

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCO ANTONIO BATISTA DE MOURA ZIEBARTH

**COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DIRETRIZES AMBIENTAIS E OUTRAS
NECESSIDADES URBANÍSTICAS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO
AO RETROCESSO AMBIENTAL**

Curitiba – PR

2021

MARCO ANTONIO BATISTA DE MOURA ZIEBARTH

**COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DIRETRIZES AMBIENTAIS E OUTRAS
NECESSIDADES URBANÍSTICAS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO
AO RETROCESSO AMBIENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Setor de Ciências Agrárias, da Universidade Federal do Paraná como requisito à obtenção do grau de Pós-Graduando em Direito Ambiental

Orientadora Professora Thais Giselle Diniz Santos

Curitiba

2021

RESUMO

Novos desafios surgiram no âmbito do Direito Urbanístico em razão do crescimento populacional enfrentado pelas cidades nas últimas décadas. Essa expansão urbana desordenada foi acompanhada pela desigualdade social e comprometimento do meio ambiente, em vários níveis, gerando questões conflituosas e paradigmáticas, resolvidas pelo sopesamento dos princípios erigidos pela Constituição Federal. O presente estudo pretende analisar como a ideia de proteção ambiental não deve ser utilizada como ferramenta para afastar e colocar em segundo plano outros interesses e o próprio planejamento urbano traçado pelo Poder Público. Essa análise considera que são diversas as explicações e variáveis determinantes para a pobreza urbana, não se pretendendo assumir a necessidade de preservação do meio ambiente como um elemento fomentador dessa realidade. Nesse contexto, este trabalho discute o conflito que pode surgir entre o princípio da vedação ao retrocesso ambiental e novas normas urbanísticas que afetam áreas que possuíam alguma função ambiental, principalmente as normas que promovem o adensamento populacional. Para tanto, é objeto desta análise a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028122-62.2018.8.26.0000, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que considerou legítima a opção legislativa que privilegiou a segurança jurídica em detrimento do princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

Palavras-Chave: Meio ambiente. Direito Urbanístico. Proteção ambiental. Conflito de interesses.

ABSTRACT

New challenges have arisen within the scope of Urban Planning Law due to the population growth faced by cities in recent decades. This disordered urban expansion was accompanied by social inequality and environmental compromise, on several levels, generating conflicting and paradigmatic issues, resolved by the principles established by the Federal Constitution. This study aims to analyze how the idea of environmental protection should not be used as a tool to remove and put other interests and the urban planning outlined by the Public Power in the background. This analysis considers that there are several explanations and determinant variables for urban poverty, not intending to assume the need to preserve the environment as an element that fosters this reality. Within this context, this work discusses the conflict that can emerge between the principle of sealing the environmental backflash and new urban planning rules that affect areas which had some environmental function, mainly the rules that promote population density. Therefore, it is object of this analysis the Direct Unconstitutionality Action n.º 2028122-62.2018.8.26.0000, judged by the Special Section of the State Court of São Paulo, which considered lawful the legislative option that privileged legal certainty to the detriment of principle of sealing the environmental backflash.

Keywords: Environment. Urban Law. Environmental Protection. Conflict of interests.

I – INTRODUÇÃO

O crescimento e adensamento populacional das cidades faz surgir novos desafios e demandas para o estudo do Direito Urbanístico. Nesse processo, verificado há algumas décadas em diversas cidades brasileiras, em que a expansão urbana desordenada promove o desenvolvimento desigual e muitas vezes compromete o meio ambiente, é possível constatar um paradoxo que as cidades contemporâneas devem enfrentar: a necessidade de preservação de áreas que cumprem função ambiental (e que pressupõem zonas pouco adensadas), e, de outro, a realização do direito à moradia.

A ideia de desenvolvimento urbano sustentável envolve dois valores de extrema relevância, quais sejam, preservação do meio ambiente e habitação. A complexidade do debate reside justamente no choque entre os interesses envolvidos, sobretudo porque reservar áreas urbanas para o cumprimento de função ambiental diminui a oferta por moradia.

Não se pretende afirmar que o déficit habitacional decorreria necessariamente da destinação de partes do território da cidade para servir o meio ambiente, nem mesmo que seria esse um fator determinante para a ocorrência dessa mazela do processo de urbanização de tantas cidades brasileiras. São diversas as explicações e variáveis determinantes para a pobreza urbana, e não se pretende aqui, por óbvio, elencar a necessidade de preservação do meio ambiente como elemento fomentador dessa realidade.

O que se pretende pelo presente trabalho é verificar como a ideia de proteção ambiental não pode ser utilizada para, de forma simplista, afastar e colocar em segundo plano outros interesses e o próprio planejamento urbano traçado pelo Poder Público com a participação democrática da sociedade. Não raramente são utilizados institutos como o tombamento ambiental ou mesmo se recorre a decisões judiciais com o intuito de trazer regramento urbanístico distinto daquele determinado pelo legislador e preservar a paisagem ambiental existente.

Essas medidas, que vão na contramão do planejamento urbano, costumam basear-se na vedação ao retrocesso ambiental, como se, no contexto aqui tratado, esse princípio fosse garantia de imutabilidade urbana no que diz respeito aos aspectos ambientais.

No entanto, como pontuado acima, há diversos outros valores que devem ser levados em consideração em hipóteses como essa, de forma que é equivocado pressupor a simples prevalência do princípio ambiental frente a todos os outros. Não se pode perder de vista a complexidade da matéria, que exige a apreensão de conceitos pertencentes a diversas áreas do Direito, não se limitando à temática Ambiental.

Nessa perspectiva, o presente trabalho aborda a questão da inovação legislativa que, ao pretender regular uso e ocupação do solo, acaba por incentivar o adensamento populacional em determinadas áreas urbanas que antes possuíam alguma função ambiental. O que se pretende analisar é se essa opção do legislador necessariamente configura violação ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental a ponto de ser considerada inconstitucional.

Para tanto, será utilizado como referência os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028122-62.2018.8.26.0000, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que teve por objeto dispositivo legal do município de São Paulo que instituiu o chamado “direito de protocolo”, que consiste na possibilidade de o particular valer-se da lei vigente quando do protocolo de seu pedido administrativo de alvará de construção, a despeito de lei superveniente mais restritiva.

II – A AMPLITUDE DO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

O ordenamento jurídico vale-se muitas vezes de conceitos de grande amplitude para regular diversas relações jurídicas encontradas na sociedade. Uma vez que a lei não é capaz de prever todas as situações jurídicas relevantes e regrá-las, o texto normativo não raramente utiliza cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados¹ para ter maior abrangência, cabendo ao aplicador do direito a tarefa de interpretá-lo de acordo com o caso concreto.

O conceito de meio ambiente é um ótimo exemplo dessa amplitude terminológica, mesmo porque agrega diversos elementos diante de seu caráter interdisciplinar. Édis Milaré chega a mencionar que o meio ambiente pertence a uma categoria cujo conteúdo é mais facilmente intuído do que definível, inexistindo acordo entre os especialistas sobre tal conceito². Trata-se de um conceito em constante evolução.

Essa ideia de interdisciplinaridade e construção conceitual é destacado por Norma Sueli Padilha ao tratar do equilíbrio ambiental idealizado pelo Direito Ambiental:

Na verdade, o próprio saber ambiental está em um processo de construção e depende do contexto ecológico e sociocultural do qual emerge e se aplica, donde se depreende

¹ No que diz respeito aos “conceitos indeterminados”, cumpre trazer a crítica feita por Eros Roberto Grau a essa expressão: “todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito”. (GRAU, 2003, p. 196).

² MILARÉ, 2018, p. 140-141.

a importância do diálogo, da interação e da integração de saberes de diferentes áreas, para a construção de uma organização interdisciplinar do conhecimento, pois cada ciência propõe seus paradigmas teóricos e técnicos para a produção do saber ambiental, num processo desigual e heterogêneo, o que torna essencial tal diálogo propiciador de condições de assimilação e integração do saber ambiental.³

Ao abordar especificamente o conceito de meio ambiente, a autora explica que nele é possível enquadrar praticamente todos os elementos que compõem o meio físico, social e psicológico, e ainda aduz:

Podemos afirmar que o meio ambiente é tudo aquilo que cerca um organismo (o homem é um organismo vivo), seja físico, (água, ar, terra, bens tangíveis pelo homem), seja o social (valores culturais, hábitos, costumes, crenças), seja o psíquico (sentimento do homem e suas expectativas, segurança, angústia, estabilidade), uma vez que os meios físico, social e psíquico são os que dão as condições interdependentes, necessárias e suficientes para que o organismo vivo (planta ou animal) se desenvolva em sua plenitude.

[...].

Todos esses fatores que compõem o meio ambiente, tais como os abióticos (não vivos): água, atmosfera, clima, sons, odores e gostos; os bióticos: plantas, animais, bactérias e vírus; e os sociais, culturais e psicológicos, dão ao meio ambiente o caráter de interação e interdisciplinaridade que, indubitavelmente, ele possui e que exige, em qualquer questionamento sobre a matéria, uma visão global, sistêmica e abrangente.⁴

Como se observa, diante de sua amplitude conceitual, torna-se árdua a tarefa de delimitar o que é meio ambiente. Por consequência, a própria noção de retrocesso ambiental ou mesmo de impacto ambiental acaba por ser fugidia, pois não está claro o objeto a ser protegido.

O art. 225 da Constituição Federal, notadamente o seu *caput* e os incisos do seu § 1º, traz elementos que ajudam a compreender essa definição. Não só menciona o meio ambiente ecologicamente equilibrado como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, como ainda faz referência a outros componentes do seu conceito, tais como processos ecológicos, espécies e ecossistemas, patrimônio genético, fauna e flora.

É nesse contexto pairado por incertezas que surge o problema em debate. Ora, se quase tudo é meio ambiente, como conciliá-lo com o desenvolvimento econômico e também social, na medida em que comumente há o choque com esse valor a ser protegido? Para isso, há que se entender como se dá a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, esse princípio encontra fundamento no citado art. 225, *caput*, da Constituição Federal, pois este prevê um vínculo de conservação do meio

³ PADILHA, 2010, p. 232.

⁴ PADILHA, 2002, p. 20-21.

ambiente entre as gerações, de modo que a atual geração não pode transmitir às futuras um meio ambiente menos conservado.⁵ Complementa o doutrinador:

O princípio de não regressão significa que a legislação e a regulamentação relativas ao meio ambiente só podem ser melhoradas e não pioradas. É o aperfeiçoamento do “bom ambiental”. O “bom ambiental” é uma situação indispensável a ser encontrada em todos os elementos do meio ambiente – águas, ar, flor e fauna –, para que haja o equilíbrio ecológico. O “bom ambiental” só pode ser alterado para transformá-lo em “ótimo ambiental”. A regressão das normas ambientais traduz a ocorrência do “pior ambiental”, isto é, do desequilíbrio ecológico.⁶

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer também destacam o dever de atuar de forma progressiva em prol do meio ambiente com base no princípio em comento:

A garantia da proibição de retrocesso (sócio)ambiental, nessa perspectiva, seria concebida no sentido de que a tutela jurídica ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos fáticos e normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.⁷

Trazendo essas lições para as hipóteses que se pretendem tratar no presente trabalho, que envolvem desenvolvimento urbano, parece difícil, a partir de uma leitura superficial desses textos, sustentar a viabilidade jurídica na alteração da legislação urbanística em detrimento de áreas que cumprem alguma função ambiental na cidade. Todavia, vale adiantar trecho da ementa da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 42, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 28.02.2018, em que se verifica que referido princípio não pode ser aplicado em termos absolutos:

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos *etc.* Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.⁸

⁵ MACHADO, 2018, p. 147.

⁶ MACHADO, 2018, p. 147.

⁷ SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 260-261.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 42. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 28 fev 2018.

Com base nessa linha de pensamento, nos próximos tópicos serão tratados ainda os outros valores que devem ser levados a um exercício de ponderação com a proibição ao retrocesso ambiental.

III – A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO

O debate proposto orienta-se também pelos princípios da função social da propriedade e do planejamento, essenciais para a discussão acerca da política de desenvolvimento urbano. Esta, aliás, conforme estabelece o artigo 182, *caput*, da Constituição Federal, “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. O § 1º desse dispositivo constitucional cita o plano diretor como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, e o § 2º ainda traz importante menção ao princípio da função social da propriedade e sua relação com a política urbana, vez que prescreve que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.⁹

Nesse sentido, o plano diretor, instrumento base da política de desenvolvimento urbano, dá os devidos contornos ao valor *propriedade*, traçando as limitações administrativas à liberdade e à propriedade com o objetivo de ordenar o território e prever a implantação e gestão da infraestrutura urbana, sempre tendo em vista alcançar o ideal de justiça espacial. Acerca desse ideal e do papel da política de desenvolvimento urbano para atingi-lo, Leandro Teodoro Andrade discorre o seguinte:

Enquanto a produção das cidades no contexto capitalista é propensa à distribuição desigual dos recursos e à criação de espaços com profundas desigualdades e antagonismos, sejam de natureza econômica, espacial ou demográfica, a política de desenvolvimento urbano se insere no bojo da busca por um ideal de justiça espacial, revelando a necessidade de intervenção estatal na regulação da produção social do espaço urbano, o que reclama uma ação positiva para a correção das injustiças distributivas na cidade capitalista.¹⁰

O plano diretor, em conjunto com outras normas urbanísticas, acaba por contribuir na configuração do direito de propriedade do administrado na medida em que dá mais especificidade ao conceito de função social da propriedade. Em outras palavras, o imóvel urbano que atende às limitações urbanísticas, de um modo geral, cumpre com sua função social.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰ ANDRADE, 2019, p. 108.

Isso não quer dizer, por óbvio, que *função social da propriedade e limitações administrativas* são conceitos equivalentes ou que se confundem, mas fica clara sua inter-relação.

Uma vez que são as normas urbanísticas, em boa medida, que dão os contornos ao direito de propriedade referente a imóvel urbano, trazendo as delimitações exigidas para o pleno cumprimento da função social da propriedade, as regras atinentes à política de desenvolvimento urbano não podem ser desrespeitadas a qualquer sinal de otimização da preservação do meio ambiente, mesmo porque essas regras valem para toda uma coletividade e costumam ser direcionadas para determinadas zonas.

Vale dizer, essas limitações administrativas são fruto de um planejamento urbano, que leva em conta todo o território de uma cidade e, às vezes, até mesmo de uma região metropolitana. Atingir esse planejamento pode acarretar em uma quebra na coesão da política urbana, o que, é claro, não configura o cenário ideal.

Alexandre Levin chega a abordar essa questão no contexto envolvendo bens públicos (excetuados os bens de uso comum), de modo a fundamentar que estes devem também seguir as regras urbanísticas:

Seria prejudicial para a efetivação do que está previsto nas normas de planejamento urbano das cidades que determinados imóveis fossem imunes às prescrições do plano diretor. Assim, o imóvel público urbano também deve submeter-se a esses regramentos, sob pena de descumprimento de sua função social, em vista do preceito constitucional que remete ao plano diretor a concretização desse princípio (art. 182, §2º). Caso contrário, seriam criadas “ilhas” em que os preceitos do plano urbanístico não teriam efeito, criando a situação absurda de um imóvel público imune a tais regras ser cercado de imóveis privados que devam cumpri-las.¹¹

Essa discussão conflui para a conclusão, ainda que parcial, que o direito de propriedade é moldado já se pensando em dar efetividade à função social. É este princípio, em especial, que impõe os limites do valor *propriedade*, impedindo que o proprietário possa utilizar de forma arbitrária o seu bem. Nessa perspectiva, a política de desenvolvimento urbano, por prever essas limitações, também assegura o direito de propriedade, garantindo ao particular construir e utilizar o seu imóvel dentro dos limites previstos pela legislação urbanística. Em outros termos, ao traçar limites também garante o direito dentro destes.

¹¹ LEVIN, 2010, p. 207.

IV – POLÍTICA URBANA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

Com base no que foi expresso acima, uma vez que se pode afirmar que o plano diretor é a principal expressão do princípio da função social da propriedade urbana, poderia esse instrumento básico da política urbana sofrer alterações legislativas de modo a reduzir a proteção ambiental ou causar reflexos negativos ao meio ambiente? Se isso ocorresse, estaria configurada uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental?

Um primeiro desafio, conforme adiantado acima, reside na própria amplitude do conceito de *meio ambiente*. Essa vagueza conceitual dificulta a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, já que quanto mais abrangente a definição de *meio ambiente*, mais largos são os contornos a viabilizar a incidência do referido princípio.

Ora, se o objetivo consiste em sempre aperfeiçoar o “bom ambiental”, na linha das lições de Paulo Affonso Leme Machado expostas acima, como seria possível, por exemplo, legitimar uma alteração da legislação urbanística no sentido de promover o adensamento de uma determinada zona que antes era destinada a uso exclusivamente residencial de baixa densidade, com alto índice de áreas permeáveis? Não haveria um retrocesso ambiental nesse contexto? Se o princípio em referência fosse tratado em termos absolutos, esse tipo de mudança das normas de planejamento urbano ficaria prejudicado, o que provocaria o engessamento da estrutura urbana a despeito da dinâmica social.

No entanto, como visto linhas acima ao se mencionar o acórdão da ADC n.º 42, o STF já se posicionou no sentido de que “o genérico e subjetivo rótulo de ‘retrocesso ambiental’” não deve ser levado a extremos e comporta ponderação quando confrontado com outros valores protegidos pela Constituição Federal. Embora o caso tratado no referido julgado não se identifique com a matéria tratada no presente trabalho, é importante destacar que o STF invocou diversas outras normas que não devem ser desprezadas em uma confrontação com a ideia de meio ambiente.

Em outro ponto da ementa desse julgado, assevera-se que “não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização (...)”. Outros valores constitucionais ainda são citados nessa passagem do acórdão, o que só deixa ainda mais clara a complexidade da matéria e a necessidade de realizar um exercício de ponderação, sem considerar de antemão o princípio da vedação ao retrocesso ambiental como triunfante sobre os demais.

Debora Sotto comenta acerca do desafio que é, no contexto do Direito Urbanístico, atingir o justo equilíbrio na implantação e preservação de áreas verdes na cidade e, ao mesmo tempo, realizar o direito de moradia:

é preciso ponderar que, numa cidade igualmente carente de áreas verdes, essas Zonas Estritamente Residenciais de baixa densidade, ricas em vegetação e áreas permeáveis não só nos lotes individualmente considerados mas também nos espaços livres, praças e parques implantados pelos loteadores, desempenham hoje importante função ambiental, contribuindo para a preservação do microclima urbano, tanto do ponto de vista de diminuição das temperaturas quanto da regulação do regime de chuvas e dos níveis de poluição atmosférica, interesses ambientais que podem justificar a manutenção do zoneamento mais restritivo tanto quanto a realização do direito de moradia demandaria, em tese, a sua revisão.¹²

E a questão da moradia é elemento essencial para esse debate. É claro que há diversos valores envolvidos, como já apontado, mas não seria exagero afirmar que a moradia digna consiste em um dos mais relevantes nessa discussão. Conforme passagem transcrita acima, privilegiar instrumentos urbanísticos que exercem função ambiental pode afetar a oferta por habitação na medida em que promove o menor adensamento. Não apenas reduz o número de unidades residenciais que poderiam ser disponibilizadas comercialmente no entorno como também, por consequência, afeta o preço de mercado, tornando a região menos acessível.

Não se pode dizer que essa tensão entre moradia e meio ambiente seja recorrente e nem que estes constituam objetivos antagônicos entre si. Na verdade, são dois interesses de extrema relevância que a política de desenvolvimento urbano deve cumprir, de modo a sempre buscar a coesão, levando-se em conta toda a cidade.

O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Lei Municipal n.º 16.050/2014), a título exemplificativo, prevê em seu artigo 8º que deverão ser observadas, em sua estratégia de ordenamento territorial, cinco dimensões para garantir o desenvolvimento urbano sustentável e equilibrado entre as várias visões existentes no Município sobre seu futuro, e dentre essas dimensões estão a social (inciso I), o que abrange o direito à moradia, e a ambiental (inciso II).¹³

¹² SOTTO, 2016, p. 103.

¹³ Art. 8º Para garantir um desenvolvimento urbano sustentável e equilibrado entre as várias visões existentes no Município sobre seu futuro, o Plano Diretor observa e considera, em sua estratégia de ordenamento territorial, as seguintes cinco dimensões:

I - a dimensão social, fundamental para garantir os direitos sociais para todos os cidadãos, em especial, o direito à moradia, à mobilidade, à infraestrutura básica e ao acesso aos equipamentos sociais;

II - a dimensão ambiental, fundamental para garantir o necessário equilíbrio entre as áreas edificadas e os espaços livres e verdes no interior da área urbanizada e entre esta e as áreas preservadas e protegidas no conjunto do Município; (SÃO PAULO. Lei Municipal n.º 16.050/2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>)

Essa norma de caráter principiológico reforça a necessidade de o planejamento urbano assumir feição democrática e incorporar diferentes visões, embora não se diga, é claro, que uma visão ambientalista seria oposta a uma linha de pensamento pró moradia. O que se pode afirmar é que, não raramente, determinados grupos utilizam uma retórica em favor do meio ambiente com o intuito de, na verdade, assegurar a imutabilidade de uma região e frear o seu adensamento. Esse discurso torna-se ainda mais grave quando o real objetivo é evitar que projetos de habitação social aproximem-se de áreas mais nobres da cidade. É a chamada ação NIBY, iniciais de *Not in My Backyard* (no meu quintal, não), que tenta valer-se de pautas legítimas, como o meio ambiente, para alcançar finalidade de índole perversa¹⁴.

Longe de se pretender discorrer sobre as características dessa ação e muito menos elucubrar acerca de suas motivações, mas é importante mencionar como essa mentalidade vai na contramão da ideia de Direito à Cidade, da construção do urbano tendo em vista a democratização socioespacial. O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, apenas para dar mais um exemplo, traz como objetivo estratégico da Política de Desenvolvimento Urbano “reduzir a necessidade de deslocamento, equilibrando a relação entre os locais de emprego e moradia” (art. 7º, *caput*, inciso III). Isto é, a transformação da cidade deve dar-se de modo a fomentar que inclusive populações mais pobres ocupem regiões centrais onde costumam estar a maior parte das ofertas de emprego, em um movimento contrário à gentrificação.

Ao lado desse objetivo, há também o de “conter o processo de expansão horizontal da aglomeração urbana, contribuindo para preservar o cinturão verde metropolitano” (art. 7º, *caput*, inciso I, do PDE). Se existe a necessidade de oferecer habitações populares, mesmo em áreas mais centralizadas, o planejamento urbano também deve pautar-se por preservar partes do território que cumprem função ambiental. Atingir o equilíbrio entre esses objetivos é um dos grandes desafios na elaboração da Política de Desenvolvimento Urbano, de sorte que ingerências pontuais promovidas pelo Judiciário comprometem a sua coesão e podem trazer prejuízos ao planejamento pensado para a cidade, ainda que se faça em nome do princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

Tendo como pano de fundo esse tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028122-62.2018.8.26.0000, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que tinha por objeto os artigos 162 da Lei Municipal n.º

¹⁴ Philip Yang escreve interessante artigo, publicado no jornal Folha de São Paulo, em que aborda essa ação NIMBY e seu déficit de ideal civilizatório, além de apontar que “o compartilhamento de uma área urbana entre pessoas de diferentes faixas de renda representa não apenas o ideal utópico de uma democracia espacial mas também um motor de eficiência econômica”. Disponível em: <https://www.urbem.org.br/nimby-e-politica-urbana> (último acesso em 29 jan 2021).

16.402/2016 (Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano do Município de São Paulo)¹⁵ e 380 da Lei Municipal n.º 16.050/2014 (PDE do Município de São Paulo)¹⁶, que tratam do já mencionado “direito de protocolo”.

Em síntese, o Ministério Público Estadual argumentou que esses dispositivos legais teriam rebaixado a proteção jurídica ao meio ambiente e afrontariam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal). Ainda, esses atos normativos sacrificariam o meio ambiente, o que não seria admitido sob qualquer pretexto, bem como violariam o princípio da proibição ao retrocesso ambiental, comprometendo os progressos obtidos ao longo do tempo na tutela do meio ambiente.

O principal ponto levantado pelo Ministério Público Estadual trata do exercício desse “direito de protocolo” em Zonas Especiais de Proteção Ambiental (ZEPAMs) dentro do município. Isto é, a possibilidade de o particular valer-se dos parâmetros da legislação revogada em áreas que a nova lei estabeleceu como detentora de função ambiental.

O Desembargador Relator Evaristo dos Santos deferiu a liminar pleiteada para suspender a validade dos dispositivos objeto da ação, decisão que causou bastante polêmica no mercado imobiliário e afetou diversos projetos de empreendimentos na cidade de São Paulo, lançando luzes sobre esse debate tortuoso.

Ao final, todavia, a ação foi julgada improcedente, tendo o Relator designado para o acórdão destacado a necessidade de as políticas públicas ambientais conciliarem-se com outros valores democraticamente eleitos pelo legislador. Em seu voto que conduziu a divergência, o Desembargador Pereira Calças pontuou a importância de se buscar o equilíbrio normativo entre os valores envolvidos, o que pode ser alcançado com o respaldo da participação democrática, como as audiências públicas realizadas no curso do processo legislativo que culminou na aprovação das leis em comento.

¹⁵ Art. 162. Os processos de licenciamento de obras, edificações e atividades e os projetos de parcelamento do solo, protocolados até a data de publicação desta lei e sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado a qualquer tempo, optando pela análise integral de acordo com suas disposições. (SÃO PAULO. Lei Municipal n.º 16.402/2016. Disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo, de acordo com a Lei n.º 16.050, de 31 de julho de 2014 – Plano Diretor Estratégico (PDE). Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16402-de-22-de-marco-de-2016>).

¹⁶ Art. 380. Os processos de licenciamento de obras e edificações, protocolados até a data de publicação desta lei, sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado, a qualquer tempo, optando pela análise integral nos termos desta lei. (SÃO PAULO. Lei Municipal n.º 16.050/2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>)

Ao tratar do princípio da proibição de retrocesso ambiental, explica que este possui uma eficácia negativa e implica a vedação ao esvaziamento do núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de regressão nos padrões de sua proteção jurídica. Dito isso, entre em cena a figura do legislador que, com sua legitimidade democrática, realiza o sopesamento entre os princípios conflitantes (de um lado, vedação ao retrocesso e meio ambiente ecologicamente equilibrado; e, de outro, segurança jurídica e confiança legítima), sem comprometer o núcleo essencial do sistema.

Nesse sentido, é fundamental pontuar o papel do legislador na produção da política de desenvolvimento urbano e na conformação dos interesses envolvidos, uma vez que suas opções revestem-se de caráter político-majoritário legítimo. Por conta disso, ao aplicador do direito não cabe invadir esse campo cujo desenvolvimento compete exclusivamente ao legislador e ao administrador eleitos. Isso não quer dizer que ao Judiciário seria indevida a atuação no campo jurídico-constitucional, mas há que ter em conta o legítimo sopesamento feito pelo legislador na produção legislativa, já que nesse exercício de proporcionalidade, inserido no espectro de decisão político-majoritária, não pode o julgador fazer ingerências.

Vale transcrever trecho do voto do Desembargador Pereira Calças:

Vale dizer, não cabe ao intérprete, na aplicação da lei, mesmo em sede de controle abstrato de constitucionalidade, imiscuir-se no âmbito das opções político majoritárias legítimas, como é o caso da produção e implantação da política de desenvolvimento urbano, devidamente qualificada por eficientes processos públicos participativos, em atuação administrativa pautada pela interlocução com a sociedade civil, a exercer o necessário auxílio na **calibragem e conformação do desenvolvimento almejado**, sopesando os elementos de fato e de direito respectivos.¹⁷

Esse sopesamento feito no processo legislativo, como ainda aponta o Desembargador, “encerra característica ínsita ao direito urbanístico, referida por José Afonso da Silva como ‘coesão dinâmica’, assentada, entre outros aspectos, sobre a noção da realidade objeto de transformação”. Assim, os dispositivos legais que trazem esse “direito de protocolo” constituem normas de transição que “expressam a busca pela otimização dos bens jurídicos conflitantes, um não sendo eliminado pelo outro”.¹⁸

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028122-62.2018.8.26.0000. Órgão Especial. Relator para acórdão Desembargador Pereira Calças. Julgado em 27 mar 2019. (destaques no original)

¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028122-62.2018.8.26.0000. Órgão Especial. Relator para acórdão Desembargador Pereira Calças. Julgado em 27 mar 2019.

Como referido acima, o presente trabalho não tem por objetivo analisar o “direito de protocolo” e nem mesmo a constitucionalidade de sua previsão, mas o mencionado acórdão tratou de, ao menos, três elementos importantes para a discussão aqui proposta: (i) a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental; (ii) o exame de proporcionalidade verificado nesse contexto, com o devido sopesamento entre os valores envolvidos; e, (iii) a ideia de tomada de decisão no campo político-majoritário legítimo na produção da política de desenvolvimento urbano.

É essencial lembrar esse caráter democrático do plano de desenvolvimento urbano sempre que este tiver sua legitimidade constitucional contestada por meio de algum princípio, como no caso de utilização da vedação ao retrocesso ambiental para invalidar uma disposição da legislação urbanística. Na linha do que vem sendo dito ao longo deste trabalho, o plano de desenvolvimento urbano consiste em um produto em que várias visões são contempladas, possuindo caráter eminentemente democrático. O arquiteto italiano Bernardo Secchi, ao descrever o trabalho do urbanista, evidencia essa colheita de diversos pensamentos acerca do planejamento e transformação da cidade:

O urbanista, mais que quaisquer outros estudiosos e projetistas, para engendrar uma concreta modificação da cidade e do território, deve obter o consenso de uma multiplicidade de sujeitos individuais e coletivos, situados em espaços sociais diferentes entre si, sujeitos dotados de poderes e movidos por interesses, aspirações, imaginários, estilos de pensamento e de comportamento bem diversos e, na maioria das vezes, opostos; sujeitos que em relação à construção, modificação e transformação da cidade, têm responsabilidades morais, culturais e jurídicas muito diferentes. Pressupor a “morte do autor”, assumir que o projeto da cidade seja obra de um autor implícito, de mal identificados sujeitos coletivos ou, ainda mais geneticamente, da cultura de uma época, sem entrar nos mecanismos da sua produção e realização, é, mesmo no plano historiográfico, no mínimo, evasivo.¹⁹

Haja vista esse caráter democrático na gestão da cidade, o que exige equilibrar diferentes visões e objetivos, é claro que o processo legislativo que discute o plano de desenvolvimento urbano pressupõe o exame de proporcionalidade entre os princípios envolvidos. Nesse cenário de colisão de princípios jurídicos, não há como se eleger “princípios absolutos”. Acerca destes, ainda que caminhando para a conclusão, vale trazer as lições de Robert Alexy:

No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em

¹⁹ SECCHI, 2016, p. 50.

relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.²⁰

O julgado referido acima ilustra, de forma clara e assertiva, a impossibilidade de se considerar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental como absoluto, vez que, do contrário, seria inviável garantir os direitos individuais e, por consequência, não haveria espaço para proteger a segurança jurídica e a confiança legítima. Em outras palavras, não há princípios absolutos e muito menos se poderia considerar a vedação ao retrocesso ambiental como princípio absoluto.

V – CONCLUSÃO

Meio ambiente equilibrado e direito à moradia não são ideias antagônicas e constituem demandas fundamentais em qualquer sociedade. No entanto, conforme demonstrado no presente trabalho, inclusive com menção a caso concreto, há hipóteses em que se faz necessário buscar um equilíbrio entre esses dois valores, desafio esse que se verifica na produção de plano de desenvolvimento urbano de uma cidade, principalmente no que diz respeito a índices urbanísticos que tratam do adensamento populacional.

Um princípio comumente trazido a esse debate é justamente o da vedação ao retrocesso ambiental. Esse princípio possui conteúdo bastante genérico e isso se dá em boa medida porque o conceito de meio ambiente tem fronteiras bastante amplas. Diante desse seu caráter genérico, muitas vezes o princípio da vedação ao retrocesso ambiental é utilizado para atacar dispositivos de leis urbanísticas que fomentam o adensamento em determinadas zonas da cidade, e não raras vezes é levado ao debate como elemento de retórica para sustentar, na verdade, objetivos egoísticos.

²⁰ ALEXY, 2008, p. 111.

Verificou-se, então, que a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal entende que referido princípio pode ser confrontado com outras normas constitucionais, valendo-se de um exame de proporcionalidade. Ainda, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado aqui abordado, recusou a prevalência desse princípio ao decidir pela constitucionalidade de dispositivos legais municipais que asseguram o “direito de protocolo”, predominando a opção político-majoritária legítima do legislador, de modo a privilegiar o democrático processo legislativo.

Portanto, conclui-se que, a despeito da fundamental importância de se garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo algum isso poderia consistir em considerar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental como princípio absoluto, sendo plenamente legítimo confrontá-lo em um exercício de ponderação com outros valores constitucionais.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Leandro Teodoro. **Manual de direito urbanístico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 140-141.
- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.
- SÃO PAULO. Lei Municipal n.º 16.050/2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>
- SÃO PAULO. Lei Municipal n.º 16.402/2016. Disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo, de acordo com a Lei n.º 16.050, de 31 de julho de 2014 –

Plano Diretor Estratégico (PDE). Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16402-de-22-de-marco-de-2016>

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SECCHI, Bernardo. **Primeira lição de urbanismo**. Trad. Marisa Barda e Pedro M. R. Sales. São Paulo: Perspectiva, 2016.

SOTTO, Debora. **Mais-Valia Urbanística e Desenvolvimento Urbano Sustentável: Uma Análise Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 103.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028122-62.2018.8.26.0000. Órgão Especial. Relator para acórdão Desembargador Pereira Calças. Julgado em 27 mar 2019.

YANG, Philip. *Bairros social e economicamente mistos geram riquezas para todos*. Disponível em: <https://www.urbem.org.br/nimby-e-politica-urbana> (último acesso em 29 jan 2021).