

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

D597

Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Rosângela Lunardelli Cavallazzi; Valter Moura do Carmo
- Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-439-6

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidade. 3. Propriedade Urbana.

4. Função social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

Apraz-nos apresentar os vinte e um trabalhos selecionados para publicação que foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade apresentado no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Brasília, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017. O Grupo propiciou excelente oportunidade para debater o grande número de instrumentos jurídico-urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade e a visão do tratamento da propriedade urbana e da função social no ordenamento brasileiro. De forma resumida, os trabalhos apresentados por este Grupo com a indicação de seus autores.

Esta obra inicia-se com o trabalho de Flavia Sousa Garcia Sanz, intitulado “A APROPRIAÇÃO DO TERMO SUSTENTABILIDADE POR INTERESSES CAPITALISTAS NAS CIDADES E O PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS URBANOS E DA CULTURA POPULAR NO SEU ENFRENTAMENTO”, em que a autora analisa a influência de interesses econômicos sobre aspectos sociais e ambientais na construção da cidade e o antagonismo destas duas forças: as do capital e as dos movimentos sociais urbanos na construção das cidades sustentáveis.

No artigo “A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA – DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA À APLICAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, Ana Carolina Bueno Ferrer e Rafael Rodrigues de Andrade discutem o instituto da função social da propriedade urbana e sua aplicação atual a partir da evolução do conceito de propriedade.

Na sequência, Thiago Ribeiro de Carvalho discute as questões relativas à demora na prestação judicial e à busca pela agilidade na prestação jurisdicional no trabalho “A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PREVENTIVA NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL”.

A seguir, Luiza Gaspar Feio e Lise Tupiassu apresentam o trabalho “A IMPORTÂNCIA DO PODER LOCAL PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA ANÁLISE DO INSTRUMENTO ‘ICMS ECOLÓGICO’” em que ressaltam o papel do Poder Local para efetivação dos Direitos Humanos com a finalidade de expor as transformações que ocorreram no federalismo brasileiro.

À Luz do advento do Estatuto da Metrópole, Jean Alves e José Carlos de Oliveira debatem em “A NECESSIDADE DA GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO NAS REGIÕES METROPOLITANAS”. A gestão associada no âmbito das regiões metropolitanas viabiliza a universalização e a equidade, uma vez que os municípios menos favorecidos são compensados com os aportes dos municípios maiores (subsídios cruzados).

No artigo “A OCUPAÇÃO DA ZONA RURAL COM FINS URBANOS, O ORDENAMENTO TERRITORIAL PELO MUNICÍPIO E A CIDADE SUSTENTÁVEL”, Marcos Prado de Albuquerque e Patrícia Cavalcanti Albuquerque debatem sobre a ocupação da zona rural com fins urbanos e o ordenamento territorial pelo município a partir das funções socioambientais da propriedade e da cidade, e do direito à cidade sustentável, conforme diretrizes do Estatuto da Cidade.

Já em “A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO URBANÍSTICA”, Ariel Augusto Pinheiro dos Santos e Júlio César de Souza abordam o Poder Judiciário como um ator na proteção ambiental e urbanística, impedindo assim que o particular pratique determinadas atividades lesivas. Da mesma forma, tratam do papel do Judiciário em evitar que haja uma regressão normativa em suas dimensões.

A participação da sociedade civil no processo de elaboração e implementação do Plano Diretor é apreciada no texto “ASPECTOS DA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL”. A autora Ana Cláudia Milani e Silva, para garantir a aplicação do princípio da Gestão Democrática, identifica as limitações do modelo participativo e a relevância do Plano Diretor. Destaca a necessária gestão democrática da cidade sem, contudo, deixar de afirmar que, a contrário senso, na prática, não garante a democracia do processo, logo a importância do papel do Executivo municipal, da Câmara de vereadores. Em conclusão, ressalta que o Plano Diretor municipal deve estar em consonância com os ideais de uma cidade sustentável e igualitária.

O tema do direito à moradia é analisado por Elizabeth Maria Campbell Neto Machado Peralta e Paulo Lage Barboza de Oliveira com o título “ACESSO à MORADIA EM CABO FRIO: INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS E SUA EFETIVIDADE”. Estudam a implantação de programas de habitação de interesse social na cidade de Cabo Frio privilegiando o Plano Diretor. A função social da propriedade pública e privada também é objeto de estudo visando à efetividade dos instrumentos jurídico-urbanísticos. Ressaltam que o Plano Diretor de Cabo Frio já conta com quase 11 anos de idade e propõem que a imediata regulamentação dos instrumentos de política urbana oferecidos no Estatuto da Cidade pode

permitir ao Poder Público uma maior capacidade de intervir no sentido do cumprimento da função social da cidade e da propriedade.

“DIREITO À CIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SEMART CITY”, da autoria de Daniel Machado Gomes e Nicolas Arena Paliologo, constitui o tema que aborda o conceito de cidade inteligente e a relevância da tecnologia. Propõe conceituar a cidade inteligente e apontar os requisitos para a sua implementação prática em face do Direito à Cidade. O estudo também considera a relevância do acesso amplo à tecnologia digital mediante políticas públicas. Conclui que as cidades inteligentes não estão reduzidas a uma tendência tecnológica e, finalmente, afirmam que a cidade inteligente é o resultado da combinação entre a tendência tecnológica e as necessidades políticas, econômicas e sociais.

Émilien Vilas Boas Reis e Edson Roberto Siqueira Jr, no contexto histórico de migração e formação de cidades, indagam sobre a viabilidade da sustentabilidade no caso das cidades brasileiras. Assim, com o título “DIREITOS HUMANOS, MIGRAÇÃO E SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES BRASILEIRAS” realizam a investigação, segundo uma abordagem interdisciplinar, considerando o meio ambiente como direito fundamental. Analisam também o conceito de ideologia para abordarem a questão da efetividade dos Direitos Humanos. Consideram essencial a efetividade dos direitos fundamentais na perspectiva da equidade social. Concluem no sentido da necessária ação do Estado Brasileiro, por meio de políticas públicas para a promoção dos direitos humanos fundamentais.

“O ESTUDO DE CASO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM MG - PATRIMÔNIO INDUSTRIAL E EXPANSÃO IMOBILIÁRIA” realizado por Jesmar César da Silva enfrenta o conflito inerente entre a sociedade de mercado e proteção ao Patrimônio Cultural. Adota a concepção de Patrimônio como essencial à vida, construído e vinculado à história dos grupos sociais. Denuncia o equívoco de considerar a população regida pela lógica do mercado e, por consequência, o Patrimônio Cultural como mero produto para de consumo.

Analisa o caso do Empreendimento Oasis localizado no município de Contagem MG e constata, de forma coerente, a violação do texto constitucional.

Com o título “GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA NAS ENTIDADES METROPOLITANAS FEDERATIVAS”, Edson Ricardo Salene e Renata Soares Bonavides analisam as possibilidades no campo do Direito Urbanístico com a criação de entidades

supramunicipais, especialmente as regiões metropolitanas reconhecidas como governança interfederativa. O estudo destaca Zoneamento Ecológico-Econômico e também inclui o caso da AGEM – Baixada Santista à luz do Estatuto da Metrópole.

Ressalta, por fim, o grande desafio da aprovação do PDUI (Plano de Desenvolvimento Integrado da Região) em lei estadual.

A aplicabilidade de instrumentos jurídico-urbanísticos prevista no Estatuto da Cidade é analisada por Felipe Jardim da Silva e Luciana Grassano de Gouvêa Melo no ensaio IPTU PROGRESSIVO NO TE: APLICABILIDADE NO NORDESTE DO BRASIL. Qualificado como uma sanção prevista na Constituição Federal da República de 1988 e no Estatuto da Cidade indutora do cumprimento da função social da propriedade. Os autores concentram o estudo empírico nas capitais do Nordeste do Brasil e concluem que, apesar dos avanços legislativos, o IPTU, o instrumento não é aplicado na prática nas cidades objeto de estudo, resultando, portanto, urgente a revisão/regulamentação deste e dos seus códigos complementares.

Na sequência, Nadja Karin Pellejero e José Ricardo Caetano Costano, no artigo intitulado “MORADIA PARA QUEM? UMA REFLEXÃO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS À QUESTÃO DA MORADIA DE RIO GRANDE/RS”, fizeram uma análise sobre os impactos das políticas públicas direcionadas à habitação implementadas nos últimos anos no município de Rio Grande-RS.

No artigo "MULTIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO À CIDADE NO ESTATUTO DA CIDADE", Jussara Romero Sanches e Miguel Etinger De Araújo Júnior analisam o desenvolvimento urbano contemporâneo tendo como base, no âmbito internacional, bem como no âmbito interno, o Direito à Cidade. Para tanto, apresentam uma reflexão sobre os contornos que o Direito à Cidade possui, para compreender sua complexidade e sua multidimensionalidade.

A seguir, Irene Celina Brandão Félix, por meio do trabalho “O ESTATUTO DA CIDADE E A GARANTIA AO DIREITO À MORADIA ADEQUADA”, faz uma análise das normas procedimentais e a possibilidade de criação de políticas públicas introduzidas pelo Estatuto da Cidade, para efetivar o direito social à moradia adequada.

Em sua apresentação do trabalho intitulado “O ESTATUTO DAS CIDADES, A PARTICIPAÇÃO POPULAR E A GESTÃO URBANA DEMOCRÁTICA”, Glauce Suely Jácome da Silva aborda a participação como forma de controle social, sobretudo através dos Conselhos, visando o desenvolvimento das cidades.

Por sua vez, André Luiz Costa e Rossana Marina De Seta Fisciletti apresentam no artigo “O VALOR DA FUNÇÃO SOCIAL EM TEMPOS INCERTOS: PANACEIA OU UTOPIA” uma análise sucinta da questão da especulação imobiliária e sua relação com o poder público, observando a função social sob a perspectiva do proprietário, bem como a dos menos favorecidos, que, em razão dos “avanços” das leis, os excluem da possibilidade de aquisição da propriedade.

No artigo “OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS: UM INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES”, os autores Carolina Souza Castro e Carlos Henrique Carvalho Amaral demonstram que as Operações Urbanas Consorciadas constituem um importante instrumento no planejamento urbano, vez que permitem a flexibilização da legislação urbanística vigente em prol de uma melhor adequação com a realidade local.

Finalmente, com o intuito de finalizar as discussões acerca desse novel diploma normativo, Ana Luiza Novais Cabral e Samuel Fernandes Dos Santos apresentam o trabalho intitulado “PRIMAZIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM ALTERAÇÃO E REFORMA DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL”, no qual fazem uma análise da participação popular nas audiências públicas para alterações legislativas e reformas do plano diretor municipal por meio da gestão democrática descrita expressamente na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE parabenizam e agradecem aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, no mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Prof^a. Dr^a. Flávia Piva Almeida Leite (FMU)

Prof^a. Dr^a. Rosângela Lunardelli Cavallazzi (UFRJ)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - Unimar

A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO PROTEÇÃO URBANÍSTICA

THE PARTICIPATION OF THE JUDICIARY IN URBANISTIC PROTECTION

Ariel Augusto Pinheiro dos Santos ¹
Júlio César de Souza ²

Resumo

O artigo objetiva caracterizar o Poder Judiciário como um ator na proteção ambiental e urbanística, impedindo assim que o particular pratique determinadas atividades lesivas. Também será tratado o papel do Judiciário em evitar que haja uma regressão normativa em suas dimensões. A linha metodológica utilizada foi a Jurídico-Teórica e o raciocínio dedutivo como técnica de pesquisa, analisando a Jurisprudência. Após a pesquisa percebeu-se que o Poder Judiciário deve participar da proteção, contudo deverá ter algumas ressalvas, tendo em vista a Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Poder judiciário, Proteção ambiental, Separação de poderes, Políticas públicas urbanas, Meio ambiente

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to characterize the Judiciary as an actor in environmental and urban protection, thus preventing the individual from practicing certain harmful activities. The role of the Judiciary will also be addressed in avoiding a normative regression. The methodological line used was Legal-Theory and deductive reasoning as a research technique, analyzing Jurisprudence. After the investigation it was noticed that the Judiciary Power should participate in the protection, however it should have some caveats, in view of the Separation of Powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Environmental protection, Separation of powers, Urban public policies, Environment

¹ Mestre em Direito pela ESDHC. Mestrando em Ciência Política pela UFMG. Bolsista da CAPES/INCT-Democracia. Graduado em Direito pela ESDHC e em Gestão Pública pela UFMG.

² Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Bacharel em Direito e Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da participação do Judiciário nas questões relativas à restrição da atividade dos particulares na matéria urbanística-ambiental. Tem como objetivo central a demonstração do Poder Judiciário como ator na proteção ambiental e urbanística. Essa delimitação como ator é imprescindível no atual contexto do Estado Democrático de Direito com o viés Sustentável. Utilizou-se o Recurso Especial 302906 / SP¹ para auxiliar na resposta do problema ora debatido.

Esse Recurso Especial debate sobre a restrição convencional de um empreendimento imobiliário. Este setor, tendo em vista o aumento exponencial do preço de bens imobiliários em no Brasil, tem tentado flexibilizar tanto normas ambientais como urbanísticas, para aumentarem seus lucros.

Neste caso em pauta havia uma norma convencional (além das normas do direito de vizinhança do Código Civil) que impedia a construção de prédios em determinada região da cidade de São Paulo, permitia apenas residências unifamiliares. Esse tipo de residência que abrange apenas uma família não tem o mesmo potencial multiplicador de lucro como residências plurifamiliares. Ocorre que uma construtora resolveu construir um condomínio de nove andares, ou seja, em total desacordo com a norma que permitia apenas residências unifamiliares, com o intuito de vender os apartamentos. Essa escolha foi tomada para aumentar a margem de lucro da construtora, não levando em consideração qualquer caractere do desenvolvimento sustentável ou das normas urbanísticas. A sociedade civil organizada recorreu à Justiça, tendo em vista o direito constitucional de Acesso à Justiça para impedir a concretização de tal plano. Essa matéria em debate não é específica da cidade de São Paulo, como houve essa valorização dos imóveis nos últimos anos no Brasil, as construtoras tentam reverter direitos de proteção ao meio ambiente e a cidade já conquistados. Demonstra assim a grande importância deste julgado na sociedade brasileira. Este caso foi relato pelo Ministro Herman Benjamin que é um estudioso na área do Direito Ambiental, tendo publicado importantes textos na área. Isso permite uma confiabilidade maior no texto jurisprudencial.

¹ Ementa: Processual Civil, administrativo, ambiental e urbanístico. Loteamento City Lapa. Ação Civil Pública. Ação de nunciação de obra nova. Restrições Urbanístico-Ambiental estabelecidas pelo loteador. Estipulação contratual em favor de terceiro, de natureza *propter rem*. Descumprimento. Prédio de nove andares, em área onde só se admitem residências unifamiliares. Pedido de demolição. Vício de legalidade e de legitimidade do alvará. *Iusvarandi* atribuído ao município. Incidência do Princípio da Não- regressão (da proibição do Retrocesso) urbanístico-ambiental. Violação ao art. 26, VII, da Lei 6.766/79 (Lei Lehmann), ao art. 572 do Código Civil de 1916 (art. 1.299 do (Código Civil de 2002) e à legislação municipal. Art. 334, I, do Código de Processo Civil (Resp. 302906 / SP) (BRASIL, 2010).

Na decisão em comento foram observados importantes institutos para a preservação ambiental e um ordenamento espacial da cidade. A atividade do particular pode se tornar danosa à sociedade e ao meio ambiente, assim é de suma importância o policiamento do ente público para regulamentar e fiscalizar tal atividade, caso isso não ocorra, a regra de dominação será do poder econômico.

Também é discutido na decisão a impossibilidade de regressão normativa em matéria urbano-ambiental, mesmo que a norma tenha uma natureza convencional. Esse tema assume uma grande importância no cenário social-econômico brasileiro, tendo em vista a massificação lobby de agente econômicos.

Outro tema debatido pelo ministro foi a separação de poderes. Toda concepção de política pública em um estado democrático, perpassa por vários atores, sendo os principais os poderes constituídos.

No segundo capítulo foi discutido a questão das restrições urbanísticas-ambientais, como foi discorrido pela ementa. O terceiro capítulo trata da regressão normativa. O último capítulo informa a separação de poderes e o papel do Judiciário na promoção de políticas públicas restritivas.

O debate partiu da necessidade de um ator impor determinada restrição ao particular, impedindo uma regressão normativa. O artigo se propõe a demonstrar que o Judiciário deve ser este ator nas questões urbanas-ambientais, tendo em vista a vulnerabilidade desses bens jurídicos.

2. RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS AMBIENTAIS

Cada autor contratualista tem em sua doutrina seu estado de natureza e a necessidade e forma do Estado. Segundo Hobbes² o homem em seu estado de natureza seria seu próprio

²Hobbes atribui aos homens no estado de natureza a condição de continua beligerância. Para ele, "durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama de guerra; e uma guerra que e de todos os homens contra todos os homens". (1983:75.) As razões dessa guerra são buscadas na própria natureza humana. Segundo ele, os homens no estado de natureza são competitivos, não confiam uns nos outros e aspiram a glória (1983:75.), além de tenderem para a parcialidade, orgulho, a vingança e coisas afins. (1983:103.) Dado que eles se apresentam com tais características e tendências, na ausência de uma força qualquer que os impeça de agir seguindo o comando de suas "paixões naturais", o *bellum omnium* contra omnes toma-se uma consequência inevitável. Nesta situação, cada um dos indivíduos tem, em cada um dos outros, um inimigo. Não apenas um inimigo, mas um inimigo que tem direito a tudo o que pode, no sentido de que todos os indivíduos, inimigos entre si, tem direito a tudo o que sua força e astúcia permitirem, sem quaisquer limites que não os decorrentes da força e da astúcia dos outros. Este estado de guerra generalizado de todos contra todos tem como consequência imediata a absoluta insegurança dos homens em relação a sua própria vida, bem como aos bens materiais necessários a uma vida confortável. O estado de natureza hobbesiano e, assim, um estado de guerra permanente em que os contendores são os indivíduos, agindo isoladamente e entre si, e onde todos têm

lobo, haveria apenas uma guerra total, assim o Estado apareceria como o salvador para evitar a guerra destrutiva dos homens. Portanto o ente estatal funcionaria como um agente restritivo das atividades danosas do ser humano. É a ideia do Poder de Polícia³, a prerrogativa do Estado em limitar a atividade privada, para evitar um dano público. Verifica-se que o poder público funcionará como um protetor da comunidade na proteção de atividades do particular possivelmente danosa.

O urbanismo é a essência desta concepção garantista do direito, uma vez que sua principal função é a ordenação de territórios urbanos desorganizados pela urbanização. Segundo Silva o urbanismo é a técnica e a ciência de organização das cidades, que haviam passado por esse processo urbanização. O autor diz “ o termo “urbanificação” foi cunhado por Gaston Bardet para designar a aplicação dos princípios do *urbanismo*, advertindo que a urbanização é o mal, a urbanificação é o remédio. ” (SILVA, 2010, p. 27). Neste momento histórico é de fundamental importância o urbanismo, uma vez que a urbanização é um fenômeno de grande relevância em no contexto brasileiro. Ensina Fernandes “ a urbanização rápida foi seguramente um dos maiores fenômenos globais do século XX e, em que pese o declínio das atividades industriais tradicionais requerem a urbanização como suporte(...)” (FERNANDES, 2006, p.3).

As restrições seguem essa direção de vigiar o particular na questão urbana e ambiental. Na questão urbanística, o Estado protegerá a cidade de uma atuação particular que poderá causar dano nas questões normais da cidade, exemplo, trânsito, habitação, saneamento básico e entre outras. Isso permitirá que o urbanismo se desenvolva para “combater” a urbanização. Já na questão ambiental, o ente público através de suas prerrogativas velará pelo meio ambiente (especialmente natural), evitando que o particular na persecução de seus interesses provoque um impacto/dano. É importante ressaltar que não apenas o Estado guardará o meio ambiente, toda a coletividade terá esse dever, como consta no art. 225 da CRFB/88.

Esses expedientes de restrição geralmente não são bem recebidos pelo particular, uma vez que sua vontade será delimitada pelo ente estatal. Contudo isso deverá existir para evitar que a sociedade “volte” ao estado de natureza hobbesiano. Nesse ponto é importante a

direito a tudo o que lhes possa permitir a força, encontrando-se completamente inseguros em relação as suas próprias vidas e aos bens materiais necessários para uma vida confortável. (BRANDÃO, 2006, p. 35)

³ Sustentaram os Estados – e esta foi a tese que prevaleceu – que podiam ditar a legislação de tipo econômico-social, fundadas no *poder de polícia* do Estado. Este, até então, tinha sido o direito dos Estados particulares de restringirem a atividade ou o direito de propriedade dos indivíduos na salvaguarda da segurança, salubridade e moralidade da coletividade (RODOLFO BLEDEL, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón, 1947, p. 118*). Mais tarde, para fundamentar a nova legislação que regularia os serviços públicos ferroviários foi ampliado o conceito de poder de polícia, considerando também como o que tem por fim promover o bem-estar coletivo. (CRETELLA JUNIOR, 1999, p.8)

observação das características da população, em países mais liberais, a interferência estatal é vista com desconfiança.

Na decisão ora comentada o Ministro do STJ entende a necessidade de o ente público impor sua vontade sobre determinadas atividades do particular, afim de impossibilitá-la.

1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais (Resp. 302906 / SP) (BRASIL, 2010).

Realça com competência a indisponibilidade da ordenação das cidades brasileiras, traz um caráter intergeracional, ou seja, a omissão atual do setor público terá grandes impactos sobre a vida das futuras gerações. Cabe assim a presente geração não degradar o meio ambiente de maneira a impossibilitar a vida das próximas gerações e organizar as cidades de modo racional. Essa proteção está intimamente ligada com as normas expedidas pelo legislador. Sendo necessária que essas não regressem a um estado de flexibilização da proteção do bem ambiental e do ordenamento das cidades.

3. DIREITO DE NÃO REGRESSÃO URBANÍSTICA-AMBIENTAL

O conceito de regressão pode ser considerado como o retorno a um patamar anterior, normalmente esse estado antecedente haverá um grau de desenvolvimento inferior. Tanto no direito ambiental como no direito urbanístico, certos patamares de desenvolvimento legislativos são alcançados, isto é, determinadas normas são expedidas para a proteção do bem jurídico. Aplicando esse princípio essas normas já expedidas não poderão ser limadas posteriormente, apenas poderão promulgar normas que aumentem a proteção ambiental e o uso racional das cidades.

Thomé em seu livro O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental dita uma importante lição sobre o tema:

A aplicação do princípio da vedação do retrocesso para as questões ambientais afigura-se indispensável na medida em que se verifica, sobretudo no Brasil, preocupante tendência de flexibilização das normas de proteção ambiental, sob o argumento da necessidade de aceleração do crescimento econômico. Além da aprovação do Código Florestal, que de maneira explícita reduziu as áreas ambientalmente protegidas em relação ao que determinava o Código Florestal revogado, há outras situações claras de afrontamento aos preceitos constitucionais regentes do Estado Socioambiental de Direito. (THOMÉ, 2014, p.112)

Essa necessidade de não-regressão está vinculada a proteção de bens de natureza mais vulneráveis, interesses confrontantes poderiam capturar a decisão do Estado e eliminarem esses direitos⁴. Assim entende-se que as normas não poderão reduzir a proteção já auferida anteriormente. Uma decorrência disso é o dever de aplicar a norma mais restritiva a atividade do particular, protegendo o meio ambiente⁵.

Determinada parte do voto aborda profundamente essa questão de captura de interesse público, no caso em matéria urbano-ambiental e indispensabilidade deste direito da não-retroação.

7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). 8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. 9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas (Resp. 302906 / SP). (BRASIL, 2010)

Continua condenando veementemente o *lobby* de agentes econômicos sobre essas matérias vulneráveis.

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos (Resp. 302906 / SP) (BRASIL,2010).

Nota-se que na discussão ocorrida nos autos ora em debate, as restrições tinham natureza convencional, se esta não podem ser alvos de um relaxamento, quiçá as restrições de natureza constitucional ou legal. É límpido que o Ministro do STJ entende que as normas ambientais e urbanísticas, não podem ser reduzidas no que tange a proteção desses caros bens jurídicos. Salienta-se que essa regressão pode ser no lapso temporal, ou seja, a lei nova não pode reduzir a proteção e federativa, deverá aplicar a lei do ente subnacional quando está for mais favorável ao meio ambiente e ao ordenamento territorial urbano.

⁴ O surgimento do Estado do Bem-Estar para garantir os direitos sociais, e o papel cada vez maior que o Estado assumiu ao promover o crescimento econômico e a competitividade internacional, tornaram evidente o caráter do Estado como *res publica*. E implicaram em um aumento considerável da cobiça de indivíduos e de grupos desejosos de submeter o Estado a seus interesses especiais. (BRESSER-PERREIRA, 2001, p. 8)

⁵ Nessa linha argumentativa, no que diz respeito à competência legislativa concorrente, Cappeli infere que, “havendo conflitos entre legislações, deve predominar aquela mais restritiva (desde que cada uma se atenha ao campo próprio de seus interesses predominantes), já que, no caso, visa-se à satisfação do interesse público”. (FIGUEIRO; COLAU, 2014, p.269)

4. PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A separação dos poderes⁶ é algo presente na maioria das democracias atuais. Montesquieu informa que o poder deve ser repartido entre atores, sendo que cada um terá sua função⁷. Tradicionalmente a execução de políticas públicas é de responsabilidade do Executivo, contudo se esse poder permanecer inerte, ou recusar a implementar, quem será o responsável em fazê-lo?

4.1. Funções Típicas

Cada um dos três poderes tem suas funções típicas e atípicas. A primeira refere-se à função primordial dos membros do poder, já a segunda a necessidade do poder de elaborar determinados atos para seu bom funcionamento. Importante salientar que a função atípica será necessária para a organização do próprio poder, devendo ter uma atuação muito restrita para não adentrar à competência do outro poder⁸.

O Poder Legislativo têm as funções típicas de Legislar e de Fiscalizar⁹. A primeira refere-se à possibilidade de expedir diplomas normativos de caráter geral e abstrato, ou seja,

⁶ Art. 2º CRFB/88 São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

⁷ Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1987, p.165)

⁸ Uma rígida separação entre os poderes do Estado e suas funções passou a ser vista como fato inviável dentro da engenharia constitucional de determinada sociedade. Por outro lado, percebia-se que seria incoerente suprimir o Princípio de Tripartição da estrutura organizacional de um Estado Democrático de Direito, uma vez que isto representaria um risco e uma afronta expressa às conquistas alcançadas através da legitimidade liberal, nas quais estão assentados os pilares da democracia. (BARBOSA, 2006, p. 10)

⁹ Ao Poder Legislativo cabe legislar e fiscalizar, sendo ambas igualmente importantes. Exerce também alguns controles que, segundo Alexandre de Moraes, pode ser o político-administrativo e o financeiro-orçamentário. Pelo primeiro controle, cabe a análise do gerenciamento do Estado, podendo, inclusive, questionar atos do Poder Executivo. Ainda como atribuição constitucional temos tutelada no artigo 58 § 3º a previsão de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), pela Câmara de Deputados e do Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e daqueles previstos nos respectivos regimentos internos das Casas Legislativas.

Em relação ao segundo controle, financeiro-orçamentário, previsto dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, será exercida pelo Congresso Nacional com abrangência pública e privada, de acordo com o parágrafo único do artigo 70, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98, onde estabelece que preste conta qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelo qual a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigação de natureza pecuniária.

Por outro lado, não raras vezes são atribuídas ao Poder Legislativo, funções administrativas, quando esta dispõe sobre sua organização e funcionamento interno, exercendo o provimento de cargos aos seus servidores, assim como, seu plano de carreira; também exerce a função de julgar, quando este, por exemplo, exerce o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, I e II da CF/88. (COUCEIRO, 2011)

confeccionará um documento que todos os poderes, assim como a população deverá seguir. A segunda possibilitará a este poder a capacidade de verificar se os atos dos demais poderes estão de acordo com a lei e outros parâmetros aceitáveis. O Legislativo é o único poder com duas funções típicas. As funções atípicas deste poder são a executiva e jurisdicional. As hipóteses de incidências destas funções são bem específicas, tais como administração dos trabalhos internos e o julgamento do Presidente da República.

O Poder Executivo tem a função executiva como típica.¹⁰ Assim será o constitucionalmente responsável pela execução de políticas públicas. Um método para perceber a importância para tal obrigação é a observância das dotações orçamentárias dos poderes. As duas funções atípicas deste poder são a jurisdicional e legislativa. A primeira pode ser verificada no Processo Administrativo contra Servidores do Poder e a segunda na possibilidade de expedição de Medidas Provisórias.

O Poder Judiciário tem como função precípua a Jurisdição¹¹, isto é, a possibilidade de resolver lides. Como funções atípicas a execução e legislatura. Esta pode ser exemplificada através das súmulas vinculantes.

4.1.1. Ativismo Judicial

¹⁰ O Poder Executivo no Brasil é exercido pelo Presidente da República juntamente com os Ministros que por ele são indicados. É a ele que competem os atos de chefia de Estado, quando exerce a titularidade das relações internacionais e de governo, quando assume as relações políticas e econômicas assumidas no plano interno, típico do sistema presidencialista adotado no Brasil.

Dada a função precípua inerente ao poder Executivo, qual seja administrar o Estado, através da observação das regras emanadas do poder Legislativo, não raras vezes excursiona nos campos de atuação de outra esfera de poder. Dessa forma, temos o Executivo exercendo, por exemplo, a possibilidade de adoção do instituto das Medidas Provisórias, com força de Lei, conforme determina o artigo 62 da Magna Carta de 1988:

“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Podemos também citar, como atribuição atípica, o julgamento de seus servidores no contencioso administrativos. (COUCEIRO, 2011)

¹¹ Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional, que consiste na aplicação da lei a um caso concreto, que lhe é apresentado como resultado de um conflito de interesses.

Por outro lado, também possuem o Poder Judiciário, atribuições atípicas de natureza administrativa e legislativa. Dessa forma que, exerce a administração de atos relativos a seus servidores, por exemplo, licenças e férias de seus membros de acordo com o artigo 96, I, f da CF e o provimento de cargos de acordo com o artigo 96, I, c, também da CF.

Como atribuição legislativa tem a edição de normas regimentais, tutelada no artigo 96, I, a da CF, onde fica estabelecida a competência do Poder Judiciário a elaboração de seus regimentos internos, observando as normas processuais e as garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionados e administrativos. (COUCEIRO, 2011)

Esse tema tem despertados grandes debates na doutrina brasileira, cita-se Pinto e Zanata¹², Barroso¹³, Negrelly¹⁴. Isso ocorre quando o Poder Judiciário atua na competência dos demais poderes.

A ocupação do Poder Executivo tem sido chamada de Judicialização de Políticas Públicas. Quando aquele poder é omissivo ou insuficiente na prestação dos direitos constitucionalmente e legalmente assegurados, o indivíduo que tem seu direito lesado recorre ao Judiciário para conseguir a implementação. Isso é essência do próprio Direito de Acesso à Justiça presente nos Direitos e Garantias Fundamentais da CRFB/88. Barroso (2012) define como, “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2012, p. 24). Tendo em vista, a inabilidade da jurisdição e imobilidade das instâncias tradicionais, o Poder Judiciário assume a competência para a promoção dos deveres dos demais poderes.

4.2. Políticas Públicas Ambientais e Urbanísticas

O Estado tem função de proteger o meio ambiente, além de garantir a dignidade da pessoa humana, sendo a vida urbana ordenada uma das formas. Assim deverá promover diligências capazes de assegurar esses bens jurídicos. Essas podem ser conceituadas como políticas públicas.

Sobre a Políticas Públicas Ambientais pode citar o Licenciamento Ambiental¹⁵, que é a autorização do Estado para o indivíduo poder explorar determinada atividade econômica. Assim o Estado imporá uma restrição, o sujeito não poderá explorar a atividade libertinamente, promovendo assim uma política pública.

Na questão urbanística pode-se citar a divisão da cidade em zonas que proíbem a utilização do terreno para atividades diversas¹⁶, novamente o Estado restringe a atuação privada para garantir o bom andamento da vida comunitária, implementando assim uma política pública.

¹² Ativismo Judicial: Uma Análise crítica da Judicialização da Política como instrumento democrático de concretização dos Direitos Fundamentais, de Pinto e Zanata.

¹³ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, de Barroso.

¹⁴ O Ativismo Judicial e seus limites frente ao Estado Democrático, de Negrelly.

¹⁵ art. 2º inc. I da Lei complementar 140 - licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental; (BRASIL, 2011)

¹⁶ Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01 art. 4º inc. III, c) zoneamento ambiental; (BRASIL, 2001)

Essa atividade estatal é de suma importância para a vivência em sociedade, tendo em vista a quantidade de atividades nocivas dos membros da sociedade.

4.3. Necessidade de aplicação de restrições pelo Poder Judiciário

A cerne da questão é até que ponto o Poder Judiciário pode interferir na implementação de políticas públicas que visam a restrição de uma atividade do particular potencialmente danosa ao meio ambiente natural e artificial.

Como foi relatado a resolução desse problema perpassa pela separação de poderes, a impossibilidade de regredir um patamar de proteção de uma norma ambiental e urbanística e a necessidade imprescindível do poder público impedir que o particular promova uma atividade excessivamente impactante ou potencialmente danosa.

A impossibilidade de regressão das normas urbanísticas-ambientais relaciona intimamente com a prerrogativa do ente público de impedir atividades, uma vez que aquela ocorre quando essa apresenta uma restrição a uma vontade privada. Quando determinada norma é usada pelo poder público para evitar certas atividades, pode ocorrer um *lobby* para retirar essa norma do ordenamento jurídico, daí a extrema necessidade do Direito de Não-regressão das normas ambientais e urbanísticas.

Outro ponto fundamental da matéria em estudo é a separação de poderes na criação das normas. Talvez o direito ambiental seja uma das matérias que o Poder Executivo mais legisle, vide a quantidade¹⁷ e força das resoluções do CONAMA¹⁸. Essa atuação exacerbada do Executivo decorre talvez da urgência da proteção ambiental e a demora do Poder Legislativo. Todavia uma norma em sentido amplo que é aprovada como resolução do Executivo, tem um debate e participação menor, uma vez que a câmara baixa do Legislativo é a representante da população. Isso pode propiciar uma captura do interesse público pelo particular, permitindo assim que regressões de proteção possam ser aprovadas com maior facilidade.

¹⁷ Entre setembro de 1984 e janeiro de 2012 foram editadas 448 resoluções, conforme Livro de Resoluções. (BRASIL, 2012)

¹⁸ Art. 6º inc. II Lei 6938/1981 - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; (BRASIL, 1981)

Na parte urbanística também existe elaboração legislativa pelo Executivo, contudo não uma força extremada, já que o principal instrumento urbanístico tem a necessidade de ser aprovado pela Câmara dos Vereadores, o chamado Plano Diretor¹⁹.

A discussão também perpassa sobre a divisão de poderes na restrição da atividade do particular. O Poder Legislativo junto com a participação popular expedirá normas que regulamentaram as atividades dos particulares, tendo em vista seu preceito constitucional na separação de poderes. Por sua vez o Executivo implementará e fiscalizará as condutas do privado. Essas condutas devem estar em total acordo com a norma expedida pelo Legislativo. Aquele deverá ter uma conduta guiada pelo Princípio da Legalidade Administrativa, ou seja, deve seguir fielmente o texto normativo. Caso o alguma parte entenda que o outro está infringindo a norma pré-estabelecida, o particular pensando que o Estado está extrapolando suas prerrogativas de atuação ou o Estado entenda que o particular não está cumprindo em sua totalidade do texto legal, poderão acionar o Poder Judiciário. Esse tem um claro papel de participação na resolução de lides.

Percebe-se que o Judiciário é o último ator a entrar na relação do Estado e particular. Além disso apenas adentrará quando uma parte entender que seus direitos foram efetivamente lesados pelo outro²⁰. É perceptível que a atuação do Poder Judiciário é meramente eventual, pode existir uma gama de relações Estado-particular sem a intervenção deste poder. Contudo os demais são de fundamental importância na matéria de políticas públicas, um desenhará a intervenção estatal e outro aplicará o exposto por esse.

O Judiciário tem um relevante papel social, uma vez que é local onde as pessoas buscam seus direitos quando entendem que estão sendo lesadas. Isso decorre do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça (CRFB/88 art. 5º XXXV). Todavia não deverá apresentar um papel de relevância no *policy cycle*, devendo apenas vigiar (após ser chamado) se tais políticas estão sendo efetivamente praticadas.

Esse argumento reafirma a separação de poderes, todavia apresenta uma distância do praticado no Brasil. Normalmente quem elabora a política pública é o Executivo que envia para o Legislativo através de uma Medida Provisória apenas para chancelar. Verifica-se também a intromissão do Judiciário na implementação de tais políticas, em muitos casos parece o verdadeiro executor. A separação de poderes é praticamente dizimada o Executivo funciona

¹⁹ Art. 182 § 1º CRFB/88 - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. (BRASIL,1988)

²⁰ Art. 5º XXXV CRFB/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL,1988)

como um Legislativo, o Judiciário funciona como um Executivo e por vezes como o Legislativo.

Isso pode ser considerado uma falha da república brasileira, tendo em vista a confusão de poderes. Todavia em determinadas matérias o Princípio da Proteção deve ser vigiado por vários atores diferentes, o direito ambiental²¹ é um desses casos. Baseado na vulnerabilidade do ecossistema e a hipossuficiência de defesa do meio ambiente, é imprescindível que os diversos atores estatais e da sociedade civil se unam para a proteção deste importante bem jurídico (talvez o mais importante, já que todos os demais dependem de sua existência). Marin e Lunelli informam:

Em decorrência desse princípio da indisponibilidade do bem ambiental, estabelece-se o “Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente”, afirmado no artigo 227, da Constituição Federal. A propósito, ante a outorga de competências ambientais aos três entes da federação, o dever do Estado de proteger o meio ambiente ganha contorno especial, exigindo-se dos entes federados a cooperação na proteção ambiental. Essa proteção, todavia, não é apenas dever do Estado, mas de todos os indivíduos, ainda mais que o “Princípio da participação popular na proteção ambiental” também é afirmado como um dos sustentáculos da defesa do meio ambiente. O bem ambiental merecedor da tutela constitucional se reveste de caráter publicista, alçando também à esfera constitucional as ações destinadas à sua proteção. (MARIN; LUNELLI, 2010, p.316)

É evidente que a atuação do Poder Judiciário será diferente dos demais ramos do direito.

Todas as políticas públicas têm a possibilidade de controle jurisdicional, contudo este não deverá ser exacerbado ao ponto de o Poder Judiciário conceber e implementar a intervenção estatal.

A decisão ora debatida aborda essa questão, colocando as matérias ambientais e urbanísticas na mesma situação, salienta-se que a decisão se refere primordialmente em matéria urbanística.

O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável (Resp. 302906 / SP) (BRASIL, 2010).

²¹ art. 225 CRFB/ 88 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. (BRASIL, 1988)

É perceptível que o Ministro do STJ reconhece essa reserva e separação de poderes, informa que o Judiciário não é o ator responsável pelo ordenamento urbano, contudo tem um importante papel na proteção desse ordenamento, ou seja, um papel residual.

A atuação do Judiciário quando da proteção dos caracteres urbanístico e ambientais deve ter um grau de profundidade maior, tendo em vista a necessidade da existência desses bens para a simples sobrevivência humana. Porém esse aprofundamento não deve ultrapassar as competências constitucionais de tal poder. Portanto não caberá a este poder a concepção ou execução da política pública, todavia terá maior influência do *policy cycle*.

Quando a política pública tem um caráter restritivo, ou seja, impõe um dever de não fazer ao particular, o Poder Judiciário continua nos mesmos parâmetros. Deverá se abster de legislar ou executar a política pública, contudo terá um importante papel de vigia do direito. Esse papel será para impedir a regressão de um direito já solidificado. Thomé coaduna com essa posição:

A cláusula de vedação de retrocesso socioambiental visa à garantia de proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado, à saúde, e à vida, devendo ser aplicada pelo Poder Judiciário nos casos em que a atuação do administrador público e do legislador infraconstitucional tenha escopo a supressão ou redução do âmbito de proteção dos direitos já existentes. (THOMÉ, 2014, p.113)

Como o dito pelo ministro, o Judiciário não tem capacidade de realizar determinadas tarefas e sua omissão na guarda pode provocar danos irreparáveis.

5. CONCLUSÃO

Depois de debatidos importantes conceitos como a necessidade de restrição da atividade do particular pelo ente público. A impossibilidade de regressão do direito ambiental e urbanístico, seja legal ou convencional. A necessária divisão dos poderes entre três principais atores, pode-se responder o problema proposto, o Judiciário deve executar políticas públicas de restrição sobre atividades do particular.

A resposta corrobora com a decisão em comento, uma vez que esta argui da necessidade de guarda do meio ambiente e da questão urbanística pelo Poder Judiciário, contudo retira o papel principal desse poder. Sendo que cada poder terá suas atribuições (funções típicas) na proteção urbanística-ambiental, devendo o Poder Judiciário vigiar se o ente público está agindo conforme a lei e que não está provocando uma precarização dos direitos urbanísticos-ambientais, além de outras atribuições, ou seja, regredindo o grau de proteção já conferido.

A restrição é o modo que o ente público encontra para pacificar a sociedade, uma vez que impede determinadas atividades, seguindo o exposto na decisão, ficou reconhecida a necessária intervenção do ente público nessas matérias. Caso não houvesse a restrição ou não fosse devidamente aplicada, a coletividade sofreria com a atuação danosa do particular sem possibilidade de resposta, estará no estado de natureza hobbesiano.

O Poder Judiciário não terá um papel central nesse processo, todavia apresentará como um ator fundamental para o funcionamento da proteção urbano-ambiental. Na pesquisa desenvolvida ficou claro a necessidade de uma atuação subsidiária nesse tema, impossibilitando assim o ativismo judicial. Assim quando houver a provocação desse poder por outros atores responsáveis pela proteção ambiental e urbanística (Ministério Público, Defensoria Pública, Sociedade Civil organizada e etc.), velará pela conservação dos bens jurídicos ambiental e urbano.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria de Separação de Poderes do Estado, Fortaleza, **Revista Científica Faculdade Lourenço Filho**. Disponível em: <http://www.flf.edu.br/revista-flf.edu/volume05/v5mono4.pdf>. Acesso em: 01 de mai. de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial, Legitimidade Democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, nº 1, p. 23- 32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. A Administração Pública Gerencial: estratégia e estrutura de um novo estado, Brasília, **Texto para discussão da Escola Nacional de Administração Pública**. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/817/9texto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de mai. de 2015.

BRANDÃO, Assis. O estado de natureza e o contrato em Hobbes, Recife, **Programa de Pós-Graduação em Filosofia**. Disponível em: https://www.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/pf25_artigo20001.pdf. Acesso em: 01 de mai. de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2015

BRASIL. Lei nº 4771, de 15 de setembro 1965. Código Florestal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 set. 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm. Acesso em: 01 abr. 2015

BRASIL. Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm . Acesso em: 01 abr. 2015

BRASIL. Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 01 abr. 2015

BRASIL. Lei nº 12651, de 25 de maio de 2012. Código Florestal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 mai. 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm:. Acesso em: 01 abr. 2015

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro 2011. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 de dez. 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm:. Acesso em: 01 abr. 2015

BRASIL. Livro do CONAMA, **CONAMA**, Brasília. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/LivroConama.pdf>. Acesso em: 01 de mai. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 302906 / SP**. Proteção urbano-ambiental Data do Julgamento: 26 de ago. 2010, Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3419096&num_registro=200100140947&data=20101201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 01 de mai. 2015

COUCEIRO, Júlio Cezar. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura >. Acesso em maio 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Do Poder de Polícia**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERNANDES, Edésio. A Nova Ordem Jurídico-Urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.). **Direito Urbanístico: Estudos Brasileiros e Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. cap. 1, p. 3-23.

FIGUEIRÓ, Fabiana da Silva; COLAU, Suzane Girondi. Competência de Legislação Ambiental e aplicação da norma mais restritiva como forma de resolução de conflitos: uma análise crítica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, MG, vol. 11, nº 21, p. 255-280, Jan/Jul 2014.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Processo Ambiental, Efetividade e as Tutelas de Urgência. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, MG, vol. 7, nº13/14, p. 312 - 330, Jan/Dez. 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

NEGRELLY, L. A. O Ativismo Judicial Frente ao Estado Democrático, **Conpedi**, Fortaleza. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 01 de mai. de 2015

PINTO, Taís Caroline; ZANATA Mariana Lobo. Ativismo Judicial: Uma análise crítica Judicialização da Política como Instrumento Democrático de concretização dos Direitos Fundamentais, **Publica Direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>. Acesso em: 01 de mai. de 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

THOMÉ, Romeu. **O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental**. 1. ed. Salvador: Juspodium, 2014.