

4

A delimitação constitucional entre o direito de propriedade urbano e o meio ambiente

4.1

A caracterização da propriedade e do meio ambiente como direito fundamental

4.1.1

A propriedade como direito fundamental

A configuração do âmbito constitucional de proteção do direito de propriedade é uma das tarefas mais complexas do campo jurídico, pois embora represente a base de sustentação para o funcionamento do sistema econômico, é ao mesmo tempo considerado um obstáculo para a efetivação de diversos valores constitucionais, como o direito à cidade, o meio ambiente equilibrado, os direitos sociais e o acesso à moradia e à terra. Portanto, a interpretação conferida ao direito de propriedade, mais do que qualquer outro valor, está diretamente relacionada com a ideologia do seu intérprete¹.

Além dessa ausência de univocidade, não se pode esquecer que os direitos fundamentais refletem as condições econômicas, sociais e culturais de determinada sociedade em cada momento da história, impossibilitando que se conceda de maneira abstrata e universal um fundamento absoluto a direitos que são relativizados no tempo e no espaço². Ainda que apresentada de maneira abreviada, a compreensão acerca da evolução histórica da propriedade é útil para situar a posição conferida a esse direito face ao conjunto dos valores constitucionais.

Um dos pontos de partida para entender a importância da propriedade é a definição elaborada pelo direito romano, que teria conferido um poder ilimitado e

¹ Cf. BOBBIO, N. *L'età dei diritti*, p. 08; e SPANTIGATI, F. *Manual de derecho urbanistico*, p. 254.

² Cf. PUGLIATTI, S. *La proprietà nel nuovo diritto*, p. 146-147; RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 178-179; e BOBBIO, N. *L'età dei diritti*, p. 09-12.

absoluto de uso e fruição das coisas sob seu domínio³. Embora esse tenha sido um dos principais fundamentos para justificar a construção teórica da propriedade na Revolução Francesa, desconsiderou-se que no direito romano o poder era exercido pelo chefe de família, além de ser intimamente ligado à adoração dos deuses — o que conferia ao solo, por exemplo, uma natureza sagrada⁴ —, diferentemente dos últimos séculos que tiveram sua estrutura alicerçada no poder econômico⁵.

Mas foi na sua ligação com a liberdade que a propriedade foi por alguns autores concebida enquanto direito natural que preexiste ao Estado, pois estava baseada em um vínculo espiritual que une o homem à coisa fecundada por meio do trabalho⁶. Entretanto, para Rousseau, apenas a pequena propriedade era sagrada e considerada direito natural, pois, ao contrário da grande propriedade — que tinha função exploradora —, somente um direito limitado poderia ser justificado moralmente⁷.

Apesar disso, em um contexto de expansão do capitalismo, a associação entre liberdade e propriedade serviu para garantir a estruturação do sistema econômico fundado no livre comércio e na apropriação privada da riqueza⁸. Nesse sentido, percebe-se ter havido pragmatismo em utilizar a fundamentação do direito natural de tornar-se proprietário (direito à propriedade), que valoriza a liberdade e a existência do indivíduo, para estruturar o “direito de propriedade” de modo absoluto e ilimitado⁹ e assegurar o monopólio legal do uso da terra¹⁰. Essa

³ Registra-se que a doutrina aponta a existência de diversificadas limitações à propriedade tanto no período romano como na Idade Média. Cf. GERI, L. B. *Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà*, p. 510; e NICOLINI, U. *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità: studi sulla dottrina giuridica intermedia*, p. 62-67.

⁴ Cf. COMPARATO, F. K. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, p. 73-74; e CLAVAL, P. *A geografia cultural*, p. 218.

⁵ Cf. GERI, L. B., op. cit., p. 509.

⁶ Como defendido por John Locke. Cf. SOLARI, G. *Introduzione*, p. 29-30.

⁷ Cf. MACPHERSON, C. B. *La vita e i tempi della democrazia liberale*, p. 16-17. Acerca dos direitos naturais, Norberto Bobbio entende que estes não eram consensuais, tornando-se ilusória a ideia de um fundamento absoluto. Cf. BOBBIO, N. *L'età dei diritti*, p. 06-07.

⁸ Cf. BARCELLONA, P.; CAMARDI, C. *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, p. 86; e GERI, L. B., op. cit., p. 509. Como assinala Danilo Zolo, até a tradição do *habeas corpus*, que tem origem feudal, foi interpretada pelos burgueses fundamentalmente como tutela dos comerciantes e do livre movimento de pessoas dedicadas ao intercâmbio comercial. Cf. ZOLO, D. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales» a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli*, p. 87-88.

⁹ Cf. GERI, L. B., op. cit., p. 512-513; e ZOLO, D., op. cit., p. 86. O fato da perspectiva naturalista levar em conta apenas os interesses da burguesia também é questionado. Ver, por exemplo FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 39. Entendendo que houve equívoco semântico na justaposição entre o direito “de” e “à” propriedade, ver FERRAJOLI, Luigi. *I - Diritti fondamentali*, p. 13.

¹⁰ Cf. SANTOS, B. S. *O Estado, o direito e a questão urbana*, p. 27.

percepção ganha reforço na medida em que o exercício da cidadania somente ocorria para quem tinha “posses” — e, pelo fato do seu acesso não ser factível a todos¹¹, o direito de propriedade corroborou para a continuidade da sociedade dividida em classes¹².

Nesse contexto, as declarações de direitos do fim do século 18 — a Carta de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) — reuniram e qualificaram os direitos do homem como invioláveis e inalienáveis¹³, destacando-se a posição conferida à propriedade como princípio que condensa e sintetiza todas as instâncias constitutivas da sociedade moderna¹⁴. Vislumbra-se, por conseguinte, que o início do constitucionalismo coincidiu com a transformação de direitos naturais como a vida, a liberdade e a propriedade em direitos do homem garantidos inclusive em face do Estado¹⁵.

Não obstante os direitos fundamentais protegidos pelas constituições liberais tenham como pressuposto a garantia de uma esfera de liberdade individual separada e independente do Estado¹⁶, a propriedade não chegou a ser absoluta, pois era necessário o estabelecimento de limites, ainda que mínimos se comparados com os atualmente existentes. Assim, embora não se tivesse rompido com a noção de interesse geral, as restrições visavam apenas assegurar aos indivíduos o exercício dos respectivos direitos, não somente para conviver com os demais proprietários, mas também em função da ordem pública¹⁷. Ademais, progressivamente outros limites foram estabelecidos por necessidade do próprio mercado, em razão do desenvolvimento da produção e da lógica do lucro¹⁸. Em

¹¹ Como observa criticamente Lina Geri, embora baseada no trabalho, a propriedade não se endereçava a tutelar o proletariado. Cf. GERI, L. B. *Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà*, p. 512-513.

¹² Cf. SOLARI, G. *Introduzione*, p. 29; e MACPHERSON, C. B. *La vita e i tempi della democrazia liberale*, p. 11.

¹³ Cf. SCHNEIDER, H. *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico*, p. 201.

¹⁴ Cf. BARCELLONA, P.; CAMARDI, C. *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, p. 86-87.

¹⁵ Acerca desse processo de secularização do direito natural, ver SCHNEIDER, H., op. cit., p. 199-201.

¹⁶ Desse modo, busca-se a instituição de um sistema que garanta a igualdade formal dos indivíduos, ao contrário do sistema anterior baseado em privilégios e títulos de origem. Cf. BARCELLONA, P. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, p. 227-228.

¹⁷ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana - Encuadramiento y regimen*, p. 69-71.

¹⁸ Cf. BARCELLONA, P.; CAMARDI, C. *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, p. 87.

suma, as vinculações existentes ao longo do século 19 não tinham como referência uma preocupação social, mas o interesse individual dos proprietários¹⁹. Não foi diferente no plano constitucional, no qual a propriedade era garantida em toda a sua plenitude, com exceção da possibilidade do bem ser desapropriado por necessidade ou utilidade pública — sendo, nesse caso garantido o direito à indenização²⁰. Ainda assim, em um contexto de reduzida intervenção estatal, a desapropriação era pouco utilizada, pois o próprio instrumento reforçava o discurso acerca da inviolabilidade do direito de propriedade²¹.

Entretanto, embora sejam antigas as críticas de caráter moral à desigualdade da apropriação privada de bens ou recursos²², a insatisfação se acentuou em face da iniquidade²³ causada pelas novas modalidades de produção econômica, culminando, por exemplo, na criação da teoria marxista, que propunha a abolição da propriedade privada²⁴, e nas teorias defensoras da função social da propriedade²⁵. Enquanto o jurista francês León Duguit havia rechaçado o conceito de propriedade como direito subjetivo, ao afirmar que a ela “é em si” uma função²⁶, de maneira diversa as constituições ocidentais a partir do início do século 20 — típicas do Estado Social²⁷ — adotaram uma concepção intermediária na medida em que determinavam que a propriedade “tem” uma função social²⁸. Na mesma direção, por exemplo, a Constituição brasileira de

¹⁹ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana - Encuadramiento y regimen*, p. 72; e RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 144-145.

²⁰ Cf. o art. 179, XXII da CF de 1824; e o art. 72, § 17 da CF de 1891.

²¹ Acresce-se ainda a possibilidade de se beneficiar economicamente com a desapropriação. Cf. *Ibid.*, p. 135-137.

²² Cf. ZOLO, D. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoria de los «derechos fundamentales» a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli*, p. 88-89.

²³ Interessante observar a contradição existente na concepção de propriedade do Estado liberal, que foi estruturada de maneira a eliminar os privilégios existentes no período anterior (Monarquia Absoluta), estando, portanto, correlacionada com a ideia de igualdade. Cf. RODOTÀ, S., *op. cit.*, p. 137.

²⁴ Veja-se que a crítica fundamental de Marx era dirigida à atividade econômica privada baseada em bens de produção. Cf. ZOLO, D., *op. cit.*, p. 89.

²⁵ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P., *op. cit.*, p. 95-106.

²⁶ Cf. *Ibid.*, p. 99-102. De acordo com essa concepção, a situação jurídica subjetiva “propriedade” é atribuída não no interesse preponderante do titular, mas no interesse alheio (superior ou coletivo). Cf. PERLINGIERI, P. *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, p. 78.

²⁷ A partir da 1ª Guerra Mundial ocorre uma mudança significativa na propriedade, uma vez que o Estado passa a intervir de modo irreversível na distribuição dos bens, buscando a satisfação de certas necessidades sociais em consequência dos efeitos funestos do conflito. Cf. ESCRIBANO COLLADO, P., *op. cit.*, p. 67; e MARTÍN MATEO, R. *El estatuto de la propiedad inmobiliaria*, p. 109-110.

²⁸ Nesse sentido, são precursoras as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), sendo seguidas pelo Brasil a partir da Constituição de 1934 (art. 113, item 17). Acerca das características

1988 qualifica a propriedade como direito fundamental e determina que ela atenderá a sua função social²⁹.

Dentre as características atuais da propriedade, uma delas é o fato de ser protegida como direito fundamental em sua dupla natureza³⁰: como instituto jurídico (direito à propriedade) e como direito subjetivo (direito de propriedade), ainda que funcionalizado. Em relação ao primeiro aspecto, não há propriamente um direito fundamental atribuído diretamente a uma pessoa, mas a liberdade geral de acesso “à propriedade”, garantindo-se que o instituto não seja suprimido ou mesmo desfigurado em decorrência das intervenções limitativas realizadas pelo legislador³¹. Por sua vez, a garantia enquanto direito subjetivo diz respeito à substância do “direito de propriedade” de cada titular, o que significa dizer que as vinculações estatais incidentes sobre a propriedade devem, na medida do possível, resguardar o conteúdo econômico do bem e, não sendo isso possível, conceder a indenização de modo justo³².

Além desse regime jurídico geral, o texto constitucional brasileiro consagra a tese de multipropriedades elaborada pela doutrina italiana³³. Com efeito, a propriedade não é uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, organizadas em

gerais das Constituição do México (1917), ver COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 173-178. No que se refere à Constituição de Weimar, Hans Hattenhauer afirma ser o resultado de um compromisso com os ideais conservadores, liberais e socialistas. Cf. HATTENHAUER, H. *Conceptos fundamentales del derecho civil*, p. 123. Da mesma forma, a Constituição brasileira de 1934 foi resultado de um ecletismo político. Cf. MANGABEIRA, J. *Em torno da Constituição*, p. 13.

²⁹ Cf. o art. 5º, XXII e XXIII, CF.

³⁰ Embora com características próprias, as duas dimensões se interpenetram e se fortalecem reciprocamente. Para uma análise aprofundada do tema, ver HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 104-117.

³¹ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 397-398; CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 803; e COMPARATO, F. K. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, p. 77. Veja-se que a Constituição brasileira atual estende a proteção dos direitos fundamentais enquanto instituto também em relação ao Poder Constituinte Derivado. Cf. o art. 60, § 4º, IV, CF.

³² Cf. o art. 5º, XXIV, CF. Ressalta-se que nem todos os textos constitucionais brasileiros asseguram a justa indenização, como é o caso das Constituições de 1824, 1891 e 1937. Acerca do tema, ver CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 808.

³³ Embora tenha sido anteriormente identificada, Salvatore Pugliatti teve o mérito de sistematizar as diferentes situações proprietárias. Cf. PUGLIATTI, S. *La proprietà nel nuovo diritto*, p. 145-309. Ver também PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, p. 873-875. A teoria italiana foi recebida pela doutrina brasileira ainda sob a égide da Constituição de 1967. Cf. MEIRELLES, H. L. *Parecer sobre o Projeto de Lei que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano*, p. 17; GRAU, E. R. *Direito urbano*, p. 64; e SILVA, J. A. *Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana*, p. 78.

função das finalidades perseguidas³⁴ e em correlação com a titularidade (seja particular ou referente ao Poder Público brasileiro ou estrangeiro) e com os diversos tipos de bens ou propriedades (de consumo, de produção, urbana ou rural)³⁵.

Veja-se que o tratamento conferido aos diferentes tipos de propriedade está diretamente relacionado à função social estabelecida pelo texto constitucional³⁶, como se verifica por alguns exemplos: a impenhorabilidade da pequena propriedade rural³⁷; a exclusão para fins de reforma agrária da pequena e média propriedade³⁸; a usucapião de áreas privadas urbanas e rurais³⁹; e a desapropriação com pagamento de título em relação aos imóveis urbanos e rurais não adequadamente aproveitados⁴⁰. Nesse sentido, é possível afirmar que o âmbito de proteção da propriedade é variável de acordo com o regime jurídico atribuído pela Constituição Federal para cada situação proprietária.

Note-se que a diferenciação entre os tipos de propriedade é ainda suscetível de apreciação no caso de colisão com os demais valores constitucionalmente protegidos. Com efeito, parte da doutrina valora de maneira especial as situações proprietárias que propiciam a efetivação de outros valores fundamentais ligados à dignidade da pessoa⁴¹, como a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, já indicada acima, e a preservação da continuidade do funcionamento de uma empresa⁴². Isso não significa que as demais situações proprietárias não estejam protegidas pela atual Constituição — embora isso houvesse sido proposto

³⁴ Cf. RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 128; e GOMES, O. *Direitos reais*, p. 100.

³⁵ Cf. SILVA, J. A. *Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana*, p. 78.

³⁶ Anota-se que o significado e o alcance concreto da função social da propriedade será objeto de análise posterior (item 4.2.2.1)

³⁷ Cf. o art. 5º, XXVI, CF.

³⁸ Cf. o art. 185, CF.

³⁹ Cf. o art. 183 e 191, CF.

⁴⁰ Cf. o art. 182, § 4º, III, e 184, CF.

⁴¹ Embora a dignidade da pessoa igualmente tenha sido um dos argumentos para justificar a proteção da propriedade nas Cartas constitucionais do século 18, propõe-se atualmente que a propriedade seja também instrumento para a efetivação de interesses sociais, de maneira que a titularidade não seja considerada um fim em si mesmo. Cf. FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 285-286; MONREAL, E. N. *El derecho de propiedad privada*, p. 99 e 103; COMPARATO, F. K. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, p. 86; HÄBERLE, P. *Lo Stato Costituzionale*, p. 240; e PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, p. 716.

⁴² Cf. FACHIN, L. E., op. cit., p. 148 e 185.

durante a Assembléia Nacional Constituinte⁴³ —, mas que as circunstâncias relacionadas à garantia de valores existenciais devem ser especialmente reforçadas, podendo ser traduzido como uma espécie de relação de prevalência quanto à sua concretização.

Por outro lado, essa linha de argumentação pode alcançar outros resultados, como considerar que as situações proprietárias não relacionadas à dignidade da pessoa se encontram em uma posição de inferioridade quando colidem com outros valores constitucionais⁴⁴. Veja-se que, no caso da configuração constitucional da propriedade urbana e rural, vislumbra-se nitidamente a relação entre a funcionalização da propriedade e a realização de valores sociais e existenciais⁴⁵. Portanto, é necessário distinguir no caso concreto se ocorre descumprimento de um dever fundamental ligado à função social — e que pode ocasionar a perda da tutela⁴⁶ — ou a ocorrência de situações proprietárias não relacionadas à dignidade da pessoa.

Anota-se ainda que, não obstante as prestações sociais estatais estarem diretamente ligadas à garantia existencial dos cidadãos, não há necessidade de configurá-la como propriedade no sistema jurídico brasileiro — tal como

⁴³ Por encomenda do Partido dos Trabalhadores, Konder Comparato elaborou uma proposta de Constituição que limita a proteção da propriedade na qualidade de direito fundamental à “(...) manutenção de uma vida digna e sóbria, para o indivíduo e os familiares que dele dependem”. Cf. COMPARATO, F. K. *Muda Brasil – Uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, p. 36 e 85. Acerca do tema, note-se a posição equívoca de Luigi Ferrajoli ao estabelecer quatro diferenciações entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais e, ao mesmo tempo, admitir o caráter fundamental da propriedade. Cf. FERRAJOLI, L. *I - Diritti fondamentali*, p. 09-18; e FERRAJOLI, L. *II - Diritti fondamentali nella teoria del diritto*, p. 144.

⁴⁴ Esse parece ser o sentido da proposta de Comparato, ao defender que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental, como é o caso de um latifúndio improdutivo ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada em cidades com graves problemas de moradia popular. Cf. COMPARATO, F. K. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, p. 80-81.

⁴⁵ Cf. TEPEDINO, G. *Contornos constitucionais da propriedade privada*, p. 309. Enquanto a propriedade rural está vinculada à preservação do meio ambiente e do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 185, II e IV, CF), a propriedade urbana deve atender às exigências do plano diretor, o qual tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos cidadãos (art. 182, caput e § 2º, CF).

⁴⁶ Para algumas situações, a Constituição brasileira expressamente aponta as conseqüências, como a imposição de desapropriação para fins de reforma agrária ou urbana, além da diferenciação quanto à forma de indenização (art. 184, caput, e 182, § 4º, CF), restando a tarefa de ponderação para outros casos, a exemplo da proteção possessória em conflitos de terra. Acerca do tema, ver COMPARATO, F. K., op. cit., p. 82-85; TEPEDINO, G., op. cit., p. 310-311; e BECKER, L. A. *A repercussão da função social da propriedade no processo civil*, p. 61-64. Na doutrina italiana, ver PERLINGIERI, P. *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, p. 71.

defendido em outros países⁴⁷ —, na medida em que a Constituição Federal reconhece o status de direito fundamental aos direitos sociais, além de prever o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada⁴⁸.

4.1.2

O meio ambiente como direito fundamental

Depois de séculos de apropriação indiscriminada dos recursos naturais, a partir da segunda metade do século 20 o crescimento econômico desenfreado decorrente da adoção de novas tecnologias acelerou a degradação do meio ambiente a ponto de afetar substancialmente o equilíbrio psicossomático dos indivíduos⁴⁹.

Ainda que diversos países já dispusessem de legislações ambientais setoriais — como a proteção da água ou das florestas⁵⁰ —, intensificou-se no plano internacional o entendimento pela inclusão do meio ambiente como direito fundamental. Se inicialmente os documentos faziam referências indiretas, como o direito a um nível adequado de vida (Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948), ou o direito de gozar o melhor estado de saúde física e mental possível (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966), a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (1972) consagrou expressamente como direito fundamental o desfrute de condições adequadas para o homem em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar⁵¹.

⁴⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 806; e SARLET, I. W. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*, p. 135-136.

⁴⁸ Cf. *Ibid.*, p. 147. No mesmo sentido, ver COMPARATO, F. K. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, p.79, embora o autor não descarte recorrer ao conceito de propriedade para garantir as condições mínimas de uma vida digna.

⁴⁹ Cf. PÉREZ LUNO, A. *Las generaciones de derechos humanos*, p. 207. No mesmo sentido, ver as justificativas apresentadas pela Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente. Cf. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972).

⁵⁰ Especificamente no caso brasileiro, veja-se a legislação editada na década de 30 do século passado (Dec. 24.643/34 - Código de Águas, e Dec. 23.793/34 - Código Florestal). Cabe ressaltar que, anteriormente, já existiam normativas relacionadas à salubridade e à higiene. Cf. JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, p. 88; e CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o principio da igualdad*, p. 175.

⁵¹ Utilizou-se aqui a redação da Declaração traduzida por José Afonso da Silva. Cf. SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 59-63. Anota-se que alguns países da Europa oriental foram precursores no estabelecimento do direito fundamental ao meio ambiente. Para mais detalhes

Assim, ao lado dos direitos de liberdade e dos direitos de prestação, respectivamente classificados como direitos de primeira e segunda dimensão, surgem a partir da década de 60 do século passado os direitos de solidariedade⁵² (terceira dimensão), como o direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, e à paz. Sublinha-se que uma das principais características dessa tipologia de direitos consiste na correlação entre direitos e deveres. Desse modo, a solidariedade de uma coletividade é condição necessária para a realização do direito fundamental⁵³, o que faz do meio ambiente um direito que pertence ao gênero humano⁵⁴, embora permaneça resguardada a esfera de proteção individual⁵⁵.

Aliás, a adoção do direito ao meio ambiente como patrimônio da humanidade se justifica pelo caráter sistêmico e irreversível de fenômenos como o efeito estufa, a destruição da camada de ozônio, as mudanças climáticas e a destruição da biodiversidade. Nesse sentido, além de considerar que esses tipos de desequilíbrios não conhecem fronteiras espaciais — o que torna a solidariedade ambiental um instrumento de autodefesa —, a proteção do meio ambiente deve incluir a ponderação em relação aos interesses das futuras gerações, sobretudo quando se tratar de esgotamento de recursos, riscos duradouros e alterações irreversíveis dos ecossistemas⁵⁶.

acerca da evolução do reconhecimento internacional desse direito, ver KISS, A. *El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado*. Por outro lado, cabe registrar que, anteriormente, a Constituição do México (1917) já fazia referência ao meio ambiente, conforme transcrição do seu art. 27: “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua preservação”. Cf. COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 179.

⁵² Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 386; e BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, p. 569-570. Anota-se que o meio ambiente por vezes é incluído como direito de quarta dimensão. Cf. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 93. Cabe ainda observar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado perpassa todas as gerações ou dimensões. Nesse sentido, ver FIGUEIREDO, G. J.; LEUZINGER, M. D. *Desapropriações ambientais na Lei nº 9985/2000*, p. 467.

⁵³ Cf. KISS, A., op. cit., p. 121; e CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 386.

⁵⁴ Cf. BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, p. 569.

⁵⁵ Cf. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 56.

⁵⁶ Cf. POSTIGLIONE, A. *Ambiente e suoi effetti sul sistema giuridico*, p. 62-64; e CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, p. 02 e 08.

Mesmo que combatida a concepção antropocêntrica clássica baseada na apropriação indiscriminada dos recursos naturais, não há como negar a ainda premente necessidade de criar mecanismos de proteção ambiental que assegurem a existência das atuais e futuras gerações humanas. Essa perspectiva, que pode ser denominada de “antropocentrismo alargado” — por pressupor que o homem é parte integrante do meio ambiente, exigindo-se, a partir daí, uma postura ética —, é claramente adotada pela Constituição brasileira⁵⁷.

Em todo o caso, é necessário identificar de maneira mais precisa o conteúdo desse direito fundamental. Note-se que ao estabelecer que o equilíbrio ambiental é condição essencial para os cidadãos alcançarem uma vida saudável⁵⁸, o legislador constituinte se aproxima consideravelmente da conceituação proposta pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (1972), a qual associava a qualidade do meio ambiente à uma vida digna⁵⁹.

É certo que a qualidade de vida não depende exclusivamente do meio ambiente ecologicamente equilibrado⁶⁰, mas não existem dúvidas de que este é essencial para viver de maneira considerada apropriada, ou pelo menos determinar um certo nível de dignidade para os cidadãos⁶¹. Portanto, mesmo que as condições de vida estejam submetidas a valorações de ordem subjetiva⁶², defende-se que o meio ambiente equilibrado possa ser aferido de modo objetivo, sobretudo para garantir as condições básicas relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa⁶³, o

⁵⁷ Como se depreende da análise do seu art. 225, caput. Sobre essa concepção, ver LEITE, J. R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p. 75-81; e MEZZETTI, L. *La “Costituzione dell’ambiente”*, p. 99-100. Vale lembrar que o texto constitucional brasileiro igualmente protege os animais de forma autônoma ao proibir que sejam tratados com crueldade. Cf. o art. 225, § 1º, VII, CF.

⁵⁸ Cf. o art. 225, caput, CF. Registra-se que a associação entre meio ambiente e qualidade de vida foi anteriormente realizada pela legislação que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Cf. o art. 1º, caput da Lei 6938/81.

⁵⁹ Cf. LEITE, J. R. M., op. cit., p. 90.

⁶⁰ Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “a qualidade de vida é um resultado, uma consequência derivada da interação de múltiplos factores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas e que se traduz primordialmente numa situação de bem-estar físico, mental, social e cultural, no plano individual e em relações de solidariedade e fraternidade no plano colectivo”. Cf. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 845.

⁶¹ Cf. VELASCO CABALLERO, F. *El medio ambiente en la Constitución: derecho público subjetivo y / o principio rector?*, p. 87.

⁶² Cf. SPANTIGATI, F. *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell’ambiente*, p. 223.

⁶³ Cf. VELASCO CABALLERO, F., op. cit., p. 87; e LUTHER, J. *Profili costituzionali della tutela dell’ambiente in Germania*, p. 461.

que obviamente não retira a necessidade de buscar a efetivação do meio ambiente em seu nível máximo⁶⁴.

Sendo assim, ressalta-se a posição central que o equilíbrio ambiental ocupa no sistema de direitos fundamentais, na medida em que é pressuposto para o exercício de direitos como a vida e a saúde⁶⁵. Além disso, embora sujeito a recorrentes colisões, o meio ambiente equilibrado é ainda condição necessária para a efetivação de direitos de natureza patrimonial, como a propriedade e a iniciativa econômica⁶⁶. Veja-se que inclusive as normas de vizinhança, as quais se referem expressamente a relações entre particulares, atualmente acabam por abranger a coletividade como um todo, visto que impõem obrigações relacionadas à saúde e ao meio ambiente⁶⁷.

Outra característica do sistema constitucional brasileiro é o expreso reconhecimento de um direito subjetivo ao meio ambiente, permitindo-se que a sua proteção ocorra de maneira autônoma em relação aos demais valores constitucionais⁶⁸, diferentemente do que consagrava as cartas magnas mais antigas⁶⁹. Com efeito, embora possa eventualmente existir interesse individual direto, garante-se aos cidadãos a possibilidade de questionar quaisquer atos — praticados pelo Poder Público ou particulares — que possam afetar o equilíbrio ecológico e ambiental⁷⁰.

Diferente perspectiva apresenta o direito ao meio ambiente em seu aspecto positivo, na medida em que consiste em exigir do Poder Público a realização de prestações fáticas tendentes a melhorar a qualidade dos ecossistemas em que o

⁶⁴ Cf. MORBIDELLI, G. *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, p. 05.

⁶⁵ Cf. MEZZETTI, Luca. *La "Costituzione dell'ambiente"*, p. 93-94; e SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 50.

⁶⁶ Cada vez mais os desequilíbrios ambientais, como as enchentes, a desertificação e a ausência de água para o processo produtivo, provocam prejuízos ao patrimônio.

⁶⁷ Cf. o art. 1.277 do Código Civil; e FACHIN, L. E. *Direitos de vizinhança e o novo Código Civil brasileiro*, p. 53 e 57.

⁶⁸ Cf. os arts. 225, caput, e 5º, LXXIII, CF. No direito brasileiro, ver BENJAMIN, A. H. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*, p. 66. Em relação ao modelo constitucional português, ver CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 183-184.

⁶⁹ Nesse sentido, a Constituição italiana não possui norma expressa referente ao direito ao meio ambiente, gerando uma interpretação ampliativa baseada em outros dispositivos, como os direitos à saúde e à paisagem, ou mesmo por meio de princípios gerais como a inviolabilidade da pessoa e o desenvolvimento da personalidade. Não por outro motivo, Federico Spantigati afirma que o meio ambiente é protegido “pela” Constituição, e não “na” Constituição. Cf. SPANTIGATI, F. *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, p. 228. Ver também MORBIDELLI, G. *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, p. 05-07; POSTIGLIONE, A. *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, p. 43; e CECCHETTI, M. *Art. 9*, p. 235.

⁷⁰ Cf. o art. 5º, LXXIII, CF.

homem está inserido. Embora esses casos se enquadrem no dever de proteção ambiental imposto ao Poder Público, a efetivação da exigibilidade judicial encontra os mesmos obstáculos que são típicos dos direitos sociais, como a reserva do possível e a violação da separação de poderes (funções)⁷¹.

Ainda que essa problemática exija um maior aprofundamento — notadamente porque a ponderação com os demais valores constitucionais permite uma interpretação mais adequada que os tradicionais esquemas de direitos fundamentais⁷² —, cabe dizer que em determinadas circunstâncias a ausência de condições básicas de vida justifica plenamente a concretização judicial de prestações ambientais em detrimento de razões político-financeiras⁷³, mesmo que ausente a regulamentação por legislador infraconstitucional.

De qualquer modo, independentemente do seu grau de concretização, o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente impõe que os diferentes decisores (legisladores, tribunais e Administração Pública) tomem em consideração os interesses ambientais sempre que os conflitos entre valores constitucionais envolvam efeitos ambientais relevantes, tais como: a defesa e a segurança; a livre iniciativa; a propriedade; e a livre circulação de pessoas⁷⁴.

4.2

A busca pela concordância prática

4.2.1.

Considerações preliminares

⁷¹ Acerca desses limites, ver GAIO, D. *A tutela dos direitos sociais*.

⁷² Cf. MORBIDELLI, G. *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, p. 11. Dessa forma, além da sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou uma ordem objetiva de valores. Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 57.

⁷³ Cf. ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais, p. 512-513; e VELASCO CABALLERO, F. *El medio ambiente en la Constitución: derecho público subjetivo y / o principio rector?*, p. 87. Para outras considerações, ver FENSTERSEIFER, T. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*, p. 264-294; e STJ. RESP 575.998. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 07 out. 2004. Publicado em 16 nov. 2004.

⁷⁴ Cf. CORDINI, G. *Diritto ambientale comparato*, p. 102; CANOTILHO, J. J. G. *Relações jurídicas poligonais – ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, p. 58-60; e DESIDERI, C. *I paesaggi nell'esperienza giuridica francese*, p. 333.

A existência de antinomias é freqüente em qualquer ramo do direito; e não poderia ser diferente em sistemas constitucionais que possuem um amplo rol de direitos fundamentais, muitos dos quais positivados com base em ideologias e interesses bastante heterogêneos⁷⁵. Esse é o caso específico da Constituição brasileira de 1988, pois, ao mesmo tempo em que possui forte cunho programático e dirigente, prevê dispositivos que mitigam e limitam a efetividade desses direitos⁷⁶, como sucedeu na deliberada estratégia em condicionar a aplicação de instrumentos garantidores da função social da propriedade realizada pelos municípios à edição de lei federal regulamentadora⁷⁷.

Além disso, embora não seja possível desconsiderar as influências de textos constitucionais estrangeiros⁷⁸ e de seus mais renomados intérpretes⁷⁹, a Constituição de 1988 foi promulgada sem que estivesse estruturada no Brasil uma teoria dos direitos fundamentais, o que gerou um déficit de interpretação e concretização nessa área⁸⁰. Após um lento processo de afirmação e supremacia dos valores constitucionais em face do ordenamento infraconstitucional anterior — no qual o exemplo mais paradigmático dessa dificuldade consistiu na resistência em atribuir à codificação civil com matriz oitocentista o papel de centro das relações privadas⁸¹ —, atualmente é amplamente defendido que os conflitos entre direitos fundamentais sejam resolvidos pelo método da ponderação de bens no caso concreto.

⁷⁵ Cf. PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, p. 175-176.

⁷⁶ Um panorama geral acerca das características da Constituição brasileira de 1988 pode ser encontrado em SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 73-80.

⁷⁷ Cf. o art. 182, § 4º, CF.

⁷⁸ Citam-se, em especial, as Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), ambas promulgadas após longo período de regime autoritário, de maneira similar ao caso brasileiro.

⁷⁹ Por todos, ver a obra de Gomes Canotilho publicada em 1982. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Assinala-se que o interesse e a relevância da referida obra subsistem na doutrina brasileira mesmo após a publicação de sua segunda edição em 2001. Cf. COUTINHO, J. N. M. *Canotilho e a Constituição dirigente*.

⁸⁰ Como afirma Virgílio Afonso da Silva, o direito constitucional anterior a 1988 era muito mais estruturado em torno da organização estatal do que em relação aos direitos fundamentais. Cf. SILVA, V. A. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 66.

⁸¹ Para os civilistas tradicionais, “os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”. Essa concepção acaba por relegar a norma constitucional a um elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso de analogia e de regra consuetudinária. Cf. TEPEDINO, G. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*, p. 326. Veja-se que esse papel atribuído ao Código Civil foi dominante no século passado, até os anos 20 na Alemanha e até os anos 50 na Itália. Cf. GIANNINI, M. S. *Basi costituzionali della proprietà privata*, p. 188-189.

Entretanto, como o referido método se pauta pela lógica do “tudo ou nada”, pois permite a nula realização prática, no caso concreto, de um valor oposto⁸², ele somente deve ser aplicado se, diante das circunstâncias da situação, os valores constitucionais não puderem ser otimizados em todas as suas potencialidades⁸³. Isso significa dizer que o método da ponderação de bens deve ser precedido por uma tentativa de harmonização entre os valores constitucionais — denominada “busca pela concordância prática” —, evitando-se a anulação integral da efetividade do direito fundamental.

Embora os próprios defensores do método da ponderação em concreto admitam a importância do processo de otimização dos direitos fundamentais, este praticamente se resume à realização do princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁸⁴. Além disso, ao privilegiar excessivamente as circunstâncias fáticas, o método da ponderação atribui pouca importância às soluções que foram antecipadas pelo legislador constituinte para a resolução dos conflitos.

Com efeito, ainda que necessário o recurso ao método da ponderação para os casos difíceis, notadamente quando o sistema constitucional não estabeleceu pesos diferenciados entre os bens, interesses e princípios constitucionais⁸⁵, não há como ignorar a existência de uma ordem constitucional de valores⁸⁶, tornando-se indispensável que essas escolhas realizadas pelo legislador constituinte sejam devidamente observadas quando existirem conflitos entre os valores constitucionais⁸⁷.

Nesse sentido, assinala-se que o conteúdo de qualquer direito fundamental não pode ser determinado sem que se compreenda a sua relação com a totalidade do sistema jurídico-constitucional de valores. Tendo em vista que a integralidade dos valores constitucionais devem ser protegidos, portanto, dotados de efetividade,

⁸² Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 561.

⁸³ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1240; e HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 113.

⁸⁴ Cf. ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116-120; e LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p.586.

⁸⁵ Cf. PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, p. 191; e GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 292.

⁸⁶ Cf. LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 482-483.

⁸⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1240.

torna-se necessário que o âmbito de proteção de cada direito fundamental seja condicionado por uma reserva geral imanente⁸⁸.

Esse entendimento, construído a partir de decisões da Corte Federal Constitucional alemã, tem como pressuposto que os direitos fundamentais não se limitam à sua dimensão subjetiva, mas que igualmente se vinculam a uma ordem objetiva de valores que incide sobre todo o ordenamento constitucional⁸⁹. Desse modo, ao impedir que um direito seja efetivado à custa de outro, pretende-se que o conjunto dos valores constitucionais seja protegido⁹⁰. Isso significa dizer que todos os direitos fundamentais possuem uma função ético-jurídica e social, pois o seu conteúdo é definido em atenção a outros valores constitucionalmente reconhecidos, tornando-se resultado da inter-relação entre interesses públicos e individuais⁹¹.

Portanto, para que esse equilíbrio de interesses seja concretizado, deve-se reconhecer que há uma relação normativa-imanente entre os bens jurídico-constitucionais, além de considerar que todo valor constitucional é parte constitutiva de um conjunto, portanto, condicionado desde o princípio por outros valores igualmente relevantes⁹². Embora os limites imanentes não sejam constituídos apenas por cláusulas expressas⁹³, note-se que a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu de maneira direta um amplo catálogo de direitos fundamentais sociais, que condicionam e limitam de maneira intrínseca os direitos individuais.

Em suma, a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais decorre de uma dimensão objetiva, a qual fundamenta explicitamente a correlação entre direitos e deveres⁹⁴ a fim de que se garanta a satisfação, ao máximo possível, dos direitos individuais aos valores comunitários, como a saúde e o meio ambiente. Ademais, as limitações aos direitos fundamentais não servem apenas para exprimir uma relação de solidariedade, mas igualmente proporcionam a concretização dos

⁸⁸ Cf. ANDRADE, J. C. V. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 287; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 570.

⁸⁹ Cf. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 159.

⁹⁰ Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 41.

⁹¹ Cf. FERNANDEZ SEGADO, F. *Estudio preliminar*. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de um humanista europeo, p. LVII.

⁹² Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 62. Ver também LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 483.

⁹³ Cf. HÄBERLE, P., op. cit., p. 10-11.

⁹⁴ Cf. ANDRADE, J. C. V. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 168-170.

direitos individuais, na medida em que o seu exercício depende de um número cada vez maior de prestações estatais⁹⁵.

Considerando que o alcance do âmbito de proteção de cada direito fundamental deve ser compatibilizado com os interesses individual, geral e de terceiros⁹⁶, coloca-se em questão a árdua tarefa de identificar as diversas delimitações que incidem sobre o conteúdo do direito para, em seguida, definir as “realidades da vida”⁹⁷ que são objeto de proteção constitucional.

Com efeito, além dos limites imanentes justificarem uma interpretação restritiva do direito fundamental⁹⁸, é necessário verificar as ponderações abstratas específicas realizadas pelo legislador constituinte e que propiciam a redução do seu âmbito de proteção. Ressalta-se ainda que o sistema de reserva constitucional de bens compreende as relações de prevalência ou preferência entre valores constitucionais a serem observadas pelos poderes constituídos (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário).

Analisando especificamente o texto constitucional brasileiro, a despeito de inexistir uma categorização hierárquica formal, evidencia-se que o legislador constituinte optou por prever uma grande quantidade de reservas, ora por meio de limites definidos no próprio texto constitucional, ora remetendo ao legislador infraconstitucional a tarefa de conformar o seu conteúdo. Nesse último caso, cabe ao legislador, a partir das indicações previamente estabelecidas pelo texto constitucional⁹⁹, delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental ou, por vezes, remeter ao Poder Executivo a responsabilidade por essa ponderação¹⁰⁰. Entretanto, a tarefa de interpretação da legislação infraconstitucional se mostra particularmente complexa, na medida em que esta tanto pode definir o conteúdo de direito fundamental, como ocasionar uma afetação desvantajosa¹⁰¹.

⁹⁵ Nesse sentido, ver o conceito de liberdade fática em ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 503-511.

⁹⁶ Cf. MEDINA GUERRERO, M. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*, p. 13-15.

⁹⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1262. Note-se que a incorporação das circunstâncias da realidade que a norma é chamada a regular está sujeita a transformações históricas. Cf. HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 98-99.

⁹⁸ Cf. ANDRADE, J. C. V. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 170.

⁹⁹ Trata-se, portanto, de um poder vinculado, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade do ato. Cf. *Ibid.*, p. 224-225.

¹⁰⁰ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 584.

¹⁰¹ Cf. NOVAIS, J. R., *op. cit.*, p. 422-423; e CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 208. Acerca dessa problemática, ver o item 3.1 do presente trabalho.

Embora as reservas constitucionais de bens sejam reconhecidas pelas principais teorias dos direitos fundamentais (interna¹⁰², externa¹⁰³ e dos princípios¹⁰⁴), e por quem adota modelos de interpretação mistos¹⁰⁵, existem diferenças substanciais quanto ao peso conferido às mesmas. Nesse sentido, concorda-se com o posicionamento de Gomes Canotilho quando critica o peso excessivo atribuído às circunstâncias do caso concreto em face da ponderação realizada pelo legislador constituinte¹⁰⁶. Independentemente da denominação utilizada — regra de prevalência ou regime especial de proteção¹⁰⁷ —, não parece adequado, conforme defendido pelo jurista português Reis Novais, que a análise do conjunto de valores constitucionais se resuma a conseqüências jurídicas mecânicas e esquemáticas¹⁰⁸, pois qualquer ponderação material deve necessariamente avaliar as circunstâncias fáticas. Aliás, o fato das colisões abrangerem apenas dimensões parcelares e pontuais da esfera da vida¹⁰⁹ reforça a conclusão quanto à inconsistência em aplicar as relações de preferência de modo automático.

Ademais, ainda que uma verificação completa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais dependa das diversas situações em concreto, privilegiar de maneira sistemática a ponderação com base em circunstâncias fáticas pode ocasionar um processo de nivelamento entre os valores constitucionais, ou mesmo favorecer a tomada de decisões fortemente influenciadas pela ideologia do seu intérprete.

Se, como afirma Virgílio Afonso da Silva, não é possível buscar uma racionalidade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito¹¹⁰, defende-se que o esforço teórico em delimitar de forma abstrata o conteúdo constitucionalmente protegido tem o mérito de tornar mais

¹⁰² Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 38.

¹⁰³ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 559.

¹⁰⁴ Cf. ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 292.

¹⁰⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1271-1273; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 598-599. Anota-se que, não obstante Reis Novais aderir a teoria dos princípios, o autor lusitano aceita a teoria dos limites imanentes enquanto reserva geral de ponderação, notadamente porque necessita justificar as restrições aos direitos fundamentais não expressamente previstos pela Constituição. Diferentemente, entendendo que Reis Novais se aproxima do modelo da teoria externa, ver SILVA, V. A. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 143.

¹⁰⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1272-1273.

¹⁰⁷ Cf. NOVAIS, J. R., op. cit., p. 703.

¹⁰⁸ Ver Ibid., p. 706.

¹⁰⁹ Cf. Ibid., p. 389. Esclarece-se que as dimensões parcelares se referem a um conflito concreto, e não do direito fundamental como um todo. Cf. Ibid., p. 700.

¹¹⁰ Cf. SILVA, V. A., op. cit., p. 146-147.

previsível e fundamentada a compreensão sobre os direitos fundamentais¹¹¹, além de reconhecer a importância das ponderações realizadas pelo legislador constituinte. Ressalta-se que a relevância em proceder à referida delimitação não se resume à esfera judicial, mas direciona-se igualmente às numerosas ponderações efetuadas pela Administração Pública e pelo legislador infraconstitucional, podendo contribuir para a redução dos conflitos.

É necessário esclarecer que a delimitação abstrata do âmbito de proteção acima assinalado não significa conferir uma posição jurídica definitiva ou um âmbito de garantia efetivo, conforme estabelecido pela teoria interna¹¹², pois caberá ainda sopesar as circunstâncias fáticas¹¹³. Por outro lado, entende-se que reduzir a tarefa de harmonização ao princípio da proporcionalidade — como defendido pela teoria dos princípios — é, em determinadas situações, insuficiente para evitar o sacrifício de um dos bens em colisão.

Portanto, propõe-se que a busca pela concordância prática deva compreender algumas etapas: a delimitação do âmbito de proteção, as relações de prevalência entre os valores conflitantes¹¹⁴ e a verificação da garantia do conteúdo essencial e do princípio da proporcionalidade. Apenas se comprovada a impossibilidade de harmonização é que se admite a adoção do método da ponderação de bens no caso concreto, mesmo existindo relações de preferência *prima facie*¹¹⁵.

¹¹¹ Acerca desse problema, ver a crítica apresentada por Virgílio Afonso da Silva ao STF, afirmando que este não explicita o caminho que o leva da constatação à conclusão. Cf. SILVA, V. A. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 105.

¹¹² Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 201.

¹¹³ Conforme afirma Prieto Sanchís, “(...) o peso definitivo não pode conceber-se como uma simples tradução desse hipotético peso abstrato, pois para a fixação daquele é preciso atender igualmente às concretas valorações indicadas, é dizer, grau de satisfação e de sacrifício de cada um deles”. Cf. PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, p. 202. Ver também o conceito de circularidade em NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 689.

¹¹⁴ Cabe esclarecer que a busca pela harmonização dos bens constitucionais em conflito não necessita pressupor a ideia de que os direitos fundamentais são ordenados em absoluta condição de igualdade, sob pena de tornar iníquo o sistema constitucional de reservas. Portanto, entende-se que a objeção de Konrad Hesse acerca de uma ponderação abstrata de valores se restringe à impossibilidade de sacrificar bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Cf. HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 113.

¹¹⁵ Registra-se que, de maneira contrária ao que se defende neste trabalho, o método da ponderação de bens exclui a possibilidade de existir relações de preferência *prima facie*, admitindo-se apenas as relações de precedência concreta. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1240; e ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 97. Veja-se que Reis Novais, de modo contraditório, afirma que relações de preferência condicionadas decorrem da Constituição, embora em seguida tenha assinalado que, na verdade, dependem da análise das situações concretas. Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 692.

Observa-se que a metodologia acima apresentada não obedece rigorosamente a nenhuma das principais teorias dos direitos fundamentais. Isso porque, a despeito de admitir a existência de uma reserva geral imanente de ponderação, parte-se de um conceito amplo de suporte fático, de modo a não excluir à partida determinados atos do âmbito de proteção constitucional¹¹⁶. Por outro lado, ainda que privilegiado o princípio da concordância prática (harmonização), admite-se, em último caso, a adoção do método da ponderação de bens. Não se entende haver nessa mescla de teorias uma irracionalidade em si¹¹⁷, pois avalia-se ser mais relevante apontar um caminho que propicie a efetividade aos direitos fundamentais.

Ademais, considera-se que o percurso acima trilhado permite identificar aquilo que Juan Moreso¹¹⁸ denomina de “propriedades relevantes” e que serviria de referência para futuras colisões, formando uma espécie de sistema de relações abstratas de preferência. Ressalta-se que essa construção não depende exclusivamente da análise de sucessivos precedentes judiciais¹¹⁹, sendo igualmente relevante que a mesma seja elaborada a partir da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Nesse caso, é possível antecipar os eventuais conflitos entre os direitos fundamentais¹²⁰ não apenas a partir dos dispositivos constitucionais, mas igualmente considerando as ponderações realizadas pelo legislador infraconstitucional.

¹¹⁶ A garantia de maior efetividade aos direitos fundamentais a partir desse modelo é bastante clara se analisado o exemplo referido em SILVA, V. A. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 154-155.

¹¹⁷ Acerca dessa combinação de elementos de várias teorias, ver NOVAIS, J. R., op. cit., p. 561-562.

¹¹⁸ Cf. MORESO, J. J. *Conflitos entre princípios constitucionais*, p. 121; e PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, p. 207-208.

¹¹⁹ Como é apontado em BOROWSKI, M. *La restricción de los derechos fundamentales*, p. 47.

¹²⁰ No mesmo sentido, ver BARCELLOS, A. P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 146-155. Para uma postura crítica acerca dos critérios de essencialidade dos direitos fundamentais, ver GROSSI, P. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, p. 158.

4.2.2

A delimitação do âmbito de proteção da propriedade urbana

Deve-se preliminarmente ressaltar que a delimitação do âmbito de proteção da propriedade urbana é imprescindível para definir, o máximo possível, os limites a que se sujeitam as vinculações de caráter ambiental no que se refere ao dever de indenizar. Embora a incerteza acerca da ausência desses limites ocasione uma situação de insegurança aos proprietários¹²¹ quanto ao potencial aproveitamento econômico do bem, entende-se que a tarefa de identificar a esfera de proteção da propriedade urbana atende prioritariamente aos interesses ambientais, pois, ao distinguir com mais clareza as situações indenizatórias, o legislador e a Administração Pública podem ter uma atuação mais efetiva na criação de espaços ambientais e na concretização das demais funções sociais da cidade.

Ainda que a delimitação do âmbito de proteção do meio ambiente seja importante para ponderar acerca das compressões ambientais — como as atividades econômicas, obras e demais intervenções no meio físico¹²² —, avalia-se que essa opção metodológica não conduziria aos resultados pretendidos por este trabalho. Isso somente seria possível considerando um modelo de proteção ambiental consolidado, o que não ocorre nas cidades brasileiras, onde prevalecem a insuficiência e a desigual distribuição de áreas verdes, espaços livres e bens culturais protegidos.

Observa-se ainda que, pelo fato do objeto deste estudo se circunscrever à propriedade urbana, torna-se necessário que a delimitação do seu âmbito de proteção compreenda também as ponderações realizadas pela Constituição e pelo legislador infraconstitucional em relação aos conteúdos urbanísticos e ambientais. Apesar das referidas vinculações já terem sido explicitadas anteriormente¹²³, ainda que de modo não exaustivo, pretende-se a seguir analisá-las a partir da totalidade do sistema constitucional de valores, de modo a identificar os condicionamentos

¹²¹ Cf. MORBIDELLI, G. *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica*. Riflessi sul diritto di proprietà, p. 15.

¹²² Nesse caso, além do princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar a situação em concreto à luz dos princípios da precaução, da prevenção, da responsabilidade ambiental e da solidariedade entre gerações. Acerca do tema, ver CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, p. 08.

¹²³ Cf. o item 3.2.1.

recíprocos e eventuais relações de prevalência entre o direito ao meio ambiente e à propriedade urbana.

4.2.2.1

O princípio da função social da propriedade e os valores ambientais

4.2.2.1.1

Antecedentes à Constituição de 1988

A ideia central que permeia o princípio da função social da propriedade é a da necessária compatibilização entre os interesses privados e públicos, de modo que a propriedade não tenha apenas utilidade para o titular do domínio, mas atenda também aos variados interesses da coletividade, conforme as diferentes exigências sociais existentes em cada momento histórico.

Inicialmente, a doutrina brasileira considerava que as limitações de interesse público apenas afetavam o exercício do direito de propriedade em algumas manifestações concretas¹²⁴. De acordo com essa teoria, embora as os limites à propriedade tenham multiplicado com o advento do Estado Social, as restrições são sempre posteriores e externas ao reconhecimento do direito fundamental de propriedade¹²⁵ e se baseiam na atuação do poder de polícia¹²⁶. Entretanto, como o termo “função social” possui uma ampla variação de significados¹²⁷, não é incomum que esse princípio seja apropriado para justificar o enquadramento teórico daqueles que concebem as limitações como sendo exteriores ao direito de propriedade¹²⁸.

¹²⁴ Para mais detalhes acerca dessa concepção, ver ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana* - Encuadramiento y regimen, p. 78.

¹²⁵ Note-se que esse modelo, de matriz liberal, privilegia a função de defesa da propriedade e da liberdade contra as intervenções estatais restritivas. Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 292; e HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 119.

¹²⁶ Conforme Hely Meirelles, “o poder de polícia é a faculdade discricionária que se reconhece à Administração Pública, de restringir e condicionar o uso e gozo dos bens e direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem estar geral”. Cf. MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*, 1961, p. 98.

¹²⁷ Cf. RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 203.

¹²⁸ Cita-se como exemplo a afirmação de que a teoria do abuso do direito, consagrada no art. 334 do Código Civil português, é a tradução ordinária do princípio da função social, ainda que o

Portanto, subsiste o problema em identificar, como assinala Stefano Rodotà¹²⁹, o momento em que se verificou a ruptura no tradicional conceito de propriedade. No caso brasileiro, por exemplo, não são perceptíveis diferenças significativas entre as Constituições de 1934 e 1946 no que se refere à proteção ambiental¹³⁰. Embora o tratamento normativo dado ao princípio da função social da propriedade tenha apresentado algumas variações¹³¹, não foi suficiente relevante para fundamentar uma redefinição do direito de propriedade¹³². Nesse contexto, o instituto da desapropriação era utilizado no interesse dos próprios proprietários, de modo a garantir a percepção da indenização¹³³.

Entretanto, contrastando com as concepções então defendidas, em 1942 o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da lei de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional (DL 25/37) e indeferiu a pretensão indenizatória solicitada pelo proprietário do imóvel tombado denominado “Arco do Teles”. Particularmente importante é a argumentação desenvolvida pelo Ministro Castro Nunes ao aduzir que o interesse público em conservar os monumentos históricos e objetos de arte supera o interesse do dono e que a redução das faculdades do proprietário está ao alcance do legislador ordinário com base na Constituição¹³⁴.

dispositivo legal se reporte apenas ao exercício de direitos. Cf. ASCENSÃO, J. O. *Direito civil – Reais*, p. 199-201; e CORDEIRO, A. M. *Direitos reais*, p. 577-579.

¹²⁹ Cf. RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 192.

¹³⁰ Cf. o art. 5º, XIX, alínea “j”, e art. 148 da CF 1934; o art. 16, XIV, e o art. 134 da CF 1937; o art. 5º, XV, alínea “l”, e o art. 175 da CF 1946. Anota-se que as paisagens notáveis são protegidas desde a Constituição de 1937.

¹³¹ A Constituição de 1934 estabeleceu que o direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, item 17). A Constituição de 1937 previu que o conteúdo e os limites do direito de propriedade seriam definidos nas leis que regulassem o seu exercício (art. 122, item 14). Por sua vez, a Constituição de 1946 estabeleceu que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social, podendo a lei promover a sua justa distribuição, com igual oportunidade para todos (art. 147).

¹³² Veja-se que autores brasileiros admitiam restrições ao direito de propriedade, mas estas não incidiam no seu conteúdo. Cf. PEREIRA, C. M. *Direito de propriedade, sua evolução atual no Brasil*; CAVALCANTI, T. B. *Tratado de direito administrativo*, p. 44-54; e SILVA, C. M. *Patrimônio artístico e histórico nacional – Tombamento – Desapropriação – Concessão de lavra – Ato administrativo – Revogação*; e MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*, 1961, p. 10-11 e 97-109.

¹³³ Cf. RODOTÀ, S., op. cit., p. 136.

¹³⁴ Cf. STF. Apelação Cível 7.377. Pleno. Maioria. Rel. Min. Castro Nunes. Julgado em 17 jun. 1942. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 147, p. 785-811, jan. 1944; e *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. II, p. 100-123, jul. 1945. Destaca-se ainda o posicionamento defendido por João Mangabeira ao ressaltar que a Constituição de 1934 estabelece a prevalência do interesse coletivo em face do individual, embora tivesse desejado uma redação “menos velada”. Cf. MANGABEIRA, J. *Em torno da Constituição*, p. 223. Na mesma direção, porém com linha

Embora tenha se tornado relevante referência para a proteção do patrimônio cultural brasileiro — pautando não apenas a atuação do Poder Público, mas também dos órgãos judiciais¹³⁵ —, essa decisão não provocou na doutrina uma mudança de compreensão do direito de propriedade. Aliás, entendeu-se à época que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal somente foi “possível” porque o texto constitucional de 1937 expressamente possibilitava ao legislador definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, redação esta não mantida pela Constituição de 1946¹³⁶.

Apenas sob a vigência da Constituição de 1967¹³⁷, e nitidamente influenciada pela literatura jurídica italiana¹³⁸, a doutrina brasileira a partir dos anos 70 progressivamente adere ao entendimento de que o princípio da função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade¹³⁹. Assinala-se que essa inflexão teórica ganhou consistência a partir de inúmeros seminários realizados pelo CEPAM¹⁴⁰ no município de São Paulo a partir de 1975¹⁴¹, culminando em

argumentativa mais relacionada ao princípio da vinculação situacional do solo, ver PEREIRA, O. D. *Direito florestal brasileiro*, p. 211-212.

¹³⁵ Conforme será visto no capítulo 6 deste trabalho.

¹³⁶ Cf. SILVA, C. M. *Patrimônio artístico e histórico nacional – Tombamento – Desapropriação – Concessão de lavra – Ato administrativo – Revogação*, p. 253. Curiosamente, a Carta de 1937 é o único texto constitucional do século 20 que não menciona expressamente que a propriedade deve ser condicionada a interesses sociais.

¹³⁷ A Constituição de 1967 trouxe algumas particularidades em relação às anteriores, tais como: prescreveu que a ordem econômica tem por finalidade realizar a justiça social, com base, dentre outros, no princípio da função social da propriedade (art. 160, III); estabeleceu regras especiais para a propriedade de marcas de indústria e comércio (art. 153, § 24), para a propriedade literária, artística e científica (art. 153, § 25) e para propriedade rural (art. 153, § 34); e previu a proteção das jazidas arqueológicas (art. 180, parágrafo único).

¹³⁸ Dentre outras, destacam-se especialmente as seguintes obras: PUGLIATTI, S. *La proprietà nel nuovo diritto*; PERLINGIERI, P. *Introduzione alla prolemaica della «proprietà»*; SPANTIGATI, F. *Manual de derecho urbanístico*; e RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. Além dos autores italianos, cita-se a influência da obra do espanhol Escribano Collado sobre o trabalho de José Afonso da Silva. Cf. ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana - Encuadramiento y regimen*; e SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981.

¹³⁹ Dispostas aqui por ordem cronológica, especialmente as seguintes obras: GOMES, O. *Novas dimensões da propriedade privada*, p. 12; CRETELLA JÚNIOR, J. *Regime jurídico do tombamento*, p. 51; GRAU, E. R. *Função social da propriedade (Direito econômico)*, p. 21; SILVA, J. A. *Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana*, p. 78; CUSTÓDIO, H. B. *Limitações à propriedade revestida de vegetação*, p. 95-98; LIRA, R. C. P. *A propriedade urbanística*, p. 54-56; FACHIN, L. E. *Conceituação do direito de propriedade*, p. 57-59; MELLO, C. A. B. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, p. 39 e 45. Cabe registrar que Hely Meirelles, ao exarar um parecer em 1982, afirma que o princípio da função social não condiciona externamente a propriedade, mas como fator interno, porém, tal posição não provocou mudança em seus manuais. Cf. MEIRELLES, H. L. *Parecer sobre o Projeto de Lei que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano*, p. 19; e MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*, 1994, p. 92-93.

¹⁴⁰ Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal.

uma proposta de distribuição mais equitativa entre os proprietários dos benefícios e encargos urbanísticos por meio da adoção do coeficiente único de aproveitamento — de modo similar à legislação francesa à época aprovada¹⁴². Nesse contexto, foi acolhida por renomados juristas e urbanistas na Carta de Embu a tese apresentada por Eros Grau, na qual se estabelecia que “o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social”¹⁴³.

Ainda que naquele momento a correlação de forças políticas tenha sido desfavorável à aplicação das propostas contidas na Carta de Embu, o fato de um grande jornal brasileiro ter classificado o Anteprojeto de Lei apresentado pela Prefeitura de São Paulo como “intervenção na propriedade”¹⁴⁴ ilustra de maneira evidente o fortalecimento da concepção que vincula a atribuição da propriedade urbana à satisfação dos interesses do conjunto da cidade.

Ressalta-se ainda que a mudança de percepção acerca da propriedade urbana é em boa parte também devida às próprias circunstâncias da realidade. Isso porque, em virtude dos problemas ocasionados pelo crescimento das cidades, constatou-se que os instrumentos então disponíveis ao Poder Público, a exemplo do alinhamento e da desapropriação, eram insuficientes frente às novas necessidades sociais¹⁴⁵. Nesse sentido, outras soluções urbanísticas não onerosas começaram a ser aplicadas pelas municipalidades, destacando-se a licença de construção e o zoneamento¹⁴⁶.

¹⁴¹ Cf. MOREIRA, A. C. M. [et. all.]. *O solo criado*; e CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. *Efeitos econômicos da implantação do direito de criação de solo*. Tratando da mesma temática, ver ESPALLARGAS, H. [et. all.]. *Solo criado: análise das experiências estrangeiras*.

¹⁴² Para mais detalhes da legislação francesa, ver ESPALLARGAS, H. [et. all.]. *Solo criado: análise das experiências estrangeiras*; e GRANELLE, J. *A experiência francesa do teto legal de densidade*.

¹⁴³ A comprovação da autoria pode ser verificada pela identificação entre o texto produzido pelo CEPAM e a justificativa de Carta de Embu, ambos de 1976. Cf. CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. *Efeitos econômicos da implantação do direito de criação de solo*, p. 11; e GRAU, E. R. *Aspectos jurídicos da noção de solo criado*, p. 12.

¹⁴⁴ Cf. *Solo Criado: intervenção na propriedade*.

¹⁴⁵ No caso da desapropriação, o seu alto custo já era naquela época considerado um obstáculo para a satisfação das necessidades sociais.

¹⁴⁶ Cf. PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio*, p. 70-72.

Tendo em vista que por meio do zoneamento o Poder Público procede à escolha das áreas suscetíveis de edificação, como do *quantum* de utilização edificatória¹⁴⁷, esse instrumento urbanístico passou a propiciar uma modificação na esfera interna do direito de propriedade¹⁴⁸. Entretanto, ainda que nas últimas décadas o zoneamento tenha possibilitado a proliferação de parâmetros de uso e ocupação do solo, a sua aplicação em conformidade com os interesses proprietários¹⁴⁹ obscureceu por várias décadas a sua principal característica: a definição do aproveitamento urbanístico-econômico da propriedade urbana.

Portanto, ainda que o significado atribuído ao princípio da função social da propriedade seja objeto de disputa ideológica, vê-se que o seu alcance pode ser avaliado por meio do grau de intensidade das restrições ao conteúdo do direito de propriedade. Desse modo, além do tratamento constitucional conferido à função social da propriedade, mostra-se indispensável visualizar em que medida esse princípio foi materializado pelo legislador infraconstitucional.

4.2.2.1.2

O princípio da função social da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz algumas inovações relevantes no que se refere ao princípio da função social da propriedade em relação à Carta anterior. A primeira delas se refere ao estabelecimento dessa função não apenas como princípio da ordem econômica, mas como direito fundamental¹⁵⁰. Além desse regime geral, válido para todas as propriedades, a Constituição de 1988 também inovou ao prever que os diferentes tipos de propriedades estão expressamente vinculados ao princípio da função social¹⁵¹. Outra característica do texto constitucional vigente é o de estabelecer contornos mais específicos à efetivação

¹⁴⁷ Cf. *Ibid.*, p. 74-75.

¹⁴⁸ Cf. PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio*, p. 76-78.

¹⁴⁹ Acerca dessa confluência de interesses, ver o item 2.1 deste trabalho. Anota-se que a superação desse modelo pode ser visualizada com as propostas contidas na supracitada Carta de Embu (1976).

¹⁵⁰ Cf. os arts. 170, III; e 5º, XXIII, CF. Cf. TEPEDINO, G. *Contornos constitucionais da propriedade privada*, p. 307.

¹⁵¹ Cf. o art. 182, § 2º, e o art. 184, CF. Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 acolhe a tese de multipropriedades. Cf. o item 3.2.

do princípio da função social a determinados bens, como é o caso da propriedade urbana¹⁵².

Nesse sentido, a Constituição estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”¹⁵³. Realizando uma interpretação literal deste dispositivo, seria possível concluir que o cumprimento da função social da propriedade urbana está adstrito ao plano diretor municipal. Entretanto, ainda que adotada uma concepção totalizante de planejamento urbano que compreenda a melhoria dos padrões ambientais da cidade, a escolha do plano diretor como instrumento privilegiado para essa tarefa não pode substituir às demais prescrições constitucionais relacionadas à concretização de direitos fundamentais.

Com efeito, além de impor ao Poder Público o dever geral de proteção ao meio ambiente¹⁵⁴, a Constituição estabelece que todas as unidades da Federação devem definir os espaços territoriais e seus componentes a serem protegidos¹⁵⁵, bem como salvaguardar o patrimônio cultural¹⁵⁶. Portanto, ainda que as técnicas de planejamento e controle do espaço urbano confirmam ao plano diretor a primordial tarefa de estabelecer as contrapartidas necessárias ao cumprimento do princípio da função social da propriedade, a relevância do equilíbrio ambiental impede que o município detenha tal exclusividade. Ou seja, o referido princípio é materializado por uma pluralidade de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais editadas pelos três entes federativos.

Da mesma forma se pode afirmar que o plano diretor municipal não possui exclusividade no que se refere à consecução das funções sociais da cidade, ainda que seja considerado o principal mecanismo para a sua realização¹⁵⁷. Nesse caso, a Constituição Federal adota um posicionamento um pouco menos restritivo ao prever que o plano diretor é o instrumento “básico” da política de

¹⁵² Assinala-se que em algumas situações esse detalhamento normativo é realizado com a ausência da previsão expressa do princípio da função social da propriedade, como é o caso da usucapião urbana e rural. Cf. o art. 183 e o art. 191, CF.

¹⁵³ Cf. o art. 182, § 2º, CF.

¹⁵⁴ Cf. o art. 225, caput, e o art. 23, VI, CF.

¹⁵⁵ Cf. o art. 225, § 1º, III, CF.

¹⁵⁶ Cf. o art. 216, § 1º, CF.

¹⁵⁷ Em sentido contrário, entendendo que a Constituição Federal reserva ao plano diretor municipal a exclusividade para determinar “as exigências fundamentais de ordenação da cidade”, ver PINTO, V. C. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*, p. 225.

desenvolvimento urbano¹⁵⁸, por conseguinte não excluindo os demais atos infraconstitucionais, notadamente aqueles relacionados à proteção ambiental¹⁵⁹. Não conceber tal interpretação equivaleria a concluir que as áreas de preservação permanente do Código Florestal ou o tombamento do Parque do Flamengo¹⁶⁰ não seriam relevantes para realizar as funções sociais da cidade¹⁶¹. Ademais, em várias situações os tribunais superiores brasileiros já decidiram que valores como saúde, bem-estar dos cidadãos e proteção do patrimônio ecológico e paisagístico transcendem ao chamado “peculiar interesse” municipal¹⁶².

Por outro lado, é inegável que o equilíbrio ambiental e o usufruto equitativo das cidades dependem preponderantemente do conteúdo elaborado pelo plano diretor. Isso porque, tendo como objetivo realizar as funções sociais da cidade, compete ao plano atribuir de forma objetiva as destinações para cada parcela do território municipal, ainda que esteja sujeito a sobreposições de outras normativas relacionadas à proteção do meio ambiente.

Note-se que essas definições legislativas do território precedem e condicionam a função social a ser cumprida pelas propriedades urbanas¹⁶³. Esse ponto é particularmente importante, pois o planejamento das cidades realizado pelo Poder Público em geral não identifica as diversas funcionalidades e vocações urbanísticas e ambientais a partir da análise dominial de cada propriedade. Por conseguinte, com exceção das cidades que adotam um sistema de perequação urbanística — conforme se verá adiante —, demonstra-se ser inviável atribuir

¹⁵⁸ Cf. o art. 182, caput, e § 1º, CF.

¹⁵⁹ Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 65.

¹⁶⁰ Cf. a Lei 4.771/65. O Parque do Flamengo, situado no município do Rio de Janeiro, foi tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), em julho de 1965.

¹⁶¹ Nessa direção, defendendo uma relação intrínseca entre cidade e meio ambiente, ver SILVA, A. A.; MELÃO, C. M. *O direito à qualidade de vida na cidade*, p. 101-102.

¹⁶² Cf. Ementa. In: STF. Representação 1048-1. Pleno. Maioria. Rel. Min. Djaci Falcão. Julgado em 04 nov. 1981. Publicado em 30 abr. 1982; STF. RE 105.634-7. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Francisco Rezek. Julgado em 20 set. 1985. Publicado em 08 nov. 1985; e STJ. AR 756. 1ª Seção. Maioria. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em 27 fev. 2008. Publicado em 14 abr. 2008. Ver também o parecer da Procuradoria Geral da República, citado pelo relator do processo: “Parece-me certo que a transcendência é, nesse contexto, a pedra de toque. Ninguém jamais se escandalizou pelo fato de não possuírem os moradores de Ouro Preto a elementar prerrogativa de repintar suas janelas, ou de eliminar suas goteiras, sem o assentimento e o controle do Patrimônio Histórico. Nada existe, ali, de circunscrito ao “peculiar interesse” municipal, desde a antiga Vila Rica, superando o âmbito da província, viu-se proclamar, pela UNESCO, objeto do interesse universal”. Cf. STF. Representação 1048-1. Pleno. Maioria. Rel. Min. Djaci Falcão. Julgado em 04 nov. 1981. Publicado em 30 abr. 1982.

¹⁶³ Cf. ANTUNES, L. F. C. *Direito urbanístico – Um outro paradigma: a planificação modesto-situacional*, p. 160; e PREDIERI, A. *Paesaggio*, p. 515-516. Em sentido próximo, ver PINTO, V. C. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*, p. 216.

condições de aproveitamento econômico-urbanístico igualitárias entre as propriedades urbanas¹⁶⁴, pois existem restrições às possibilidades de utilização de um terreno que são imanentes a sua situação fática¹⁶⁵. Entretanto, ressalta-se que a justificativa para a desigualdade de tratamento não é absoluta, pois tem como limite o conteúdo essencial do direito fundamental em questão¹⁶⁶.

Além disso, considerando que a totalidade do espaço urbano possui funções sociais definidas, perde sentido a categorização de “bens de interesse público”¹⁶⁷ para as propriedades que contenham valores especiais a serem protegidos. Ainda que a Constituição Federal tenha determinado a identificação territorial dos bens a serem especialmente preservados¹⁶⁸, estes são insuficientes para assegurar uma adequada qualidade de vida nas cidades, tornando-se necessário que a funcionalização ambiental se estenda à totalidade das propriedades urbanas¹⁶⁹. De qualquer modo, é imprescindível destacar que a Constituição atribui às áreas protegidas uma função social qualificada¹⁷⁰, o que fundamenta uma maior compressão do conteúdo do direito de propriedade.

Com efeito, além de consagrar que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado¹⁷¹ — o que por si só bastaria para condicionar todas as ações que influenciassem a qualidade de vida —, o texto constitucional igualmente consignou que as intervenções urbanísticas devem cumprir as funções sociais da cidade, de modo a garantir o bem-estar dos seus cidadãos¹⁷².

¹⁶⁴ Alguns exemplos a seguir apresentados demonstram a necessidade de considerar as situações factuais de determinada porção do território: a) em uma área sujeita a inundações recorrentes, deve-se desestimular o adensamento, vedando-se o parcelamento do solo e atribuindo coeficientes de aproveitamento reduzidos; b) em uma área que contenha paisagem relevante, o coeficiente de aproveitamento e os gabaritos de altura devem ser baixos; c) em uma área com infraestrutura adequada e subutilizada, os coeficientes de aproveitamento devem ser mais altos que os demais.

¹⁶⁵ Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 323; e CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 299-300.

¹⁶⁶ Cf. ANTUNES, L. F. C. *Direito urbanístico – Um outro paradigma: a planificação modesto-situacional*, p. 160.

¹⁶⁷ Essa categorização foi realizada pela doutrina italiana, tendo sido posteriormente recepcionada por autores brasileiros. Cf. GRISOLIA, M. *La tutela delle cose d'arte*, p. 223-232. Dos autores brasileiros, destacam-se SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 100-101; MACHADO, P. A. L. *Tombamento – Instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural*, p. 24-25; e SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e proteção jurídica*, p. 16-17.

¹⁶⁸ Cf. o art. 225, § 1º, III, CF.

¹⁶⁹ Para mais detalhes acerca dessa fundamentação, ver o item 2.3.1.

¹⁷⁰ Que se justifica pelo fato do meio ambiente ocupar posição central no sistema de direitos fundamentais, na medida em que é pressuposto para o exercício de direitos como a vida e a saúde. Cf. MEZZETTI, L. *La “Costituzione dell’ambiente”*, p. 93-94; e SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 50.

¹⁷¹ Cf. o art. 225, caput, CF.

¹⁷² Cf. o art. 182, caput, CF.

Ademais, ao conceituar de maneira ampla o patrimônio cultural, a Constituição de 1988 possibilitou que a proteção não ficasse circunscrita às paisagens notáveis¹⁷³, passando-se a incluir também os diferentes elementos físico-territoriais (os edifícios, as praças, o traçado urbano), e até as tradições imateriais¹⁷⁴. Portanto, além da possibilidade de proteção como espaço ambiental, a identidade cultural entre as pessoas e o seu território também pode ser salvaguardada por meio de outros mecanismos, como a incorporação de critérios paisagísticos no zoneamento e no licenciamento urbanístico-ambiental.

Somando-se à proteção das “paisagens ordinárias”¹⁷⁵ acima assinaladas — ainda não devidamente implementada no Brasil —, verificam-se também obrigações de natureza ambiental cada vez mais exigidas à propriedade urbana, a exemplo da existência de área verde no imóvel, da verificação dos níveis de poluição e do controle de densidade e do tráfego urbano¹⁷⁶. Ademais, as exigências para os loteamentos¹⁷⁷ e os diversos parâmetros de ocupação do solo — como o coeficiente de aproveitamento, a taxa de ocupação, o dimensionamento dos lotes, os recuos ou afastamentos, o plano de alinhamento e o gabarito de altura das construções¹⁷⁸ —, embora classificados como urbanísticos, influem diretamente na qualidade de vida e do meio ambiente das cidades.

Portanto, além da multiplicidade de vinculações ambientais — por meio de espaços protegidos¹⁷⁹ ou não —, o princípio da função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade urbana igualmente para assegurar outras dimensões do direito à cidade¹⁸⁰. Nesse sentido, de forma a reduzir as

¹⁷³ Cf. o art. 216, CF. Veja-se que o texto constitucional anterior possuía uma concepção mais restrita. Cf. o art. 180, parágrafo único, CF/1967.

¹⁷⁴ Cf. CANCLINI, N. G. *O patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional*, p. 99; e PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 18-19.

¹⁷⁵ Essa expressão foi utilizada por DESIDERI, C. *I paesaggi nell'esperienza giuridica francese*, p. 333.

¹⁷⁶ Cf. o item 3.2.2.

¹⁷⁷ Cf. o item 3.2.2.

¹⁷⁸ A conceituação e as principais características desses parâmetros podem ser consultadas em SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 253-259.

¹⁷⁹ Destacam-se as unidades de conservação, as áreas de preservação permanente, a Mata Atlântica, o tombamento e o zoneamento ambiental. Para mais detalhes, ver o item 3.2.1.

¹⁸⁰ Definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade, democracia e justiça social. Cf. o art. I, item 2, da Carta Mundial do Direito à Cidade. In: V Fórum Social Mundial. Porto Alegre, jan. 2005. Ver também CAVALLAZZI, R. L. *O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade*, p. 56-57.

desigualdades e construir uma sociedade justa¹⁸¹, a Constituição Federal previu diretamente a usucapião especial de imóvel urbano¹⁸² e o parcelamento ou edificação compulsórios¹⁸³, remetendo à legislação infraconstitucional a adoção de outras medidas conformadoras da propriedade urbana¹⁸⁴.

Depreende-se que esse tratamento diferenciado conferido à propriedade urbana se justifica por ser um suporte físico indispensável à satisfação das necessidades básicas do homem, de maneira que os interesses gerais devem ser priorizados em relação aos outros bens econômicos¹⁸⁵. Portanto, em cidades marcadas pela segregação socioespacial¹⁸⁶, o princípio da função social da propriedade desempenha papel fundamental na concretização do direito à cidade dos não-proprietários¹⁸⁷.

Em suma, independentemente da intensidade do aproveitamento urbanístico ou da destinação espaços ambientais protegidos e áreas de uso público, o princípio da função social incide, sem exceção, sobre todas as propriedades urbanas¹⁸⁸, públicas ou privadas¹⁸⁹. Ressalta-se que esse entendimento foi acolhido pela

¹⁸¹ Esses, aliás, são objetivos da República Federativa do Brasil. Cf. o art. 3º, CF.

¹⁸² Cf. o art. 183, CF, e o art. 9º da Lei 10.257/01.

¹⁸³ Cf. o art. 182, § 4º, CF, e art. 5º ao 8º da Lei 10.257/01.

¹⁸⁴ Embora o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) se caracterize como uma importante conquista na efetivação do direito à cidade, constatam-se poucos avanços àqueles já determinados por imposição constitucional ou mesmo anteriormente implementados em diversos municípios brasileiros. Dentre os pontos positivos não assinalados acima, destacam-se: o direito de preempção; o estudo de impacto de vizinhança; a previsão do coeficiente único de aproveitamento; e os instrumentos de gestão democrática da cidade. Cabe ainda citar a Medida Provisória 2.220/01, a qual dispõe sobre a concessão de uso especial para imóveis públicos ocupados por população de baixa renda. Para outros detalhes, ver DE GRAZIA, G. *Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas*; e BRASIL. *Estatuto da cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*.

¹⁸⁵ Nesse sentido, ver a fundamentação exarada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, presente em CORREIA, F. A. *Manual de direito do urbanismo*, p. 816-818.

¹⁸⁶ Acerca do processo de exclusão social nas cidades latino-americanas, ver o item 2.1.

¹⁸⁷ Cf. LUCARELLI, F. *Situazioni soggettive protette e contenuto minimo della proprietà*, p. 126. Assinala-se que enquanto a Constituição brasileira privilegia o direito à cidade a todos os cidadãos (art. 182, caput), a Constituição italiana opta por objetivar o acesso de todos à propriedade (art. 42).

¹⁸⁸ Para uma elaborada crítica acerca da classificação de valores ambientais como “bens de interesse público”, ver a obra PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 136-138. Ver também GIANNINI, M. S. *I beni culturali*, p. 20; e PREDIERI, A. *Paesaggio*, p. 517.

¹⁸⁹ Ainda que as propriedades públicas e privadas possuam características e finalidades distintas, ambas em geral se sujeitam às mesmas obrigações sociais. Entretanto, como será visto adiante, a propriedade pública possui normas específicas quando atende a determinados interesses constitucionalmente relevantes, como é o caso da defesa nacional. De qualquer forma, a distinção entre ambas tem progressivamente perdido o seu significado. Cf. PERLINGIERI, P.; MARINARO, M. *Art. 42*, p. 294.

Constituição Federal vigente ao prever que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências do plano diretor¹⁹⁰.

De qualquer modo, não cabe ao proprietário decidir se pode e como pode construir no seu terreno, pois o fundamento de sua atribuição e de seu reconhecimento transcende a seu próprio titular. Assim, compete ao plano diretor municipal e às demais legislações proceder à qualificação urbanística dos imóveis urbanos e, por consequência, definir o conteúdo do direito de propriedade¹⁹¹.

Portanto, tal como em relação aos demais direitos fundamentais, o princípio da função social introduz na esfera interna do direito de propriedade um conjunto de interesses comunitários¹⁹² que, juntamente com o interesse do titular do direito, constituem inseparavelmente o fundamento da atribuição e da garantia do direito de propriedade¹⁹³.

Ressalta-se que essa caracterização do princípio da função social da propriedade urbana é imprescindível para a harmonização dos diferentes valores constitucionais protegidos. Interessante observar que essa conciliação de interesses determinada pelas Constituições do início do século 20 em relação à propriedade foi posteriormente estendida à totalidade dos direitos fundamentais, de modo que estes são garantidos em favor do indivíduo ao mesmo tempo em que cumprem uma função social¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cf. o art. 182, § 2º, CF. Cf. CAVALLAZZI, R. L. *O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro*: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade, p. 58. Ressalta-se, como já dito acima, que a função social da propriedade urbana não se esgota nas determinações do plano diretor.

¹⁹¹ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana - Encuadramiento y regimen*, p. 138 e 163; PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 139; CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 375. No direito brasileiro, por todos, ver SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 97-100. Para mais detalhes, ver o item 3.2.2.

¹⁹² Assinala-se que o sentido aqui atribuído a “interesses comunitários” ou a “interesses sociais” não se refere a determinadas categorias ou grupos sociais, mas à coletividade ou à totalidade dos cidadãos de um município, estado ou país. Acerca da importância desses significados, ver RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 199-200. Para uma referência no direito brasileiro acerca dessa convergência de direitos, ver CRETELLA JÚNIOR, J. *Regime jurídico do tombamento*, p. 51.

¹⁹³ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P., op. cit., p. 118; PUGLIATTI, S. *La proprietà nel nuovo diritto*, p. 281; e PERLINGIERI, P. *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, p. 71. Nessa direção, afirma o ministro Moreira Alves que “(...) o exercício dessa faculdade jurídica está subordinado a um controle prévio do Estado, em atenção ao interesse coletivo”. Cf. STF. RE 85.002. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 01 jun. 1976. Publicado em 11 mar. 1977.

¹⁹⁴ Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 23. No plano específico da propriedade urbana, merece destaque a interpretação presente na Carta de Atenas (1933), a seguir sintetizada: “O direito individual e o direito coletivo devem portanto

Nesse sentido, o grau da incidência do princípio da função social deve ser proporcional à necessidade de proteção dos interesses comunitários resguardados pela Constituição¹⁹⁵. Com efeito, apesar de todas as propriedades urbanas estarem submetidas a imperativos sociais, nos espaços ambientais é maior a intensidade das compressões ao seu conteúdo, como a redução ou até a eliminação de faculdades do proprietário¹⁹⁶. Nesse sentido, a definição do âmbito de proteção do direito de propriedade não compreende condutas como poluir, desmatar, degradar ou outras incompatíveis com a preservação do meio ambiente¹⁹⁷.

Entretanto, a percepção acerca da intensidade das referidas compressões pode variar de acordo com as circunstâncias. Assim, embora à partida pareça contraditório, a demarcação de alguns espaços ambientais protegidos, a exemplo da Mata Atlântica e das áreas indicadas pelo Código Florestal, ocasiona menos resistências do mercado imobiliário do que a adoção do coeficiente de aproveitamento único — nos moldes propostos pela Carta de Embu. Assim, embora os bens ambientais possuam um regime jurídico especial quanto à modificabilidade e à fruição¹⁹⁸, em áreas mais valorizadas pode ser mais vantajoso financeiramente para o proprietário a existência de uma limitação ambiental parcial em comparação com um parâmetro construtivo mais reduzido representado pelo coeficiente único. Ademais, enquanto não se vislumbra o dever de indenizar em decorrência da aplicação do coeficiente de aproveitamento urbanístico único, é notória a disputa nos meios jurídicos se as vinculações ambientais se justificam pelo princípio da função social da propriedade ou se possuem caráter expropriatório¹⁹⁹.

sustentar-se, reforçar-se mutuamente e reunir tudo aquilo que comportam de infinitamente construtivo”. Cf. LE CORBUSIEU. *A Carta de Atenas*, item 95.

¹⁹⁵ Como afirma Peter Häberle, “(...) quanto mais forte é a relação social de um direito fundamental, maior deve ser a intervenção da lei”. Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 194.

¹⁹⁶ Como é o caso da proibição de descaracterizar a construção de bem tombado. Cf. o art. 17 do DL 25/37. Acerca do direito de transformar e desnaturar, ver PEREIRA, L. R. *Direito das coisas*, p. 107.

¹⁹⁷ Cf. SANTOS, G. F. *Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais?*, p. 24-25. Sobre o dever de não degradar, ver CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 847; e BENJAMIN, A. H. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*, p. 69-70.

¹⁹⁸ Cf. SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 230.

¹⁹⁹ De acordo com a doutrina tradicional, a proteção ambiental deve ocorrer por meio da desapropriação, pois assim não se romperia com o conceito de direito subjetivo. Cf. PEREIRA, C.

Cabe ainda assinalar que, não obstante a concretização do princípio da função social da propriedade depender substancialmente das ponderações realizadas pelo legislador infraconstitucional para definir o conteúdo do direito de propriedade, tal conclusão não exclui a aplicabilidade imediata que é ínsita a todos os princípios constitucionais²⁰⁰, notadamente quando determinada circunstância da realidade não tenha sido regulada. Nesse sentido, cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à ação reivindicatória para retirar ocupantes de baixa renda, pois o imóvel não cumpriu o princípio da função social da propriedade²⁰¹.

Além disso, considerando que a função social se constitui como o título justificativo e a causa de atribuição da propriedade²⁰², torna-se imprescindível verificar não apenas a adequação do exercício do direito de propriedade ao referido princípio, mas também se o seu conteúdo é compatível com a sua função social — da propriedade e da cidade²⁰³. Nesse sentido, se a qualificação urbanística atribuída à determinada parte do território não corresponder às funções sociais da cidade — o que inclui a proteção do meio ambiente —, caracteriza-se a inconstitucionalidade da referida legislação. Apesar de tal juízo valorativo demandar a análise das circunstâncias concretas, é possível *a priori* apontar algumas situações inconstitucionais, como o a qualificação urbanística intensiva em áreas ambientalmente sensíveis; ou a incorporação de áreas ao perímetro urbano que provoca o injustificado e o desproporcional encarecimento dos serviços públicos²⁰⁴.

M. *Direito de propriedade, sua evolução atual no Brasil*, p. 09; e CAVALCANTI, T. B. *Tratado de direito administrativo*, p. 51.

²⁰⁰ Defendendo a aplicabilidade imediata do princípio da função social da propriedade, ver RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 254; SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional*, p. 281; CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 318-319; e PRATA, A. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 175.

²⁰¹ TJSP. Apelação Cível 212.726-1/8. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. José Osório. Unanimidade. Julgado em 16 dez. 1994. In: *Revista dos Tribunais/Fascículo Cível*. nº 723, jan. 1996, p. 204-208.

²⁰² Cf. PERLINGIERI, P. *Intervento*, p. 213.

²⁰³ Cf. IANELLI, A. *Intervento*, p. 98.

²⁰⁴ Além dos elevados custos de produção da cidade, a desnecessária ampliação da zona urbana favorece a prática de medidas especulativas, como a manutenção de imensas áreas vazias à espera de urbanização. Para mais detalhes sobre o funcionamento do processo especulativo, ver o item 2.1.

4.2.2.2

As relações de prevalência entre o direito de propriedade urbana e o meio ambiente

Impõe-se inicialmente assinalar que são múltiplas as necessidades de sopesamento entre o meio ambiente e os demais valores constitucionais²⁰⁵, como a defesa nacional, a segurança pública, o desenvolvimento do país, a geração de empregos e o direito de propriedade. Em determinadas situações, a proteção de valores ambientais pode conflitar com a realização de outras funções sociais da cidade, como o direito à moradia²⁰⁶ ou a melhoria no deslocamento das pessoas — os quais, por vezes, podem demandar a supressão parcial de áreas verdes. Ademais, a ideia de conflito não é exclusiva de valores historicamente considerados antagônicos, como a colisão entre o direito de manifestação cultural e a defesa dos animais²⁰⁷, ou quando em um mesmo imóvel existirem referências culturais temporalmente distintas e incompatíveis entre si²⁰⁸.

Ainda que se possa apontar em diversos momentos da história a inclusão de conteúdos ambientais como limite à livre utilização da propriedade e dos recursos físico-naturais, apenas a partir da década de 70 do século passado o meio ambiente se tornou efetivamente um valor a ser ponderado em face do desenvolvimento socioeconômico²⁰⁹. Iniciando com normativas relacionadas à diminuição dos níveis de poluição e à localização de distritos industriais²¹⁰, a

²⁰⁵ Cf. CORDINI, G. *Diritto ambientale comparato*, p. 102.

²⁰⁶ Assinala-se que a existência de um conflito não impossibilita a sua solução, como se depreende pela proposta desenvolvida neste trabalho acerca da harmonização entre os valores constitucionais. Esse parece ser o propósito da legislação que dispõe sobre a regularização de APPs. Cf. PRESTES, V. B. *A Resolução CONAMA nº 369/06 na perspectiva do direito intertemporal*. Diferentemente, entendendo que se trata de um falso conflito, ver FERNANDES, E. *Desenvolvimento sustentável e política ambiental no Brasil: confrontando a questão urbana*, p. 247-249; e FITTIPALDI, M. *Direito à cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente*.

²⁰⁷ Cita-se, como exemplo, a prática da “farra do boi” no litoral catarinense.

²⁰⁸ É o que ocorreu com um bem cultural imobiliário no município do Recife, que possuía concomitantemente na sua fachada elementos da sua construção original (entre 1915 e 1920) e paredes de combogó, introduzidas na década de 50 do século passado. Cf. *Restauração de prédio no Centro gera polêmica*, p. 03.

²⁰⁹ Da mesma forma, referindo-se à experiência italiana, Massimo Giannini afirma que as décadas de 50 e 60 do século passado se caracterizaram pela predominância de interesses industriais, turísticos e edifícios. Cf. GIANNINI, M. S. «*Ambiente*»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, p. 15.

²¹⁰ DL 1.413/75, regulamentado pelo Dec. 76.389/75, os quais tratavam de exigências para localização de indústrias. Veja-se que além de normas referentes ao zoneamento de áreas

legislação que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente passou, em seguida, a exigir que as obras e os empreendimentos que causam degradação ambiental dependam de prévio licenciamento pelo Poder Público²¹¹. Desse modo, além de condicionar a concessão da licença à adoção de medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos negativos²¹², estabeleceu-se a possibilidade da Administração Pública conferir prevalência ao meio ambiente por meio do indeferimento do empreendimento proposto²¹³.

Veja-se que a determinação infraconstitucional pela harmonização de valores em obras ou atividades causadoras de significativo impacto ambiental foi recepcionada pela Constituição de 1988 ao estabelecer que a defesa do meio ambiente é princípio geral da atividade econômica²¹⁴. Dessa feita, não pode subsistir dúvidas de que o direito ao desenvolvimento intrinsecamente compreende a proteção ambiental, de modo que o seu reconhecimento é diretamente vinculado ao cumprimento dos requisitos ambientais estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, tal como previsto nos estudos de impacto e nas análises de supressão de vegetação em área de preservação permanente²¹⁵.

Cabe assinalar que a ideia de desenvolvimento sustentável parte do pressuposto de que determinada obra ou atividade econômica foi autorizada de maneira compatível com as necessidades de proteção ambiental, o que pode ser traduzido como um processo de harmonização de valores. Por consequência, a rigor, não há como atribuir o caráter de sustentabilidade se demonstrada a impossibilidade de realizar a conciliação de tais valores, como ocorre nas

industriais, a partir de 1980 tornou-se obrigatória a realização de estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto para algumas atividades industriais. Cf. o art. 10, § 3º da Lei 6.803/80.

²¹¹ Cf. o art. 10 da Lei 6.938/81; e o art. 225, § 1º, IV, CF.

²¹² Cf. o art. 6º, III da Res. 01/86 – CONAMA; e o art. 36 da Lei 9.985/00. Assinala-se que este último artigo teve a sua redação alterada por decisão do STF, que declarou a inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”. Cf. STF. ADI 3.378-6. Pleno. Maioria. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em 09 abr. 2008. Publicado em 20 jun. 2008.

²¹³ Cf. MILARÉ, E.; BENJAMIN, A. H. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*, p. 67-69.

²¹⁴ Cf. o art. 170, VI, CF. A essa obrigatoriedade em considerar o meio ambiente na solução dos conflitos constitucionais, Gomes Canotilho denomina de reserva constitucional do bem ambiente. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, p. 05.

²¹⁵ Cf. o art. 4º da Lei 4.771/65, com redação dada pela MP 2.166-67/2001. Ainda que seja desejável que os critérios de decisão acerca dos conflitos ambientais sejam materializados pelo legislador infraconstitucional, a observância do valor ambiental na tarefa de ponderação é diretamente aplicável pela Constituição Federal. Nesse sentido, ver CANOTILHO, J. J. G. *Relações jurídicas poligonais – ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, p. 59.

situações de cedência integral em favor do meio ambiente ou do direito ao desenvolvimento²¹⁶.

Com efeito, o sentido atribuído à harmonização dos valores ambientais pela Constituição Federal impõe que se busque, de maneira incessante, formas menos lesivas de exploração dos recursos ambientais. Nesse sentido, merece referência o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ao considerar que existem instrumentos e tecnologias modernas que podem substituir a prática das queimadas sem inviabilizar a atividade econômica²¹⁷. Portanto, a consideração conferida ao meio ambiente e à saúde não implica necessariamente uma relação de predominância ou de precedência, mas de compatibilização com os demais valores constitucionais por meio de cedências recíprocas — evitando-se a anulação integral da efetividade do direito fundamental.

Essa é uma das questões centrais do processo de licenciamento ambiental, pois qualquer juízo deliberativo acerca da escolha ou não de um empreendimento que cause significativo impacto ambiental deve ser precedido por uma pormenorizada análise das “reais” alternativas de execução de uma obra ou atividade. Nesse sentido, a legislação determina que o estudo de impacto deve contemplar todas as possibilidades tecnológicas e de localização de projeto²¹⁸, cabendo ao empreendedor²¹⁹ demonstrar que inexistem opções menos gravosas ao meio ambiente²²⁰. Ressalta-se que o propósito da harmonização de valores é desvirtuado se a escolha do local do empreendimento ocorrer por critérios

²¹⁶ Ainda que não seja objetivo deste trabalho analisar as variáveis do estudo de impacto ambiental, defende-se que a extensão das medidas mitigadoras é decisiva para que um empreendimento se configure como ambientalmente sustentável. Nesse sentido, pretende-se fugir do discurso generalista acerca do desenvolvimento sustentável, sob pena de ocasionar a sua banalização. Cf. MORAND-DEVILLER, J. *A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres*, p. 346.

²¹⁷ Cf. STJ. AgRg nos EDcl no RESP 1.094.873. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 04 ago. 2009. Publicado em 17 ago. 2009.

²¹⁸ Cf. o art. 5º, I da Res. 01/86 – CONAMA. Cf. MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*, 2010, p. 244-246.

²¹⁹ Cf. o art. 11 da Res. 237/97 – CONAMA.

²²⁰ Na mesma direção, ainda que em fase de responsabilização por danos ambientais, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que cabe ao empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Cf. STJ. RESP 972.902. Unanimidade. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 25 ago. 2009. Publicado em 14 set. 2009. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, p. 08. Veja-se que a escolha menos gravosa ao meio ambiente caracteriza a redução da discricionariedade administrativa. Cf. BENJAMIN, A. H. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*, p. 75.

estritamente econômicos²²¹ — nesse caso, não merecendo prosperar a compressão do meio ambiente.

Não obstante se defenda que o rigoroso cumprimento do dispositivo acima mencionado — o qual, aliás, concretiza o princípio da prevenção²²² — permita uma considerável melhoria na proteção do meio ambiente, por vezes se afigura inevitável que determinada situação concreta exija a prevalência de um dos valores constitucionais.

Portanto, ainda que o meio ambiente seja fundamental para garantir as condições básicas de vida relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa, a existência de outros interesses constitucionais igualmente relevantes impede que se estabeleça uma relação de precedência abstrata absoluta ao meio ambiente; e tampouco a um valor oposto ao dele²²³. De acordo com esse entendimento, não há como aplicar de modo indistinto o princípio *in dubio pro ambiente*²²⁴, embora seja adequado a sua utilização nas ocasiões abrangidas pelo princípio da precaução²²⁵, ou seja, quando existirem dúvidas acerca dos riscos ao meio ambiente e à saúde.

Nesse sentido, ainda que não se possa atribuir primazia genérica ao meio ambiente, há de se observar que em algumas situações conflitantes o legislador

²²¹ A título de exemplo, cita-se a proposta de implantação de uma Central de Tratamento e Disposição de Resíduos Sólidos para atender a demanda da região metropolitana de Londrina (PR), sendo que todos os locais indicados situavam-se no município de Ibiporã (PR), o qual possui grande fragilidade ambiental. A inexistência de outras alternativas com menor impacto ambiental foi decisiva para o Judiciário do Estado do Paraná proibir a concessão da licença. Cf. TJPR. ACR 0347935-4. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Leonel Cunha. Maioria. Julgado em 18 dez. 2007. No mesmo sentido, cita-se a negativa por parte do órgão ambiental federal a um projeto bilionário de construção de um estaleiro, com fundamento na ausência de vocação do local para esse tipo de obra. Cf. *Governo é contra estaleiro de Eike em SC*.

²²² Acerca de uma diferenciação entre os princípios da prevenção e da precaução, ver LEITE, J. R. *Sociedade de risco e Estado*, p. 171-179.

²²³ Na mesma direção, a favor de uma relação de igualdade entre o meio ambiente e outros valores constitucionais, ver BENJAMIN, A. H. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*, p. 73. Em outro sentido, defendendo que o meio ambiente é um valor superior aos demais bens jurídicos constitucionais colidentes, ver SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 70; e LEITE, J. R. M.; BELCHIOR, G. P. N. *Estado de Direito Ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica*, p. 74-75. Em parte devido à jurisprudência do Tribunal Constitucional, a doutrina italiana tende para uma primazia do meio ambiente. Cf. MEZZETTI, L. *La "Costituzione dell'ambiente"*, p. 93-94; MORBIDELLI, G. *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, p. 39. De maneira diversa, outros autores enfatizam a conciliação e a ponderação com os outros valores constitucionais. Ver CARAVITA, B. *Direito dell'ambiente*, p. 29-30; D'IGNAZIO, G. *La protezione della natura nell'ordinamento italiano*, p. 37-38; e BIN, R. *Sulla funzione e indirizzo e coordinamento e sul «valore assoluto» dell'ambiente*, p. 522.

²²⁴ Para a defesa desse princípio, ver FARIAS, P. J. L. *Competência federativa e proteção ambiental*, p. 356; MILARÉ, E. *Direito do ambiente*, p. 160; e LEITE, J. R. M.; BELCHIOR, G. P. N., op. cit., p. 80.

²²⁵ Cf. LEITE, J. R., op. cit., p. 171-179.

constituente expressamente indicou relações de preferência em favor da causa ambiental, como quando estabelece que incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”²²⁶. Nessa seara, é oportuno citar a consolidada legislação federal acerca dos agrotóxicos²²⁷, bem como o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, que vedou a importação de pneus usados em decorrência da prevalência do meio ambiente e da saúde²²⁸.

Cabe assinalar que a relação de preferência ou reserva especial em favor do meio ambiente deve possuir relevância decisiva na solução dos conflitos abrangidos pela norma constitucional²²⁹, ainda que em circunstâncias excepcionais se admita a desconstituição da ponderação realizada pelo legislador constituente. Independentemente de eventuais discordâncias acerca do referido detalhamento constitucional, como afirma Reis Novais²³⁰, “(...) por mais que tais resultados lhes desagradem ou pareçam absurdos, não podem, em conseqüência, legislador ordinário, Administração e poder judicial ignorá-los ou substituí-los pelas suas próprias valorações”. Com efeito, ao menos até o momento, percebe-se que no caso do amianto²³¹ e dos produtos transgênicos (OGMs)²³² não há uma justificativa especial plausível para desconstituir a mencionada prevalência dos

²²⁶ Cf. o art. 225, § 1º, V, CF.

²²⁷ Para mais detalhes, ver MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*, 2010, p. 635-692.

²²⁸ Cf. STF. ADPF 101. Pleno. Maioria. Rel. Min. Carmem Lúcia. Julgado em 24 jun. 2009. Anota-se que este acórdão ainda não foi publicado. Para mais informações, ver o Informativo do STF 552.

²²⁹ Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 38-39.

²³⁰ NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 375.

²³¹ Para uma crítica do amianto, ver MACHADO, P. A. L. *Federalismo, amianto e meio ambiente*. Assinala-se que até recentemente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal invalidavam a restrição ao amianto com base em critérios formais de competência. STF. ADI 2396. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 08 maio 2003. Publicado em 01 ago. 2003; e ADI 2656. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 08 maio 2003. Publicado em 01 ago. 2003. Em sentido contrário ao que vinha decidindo, o STF, em juízo provisório, utilizou-se de critérios materiais, como o meio ambiente e o direito à saúde, para justificar a proibição do amianto. Ver, em especial os votos dos ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa. In: Med. Caut. em ADI 3.937-7. Pleno. Maioria. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04 jun. 2008. Publicado em 10 out. 2008.

²³² Em relação aos produtos geneticamente modificáveis, o Supremo Tribunal Federal até o momento se utilizou de critérios formais de competência, desconsiderando o dever de proteção da saúde e do meio ambiente. Cf. STF. ADI 3035. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 dez. 2003. Publicado em 12 mar. 2004.

direitos à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente determinado pela Constituição²³³.

Diferentemente, no caso de conflito envolvendo a aprovação de um empreendimento que possa causar impactos ambientais relevantes²³⁴, avalia-se que, após terem sido esgotadas as tentativas de harmonização supracitadas, somente a partir da análise das circunstâncias concretas é possível identificar o valor constitucional preponderante, tornando-se inócuo o estabelecimento de qualquer prevalência abstrata²³⁵. De qualquer maneira, impõe-se que o referido ato decisório contemple a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de que se verifique se o grau de importância da obra ou da atividade econômica justifica o grau de restrição causado ao meio ambiente²³⁶.

Outra análise a ser realizada diz respeito às relações de prevalência entre o meio ambiente e o direito de propriedade urbana. Inicialmente cabe assinalar a ocorrência de uma particularidade nesse conflito, pois, ao contrário da colisão realizada entre os demais valores constitucionais, a hipótese de cedência integral do direito de propriedade em virtude da proteção do meio ambiente ou de outras finalidades públicas confere ao seu titular o direito à compensação ou à indenização²³⁷.

Com efeito, o direito à indenização é uma garantia prevista em todos os textos constitucionais brasileiros, desde a época imperial há registros do instituto da desapropriação para viabilizar a proteção de espaços ambientais — como no

²³³ Cf. o art. 225, § 1º, V, CF.

²³⁴ Ainda que de modo não exaustivo, refere-se aqui às colisões com o meio ambiente, como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e as demais licenças e autorizações que envolvem espaços ambientais protegidos.

²³⁵ Em sentido diverso, Giampiero Di Plinio defende a supremacia da base econômica sobre o meio ambiente. Cf. DI PLINIO, G. *Sette miliardi di ragioni*, p. 31. Vale considerar que a ocorrência de conflitos entre o meio ambiente e o direito ao desenvolvimento tem sido antecipada. Isso porque, a criação de novos espaços protegidos vem sendo precedida de uma análise acerca de outros interesses públicos, como a pesquisa e a extração mineral, o aproveitamento hidrelétrico e a exploração de gás e petróleo. Cf. *PAC derruba áreas de conservação ambiental*.

²³⁶ Para considerações gerais sobre o princípio da proporcionalidade, ver ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 124. Ainda que não seja objeto de discussão do presente trabalho, cabe ainda aferir se a hipotética restrição salvaguarda a garantia do núcleo essencial do meio ambiente. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, p. 07-08.

²³⁷ Cf. o art. 5º, XXI e XXIV, CF. Como observa Jorge Miranda, “(...) qualquer pessoa tem o direito de não ser privada arbitrariamente de qualquer direito patrimonial que esteja na sua esfera (art. 17.º, n.º 2 da Declaração Universal)”. Cf. MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*, p. 468.

trecho da Floresta da Tijuca necessário para garantir o abastecimento d'água do município do Rio de Janeiro no início do século 19²³⁸.

Em realidade, como a principal característica do direito de propriedade é o seu substrato econômico — não obstante se admita a existência de relações afetivas entre o titular do domínio e o bem imobiliário²³⁹ —, historicamente o principal conflito decorrente da criação de um espaço ambiental consiste na imposição ou não do dever de indenizar, tornando-se sob a ótica proprietária menos importante a discussão acerca da primazia em si do meio ambiente²⁴⁰. Portanto, ainda que o debate sobre as relações de prevalência entre o meio ambiente e o direito de propriedade compreenda a criação ou não de um espaço protegido, em realidade a questão de fundo busca verificar se o ato restritivo possui natureza expropriatória ou se é decorrente do princípio da função da propriedade.

Do ponto de vista constitucional, mesmo que sejam constatados registros anteriores de áreas com funções ambientais²⁴¹, a partir da Carta de 1934²⁴² se estabeleceu progressivamente a obrigação do Poder Público de proteger os valores ambientais considerados relevantes em cada momento histórico. Iniciando-se com a criação de parques e de tombamentos e, em seguida, com a definição de áreas protegidas pelo Código Florestal e demais unidades de conservação²⁴³, consolidou-se tanto na doutrina²⁴⁴ como na jurisprudência²⁴⁵ brasileiras o

²³⁸ Cf. CEZAR, P. B.; OLIVEIRA, R. R. *A Floresta da Tijuca e a cidade do Rio de Janeiro*, p. 34.

²³⁹ Como ocorre, em geral, em relação às comunidades indígenas e quilombolas.

²⁴⁰ Assinala-se que, de acordo com a doutrina tradicional, a proteção ambiental deve ocorrer por meio da desapropriação, especificamente por meio da garantia constitucional da justa indenização. Cf. PEREIRA, C. M. *Direito de propriedade, sua evolução atual no Brasil*, p. 09; e CAVALCANTI, T. B. *Tratado de direito administrativo*, p. 51.

²⁴¹ A criação de jardins botânicos se inicia no final do século 18 e se intensifica ao longo do século 19. Em seguida, no começo do século 20 foram construídos alguns hortos florestais. Cf. SEGAWA, H. *Ao amor do público: jardins no Brasil*, p. 113-114; e SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 234.

²⁴² Cf. o art. 148 e o art. 5º, XIX, “j” da CF/1934; o art. 16, XIV e o art. 134 da CF 1937; o art. 5º, XV, alínea “l” e o art. 175 da CF 1946; o art. 8º, XVII, alínea “h”, o art. 172 e o art. 180, parágrafo único da CF/1967.

²⁴³ Para uma abordagem mais completa acerca dos espaços ambientais protegidos urbanos, ver o item 3.2.1.

²⁴⁴ Por todos, julga-se suficiente citar Caio Mário Pereira, o qual afirma: “Tôda vez que se esboça um conflito entre o individual e o social, entre o direito de um dono e a conveniência da coletividade, o legislador terá forçosamente de resolvê-lo neste último sentido, ainda que com sacrifício do direito subjetivo”. Cf. PEREIRA, C. M., op. cit., p. 09.

²⁴⁵ Cf. STF. Representação 1048-1. Pleno. Maioria. Rel. Min. Djaci Falcão. Julgado em 04 nov. 1981. Publicado em 30 abr. 1982; STF. RE 105.634-7. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Francisco Rezek. Julgado em 20 set. 1985. Publicado em 08 nov. 1985; STF. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Carlos Madeira. Julgado em 31 maio 1988. Publicado em 24 jun. 1988; STF. MS 25.284. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 17 jun. 2010.

entendimento pela prevalência do valor ambiental em face do direito de propriedade, deixando-se à parte a discussão acerca da indenização²⁴⁶. Nesse sentido, é interessante observar que não há precedentes de declaração de inconstitucionalidade material de leis que criaram espaços ambientais protegidos. Note-se que, diferentemente dos textos constitucionais anteriores, além do meio ambiente ser reconhecido como direito fundamental e essencial à sadia qualidade de vida²⁴⁷, a Constituição de 1988 é categórica ao determinar que todas as unidades da Federação devem definir os espaços territoriais e seus componentes a serem protegidos²⁴⁸, atribuindo ainda ao Poder Público a obrigação de proteger o patrimônio cultural²⁴⁹ e realizar as funções sociais da cidade²⁵⁰.

Em realidade, mais do que uma relação de prevalência abstrata relativa²⁵¹, o dever de proteção ambiental não permite que circunstâncias concretas desconstituam tal primazia em favor do direito de propriedade urbana. Como afirma Gustavo Santos, “(...) os valores protegidos pelo direito fundamental a um meio ambiente

Publicado em 13 ago. 2010. e STJ. RESP 194.617. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Franciulli Netto. Julgado em 16 abr. 2002. Publicado em 01 jul. 2002; e STJ. AR 756. 1ª Seção. Maioria. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em 27 fev. 2008. Publicado em 14 abr. 2008. Anota-se que a prevalência do meio ambiente igualmente é percebida quando se determina ao proprietário a obrigação de reflorestar as áreas degradadas pelos antigos proprietários. Cf. STJ. RESP 264.173. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 15 fev. 2001. Publicado em 02 abr. 2001.

²⁴⁶ Cf. PEREIRA, C. M. *Direito de propriedade, sua evolução atual no Brasil*, p. 09; e STF. RE 134.297. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 13 jun. 1995. Publicado em 22 set. 1995. Veja-se que, mesmo pendente o pagamento de indenização em decorrência da criação de unidade de conservação de proteção integral, a preservação do meio ambiente se sobrepõe à pretensão de exploração econômica do bem pelo proprietário. Cf. STF. Ag. Reg. Na Suspensão de Tutela Antecipada 112-7. Pleno. Maioria. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 27 fev. 2008. Publicado em 04 abr. 2008. Considera-se que a referida prevalência não é exclusiva do meio ambiente, mas se estende, em geral, aos demais interesses da coletividade. Nesse sentido, ver STF. RE 93.167. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Cunha Peixoto. Julgado em 07 abr. 1981. Publicado em 15 maio 1981.

²⁴⁷ Cf. o art. 225, caput, CF.

²⁴⁸ Cf. o art. 225, § 1º, III, CF.

²⁴⁹ Cf. o art. 216, § 1º, CF.

²⁵⁰ Cf. o art. 182, caput, CF. Ressalta-se que o direito ao meio ambiente equilibrado é mais amplo que a proteção dos espaços ambientais, abrangendo todas as políticas públicas urbanas tendentes a garantir as funções sociais da cidade. Para um conceito de política pública, ver BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 251 et. seq.

²⁵¹ Para uma defesa da prevalência do meio ambiente sobre o direito de propriedade, ver MEZZETTI, L. *La “Costituzione dell’ambiente”*, p. 101 e 115; GIANNINI, M. S. *I beni culturali*, p. 18; SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 70; e FENSTERSEIFER, T. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*, p. 220. No mesmo sentido, é importante considerar a jurisprudência da Corte Constitucional italiana. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 151. Pleno. Rel. Aldo Corasaniti. Julgado em 24 jun. 1986.

ecologicamente equilibrado têm (...) tal importância que fazem excluir condutas a ele contrárias do conceito constitucional de propriedade”²⁵².

Portanto, não há propriamente a configuração de um conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente²⁵³, mas apenas em relação à eventual descaracterização da essência econômica do bem patrimonial em virtude da proteção ambiental.

4.3

A garantia do conteúdo essencial

4.3.1

O significado prático das principais teorias acerca da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Como já afirmado anteriormente, o conteúdo de qualquer direito fundamental não pode ser determinado sem que se compreenda a sua relação com a totalidade do sistema jurídico-constitucional de valores. Nesse sentido, a efetividade da Constituição pressupõe que os direitos fundamentais sejam limitados e condicionados por outros valores igualmente relevantes²⁵⁴.

Entretanto, com o propósito de evitar que a concretização de um valor constitucional ocorra à custa de outro, a Constituição alemã, de modo precursor, estabeleceu cláusula de garantia que “em nenhum caso pode ser um direito

²⁵² Cf. SANTOS, G. F. *Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais?*, p. 25. Na mesma direção, ver VELASCO CABALLERO, F. *El medio ambiente en la Constitución: derecho público subjetivo y / o principio rector?*, p. 88; BENJAMIN, A. H. *Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente*, p. 66; MIRANDA, P. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 351. Assinala-se que a redução do conceito de propriedade foi anteriormente defendida por Peter Häberle, apesar do meio ambiente à época não ser considerado direito fundamental. Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 129-130.

²⁵³ Cf. SANTOS, G. F., op. cit., p. 24. Acerca dos conflitos aparentes, ver CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 136.

²⁵⁴ Cf. HÄBERLE, P., op. cit., p. 62. Ver também LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 483.

fundamental atingido em seu conteúdo essencial”²⁵⁵ — sendo que tal previsão foi posteriormente acolhida pelas Constituições de Portugal²⁵⁶ e Espanha²⁵⁷.

No direito brasileiro, ainda que não haja similar previsão constitucional expressa²⁵⁸, o fato do Poder Constituinte Derivado incluir como limite material a preservação dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas²⁵⁹ significa que tampouco os demais poderes constituídos podem esvaziar o seu núcleo essencial. Nessa direção, a doutrina²⁶⁰ e a jurisprudência²⁶¹ são favoráveis à vinculação do legislador e da Administração Pública a determinados limites que assegurem a preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais²⁶². Aliás, entender de modo diverso significaria desfigurar o princípio da supremacia da Constituição.

Por outro lado, a relevância atribuída à garantia do conteúdo essencial não impediu o surgimento de pontos controvertidos acerca do seu alcance e do seu modo de operacionalização. Embora o problema básico seja a possibilidade de relativizar ou não o núcleo essencial, a diversidade de justificações teóricas construídas pela doutrina e pela jurisprudência revela a importância que esse tema conquistou na teoria dos direitos fundamentais.

Entretanto, será necessário circunscrever a presente análise aos principais aspectos das teorias absoluta e relativa, bem como em relação a algumas de suas variações²⁶³. No que se refere à teoria absoluta, considera-se que cada norma de

²⁵⁵ Cf. o art. 19, item 2 da Constituição alemã (1949). Ressalta-se que o surgimento dessa teoria está diretamente ligado ao problema de atribuir a determinadas normas constitucionais um caráter meramente programático. Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 779.

²⁵⁶ Cf. o art. 18, item 3 da Constituição portuguesa (1976).

²⁵⁷ Cf. o art. 53, item 1 da Constituição espanhola (1978).

²⁵⁸ Assinala-se que não há, como afirma Peter Häberle, a obrigatoriedade de uma cláusula constitucional expressa. Isso porque o conteúdo essencial dos direitos fundamentais já é garantido a partir de uma visão global dos direitos fundamentais. Cf. HABERLE, P. *El legislador de los derechos fundamentales*, p. 123.

²⁵⁹ Cf. o art. 60, § 4º, IV, CF.

²⁶⁰ Cf. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 434; MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 24; BARCELLOS, A. P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 139-142; e STUMM, R. D. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 141-142.

²⁶¹ Cf. o item 6 deste trabalho.

²⁶² Defendendo a associação entre a cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF) e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 432; e BARCELLOS, A. P., *op. cit.*, p. 140.

²⁶³ Para uma leitura mais completa sobre o tema, recomenda-se a tese elaborada por GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*.

direito fundamental contém, de forma obrigatória, um núcleo que não pode ser afetado, independentemente do interesse a ser tutelado no caso concreto, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade da medida. Assinala-se que essa esfera de proteção pretende evitar que o direito fundamental seja desnaturado ou perca o seu sentido útil²⁶⁴.

Apesar do dever em se buscar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, a aplicabilidade da teoria absoluta apresenta questões práticas difíceis de serem superadas. A primeira delas diz respeito à ocorrência de situações caracterizadas pela inevitabilidade de cedência integral de um direito fundamental em prol de um valor constitucional contraposto²⁶⁵, como já referido anteriormente em relação ao meio ambiente²⁶⁶. Ademais, outra dificuldade consiste na necessidade de determinar o conteúdo essencial a ser protegido de cada direito fundamental²⁶⁷, tarefa esta a ser realizada nas diversas ponderações pelo legislador e pela Administração Pública. Embora tal problema possa ser suplantado pelo Judiciário, percebe-se que ainda não há por parte dos tribunais superiores brasileiros uma consolidada definição acerca de tais limites²⁶⁸.

Com configuração diversa, a teoria dos limites imanentes, defendida por Peter Häberle²⁶⁹, igualmente pode ser classificada como vertente da teoria absoluta²⁷⁰, pois propõe que haja uma relativização recíproca entre os diferentes conteúdos de direitos fundamentais. Nesse sentido, o reconhecimento do sistema

²⁶⁴ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 782; e GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 270. Em defesa da aplicação da teoria absoluta, ver MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*, p. 308-309; PINTO, I. M. *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, p. 1316-1317; ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 97; e BARCELLOS, A. P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 141-142.

²⁶⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 460; NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 783. Em sentido contrário, ver BALDASSARE, A. *Diritti inviolabili*, p. 33.

²⁶⁶ Cf. o item 4.2.2.2.

²⁶⁷ Cf. GAVARA DE CARA, J. C., op. cit., p. 270-271; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 788-789.

²⁶⁸ Evidencia-se, nesse caso, a necessidade de delimitar um sistema de relações abstratas de preferência de modo a antecipar a ocorrência de conflitos e, por consequência, violação do conteúdo essencial. Para detalhes específicos da construção jurisprudencial acerca da garantia essencial do direito de propriedade urbana, ver o item 6.1.

²⁶⁹ Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 41 e 63.

²⁷⁰ Diferentemente, Peter Häberle afirma que a teoria por ele defendida se diferencia da teoria absoluta, especificamente no que se refere à compreensão unitária dos direitos fundamentais. Cf. *Ibid.*, p. 59.

de equilíbrio entre os direitos fundamentais impede que um bem jurídico em particular seja protegido à custa de outro, restando garantida a cláusula do conteúdo essencial. Entretanto, além de possuir os problemas atribuídos à teoria absoluta, a generosa confiança depositada por Peter Häberle no legislador²⁷¹ para proceder ao equilíbrio entre os direitos fundamentais, embora desejável, permite obscurecer a própria violação do conteúdo essencial²⁷². Ademais, parte considerável das complexas colisões entre direitos fundamentais envolve decisões proferidas pela Administração Pública²⁷³ e pelo Judiciário.

Diferentemente, a teoria relativa admite a violação do conteúdo essencial, desde que estritamente necessária para a consecução do outro direito fundamental em colisão. Desse modo, tendo como pressuposto a aplicação do método da ponderação²⁷⁴ — o qual aceita a anulação integral da efetividade do direito fundamental —, sustentam os adeptos da teoria relativa que a cláusula do conteúdo essencial não cria qualquer limite adicional àquele já realizado pelo princípio da proporcionalidade²⁷⁵. Argumenta-se ainda que a garantia do conteúdo essencial somente é necessária quando não há adequado controle de constitucionalidade das leis, incluindo-se a aplicação do princípio da proporcionalidade²⁷⁶.

Embora o requisito da proporcionalidade constitua uma primeira aproximação do objetivo de evitar a ofensa ao núcleo essencial²⁷⁷, percebe-se que

²⁷¹ Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 221.

²⁷² Nesse sentido, ver GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 278; e NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 314.

²⁷³ Note-se que o dever de proteção aos direitos fundamentais tem justificado uma valorização do papel da Administração Pública. Nessa direção, ver FERNANDEZ, M. E. *Direito ao ambiente e propriedade privada*, p. 36; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 846.

²⁷⁴ Cf. BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 99; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 561.

²⁷⁵ Cf. ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 301; HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 65 e 68; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 794. Acerca da ligação entre o princípio da proporcionalidade e o método da ponderação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver LUTHER, J. *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, p. 312-316.

²⁷⁶ Cf. GAVARA DE CARA, J. C., op. cit., p. 326; e NOVAIS, J. R., op. cit., p. 787.

²⁷⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 395.

o Supremo Tribunal Federal não possui o mesmo rigor metodológico defendido pela teoria relativa no que se refere a colisões entre direitos fundamentais²⁷⁸.

Ademais, mesmo que em situações-limite se aceite a inevitabilidade da violação do conteúdo essencial, como afirma Gomes Canotilho, essa hipótese somente é admissível “se constituir um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva”²⁷⁹. Desse modo, ao contrário de que ocorre no processo de aplicação do método da ponderação, quando a análise se circunscreve ao princípio da proporcionalidade — como, aliás, defendem os adeptos da teoria relativa —, é indispensável que o intérprete efetivamente proceda à busca de harmonização dos valores²⁸⁰. Ressalta-se que essa metodologia não é aplicada se o julgador simplesmente utiliza a garantia do conteúdo essencial como reforço argumentativo para uma decisão já pré-concebida²⁸¹.

Outro ponto que exige particular atenção se refere ao alcance de uma eventual violação da garantia do conteúdo essencial. Assim, se na maioria dos casos a cedência integral em face de outro valor constitucional ocasiona uma parcial perda de efetividade — também chamada de “colisão parcelar de modalidade concreta”²⁸² —, o descumprimento no núcleo essencial pode também acarretar a descaracterização do próprio direito fundamental²⁸³.

Duas decisões do Supremo Tribunal Federal que abordam colisões ao meio ambiente ilustram de modo adequado as distintas conseqüências. Em um dos

²⁷⁸ Nesse sentido, Humberto Ávila enumera alguns casos em que o STF não procedeu ao exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Cf. ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 97-101. Ainda que o princípio da proporcionalidade não seja aplicado de modo sistemático nas colisões entre direitos fundamentais, indicam-se alguns acórdãos que cumprem tal requisito, em especial o voto-vista (vencedor) do Min. Joaquim Barbosa acerca da proibição do amianto. In: Med. Caut. em ADI 3.937-7. Pleno. Maioria. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04 jun. 2008. Publicado em 10 out. 2008.

²⁷⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 460-461. Da mesma forma, Ingo Sarlet defende que a violação ao núcleo essencial depende de uma especial justificação constitucional. Cf. SARLET, I. W. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*, p. 141. Note-se que os referidos autores se enquadram na chamada teoria mista, como, aliás, admite o citado autor lusitano.

²⁸⁰ Cf. o item 4.2.1.

²⁸¹ Cf. GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 356.

²⁸² Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 619.

²⁸³ Assinala-se que essa descaracterização afeta concomitantemente o direito fundamental em suas dimensões objetiva e subjetiva, o que reforça a necessidade de proteção de ambas. Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 459. Acerca dos enfoques objetivo e subjetivo relacionados ao direito de propriedade, ver GAMBARO, A. *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, p. 407-408.

julgados, o STF²⁸⁴ declarou a constitucionalidade de dispositivo do Código Florestal que permite, a título de exceção, suprimir a vegetação de área de preservação permanente em caso de utilidade pública ou interesse social²⁸⁵. Note-se que essa compressão, quando prevalece um valor constitucional contraposto, não ocasiona a descaracterização do conjunto dos referidos espaços. Em sentido oposto, a decisão do STF²⁸⁶ pela proibição da “farra do boi” no litoral catarinense provocou a descaracterização do próprio direito fundamental, de modo a afetar a garantia do núcleo essencial enquanto instituto.

Vale considerar que a solução dada para esse problema não diz respeito apenas à efetividade dos direitos fundamentais, mas igualmente a quem cabe decidir acerca da essencialidade de cada valor constitucional. Além disso, tendo em vista que a Constituição protege uma pluralidade de interesses muitas vezes antagônicos²⁸⁷, corre-se o risco de privilegiar determinados valores que sejam majoritários em um dado momento histórico²⁸⁸. Nesse sentido, o esforço em preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem como principal consequência o fortalecimento das normas constitucionais, bem como das valorações definidas pelo Poder Constituinte²⁸⁹. Ademais, serve como limite à discricionariedade judicial, em contraposição ao perigo do subjetivismo decorrente do método da ponderação de bens²⁹⁰.

Em conclusão, ainda que seja complexa a tarefa de determinar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, impõe-se que os diferentes intérpretes busquem de maneira exaustiva a máxima efetividade dos valores constitucionais,

²⁸⁴ Cf. STF. ADI 3.540. Pleno. Maioria. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado em 03 fev. 2006.

²⁸⁵ Cf. o art. 4º da Lei 4.771/65 (com redação dada pela MP 2.166-67/01).

²⁸⁶ Cf. STF. RE 153.531-8. 2ª Turma. Maioria. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 03 jun. 1997. Publicado em 13 mar. 1998. Assinala-se que nenhum dos votos proferidos fez menção expressa à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, embora o Min. Maurício Corrêa tenha buscado conciliar os valores constitucionais colidentes, ora argumentando que não existe antinomia, ora propondo solucionar o conflito por meio do princípio da proporcionalidade, coibindo os excessos praticados.

²⁸⁷ Cf. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 75.

²⁸⁸ Nessa direção, ver HABERLE, P. *El legislador de los derechos fundamentales*, p. 123.

²⁸⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1272-1273.

²⁹⁰ Cf. CHESSA, O. *Brevi note sul «contenuto essenziale» (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, p. 291; e PINTO, I. M. *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, p. 615.

o que inclui, dentre as medidas supracitadas, a verificação acerca da preservação do núcleo essencial do direito fundamental²⁹¹.

4.3.2

O conteúdo essencial do direito de propriedade urbana e a proteção do meio ambiente: a questão do direito de construir

Observa-se inicialmente que o direito de propriedade (urbana ou rural) possui uma configuração totalmente diversa dos demais direitos fundamentais, na medida em que dispõe de um sistema de garantia em caso de perda ou esvaziamento do seu conteúdo essencial. Desse modo, a Constituição Federal assegura a proteção do valor patrimonial da propriedade ao estabelecer o princípio da justa indenização²⁹² se ocorrer a cedência integral desse direito fundamental em favor de um determinado interesse público.

Por outro lado, tendo em vista que o direito de propriedade urbana tem o conteúdo intrinsecamente limitado pela necessidade de efetivação de outros valores constitucionais — como o direito à cidade e ao meio ambiente —, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência a utilização de uma máxima que consiste em verificar se determinada medida é decorrente do princípio da função social da propriedade ou é expropriatória. Ressalta-se que, conforme visto anteriormente²⁹³, independentemente da configuração indenizatória, o interesse primordial a ser protegido no caso concreto é o da coletividade, embora seja admitida a verificação acerca da justificação da medida restritiva.

Portanto, a delimitação do conteúdo essencial do direito de propriedade urbana é determinada não apenas pela utilidade econômica ou qualquer outro critério similar, mas também pelo conjunto das necessidades sociais de uma cidade que são percebidos e reconhecidos em um dado momento histórico. Embora a definição do referido limite deva compreender uma avaliação global de

²⁹¹ Veja-se o roteiro desenvolvido pela doutrina alemã acerca do exame de constitucionalidade da lei restritiva de direito. Cf. MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, p. 107-108. Como afirma Peter Häberle, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é necessária como “retaguarda do Estado Constitucional”. Cf. HABERLE, P., loc. cit.

²⁹² Cf. o art. 5º, XXII, e XIV, CF.

²⁹³ Cf. o item 4.2.2.2

todos os elementos envolvidos — e que será objeto de apreciação posterior —, considera-se que a discussão central acerca do núcleo essencial do direito de propriedade urbana abrange, invariavelmente, o direito de construir.

Nesse sentido, vale preliminarmente reafirmar que não cabe ao proprietário decidir se pode e como pode construir no seu terreno, pois o fundamento de sua atribuição e de seu reconhecimento transcende a seu próprio titular²⁹⁴. Com efeito, o conteúdo do direito de propriedade urbana é definido por uma pluralidade de atos normativos (federais, estaduais e municipais), ainda que o plano diretor municipal possua função de proeminência na qualificação urbanística dos bens imobiliários. Assinala-se que a referida qualificação compreende duas etapas: a caracterização de um imóvel como urbano²⁹⁵ e a criação dos parâmetros de ocupação do solo²⁹⁶ — estes diretamente relacionados com o direito de construir, como o dimensionamento dos lotes, os recuos ou afastamentos, o pleno de alinhamento e o gabarito das construções²⁹⁷.

Por conseguinte, o direito de construir não é um direito subjetivo imanente à propriedade, mas apenas uma das faculdades jurídicas²⁹⁸ que se subordinam às determinações do Estado tendo em vista a totalidade dos valores constitucionais a serem salvaguardados. Nesse sentido, ao contrário do que dispunha a legislação anterior, a atual codificação civil prescreve expressamente que o proprietário tem a “faculdade” de usar, gozar e dispor da coisa²⁹⁹.

Ressalta-se que a adoção da tese de que o direito de construir é uma concessão de natureza pública realizada pelo Estado não se confunde com a tarefa de verificar se esse direito integra o conteúdo essencial do direito de propriedade

²⁹⁴ Cf. CORREIA, F. A. O plano urbanístico e o princípio da igualdade, p. 375; ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana* - Encuadramiento y regimen, p. 163; e SILVA, J. A. *Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana*, p. 81.

²⁹⁵ Aliás, ressalta-se que a caracterização de um imóvel como urbano é exclusividade do plano urbanístico municipal — por meio do plano diretor ou, na ausência deste, por uma legislação específica que delimita o perímetro urbano. Acerca da relevância do plano diretor municipal, ver o art. 182, § 2º, CF.

²⁹⁶ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P., op. cit., p. 143.

²⁹⁷ Para mais detalhes acerca desses parâmetros, ver SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 253-259.

²⁹⁸ Nesse sentido, ver o voto do Min. Moreira Alves em julgamento no Supremo Tribunal Federal. Cf. STF. RE 85.002. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 03 dez. 1976. Publicado em 11 mar. 1977; e SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 102-103.

²⁹⁹ Cf. o art. 1228, caput da Lei 10.406/02; e o art. 524, caput da Lei 3.071/1916.

urbana³⁰⁰. Aliás, trata-se de planos temporais e espaciais distintos, pois nos imóveis classificados como não-urbanos tampouco existe qualificação urbanística³⁰¹.

Portanto, ao contrário do que defende parte da doutrina nacional³⁰², não há como considerar que a proteção constitucional do direito de propriedade garante de modo geral e irrestrito o direito de construir³⁰³. Como já afirmado anteriormente, o conteúdo do direito de propriedade é substancialmente definido pelo legislador infraconstitucional, cabendo a este ponderar se, do ponto de vista ambiental e urbanístico, é adequado incorporar determinadas porções do território à zona urbana.

De qualquer forma, não há como negar que o entendimento pela não inerência do direito de construir à propriedade ocasiona efeitos práticos relevantes em ambas as situações. No caso de imóveis não-urbanos, em um eventual processo de desapropriação resta excluída do cálculo indenizatório a potencialidade edificatória, embora seja admissível a existência de certas particularidades que podem influir na aferição do justo valor do bem³⁰⁴. Além

³⁰⁰ Nessa direção, ver CORREIA, J. M. S.; GOUVEIA, J. B. *Parecer sobre a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 351/93, de 07 de outubro, de 17 de dezembro de 1993*, p. 114.

³⁰¹ Veja-se que esse é o principal sentido prático de várias leis orgânicas municipais terem previsto a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Cf. SILVA, A. A.; SAULE JÚNIOR, N. *A cidade faz a sua Constituição*, p. 28.

³⁰² Cf. MELLO, C. A. B. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, p. 42; GUERRA, M. M. L. *Aspectos jurídicos do solo criado*, p. 68; e BASTOS, C. R. *Direito de construir*, p. 219. No mesmo sentido entende a doutrina portuguesa, ainda que em posição minoritária nesse país. Cf. ASCENSÃO, J. O. *O urbanismo e o direito de propriedade*, p. 324; e AMARAL, D. F. *Apreciação da dissertação de doutoramento do licenciado Fernando Alves Correia – «O plano urbanístico e o princípio da igualdade»*, p. 99.

³⁰³ Nessa direção, afirma Afonso da Silva: “(...) a faculdade de construir não é propriamente inerente ao direito de propriedade do terreno; só o será, mesmo no nosso sistema, em relação aos terrenos com destino urbanístico preordenado à edificação. (...) a atividade urbanística do poder público, especialmente os planos urbanísticos, predeterminam o direito de construir, têm efeito constitutivo do direito de construir, que, nesses termos, não é uma emanção do direito de propriedade, mas uma concessão do Poder Público”. Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 106. Um posicionamento ainda mais explícito acerca da ausência de proteção constitucional irrestrita do direito de construir pode ser encontrado na doutrina portuguesa. Cf. MIRANDA, J. *Ordenamento do território e Constituição (sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 351/93)*, p. 100; CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 376; BRITO, A. J. *A protecção do ambiente e os planos regionais de ordenamento do território*, p. 170; e CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 804. No mesmo sentido, tem-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional português. Cf. Acórdão. 341/87. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, 1987, I, p. 117; e Acórdão. 329/99. Pleno. Rel. Conselheiro Messias Bento. Maioria. Julgado em 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19990329.html>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

³⁰⁴ Uma dessas particularidades pode consistir na proximidade à zona urbana do bem desapropriado. Cf. CAPITÃO, G. *Comentário ao Decreto-Lei 438/91*, p. 383.

disso, tendo em vista que o Poder Público municipal deve realizar o controle do uso e ocupação do solo em relação à totalidade do seu território³⁰⁵, a concessão de licença construtiva em áreas não-urbanas deve se pautar por critérios próprios, vedando-se a adoção de parâmetros como taxa de ocupação e coeficiente de aproveitamento, tal como utilizado em áreas urbanas.

Por sua vez, no que se refere aos imóveis urbanos — portanto já dotados de qualificação urbanística —, acolher a tese de que o direito de construir é uma atribuição do plano urbanístico possibilita ao Poder Público um alargamento da sua discricionariedade administrativa para apreciar os pedidos de licenciamento. Desse modo, ainda que o titular do imóvel possua o direito de construir “em abstrato”, as crescentes preocupações com a adequação de infraestrutura, paisagem e qualidade de vida permitem que a concessão da licença construtiva seja condicionada ao cumprimento de obrigações de natureza urbanística e ambiental³⁰⁶.

Assim, ainda que a constituição do direito de construir ocorra no momento em que o plano urbanístico define os parâmetros de uso e ocupação do solo, a determinação “em concreto” desse direito depende do competente processo de licenciamento³⁰⁷ e do posterior início das obras — conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal³⁰⁸.

Com efeito, embora a doutrina brasileira atribua caráter vinculativo à licença urbanística³⁰⁹, o dever de proteção do meio ambiente e a realização das funções sociais da cidade podem servir de fundamento para o indeferimento de determinada obra ou construção³¹⁰. Assinala-se que em determinadas situações, a inclusão de condicionantes ambientais no processo de licenciamento urbanístico

³⁰⁵ Cf. o art. 40, § 2º da Lei 10.257/01. A existência de plano diretor municipal — inclusive nos municípios onde não há a sua obrigatoriedade (art. 41 da Lei 10.257/01) —, retira a competência dos órgãos federais para análise de loteamentos rurais. Cf. o art. 61 da Lei 4.504/64, os arts. 13, alínea “a”, 94 e 96 do Dec. 59.428/66; e o art. 53 da Lei 6766/79.

³⁰⁶ Para mais detalhes acerca desses condicionantes, ver o item 2.2.

³⁰⁷ Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 299. Acerca do deslocamento ou não do momento constitutivo do direito de construir para o licenciamento, ver ANTUNES, L. F. C. *Direito urbanístico – Um outro paradigma: a planificação modesto-situacional*, p. 162-163.

³⁰⁸ Cf. STF. RE 85.002. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 03 dez. 1976. Publicado em 11 mar. 1977.

³⁰⁹ Cf. FIGUEIREDO, L. V. *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 129; e SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 441. No mesmo sentido entende parte da doutrina portuguesa: CORREIA, J. M. S.; GOUVEIA, J. B. *Parecer sobre a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 351/93, de 07 de outubro, de 17 de dezembro de 1993*, p. 93.

³¹⁰ Ressalta-se que essa eventual negativa deve se circunscrever ao projeto construtivo em si, permitindo-se posteriores apreciações.

não retira o seu caráter vinculado, como é o caso da obrigatoriedade em preservar a vegetação permanente existente no imóvel.

Entretanto, em alguns casos os procedimentos de análise nem sempre são precisos e objetivos, a exemplo da proteção da ambiência (paisagem) de um bem tombado ou mesmo naquelas situações em que é necessário compatibilizar o parcelamento ou a construção com a infraestrutura urbana³¹¹, exigindo-se, assim, a realização do Estudo de Impacto de Vizinhança³¹². Nesse segundo grupo de hipóteses, aponta-se para uma licença quase totalmente vinculada, o que significa atribuir uma certa margem de discricionariedade à Administração Pública para analisar as circunstâncias do caso concreto³¹³.

Apesar da temática relacionada à concretização do direito de construir “em abstrato” justificar um estudo mais aprofundado acerca da efetividade do conjunto de valores constitucionais envolvidos — incluindo-se o direito de propriedade e o meio ambiente —, cabe nesse momento verificar em que medida o direito de construir integra o núcleo essencial dos bens imobiliários qualificados pela legislação como urbanos.

Como ponto de partida, independentemente de qualquer delimitação constitucional, não parece existir dúvidas de que a principal utilidade econômica dos imóveis urbanos está diretamente relacionada à possibilidade de construir, ainda que possam servir de suporte a outras atividades lucrativas³¹⁴.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que o conteúdo do direito de propriedade é intrinsecamente determinado pelo princípio da função social; por conseqüência, o direito de construir deve ser definido a partir da totalidade dos valores constitucionais, como o direito à cidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assinala-se que nas últimas décadas, em maior ou menor grau, diversos países têm buscado conciliar a preservação do conteúdo essencial do direito de propriedade urbana com a realização dos interesses comunitários. Em especial, faz-se referência à rica experiência do direito italiano, que tem exaustivamente

³¹¹ Cf. o art. 2º, VI, alíneas “c” e “d” da Lei 10.257/01.

³¹² Cf. os arts. 36 a 38 da Lei 10.257/01.

³¹³ Cf. CORREIA, F. A. *Manual de direito do urbanismo*, p. 846; e Id., *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 377.

³¹⁴ Cf. FAGUNDES, M. S. *Aspectos jurídicos do solo criado*, p. 05; e GRAU, E. R. *Aspectos jurídicos da noção de solo criado*, p. 20.

discutido o alcance de tal equilíbrio³¹⁵. Interessante observar que, do início dos anos 60 do século passado até os dias atuais, é amplamente discutida na Itália a questão do conteúdo essencial do direito de propriedade urbana, especialmente porque a sua legislação geral em diversas situações estabeleceu vínculos de inedificabilidade em áreas urbanas.

Portanto, em virtude da inegável influência junto à doutrina e à jurisprudência brasileiras, avalia-se que é oportuno explicitar os principais fundamentos e caminhos utilizados pelo direito italiano, tomando-se como base de análise os principais julgados do Tribunal Constitucional desse país acerca da matéria, para, em seguida, cotejá-los com a sua doutrina.

Desse modo, na Sentença 55³¹⁶ foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação que previam a imodificabilidade de propriedades urbanas por tempo indeterminado sem que houvesse previsão de indenização³¹⁷. Com efeito, como não havia garantia de que o plano de pormenor (plano urbanístico detalhado) confirmasse a transferência dessas áreas ao Poder Público, verificou-se que a medida ocasionou uma compressão de natureza expropriatória. Posteriormente, após o legislador ter estabelecido que os referidos vínculos de inedificabilidade caducam em cinco anos³¹⁸, a Corte Constitucional italiana³¹⁹ se posicionou pela possibilidade de reiteração dos mesmos, porém, impondo o dever de indenizar³²⁰.

Em outra decisão, o Tribunal Constitucional italiano³²¹ reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo legal que mensurava a indenização de terrenos urbanos para fins de desapropriação tendo como base o valor agrícola médio³²², na medida em que a desconsideração da edificabilidade produziu um tratamento desigualitário entre expropriados e não expropriados. Assinala-se que a

³¹⁵ Para uma postura cética a nessa noção de equilíbrio, ver MOTZO, G.; PIRAS, A. *Espropriazione e «pubblica utilità»*, p. 183.

³¹⁶ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 55. Pleno. Rel. Luigi Oggioni. Julgado em 09 maio 1968.

³¹⁷ Cf. o art. 7º, números 2, 3, e 4; e o art. 40 da Lei 1.150/42 (Lei urbanística).

³¹⁸ Cf. o art. 2º da Lei 1.187/68.

³¹⁹ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 179. Pleno. Rel. Riccardo Chieppa. Julgado em 12 maio 1999.

³²⁰ Acerca dos procedimentos relativos à indenização para essas hipóteses, ver o art. 39 do Dec. 327/01.

³²¹ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 05. Pleno. Rel. Arnaldo Maccarone. Julgado em 25 jan. 1980.

³²² Cf. o art. 14 da Lei 10/77.

legislação impugnada tinha como pressuposto o fato de que os proprietários urbanos não detinham a faculdade de construir, que apenas seria constituída a partir da concessão do Poder Público.

Ainda em relação ao montante a ser pago em desapropriação de imóveis urbanos, a Corte Constitucional italiana³²³ declarou a inconstitucionalidade dos critérios legais³²⁴ que determinavam a indenização em valores inferiores aos praticados pelo mercado. Observa-se, nesse caso específico, que a decisão foi proferida após o Estado italiano ter sido condenado³²⁵ pela Corte Européia dos Direitos do Homem³²⁶ por violação do direito de propriedade³²⁷, especificamente em relação aos critérios de cálculo acima referidos.

Em outro julgado relevante acerca do conteúdo essencial do direito de propriedade urbana, o Tribunal Constitucional italiano³²⁸ entendeu que o vínculo de inedificabilidade relacionado à proteção de valores paisagísticos³²⁹ não ocasiona o dever de indenizar, visto que esses bens possuem qualidades naturais intrínsecas que são preexistentes à classificação realizada pela legislação.

Apresentado esse panorama geral acerca dos julgados da Corte Constitucional italiana, impõe-se analisar a construção dos seus principais fundamentos, relacionando-os com a doutrina desse país. Cabe inicialmente sublinhar que os primeiros julgamentos supramencionados (Sentenças 55 e 56, ambas de 1968) são fortemente influenciados pelas concepções defendidas por Aldo Sandulli em

³²³ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 348. Pleno. Rel. Gaetano Silvestre. Julgado em 22 out. 2007.

³²⁴ A declaração de inconstitucionalidade abrangeu o art. 5-bis, §§ 1º e 2º da Lei 359/92, e do art. 37, §§ 1º e 2º do Dec. 327/01. A redação atual do art. 37, §§ 1º e 2º do Dec. 327/01 é dada pelo art. 2º, § 89 da Lei 244/07.

³²⁵ Cf. Corte Européia dos Direitos do Homem. Causa Scordino x Itália (nº 01). Grande Câmara. Julgado em 29 mar. 2006.

³²⁶ De acordo com o art. 117, § 1º, da Constituição italiana (com redação dada pela Lei Constitucional 03/01), o Estado italiano deve cumprir os vínculos estabelecidos pela legislação comunitária e pelas obrigações internacionais.

³²⁷ Anota-se que, em virtude de divergências acerca do âmbito de proteção, apenas em 1952 foi aprovado um Protocolo Adicional determinando a inclusão do direito de propriedade na Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Para mais detalhes acerca dessa questão, ver BUONOMO, F. *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, p. 53-60.

³²⁸ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 56. Pleno. Rel. Michele Fragali. Julgado em 09 maio 1968.

³²⁹ Cf. o art. 16, § 1º da Lei 1497/39.

1961³³⁰, as quais são estruturadas a partir de algumas teorias demarcatórias do dever de indenizar elaboradas pela doutrina e jurisprudência alemã.

O ponto de partida para Aldo Sandulli é a teoria do ato individual, que consiste essencialmente em distinguir as medidas gerais como simples limitações do direito de propriedade das que são endereçadas às propriedades individualizadas. Portanto, tendo por base o princípio da igualdade, o referido jurista — e presidente da Corte Constitucional italiana em 1968 — propôs excluir a configuração indenizatória quando as medidas são adotadas por via geral e abstrata, de modo a atingir uma inteira categoria de bens³³¹. Entretanto, ao admitir que nem sempre uma restrição individual possui natureza expropriatória, Aldo Sandulli avalia ser necessário mesclar a teoria do ato individual com outros critérios materiais³³².

Ressalta-se que a utilização complementar de parâmetros materiais se comprova, pois o vínculo de inedificabilidade declarado inconstitucional (Sentença 55) não foi estabelecido por atos individuais, mas pelo próprio plano urbanístico. Ou seja, ainda que o referido vínculo tenha sido realizado por meio de ato geral, verificou-se a inobservância quanto ao quesito “inteira categoria de bens”. Nesse sentido, percebe-se que a fundamentação adotada se baseia em um conceito alargado de desapropriação — construído pela doutrina e jurisprudência alemãs — que permite abarcar as situações em que, embora não haja uma transferência coativa de bens ao Estado, é possível constatar um aniquilamento da posição garantida como propriedade pela Constituição italiana³³³.

Aliás, ainda que os esforços teóricos tendentes a determinar o dever de indenizar tenham se iniciado anteriormente³³⁴, a garantia do conteúdo essencial do direito de

³³⁰ Nesse sentido, ver PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 114 et. seq.; e MORBIDELLI, G. *Le proprietà. Il governo del territorio*, p. 76.

³³¹ Anota-se que esse posicionamento foi defendido em Congresso realizado em Sanremo sobre a proteção da paisagem (1961). Cf. SANDULLI, A. M. *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, p. 96-97.

³³² Cf. *Ibid.*, p. 98-99. Assinala-se que a complementação de critérios materiais com a teoria do ato individual também já foi defendida por Gomes Canotilho. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 283.

³³³ Cf. SANDULLI, A. M., *op. cit.*, p. 99. Note-se que essa construção doutrinária, que é originária da doutrina e jurisprudência alemãs, já tinha sido anteriormente defendida na Itália. Cf. MOTZO, G.; PIRAS, A. *Espropriazione e «pubblica utilità»*, p. 168. Acerca dessa concepção, há referências de julgados anteriores à Constituição italiana de 1948. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 06. Pleno. Rel. Antonino Papaldo. Julgado em 19 jan. 1966. Ver também CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 491-492.

³³⁴ Cf. o item 2.3.

propriedade passa a ser determinante a partir do momento em que foi superada a concepção do limite externo ao direito de propriedade³³⁵. Ademais, não obstante inexistir previsão na Constituição italiana acerca da cláusula do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sobretudo em decorrência da influência do direito alemão, a doutrina³³⁶ e a jurisprudência³³⁷ italianas progressivamente passaram a utilizá-la como limite ao esvaziamento econômico do direito de propriedade urbano.

Entretanto, esse posicionamento da Corte Constitucional italiana em defesa da garantia do conteúdo essencial não evitou que representativos setores da doutrina questionassem a prevalência atribuída ao direito de propriedade urbano³³⁸. Assinala-se que as críticas se direcionaram especificamente ao julgado que retirou a possibilidade do Poder Público municipal atribuir o direito de construir a partir das necessidades de ordenação urbanística³³⁹. De acordo com essa perspectiva, a garantia do conteúdo essencial do direito de propriedade urbano deve ser determinada levando-se em consideração também os interesses dos não-proprietários, de modo a contemplar, em especial, o acesso à habitação³⁴⁰.

Não restam dúvidas de que o propósito da legislação supracitada³⁴¹ em “zerar” a renda fundiária urbana³⁴² tinha como pressuposto o princípio da igualdade substancial³⁴³. Entretanto, a concessão de valor indenizatório em nível muito inferior ao praticado no mercado igualmente ocasionou tratamento desigualitário em relação aos não-desapropriados — o que não significa que

³³⁵ Cf. MOTZO, G.; PIRAS, A., op. cit., p. 183; e RODOTÀ, S. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, p. 253.

³³⁶ Cf. SANDULLI, A. M., op. cit., p. 99; e D'ANGELO, G. *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indenizzo*, p. 129 et. seq.

³³⁷ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 06. Pleno. Rel. Antonino Papaldo. Julgado em 19 jan. 1966; Corte Constitucional italiana. Sentença 90. Pleno. Rel. Aldo Sandulli. Julgado em 22 jun. 1966; e Corte Constitucional italiana. Sentença 55. Pleno. Rel. Luigi Oggioni. Julgado em 09 maio 1968.

³³⁸ Cf. BRANCA, G. *Prefazione*; MARTUSCELLI, M. *Una sentenza destabilizzante*; RODOTÀ, S. *La struttura logico-formale della sentenza*; VENUTI, G. C. *Per una nuova politica urbanistica*; IANELLI, A. *Intervento*; e LUCARELLI, F. *Situazioni soggettive protette e contenuto minimo della proprietà*.

³³⁹ Cf. IANELLI, A., op. cit., p. 100.

³⁴⁰ Cf. LUCARELLI, F., op. cit., p. 118-120; e BARCELLONA, P. *Diritto privato e società moderna*, p. 295.

³⁴¹ Cf. a Lei 10/77.

³⁴² Cf. SPANTIGATI, F. *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, p. 231.

³⁴³ Cf. LUCARELLI, F., op. cit., p. 114-115.

outras desigualdades ainda persistam³⁴⁴. Dessa forma, deduz-se que a adoção de um sistema urbanístico baseado na supressão generalizada do direito de construir torna imprescindível a aplicação de mecanismos de perequação compensatória, de modo a garantir o conteúdo econômico a essas propriedades.

Cabe ressaltar que a atribuição do direito de construir pelo plano urbanístico não assegura apenas a essencialidade econômica à propriedade urbana, mas também serve de parâmetro para a mensuração de indenização em processo de desapropriação. Nessa direção, a Corte Constitucional italiana adota as expressões “potencial utilização econômica segundo a legislação”³⁴⁵ ou “segundo as normas e vínculos dos instrumentos urbanísticos vigentes nos diversos territórios”³⁴⁶.

De qualquer forma, ainda que seja relevante considerar a qualificação urbanística do imóvel como critério para determinar a indenização em caso de desapropriação, é necessário verificar em que termos a proteção constitucional do direito de propriedade urbano garante a indenização. Assinala-se preliminarmente que, enquanto a Constituição italiana³⁴⁷ estabelece de modo genérico a garantia da indenização, o texto constitucional brasileiro³⁴⁸ prevê que o ressarcimento deve ser justo.

Ao analisar a evolução legislativa italiana dos critérios para o pagamento de indenização, observa-se uma clara preocupação em evitar que o montante a ser pago inviabilize a concretização das finalidades públicas. Com esse propósito, as Leis 1.892/1885, 10/1977 e 359/1992, e o Decreto 327/2001 estabeleceram que o cálculo da indenização tivesse um fator redutor em relação ao valor de mercado. Interessante observar que, mesmo declarando a inconstitucionalidade dos critérios

³⁴⁴ Assinala-se que Aldo Sandulli, em referência à Sentença 55, afirma que é injusto negar indenização a “um proprietário de uma área residencial com elevado valor de mercado”. SANDULLI, A. M. *Profili costituzionali della proprietà privata*, p. 484. Portanto, ainda que tenha evitado o tratamento desigualitário em algumas situações, a Corte Constitucional italiana deixou intacta a arbitrariedade em relação à destinação da zona. Cf. PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 147-149. Para uma crítica da submissão da Administração Pública à lógica do mercado, ver SPANTIGATI, F., op. cit., p. 235.

³⁴⁵ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 05. Pleno. Rel. Arnaldo Maccarone. Julgado em 25 jan. 1980.

³⁴⁶ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 348. Pleno. Rel. Gaetano Silvestre. Julgado em 22 out. 2007.

³⁴⁷ Cf. o art. 42, § 3º da Constituição italiana.

³⁴⁸ Cf. o art. 5º, XXIV, CF.

supramencionados, a Corte Constitucional italiana³⁴⁹ admite que a tutela de direitos fundamentais pode ser prejudicada pelos elevados níveis de despesas decorrentes da desapropriação de áreas edificáveis.

Ademais, em alguns dos seus julgados, a Corte Constitucional italiana³⁵⁰ expressamente afirma que a indenização não necessita constituir uma reparação integral, embora deva representar um “sério ressarcimento”. No que se refere à Sentença 348/07, percebe-se que a adoção do valor de mercado como base de cálculo em desapropriações individuais e isoladas não se constitui um critério geral de aplicação. Isso porque, na mesma direção apontada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem³⁵¹, a Corte italiana³⁵² defende que o legislador não tem o dever de mensurar integralmente a indenização de desapropriação utilizando como referência o valor de mercado, pois deve existir um equilíbrio entre o direito de propriedade e o princípio da função social, inclusive em decorrência do dever de solidariedade econômico e social³⁵³.

Cabe ressaltar que tal equilíbrio deve ser interpretado não apenas para assegurar a efetivação das desapropriações necessárias à concretização dos direitos fundamentais, conforme fundamentação da Corte Constitucional italiana, mas também pelo fato do conteúdo econômico da propriedade urbana ser em grande medida atribuído às ações do próprio Estado — como os investimentos públicos e a qualificação urbanística. Assim, a ausência de exame das mais-valias apropriadas pelos proprietários³⁵⁴ nos conflitos indenizatórios legitima as desigualdades sociourbanísticas.

Portanto, tendo em vista que a intensa valorização imobiliária ocorrida nos últimos anos foi minimamente revertida ao Poder Público por meio dos mecanismos de recuperação de mais-valias, não parece razoável que o conceito de “justa

³⁴⁹ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 348. Pleno. Rel. Gaetano Silvestre. Julgado em 22 out. 2007.

³⁵⁰ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 05. Pleno. Rel. Arnaldo Maccarone. Julgado em 25 jan. 1980; e Corte Constitucional italiana. Sentença 179. Pleno. Rel. Riccardo Chieppa. Julgado em 12 maio 1999.

³⁵¹ Cf. o item 93 da Corte Europeia dos Direitos do Homem. Causa Scordino x Itália (nº 01). Grande Câmara. Julgado em 29 mar. 2006.

³⁵² Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 348. Pleno. Rel. Gaetano Silvestre. Julgado em 22 out. 2007.

³⁵³ Cf. o art. 2º da Constituição italiana. Em sentido próximo, o texto constitucional brasileiro estabelece que um dos objetivos da República Federativa do Brasil consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária. Cf. o art. 3º, I da CF.

³⁵⁴ Para mais detalhes acerca desses processos, ver o item 2.1.

indenização” estabelecido pela Constituição brasileira³⁵⁵ possa ser aplicado a indenizações de propriedades urbanas como sinônimo de “valor de mercado”³⁵⁶.

Outra questão relevante tratada pela Corte Constitucional italiana sobre o conteúdo essencial do direito de propriedade urbano diz respeito aos vínculos de inedificabilidade relacionados à proteção ambiental. Observa-se que parte da fundamentação desenvolvida pela Sentença 56³⁵⁷ se baseia na teoria do ato individual supracitada³⁵⁸, pois estabelece que as vinculações que tenham características de generalidade e que incidam sobre uma inteira categoria de bens não possuem natureza expropriatória³⁵⁹.

Entretanto, de modo complementar, a Corte italiana³⁶⁰ adota a teoria alemã da vinculação situacional³⁶¹ quando reconhece que determinados bens possuem qualidades intrínsecas e objetivas preexistentes à legislação que as protege. De acordo com essa fundamentação, a norma que estabeleceu o vínculo de inedificabilidade apenas atualizou uma dada situação concreta, ou seja, declarou um direito que já existia³⁶². Em suma, para esses casos a faculdade de construir originariamente não integra o conteúdo essencial do direito de propriedade

³⁵⁵ Cf. o art. 5º, XXIV, CF.

³⁵⁶ Cf. RABELLO, S. *O conceito de justa indenização nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social ou enriquecimento sem causa?*, p. 222. Como afirma Ronaldo Coutinho, “A Justiça que resulta do Direito, que é *resultado* e também *causa* — mas, sobretudo resultado — desta totalidade social é a Justiça que afirma as diferenças, alimenta as desigualdades produzidas na ficção de que as “partes” são iguais” *perante* o sistema constitucional. Esta igualdade “perante” esconde a desigualdade que está *dentro* do próprio regime da propriedade privada dos meios de produção”. Cf. COUTINHO, R. L. *Direito da Cidade: o direito no seu lugar*, p. 08.

³⁵⁷ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 56. Pleno. Rel. Michele Fragali. Julgado em 09 maio 1968.

³⁵⁸ Cf. SANDULLI, A. M. *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, p. 96-97.

³⁵⁹ Recordar-se que essa fundamentação já tinha sido utilizada anteriormente em outros julgados. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 06. Pleno. Rel. Antonino Papaldo. Julgado em 19 jan. 1966; e Corte Constitucional italiana. Sentença 55. Pleno. Rel. Luigi Oggioni. Julgado em 09 maio 1968.

³⁶⁰ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 56. Pleno. Rel. Michele Fragali. Julgado em 09 maio 1968. Ressalta-se que esse posicionamento foi reafirmado posteriormente. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 179. Pleno. Rel. Riccardo Chieppa. Julgado em 12 maio 1999.

³⁶¹ Conforme já assinalado anteriormente, a adoção de vínculos situacionais como argumento para repelir a pretensão indenizatória em virtude da proteção de áreas verdes foi realizada inicialmente em 1956 pelo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof). Cf. LUTHER, J. *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, p. 470. Para mais detalhes, ver CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 323-326.

³⁶² Nesses termos, dispõe a Corte italiana: “Mas, em tal caso, essa não comprime o direito em relação ao imóvel, porque este direito já nasceu com o correspondente limite e com aquele limite vive”. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 56. Pleno. Rel. Michele Fragali. Julgado em 09 maio 1968.

urbano³⁶³, pois os seus limites são previstos diretamente pela Constituição quando salvaguarda o meio ambiente³⁶⁴.

Veja-se que nesse particular, não há coincidência entre a referida decisão judicial e a posição anteriormente defendida por Aldo Sandulli³⁶⁵, que inicialmente entendeu que a proteção de valores paisagísticos apenas excluía o dever indenizatório se as áreas submetidas à inedificabilidade não sofressem alterações de importância decisiva quanto a sua utilização — como no caso de areais, terrenos de pastagem e zonas pantanosas, rochosas e arborizadas.

Tal posicionamento doutrinário foi alterado após a Sentença 56³⁶⁶, de maneira que posteriormente consolidou-se a tese de que a inerência originária dos valores paisagísticos igualmente abrange os bens culturais³⁶⁷. Cabe assinalar que a imposição dos referidos vínculos pode ser realizada por atos normativos dotados de generalidade e abstração, como também por procedimentos individualizados, desde que preenchidos os requisitos legais justificadores do ato de proteção³⁶⁸. Note-se que a tarefa de valoração dos bens ambientais é nitidamente controversa³⁶⁹, o que demonstra a necessidade da legislação estabelecer parâmetros objetivos para essa classificação.

No que se refere ao direito brasileiro, ainda que a teoria da vinculação situacional não seja expressamente citada³⁷⁰, é possível identificar a influência da

³⁶³ Cf. URBANI, P.; MATTEUCCI, S. C. *Diritto urbanistico*. Organizzazione e rapporti, p. 281.

³⁶⁴ Cf. RESCIGNO, G. U. *Corso di diritto pubblico*, p. 674.

³⁶⁵ Cf. SANDULLI, A. M., op. cit., p. 103.

³⁶⁶ Cf. SANDULLI, A. M. *Profili costituzionali della proprietà privata*, p. 483-484.

³⁶⁷ Cf. RICHTER, P. S. *Diritto urbanistico*. Manuale breve, p. 33-34; URBANI, P.; MATTEUCCI, S. C. *Diritto urbanistico*. Organizzazione e rapporti, p. 281; SANDULLI, A. M. *Profili costituzionali della proprietà privata*, p. 483-484; e ROLLA, G. *Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo*, p. 200.

³⁶⁸ Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 179. Pleno. Rel. Riccardo Chieppa. Julgado em 12 maio 1999. Note-se que o atual Código dos Bens Culturais e da Paisagem italiano estabelece que a proteção ambiental pode ser realizada, diretamente pela lei, por declaração de interesse cultural ou notável interesse público, ou ainda por intermédio de planos paisagísticos. Observar em especial os arts. 10 a 16; e 134 a 143 do DL 42/04, com redação dada pelo DL 63/08. Acerca da interseção entre os planos paisagístico e urbanístico, ver o art. 135, n° 01 do DL 42/04, com redação dada pelo DL 63/08. Para uma justificação da não indenização de vínculos paisagísticos quando decorrentes do plano urbanístico, verificar Corte Constitucional italiana. Sentença 106. Pleno. Rel. Edoardo Volterra. Julgado em 23 abr. 1976.

³⁶⁹ Note-se que jurisprudência italiana utiliza o termo “discricionariedade técnica”. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 38. Pleno. Rel. Antonio Manca. Julgado em 03 maio 1966. Para uma apreciação crítica, ver PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 133; e MORBIDELLI, G. *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica*. Riflessi sul diritto di proprietà, p. 20.

³⁷⁰ Cf. GAIO, D. *A propriedade urbana e o direito de edificar*, p. 150-151; e PINTO, V. C. *Diritto urbanistico: plano diretor e direito de propriedade*, p. 280-287.

doutrina e jurisprudência italianas na justificação de determinadas medidas de proteção ambiental³⁷¹, especialmente em relação ao Código Florestal e à Lei de Tombamento. Desse modo, como fundamento para excluir o dever indenizatório, argumenta-se que o vínculo é imposto pela natureza e que a lei nada mais fez do que declará-lo existente³⁷². Entretanto, não obstante o reconhecimento das qualidades intrínsecas ser realizado por meio de um ato declaratório, este ocasiona efeitos constitutivos³⁷³ relacionados à proteção do valor ambiental.

É inegável que a aplicação da teoria da vinculação situacional possui o mérito de identificar determinadas características naturais que são representativas do ponto de vista ambiental situações estas que, amparadas no princípio da função social da propriedade, justificam um tratamento diferenciado em face das demais propriedades no que se refere ao aproveitamento urbanístico.

Entretanto, se a diversidade de tratamento em si é constitucionalmente justificável, resta ainda verificar se a vedação integral do direito de construir a imóveis urbanos ocasiona a violação do conteúdo essencial do direito de propriedade. Ao contrário do que estabeleceu a Corte Constitucional italiana — que considerou de modo absoluto a inexistência de configuração expropriatória —, impõe-se que qualquer juízo decisório seja precedido de uma análise detida acerca das circunstâncias fáticas.

De qualquer forma, defende-se a inoccorrência do dever de indenizar quando determinadas vinculações se caracterizarem por proteger concomitantemente o meio ambiente e o direito de propriedade urbana — incluindo a integridade física do proprietário ou de quem estiver no local³⁷⁴ —, como no caso das encostas com

³⁷¹ Registra-se que a referência ao vínculo hidrogeológico estabelecido pela legislação italiana de 1923, serviu concomitantemente às doutrinas brasileira e italiana para fundamentar a exclusão do dever indenizatório de posteriores vinculações ambientais. Cf. PEREIRA, O. D. *Direito florestal brasileiro*, p. 212; e SANDULLI, A. M. *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, p. 80-81.

³⁷² Cf. BRASIL. *Exposição de Motivos*, p. 03; SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e proteção jurídica*, p. 24. Como afirma Osny Pereira, “(...) quem compra um terreno à margem de cursos d’água, nas nascentes, nas margens de estradas e onde mais existam matas protetoras já o adquiriu com aquela restrição”. Cf. PEREIRA, O. D., op. cit., p. 212. Aderindo a esse posicionamento, ver MACHADO, P. A. L. *Florestas de preservação permanente e o Código Florestal brasileiro*, p. 27.

³⁷³ Cf. SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e proteção jurídica*, p. 64; e SILVA, J. A. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 160.

³⁷⁴ Conforme afirma Osny Pereira: “Sua conservação não é apenas por interesse público, mas por interesse direto e imediato do próprio dono. Assim como ninguém escava o terreno dos alicerces de sua casa, porque poderá comprometer a segurança da mesma, do mesmo modo ninguém arranca as árvores das nascentes, das margens dos rios, nas encostas das montanhas, ao longo de estradas,

inclinação superior a quarenta e cinco por cento³⁷⁵ ou em parte das faixas de preservação ao longo dos rios³⁷⁶. Em outras palavras, não há sentido lógico em configurar a existência de um prejuízo se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é necessário ao direito de propriedade³⁷⁷.

Em outros espaços ambientais, como os manguezais ou as dunas, pode-se argumentar que a ausência de vocação para edificar pode ser suplantada pela crescente capacidade tecnológica do homem em dominar a natureza³⁷⁸. Entretanto, além dessas áreas serem limites naturais aos imóveis adjacentes, do ponto de vista constitucional, nessas situações, o direito de construir é uma conduta excluída do próprio âmbito de proteção do direito de propriedade urbana.

Em suma, se por um lado a vedação do direito de construir por razões ambientais exige uma avaliação acerca das circunstâncias fáticas, é possível afirmar que a intensidade das restrições ao conteúdo do direito de propriedade urbana depende diretamente do contexto social em que se insere a propriedade³⁷⁹. Portanto, desde que justificado pela necessidade de proteção de outros valores constitucionais, não configura violação do conteúdo essencial o estabelecimento de parâmetros de ocupação do solo em níveis manifestadamente inferiores às demais áreas urbanas. Portanto, desde que não seja dado tratamento diverso para idênticas situações fáticas — como na hipótese de ser declarado o valor cultural de um único imóvel, mesmo que outros tenham características históricas ou arquitetônicas semelhantes³⁸⁰ —, defende-se que o plano urbanístico e as demais vinculações ambientais conformem o território urbano³⁸¹ a partir das suas diversas

porque poderá vir a ficar sem água, sujeito a inundações, sem vias de comunicação, pelas barreiras e a outros males conhecidamente resultantes de tal insensatez”. Cf. PEREIRA, O. D. *Direito florestal brasileiro*, p. 211.

³⁷⁵ Cf. o art. 2º, alínea “e” da Lei 4.771/65.

³⁷⁶ Cf. o art. 2º, alínea “a” da Lei 4.771/65, com redação dada pela Lei 7.803/89.

³⁷⁷ Cf. VELASCO CABALLERO, F. *El medio ambiente en la Constitución: derecho público subjetivo y / o principio rector?*, p. 88.

³⁷⁸ Cf. VICENTE, C. *A protecção jurídica de espaços verdes urbanos – no quadro de um desenvolvimento sustentável*, p. 48

³⁷⁹ Veja-se que essa construção teórica, elaborada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, é adotada por diversos autores. Cf. SARLET, I. W. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*, p. 140; e MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 156.

³⁸⁰ Cf. MACHADO, P. A. L. *Tombamento – Instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural*, p. 35.

³⁸¹ Em realidade, essa configuração tem como pressuposto a necessidade de privilegiar a conformação do território em face da propriedade. Cf. PREDIERI, A. *Paesaggio*, p. 515-516; e ANTUNES, L. F. C. *Direito urbanístico – Um outro paradigma: a planificação modesto-situacional*, p. 98-99.

características naturais e dos seus interesses sociais³⁸². De qualquer forma, com exceção das situações especiais acima referidas, o conteúdo essencial do direito de propriedade urbana é garantido quando facultado ao seu titular a edificabilidade, ainda que estabelecida em padrões mínimos³⁸³.

Feitas essas considerações sobre os condicionamentos e limites constitucionais ao conteúdo do direito de propriedade urbana, é necessário identificar as possibilidades e as perspectivas de utilização das técnicas urbanísticas para reduzir os conflitos decorrentes das vinculações ambientais.

³⁸² Nessa direção, ver GIANNINI, M. S. *Basi costituzionali della proprietà privata*, p. 217; e BILANCIA, F. *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*. Il diritto di proprietà nella CEDU, p. 148.

³⁸³ Nesse sentido, como afirma Alberto Predieri, “(...) o zoneamento é somente questão de limites”. Cf. PREDIERI, A. *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, p. 146. Veja-se que a jurisprudência italiana admite a não configuração do dever indenizar mesmo quando as restrições impõem um limitado aproveitamento construtivo. Cf. Corte Constitucional italiana. Sentença 55. Pleno. Rel. Luigi Oggioni. Julgado em 09 maio 1968. A doutrina brasileira igualmente reconhece a possibilidade de redução do direito de propriedade, desde que garantida a essencialidade por meio da “utilidade privada do bem”. Cf. MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 22-24.