Revista SÍNTESE
Direito Imobiliário

27 – Maio-Jun/2015

Conselho Editorial

Christiano Cassetari
Luciano Lopes Passarelli
Luiz Antonio Scavone Junior
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Marcelo Manhães de Almeida
Rubens Carmo Elias Filho

SÍNTESE sage

Digitalizado com CamScanner

Responsabilidade do Poder Público em Face do Acesso Universal à Cidade Como Direito Difuso*

LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME

Advogado em São Paulo (SP), Brasília (DF), Minas Gerais (MG), Rio de Janeiro (RJ) e Paraná (PR), Sócio de Almeida Guilherme Advogados Associados (www.aglaw.com.br), Bacharel em Direito, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Membro Efetivo da Comissão de Sustentabilidade e Meio Ambiente da OAB/SP (2011-2013), Membro Efetivo da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP (2013-2015), Membro Consultor da Comissão de Infraestrutura, Logística e Desenvolvimento Sustentável, do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF e do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. Professor do Curso de Pós-Graduação nas Faculdades de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, da PUC/SP (Cogeae), da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, da Escola Paulista da Magistratura – EPM, do Complexo Educacional Damásio de Jesus, do IBMEC/SP (Insper) e da Business School of São Paulo (Anhembi Morumbi). Professor da Escola Paulista de Direito (Nível Mestrado), Professor do Curso de Graduação nas Faculdades de Direito da UPM. Doutor Adjunto das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, onde também leciona na Especialização. Coordenador do Curso de Arbitragem da Escola Superior da Advocacia (ESA). Coordenador dos Cursos de Extensão da FADISP/ALFA. Autor de diversos artigos e livros jurídicos, entre eles *Manual de Arbitragem* e *Código Civil comentado*. Foi premiado com a Láurea do Mérito Docente pela OAB/SP.

SUMÁRIO: Introdução; I – Da função social da cidade; II – Do direito à cidade como direito difuso; III – Do acesso universal à cidade e política de mobilidade urbana; IV – Da responsabilidade do Poder Público em face do acesso universal à cidade.

INTRODUÇÃO

Em *A cidade e as serras*, Eça de Queiroz escreve que "os sentimentos mais genuinamente humanos logo se desumanizam na cidade". Ouso discordar. As cidades são formadas em decorrência expressa da atividade humana; e o ser humano modifica o meio ambiente desde os primórdios da civilização. Não haveria, portanto, expressão mais genuína dos sentimentos humanos e dos valores imediatos que regem a sociedade, ainda que temporalmente, do que a cidade. Como decorrência do caráter de manifestação humana atribuído à cidade enquanto construção, esta constitui o *meio ambiente artificial*, composto pelo conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e equipamentos públicos urbanos (espaço urbano aberto).

---

* Artigo preparado para o Seminário da OAB/SP – II Encontro dos Magistrados e Advogados Ambientais de São Paulo, em 11.05.2015.

Digitalizado com CamScanner

O advento das cidades e o crescimento urbano apresentam relação intrínseca ao desenvolvimento econômico, restando claro que, em regra, grandes cidades, metrópoles e megalópoles constituem-se mais ricas em relação a cidades de menor desenvolvimento urbano. A cidade de São Paulo, por exemplo, considerada a 14ª cidade mais populosa do planeta, apresentou condições estruturais para o seu desenvolvimento urbano no decorrer do século XIX, acompanhando a expansão da lavoura cafeeira, que, inclusive, financiou o crescimento industrial e determinou a expansão e o desenvolvimento urbanos.

Muito embora este processo de evolução urbana tenha se dado conjunturalmente, o consequente desenvolvimento urbano não ocorreu de forma organizada, tanto sob o viés estrutural quanto socioeconômico. Na cidade de São Paulo, por exemplo, é nítido que o processo de urbanização não atingiu de maneira uniforme as diferentes zonas da cidade, de forma que a urbanização real baseada no urbanismo das cidades europeias somente atingiu a região central da cidade, em detrimento das zonas periféricas, onde políticas estatais de planejamento não são suficientes à contenção do crescimento urbano desordenado. Dialogicamente, a segregação econômica contribuiu à explosão demográfica desordenada e excludente, afetando irremediavelmente as fundações do conceito de função social da cidade como função urbanística, de cidadania e de gestão. Nesse sentido, a cidade se configura, a partir do processo de urbanização desencadeado pelo crescimento populacional indisciplinado, como meio ambiente artificial, não seguindo, em regra, planejamento.

I – DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

A Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, "estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental", conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da referida Lei. O art. 2º do Estatuto da Cidade, por sua vez, dispõe que "a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno funcionamento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana".

A função social da propriedade afigura-se premissa fundamental em diferentes Constituições brasileiras a partir de 1934. A Constituição Federal/1988 prevê expressamente, em seu art. 5º, XXII e XXIII, que o direito à propriedade é limitado por sua função social, de forma a relativizar este direito em prol da sociedade. O Estatuto da Cidade, por sua vez, delimitou e explicitou tal relativização do direito à propriedade, visando ao acesso a todos os moradores à cidade.

Mais do que isso, o Estatuto da Cidade atrela o princípio da função social da propriedade ao *direito de acesso à cidade*, uma vez que determina ser a re-

Digitalizado com CamScanner

lativização da propriedade individual essencial cumprimento da *função social da cidade*, compreendendo a cidade como produto coletivo.

O art. 182 da CF/1988, por sua vez, prevê que o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade é o objetivo da política de desenvolvimento urbano. Para o eminente Professor Fiorillo, as funções sociais da cidade são cumpridas quando proporcionam a seus habitantes uma vida com qualidade, identificando como principais funções da cidade a habitação, a circulação, o lazer e o trabalho.

O direito à cidade, consolidado no princípio de cumprimento da função social da cidade, apresenta o direito à habitação como importante vetor do acesso à cidade, de forma que o processo de planejamento urbano, consolidado pelas disposições presentes no Estatuto da Cidade, presume a legitimação e legalização das áreas ocupadas por moradias, sempre relativizando o direito à propriedade privada quando em confronto aos direitos coletivos.

É importante ressaltar que a função social da cidade apresenta caráter bastante amplo, sendo o rol apresentado meramente exemplificativo, uma vez que o bem-estar e a segurança dos cidadãos dependem de questões que ultrapassam meras disposições legais. Dessa forma, o acesso à cidade enquanto direito também depende do combate às desigualdades sociais, tornando efetivos os direitos humanos. A promoção de medidas de proteção ao meio ambiente também se afigura essencial à consolidação da cidade como ente coletivo e em pleno exercício de sua função social, uma vez que o equilíbrio do meio ambiente urbano é indissociável ao acesso à cidade como meio ambiente artificial.

Assim, a função social da cidade se materializa no acesso à moradia, às infraestruturas de transporte e saneamento, ao meio ambiente saudável, ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico, à segurança e ao bem-estar do cidadão, bem como aos equipamentos de educação, saúde, lazer e todos aqueles essenciais à dignidade do cidadão. Ademais, a função social da cidade somente pode ser cumprida quando do reconhecimento da cidade e do espaço urbano como ente coletivo, criado, ocupado e gerido por toda a coletividade.

II – DO DIREITO À CIDADE COMO DIREITO DIFUSO

Os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Ademais, não há relação jurídica entre sujeitos componentes, cujo agrupamento constitui-se meramente circunstancial.

A cidade, definida como meio ambiente artificial e composta por bens ambientais, deve ser qualificada como de ordem difusa, de forma a ser enten-

Digitalizado com CamScanner

dida como contexto fático das relações jurídicas entre bens e indivíduos, não sendo possível individualizar a ordem urbanística enquanto bem. Assim, as características de indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, entre outros, demonstram claramente que o meio ambiente artificial enquanto espaço urbano coletivo indubitavelmente se constitui como interesse difuso.

Na lição do eminente Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos ou interesses difusos são metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil como um todo.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 54, modifica o art. 4º da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, que se constitui instrumento processual para pretensões em defesa de interesses difusos, incluindo a ordem urbanística como valor a ser defendido via ação civil pública, restando claro que o próprio ordenamento jurídico pátrio admite a ordem urbanística, consubstanciada no "conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos" (Paulo Afonso Leme Machado, 2004) como direito difuso. Assim, a ordem urbanística, não protegendo um bem jurídico individual isolado, e sim tutelando a sociedade em um âmbito coletivo, apresenta *status* de direito transindividual difuso.

É importante ressaltar que a CF/1988, em seu art. 225, atribui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a qualificação jurídica de bem de uso comum do povo, afigurando-se este como pertencente à coletividade, não integrando o patrimônio disponível do Estado e, portanto, sendo o meio ambiente indisponível tanto para os particulares quanto para o Poder Público. Dessa forma, o meio ambiente, natural e artificial, encontra-se amparado pelo princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, o que torna indiscutível o caráter de coletivo da titularidade e tutela do meio ambiente.

Uma vez que o meio ambiente afigura-se coletivo, e que o ordenamento jurídico pátrio prevê a participação comunitária como pilar principiológico do Direito, a causa ambiental pressupõe ação conjunta entre todos aqueles comprometidos com os interesses difusos da sociedade. Nesse sentido, as ações civis públicas em defesa do meio ambiente, tendo como parte autora pessoas jurídicas de direito público ou ONGS, que também apresentam o poder-dever de tutela do meio ambiente, afiguram-se presentes no panorama atual. Cumpre-se ressaltar que a participação de outros órgãos relativamente à tutela do meio ambiente, seja ele natural ou artificial, não exime o Poder Público da atuação em prol da defesa destes interesses difusos.

Digitalizado com CamScanner

III – DO ACESSO UNIVERSAL À CIDADE E POLÍTICA DE MOBILIDADE URBANA

O desenvolvimento urbano, conforme supracitado, apresenta-se como tendência global e irreversível, e, por conta do crescimento desordenado e excludente, cominado à migração crescente aos centros urbanos, apresentou impactos gritantes no âmbito da concentração de pobreza, criminalização e ampliação da demanda por serviços públicos. Este crescimento desordenado também impactou inegavelmente a mobilidade urbana. A questão dos congestionamentos e do trânsito caótico, impulsionados pelo crescimento econômico, pela ascensão social e pelos valores capitalistas, afigura-se fonte inesgotável de discussão nas grandes megalópoles. Em 1999, o número de veículos no Brasil, de acordo com dados do Denatran, era de cerca de 27,1. Em 2009, estes números beiravam os 60 milhões de veículos espalhados pelos grandes centros urbanos, significando um aumento de mais de 100% da frota brasileira de veículos particulares. As consequências deste aumento desenfreado do número de veículos circulando no espaço urbano, conjuntamente ao crescimento urbano desordenado e sem planejamento de trânsito, levaram as grandes cidades a problemáticas insustentáveis no tocante ao trânsito e meio ambiente.

A Lei nº 12.587/2012, que institui as Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, apresenta-se como instrumento da política de desenvolvimento urbano, objetivando contribuir ao acesso universal à cidade (art. 1º c/c o art. 2º da Lei nº 12.587/2012). A referida lei conceitua, em seu art. 4º, a mobilidade urbana como "condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano", e a acessibilidade como a "facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor".

Nesse sentido, a política de mobilidade urbana prevista na Lei nº 12.587/2012 deve estar indissociavelmente ligada ao Plano Diretor, previsto no Capítulo III do Estatuto da Cidade, definido doutrinariamente como o "complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local"[1], como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Os municípios terão um prazo de 3 (três) anos para elaborem o Plano de Mobilidade Urbana, de forma compatível ao plano diretor do respectivo município, sob pena de impedimento de recebimento dos recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana.

Dessa forma, resta inequívoco o caráter conjuntural da política de mobilidade urbana, uma vez que esta não se resume ao esforço pela melhoria do

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

Digitalizado com CamScanner

trânsito interno, mas representa um conjunto de medidas e diretrizes visando ao desenvolvimento urbano sustentável, pautado pela função social da cidade.

Para tanto, a Política Nacional de Mobilidade Urbana instalada com o advento da Lei nº 12.587/2012 apresenta como principais pontos: (i) a prioridade dos meios de transporte públicos coletivos e veículos individuais não motorizados em detrimento do transporte individual motorizado; (ii) a restrição e o controle do acesso e da circulação de veículos motorizados; (iii) a possibilidade de cobrança pela utilização da infraestrutura urbana, visando a desestimular o uso de determinados modos e serviços de mobilidade; (iv) a dedicação de espaço exclusivo nas vias públicas ao transporte público coletivo e a modos de transporte não motorizados; (v) a participação dos usuários no planejamento e na gestão da política local de mobilidade urbana; e (vi) o controle de padrões de emissão de poluentes. Assim, a política atual de mobilidade urbana que prioriza o automóvel motorizado individual passará a priorizar as estruturas públicas que objetivem um sistema de mobilidade e desenvolvimento urbano sustentável.

Entre os mecanismos previstos pela Lei nº 12.587/2012, a possibilidade de implantação do chamado "pedágio urbano" talvez constitua a previsão mais polêmica desta nova política de mobilidade. O art. 23, II, prevê o seguinte:

> Art. 23. [*Omissis*]
>
> [...]
>
> III – aplicação de tributos dobre modos e serviços de transporte urbano pela utilização da infraestrutura urbana, visando a desestimular o uso de determinados modos e serviços de mobilidade, vinculando-se a receita à aplicação exclusiva em infraestrutura urbana destinada ao transporte não motorizado e no financiamento do subsídio público da tarifa de transporte público, na forma da lei.

Dessa forma, faz-se verificável a clara intenção de desencorajar a utilização de transportes individuais motorizados, para, em seu lugar, instalar-se uma política de fortalecimento da utilização do transporte público como modo de locomoção cotidiana e habitual. Cumpre ressaltar que esta política em particular já foi instalada e bem-sucedida em diversas megalópoles ao longo do globo, trazendo benefícios significativos à mobilidade urbana, acesso universal à cidade, bem como cumprimento de sua função social.

Assim, verifica-se que, uma vez que os problemas correlatos ao direito à cidade não se afiguram individuais, e sim se consubstanciam em direitos difusos, problemáticas de ordem pública decorrem da ausência de uma política de planejamento e mobilidade urbana sustentável, de forma que a organização do meio ambiente artificial pode significar a solução de problemas de ordem econômica, social e ambiental.

Digitalizado com CamScanner

IV – DA RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO EM FACE DO ACESSO UNIVERSAL À CIDADE

O art. 225 da CF prevê que "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". Por sua vez, o § 3º do mesmo dispositivo legal prevê a natureza objetiva da responsabilidade decorrente dos danos causados ao meio ambiente, de forma a ser desnecessária a comprovação de existência de dolo ou culpa para a sua caracterização. Ademais, a responsabilidade, neste caso, é dita solidária, e os envolvidos sujeitam-se à responsabilidade civil, penal e administrativa em caso de dano ambiental.

O meio ambiente artificial como construção pelo homem nos espaços naturais, transformando o que seria o meio ambiente natural no meio ambiente artificial, também pode ser definido como meio ambiente, e, portanto, também se sujeita às regras que preveem a responsabilidade por dano ambiental. Nesse sentido, pode-se citar como dano ao meio ambiente artificial a questão dos loteamentos clandestinos em face de omissão do Poder Público, o que gera concentração populacional com ausência de equipamentos públicos, serviços essenciais e comunitários, ocasionando dano à coletividade, publicidade desordenada, ocupação em áreas públicas, entre outros.

No âmbito administrativo, a atuação do Poder Público, direcionada à proteção de meio ambiente, se faz por meio da utilização imperativa do poder de polícia, agindo o Poder Público preventivamente ou repressivamente. O poder de polícia ambiental afigura-se como imperativo, assumindo um papel preponderante no sentido de evitar a ocorrência de danos ambientais, não cabendo, neste caso, invocar pretensa e inexistente discricionariedade, tendo em conta que se trata de atividade vinculada. Assim, tal atividade não se constitui como mera faculdade, e sim como poder-dever do Estado, de forma a ter caráter compulsório. Ademais, a intervenção estatal, conforme já visto, é imprescindível à concretização da sustentabilidade, devendo ser exercida com a finalidade de garantir que o desenvolvimento econômico esteja atrelado à preservação ambiental, tanto relativamente ao meio ambiente natural quanto artificial.

Partindo-se da teoria da responsabilidade civil ambiental e considerando os diversos dispositivos legais que preveem a responsabilidade civil ambiental (art. 225, § 3º, da CF e arts. 3º, IV, 4º, VII, e 14, IV, da Lei Federal nº 6.938/1981), temos que as condutas comissivas ou omissivas que causem lesão ao meio ambiente, por força desses dispositivos, sujeitarão as pessoas jurídicas, de direito público ou privado, a reparar os danos a ele causados. A responsabilidade civil, nesses casos, afigura-se objetiva, decorrente da existência da teoria do risco integral, de forma que o autor da violação ou da lesão deverá arcar com todo o prejuízo que causou, ainda que não tenha agido com culpa.

Digitalizado com CamScanner

Resta claro, portanto, que pessoas jurídicas de direito público interno que derem causa a danos ambientais também devem ser responsabilizadas a reparar os danos causados. Ocorre, no entanto, que o Poder Público pode ser inserido no polo passivo e, consequentemente, responsabilizado civilmente por danos ambientais ocorridos de acordo com as duas hipóteses. A primeira trata de conduta comissiva por parte do Poder Público, ou seja, será o Poder Público responsabilizado pelos danos que diretamente causar, por meio do exercício de suas atividades. A responsabilidade, nesses casos, será objetiva, existindo direito de ação regressiva, desde que provado o dolo ou a culpa. A segunda hipótese diz respeito aos danos que o Poder Público indiretamente causar, em razão de omissão em descumprimento ao dever legal e ao dever constitucional, de cautela, de forma a não agir ou não impedir que o dano ocorra, ou seja, não atuando de forma preventiva ou repressiva.

Neste caso, a responsabilidade civil seria, à luz da teoria da responsabilidade civil do Estado, subjetiva. Entretanto, o ordenamento jurídico ambiental afasta-se da noção tradicional de responsabilidade civil, exigindo a lógica da imputação objetiva, visto que o bem tutelado é direito coletivo e de difícil recuperação ou reparação. Dessa forma, identificada a conduta omissiva estatal, esta é suficiente para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação. Assim, "no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente de inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano"[2]. Dessa forma, verifica-se que a responsabilidade civil do Poder Público em face de dano ambiental afigura-se objetiva e solidária, tanto no tocante às condutas comissivas quanto omissivas que geram dano ao meio ambiente.

É importante ressaltar que, em regra, o Direito Ambiental não admite excludentes de responsabilidade por dano, como é o caso do caso fortuito e da força. A esse respeito, o eminente Professor Antônio Benjamim Herman afirma que

> o Direito Ambiental não aceita excludentes, seja do fato de terceiro, seja da culpa concorrente da vítima ou do caso fortuito ou força maior. Desta forma, se o evento ocorreu no curso ou por conta da atividade potencialmente degradadora, o responsável pela mesma tem o dever de reparar eventuais danos causados, ressalvando-se sempre a hipótese de ação regressiva.[3]

Digitalizado com CamScanner

Revista SÍNTESE
Direito Imobiliário

Sumário da Revista SÍNTESE Direito Imobiliário nº 87

ASSUNTO ESPECIAL

Lei nº 13.097/2015: Alterações no Direito Imobiliário

Doutrinas

A Necessidade da Ação de Resolução Judicial do Compromisso de Compra Venda Mesmo diante do Artigo 1º do Decreto-Lei nº 745/1969, com a Redação Dada pela Lei nº 13.097 – Luiz Antonio Scavone Junior

Os Artigos 54 e 55 da Nova Lei nº 13.097/2015, Referentes à Alienação e Oneração de Imóveis – Iara Alves de Paiva Lima

A Lei nº 13.097/2015 Autoriza a Rescisão do Compromisso de Compra e Venda de Imóvel por Inadimplemento do Comprador Independente de Ação Judicial – Mônica Monteiro Porto

Contrato de Associação Corretor de Imóveis – Marcelo Machado Bonfiglioli

O Revigoramento da Cláusula Resolutiva Expressa nas Promessas de Compra e Venda – Fábio Neffa Alcure

PARTE GERAL

Doutrinas

A Impenhorabilidade do Bem de Família da Lei nº 8.009/1990 e a Fiança no Contrato de Aluguel: Aspectos Relevantes na Jurisprudência Nacional – Luiz Henrique Sormani Barbugiani

Fraude à Execução no CPC/2015: Algumas Questões Registrais – Rodrigo Mazzei e Leriane Drumond Bento

O Registro da Incorporação Imobiliária e a Repercussão Jurídica e Financeira em Razão de Sua Inobservância – Sérgio Mayer Dias

Reintegração de Posse no Programa de Arrendamento Residencial – PAR – Clenio Jair Schulze

Responsabilidade do Poder Público em Face do Acesso Universal à Cidade Como Direito Difuso – Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

A Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador Locatício – Elisa Maria da Silva Paiva e Giselle Borges Alves

Jurisprudência

Acórdãos na Íntegra

Ementário de Jurisprudência

CLIPPING JURÍDICO

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

ISSN 2236-1553

9 772236 155007

SÍNTESE sage

Digitalizado com CamScanner