³⁰ PRIEUR, Michel. *Op. cit.* p. 37-47.

figurem na lista das ameaçadas de extinção. Dessa forma, busca-se impedir a degradação da lei que leva à degradação ambiental.³¹

É claro que o princípio da proibição do retrocesso pode entrar em conflito com o princípio da mutabilidade do direito, mas isso não significa que se impõe uma camisa de força ao legislador. A sociedade evolui e modificam-se suas necessidades. Novas necessidades reivindicam novas normas jurídicas que eventualmente podem entrar em conflito com as normas antigas, exigindo sua modificação ou revogação. Entretanto, retroceder em matéria de meio ambiente afetaria diretamente as condições elementares do próprio desenvolvimento da vida humana. Não se pode esquecer nunca que, sem ar respirável e sem água potável não faz o menor sentido falar em vida, muito menos em vida digna, núcleo fundamental dos direitos humanos. É quase desnecessário dizer que sem condições mínimas de sobrevivência, pouco importa o direito de propriedade, liberdade de expressão, liberdade religiosa, igualdade e todo o extenso rol de direitos fundamentais. Por isso, o direito ao meio ambiente sadio, indispensável à vida, é uma verdadeira exceção à regra da mutabilidade do Direito.³² Com efeito, *o direito ao ambiente não é um direito humano como os demais, pois salvaguardar o que já foi adquirido em matéria ambiental não é uma volta ao passado, mas, ao contrário, uma garantia de futuro.*³³

Com efeito, o princípio da proibição do retrocesso ambiental procura garantir um mínimo existencial ecológico, pois a possibilidade de retrocessos legislativos afetam a sobrevivência não de um grupo social, mas os rumos de existência de toda a humanidade. Preocupada com essa questão e inspirada num ideal de solidariedade, a ordem constitucional brasileira atribuiu a cada um de nós e ao Estado um conjunto de deveres perante a humanidade, com a finalidade de realização de objetivos comunitários.³⁴

Assim, embora não se tenha uma definição precisa do conceito de mínimo existencial ecológico e de quais prestações específicas decorreriam dele, a conclusão a que se pode chegar é que, se não se sabe qual atitude singular se exige do Estado e dos particulares, sabe-se que pode se exigir uma abstenção: não retroceder legislativamente. A preservação de um mínimo existencial ecológico não pode ser desconsiderada pelo Estado e pela comunidade. Insiste-se que isso não significa que o legislador está impedido de realizar qualquer modificação

³¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE E CONTROLE. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 55-72.

³² PRIEUR, Michel. *Op. cit.* p. 19.

³³ PRIEUR, Michel. *Op. cit.* p. 48.

³⁴ AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. In SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 210-219.

legislativa, mas que se cria um ônus argumentativo mais alto para que se fundamente uma reversão em matéria ambiental, já que as funções estatais e da comunidade estão vinculados a um princípio de solidariedade e responsabilidade com as gerações futuras. A atividade legislativa não pode provocar um resultado normativo pior do que o que já existia.³⁵

4. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, MODO DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E PARADIGMAS ÉTICOS

A sustentabilidade, palavra tão invocada em debates políticos, jurídicos e econômicos, pretende resolver, pelo menos no nível do discurso, como num passe de mágica, todas as mazelas decorrentes do avanço das atividades econômicas. O aumento crescente das taxas de produção e consumo, impulsionadas sobretudo após a Revolução Industrial, estimulam o consumismo desenfreado e trazem consigo uma força devastadora com alto potencial destrutivo do meio ambiente natural e urbano.

Há quem acredite que o desenvolvimento sustentável não passa de uma utopia. No modo capitalista de produção, meio ambiente natural e espaço urbano são transformados em mercadorias. As contradições inerentes ao modo capitalista de produção, que necessita de um processo constante de expansão, sob pena de entrar em colapso, tornariam incompatíveis o avanço das atividades econômicas e a sustentabilidade, tornando o discurso da sustentabilidade um mero aparato de legitimação ideológica.³⁶

Enquanto não se der uma verdadeira revolução, se não se pode *acabar* com os problemas ambientais e urbanos, pelo menos enquanto estivermos inseridos neste modo econômico de produção, podemos no entanto buscar *atenuar* essas contradições, por meio do Direito Ambiental e Urbanístico. A despeito de estarmos conscientes dos riscos de incorrerem em mais idealismos, a elaboração, interpretação e boa aplicação das regras e princípios ambientais são as ferramentas jurídicas de que dispomos para impedir a completa degradação do meio ambiente e são essas ferramentas que devemos utilizar, quer queira, quer não.

Aliás, o tratamento da natureza como mero instrumento a serviço do homem, sendo vista exclusivamente como recurso a ser apropriado, como fonte de matérias-primas, não é

³⁵No caso do *City Lapa*, a violação ao princípio da proibição do retrocesso deu-se por meio da tentativa de redução da salvaguarda jurídica estabelecida entre as partes originárias do negócio jurídico, com base no art. 26, VII da lei 6.766 de 1979 (*Ibid.* p. 220-237).

³⁶ COUTINHO, Ronaldo. A Mitologia da Cidade Sustentável no Capitalismo. In COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.) **Direito da Cidade: Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17-46.

privilégio do modo capitalista de produção. Conforme exemplifica Derani, a destruição da natureza remonta aos navegadores fenícios para obter material para a construção de seus barcos, avançando no tempo até a exploração do Novo Mundo durante o Mercantilismo.³⁷ Estes exemplos reforçam a ideia de que o problema é também de natureza ética: o paradigma antropocêntrico que orienta a moral e a legislação ambiental e urbanística.³⁸

Esta visão da natureza como recurso não conduz necessariamente a uma apropriação irracional do meio ambiente. Ao contrário, a racionalidade econômica demanda regras para sua exploração, preocupando-se com o uso inteligente dos recursos naturais, a fim de utilizá-los com cautela, para que, utilizando uma expressão coloquial, não se mate a galinha dos ovos de ouro, isto é, não se esgotem os recursos para as presentes e futuras gerações. Com efeito, dado que o homem é a única espécie capaz de atribuir-se responsabilidades, é natural que paradigmas éticos sejam criados e buscados para orientar suas condutas, diante de si, diante de seus pares e diante da natureza. Nesse último caso, alguns dos modelos éticos que podem orientar a ética ambiental, são o antropocentrismo puro, o antropocentrismo mitigado e o não-antropocentrismo.³⁹ Tudo indica que o modelo que orientou o ordenamento jurídico brasileiro é norteado pelo modelo utilitarista, dentro do paradigma antropocêntrico. Com efeito há poucas evidências de que o legislador adotou o paradigma ético biocêntrico (não-antropocêntrico) e que quis reconhecer valor intrínseco da natureza em nosso arcabouço legislativo.⁴⁰

Dentro desta lógica de coisificação do meio ambiente e mercantilização do espaço e da natureza, a especulação imobiliária avança ameaçadora sobre o meio ambiente natural e urbano, muitas vezes ao arpejo da legislação ambiental e urbanística. Em casos como este, o Poder Público tem o dever⁴¹ e os meios⁴² de proteger o meio ambiente. Ademais, a conjugação de esforços dos poderes republicanos é importante para dar uma resposta mais forte e mais legítima para deter o avanço da degradação da qualidade do meio ambiente.

³⁷ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49-54.

³⁸ Para uma discussão mais aprofundada sobre os modelos éticos que orientam as normas de proteção à natureza, tais como, o antropocentrismo puro, o antropocentrismo intergeracional e o não-antropocentrismo, conferir: BENJAMIN, Antonio Herman. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso**. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/398>>. Acesso em 21 de setembro de 2015.

³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso**. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/398>>. Acesso em 21 de setembro de 2015.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39-43.

⁴¹ Cf. O art. 225 da Constituição de 1988, “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

⁴² O Poder Executivo, por exemplo, tem o poder-dever de expedir as devidas licenças, obrigando o empreendedor a respeitar determinadas condicionantes, em benefício da proteção do interesse coletivo. Não foi o que ocorreu no caso do *City Lapa*.

Com efeito, neste caso do *City Lapa*, houve manifestação de mais de um poder a fim de proteger aquela localidade das investidas da especulação imobiliária. De um lado, o Poder Executivo, por meio do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo (CONPRESP), através da resolução nº 03/2009, utilizou-se do instrumento jurídico urbanístico do tombamento para proteger a área.⁴³

De outro lado, o Poder Judiciário, em sede de Recurso Especial, também manifestou-se sobre a mesma questão. Neste julgado é possível perceber a interdependência entre direito ambiental e direito urbanístico, a conjugação de princípios de direito ambiental e direito civil, tais como o princípio da vedação do retrocesso e o princípio da autonomia da vontade. Este julgado também revela como o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o Direito, conjuga diferentes normas, de natureza bastante distintas, como é o caso de normas do direito civil, de caráter preponderantemente privado, e normas de direito ambiental e urbanístico de caráter eminentemente público, embora a dicotomia entre direito público e privado encontre-se enfraquecida.⁴⁴

CONCLUSÕES

Em que pese a autonomia relativa de cada campo do Direito, verificou-se a relação umbilical entre os campos do Direito Ambiental e do Direito Urbanístico. Em razão da natureza difusa dos bens protegidos, da função social da propriedade e da ideia de solidariedade intergeracional que orienta os dois campos, é natural que haja muitos pontos de convergência entre suas normas. Com efeito, observou-se, a nível dogmático, diversos dispositivos que destacam a relação interdisciplinar entre a tutela do meio ambiente natural e do meio ambiente urbano. Nesse sentido, não há nada que impeça que o princípio da proibição do retrocesso ambiental seja também aplicado em âmbito urbanístico, já que foi concebido dentro de um modelo de progresso e solidariedade.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental encontra respaldo em bases éticas, no ordenamento internacional e no ordenamento jurídico brasileiro. O progresso da

⁴³ Brasil. Prefeitura de São Paulo. **Tombamento City Lapa**. Disponível em <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/cultura/conpresp/noticias/?p=6863>>. Acesso em 29 de dezembro de 2015.

⁴⁴ O caso do art. 26, VII da lei 6.766 de 1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) é emblemático nesse sentido. É uma norma de natureza urbanística com a finalidade precípua de proteger os interesses coletivos em detrimento dos interesses particulares, permitindo que as partes contratantes estabeleçam restrições urbanísticas convencionais, colocando em destaque o princípio da autonomia da vontade. O modelo ético que orienta essa norma é claramente utilitarista, procurando produzir um maior benefício para um maior número de pessoas, não se afastando do paradigma antropocêntrico.

humanidade, o mínimo existencial ecológico e a solidariedade intra e intergeracional são fundamentos sólidos que escoram a não regressão. Além do alicerce filosófico, acredita-se que ficou suficientemente demonstrado que tanto o direito positivo internacional, quanto o direito positivo nacional, tais como a Constituição Federal de 1988 e a Política Nacional do Meio Ambiente, servem de sustentáculo ao princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Apesar dos avanços morais e normativos, o modelo ético que ainda orienta o ordenamento jurídico brasileiro é o modelo antropocêntrico, baseado na ética utilitarista. O meio ambiente ainda é tido como recurso a ser explorado pelo homem. Sua proteção na maioria das vezes se dá em razão da sobrevivência e da manutenção da qualidade de vida do ser humano. Há poucas evidências no ordenamento brasileiro de que a natureza seja protegida como ser com valor intrínseco.

O caso do *City Lapa* é um julgado muito rico que demonstra que o princípio da vedação do retrocesso ambiental alcança questões urbanísticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Theory of legal principles**. Dordrecht: Springer, 2007.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. In SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso**. Disponível em < <http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/398>>. Acesso em 21 de setembro de 2015.

_____. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE E CONTROLE. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito Ambiental e Teoria Jurídica no final do século XX. In VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

_____. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: UNESP, 2004.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. In COUTINHO, Ronaldo;

BONIZZATO, Luigi (Coord.) **Direito da Cidade: Novas Concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

COUTINHO, Ronaldo. A Mitologia da Cidade Sustentável no Capitalismo. *In* COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.) **Direito da Cidade: Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DERANI, Cristiane. A propriedade na constituição federal de 1988 e o conteúdo da “função social”. **Revista de Direito Ambiental.** N. 27: 58-69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito Ambiental Econômico.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAUTH, Gabriela. Os “novos” direitos: uma abordagem sob a perspectiva do Direito à Cidade e a busca por uma tutela paisagística. *In* CAVALLAZZI, Rosângela; AYRES, Madalena Junqueira (orgs.) **Direito e Urbanismo: construções normativas e códigos da cidade na zona portuária.** Rio de Janeiro: PROURB, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. *In* SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE E CONTROLE. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental.** Brasília: Senado Federal, 2007.

RAZ, Joseph; ALEXU, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; WALCACER, Fernando. Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservação patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais. *In* BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.) **Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.