

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**DA IMPOSSIBILIDADE DE DESAFETAÇÃO DAS ÁREAS VERDES
E INSTITUCIONAIS**

Luís Eduardo Fonseca Soares

Presidente Prudente/SP
Dezembro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**DA IMPOSSIBILIDADE DE DESAFETAÇÃO DAS ÁREAS VERDES
E INSTITUCIONAIS.**

Luís Eduardo Fonseca Soares

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Professor
Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
Dezembro/2002

DA IMPOSSIBILIDADE DE DESAFETAÇÃO DAS ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Rufino Eduardo Galindo Campos
Examinador

Moacir Alves Martins
Examinador

Presidente Prudente, 03 de dezembro de 2002.

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser.

Norberto Bobbio.

Agradecimentos

Aos meus pais, Luiz Paulo e Maria Cristina, o que há de mais precioso em minha vida, e que nos mais puros gestos e palavras me ensinaram as mais verdadeiras lições de amor, respeito, compreensão, amizade e dedicação ao trabalho.

Aos meus irmãos, Paulo e Érica, pelo carinho e paciência.

Aos meus avós, Paulo e Ivete, Limirio (in memoriam) e Chaina, exemplos de vida, sabedoria e justiça.

Ao primo Carlos, pessoa pela qual possuo grande admiração, e que sempre esteve disposto a me ajudar.

Ao meu grande amigo Welington, que, apesar da distância, esteve sempre presente, apoiando-me em todos os momentos de minha vida.

A todos os amigos da Faculdade de Direito, que compartilharam comigo as maiores experiências de minha vida até então.

Ao meu orientador Jurandir José dos Santos, brilhante membro do Ministério Público Paulista, pela disponibilidade e prestatividade, fundamentais para a realização deste trabalho e, sobretudo, pela confiança em mim depositada durante todo o período de trabalho junto à Promotoria de Justiça de Presidente Prudente.

Principalmente, a Deus, responsável por estas e tantas outras graças em minha vida.

RESUMO

A pesquisa enfocou a proibição imposta pela Constituição do Estado de São Paulo aos municípios de alterarem a destinação das áreas verdes e institucionais, definidas nos projetos de loteamento, bem como as razões de ordem política e, sobretudo, jurídica, que envolvem a questão.

De início, fez-se a classificação dessas áreas públicas sob o prisma do Código Civil, destacando suas peculiaridades, bem como as conseqüências na esfera administrativa, especialmente no que toca à função do Estado frente a esses espaços de uso comum.

Foi realizado um estudo de urbanismo, destacando o conceito e origem das cidades, ressaltando a importância da ciência urbanística como instrumento de organização dos centros urbanos, considerando, particularmente, o fenômeno urbano brasileiro. Foram, ainda, analisadas as funções urbanísticas em face das necessidades e do comportamento do homem moderno e, finalmente, seu aspecto legal, dispensando atenção especial à lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79), destacando os requisitos urbanísticos por ela impostos, bem como as alterações pela Lei nº 9.785/99.

Discutiu-se, a seguir, acerca das áreas verdes e institucionais, fazendo um estudo sobre suas origens históricas, a inexistência de conceito legal e o domínio municipal sobre as mesmas. A partir daí, debateu-se a alteração da destinação desses espaços pelos municípios, considerando seus argumentos e o que dispõe a Constituição do Estado de São Paulo. Finalmente, foi feito um estudo da inconstitucionalidade das leis municipais que realizam tais alterações.

Neste trabalho, são apresentados os meios de defesa jurisdicional daquelas áreas públicas, apontando as ações cabíveis (Ação Civil Pública, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Popular) e seus legitimados, como forma de fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Paulista; Áreas Verdes e Institucionais; Desafetação.

ABSTRACT

The research focused on the prohibition determined by the São Paulo Constitution to the cities of changing the destination of green and institutional areas, defined on the parcels projects, as well as political matter, and, more than that, juridical matter reasons, that encircle the subject.

First, it was classified these publican areas under the prism of the Civil Code, emphasizing its peculiarities as well as the consequences on the business circle, specially on what touches the State function in front of this common use areas.

It was performed a study of the urbanism, emphasizing the concept and source of towns, standing out the importance of urbanistic science as a tool for the organization of urban centers, mainly considering the Brazilian urban phenomenon. Yet, the urbanistic functions are analyzed face to the necessities and to the behavior of the modern man, and, finally, its legal aspect, paying special attention to the urban soil parcels Law (Law number 6.766/79), emphasizing the urbanistic requisites imposed by it, as well as the alteration through the Law number 9.785/99.

After that, it was discussed about the green and institutional areas, making a research about their historical source, the legal concept inexistence, and the city's domain over the same. From that, it was debated the destiny alteration of this areas by the Towns, considering its arguments and what disposes the São Paulo Constitution, and finally, a study is done about the unconstitutionality of the cities laws that infer such alterations.

At last, are presented the ways of juridical defense so those public areas, pointing the possible actions (Public Civil Action, Unconstitutionality Direct Action, and Popular Action) and their legitimates, as a way of strengthening the Law Democratic State.

KEYWORDS: São Paulo Constitution; Green and Institutional Areas; Disaffection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. BENS DE USO COMUM DO POVO.....	11
2.1 - Classificação dos bens públicos.....	11
a - Quanto à titularidade.....	11
b – Quanto à destinação original.....	11
c – Quanto à natureza física.....	11
d – Quanto à disponibilidade.....	12
e – Quanto à destinação.....	12
e.1 - Bens de uso comum do povo.	12
e.2- Bens de uso especial.....	12
e.3- Bens dominiais.....	12
2.2 – Bens de uso comum do povo.....	13
2.2.1 – Particularidades e possibilidade de alienação.....	13
2.2.2 – Alteração da destinação.....	14
2.2.3 – Administração dos bens públicos pelo Estado.....	15
2.2.4 – Poder de Polícia do Estado.....	16
2.2.5 – Últimas considerações acerca dos bens de uso comum do povo	18
3. URBANISMO.....	19
3.1 – As cidades.....	19
3.1.1 - Definição de cidade.....	19
3.1.2 – Surgimento de evolução das cidades.....	20
3.1.3 – O fenômeno urbano no Brasil.....	21
3.2 – Urbanismo.....	22
3.2.1 – Conceito e origem.....	22
3.2.2 – Funções básicas do urbanismo.....	23
3.2.3 – Meio Ambiente urbano.....	25
3.2.4 – Regime jurídico urbanístico.....	27

3.3 - Parcelamento do solo urbano.....	29
3.3.1 – Introdução.....	29
3.3.2 – Loteamento, parcelamento e desmembramento.....	31
3.3.3 - Requisitos urbanísticos.....	34
4. DAS ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAIS.....	37
4.1 – Origem e conceito.....	37
4.1.1 – Áreas verdes.....	37
4.1.2 – Áreas institucionais.....	39
4.2 – Domínio do Município.....	40
4.3 – Justificativa dos Municípios.....	43
4.4 – Constituição Paulista.....	46
4.4.1 – Inconstitucionalidade de lei municipal.....	47
4.5 – Defesa das áreas verdes e institucionais em juízo.....	49
4.5.1 – Considerações gerais.....	49
4.5.2 – Ministério Público.....	50
4.5.3 – Associações.....	55
4.5.4 – Cidadãos.....	56
5 – CONCLUSÃO.....	58
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

As áreas verdes e institucionais, por sua importância social e por serem instrumentos eficazes de fornecimento de serviços públicos à comunidade, tais como saúde, educação, lazer e meio ambiente urbano saudável, merecem atenção especial do governo e da sociedade civil organizada. Atualmente, a grande maioria das cidades brasileiras carece desses bens e priva sua população do fácil acesso a esses serviços. Esses dados e a avaliação do comportamento das administrações públicas municipais que, via de regra, alteram as já escassas áreas desta categoria para aliená-las posteriormente a particulares, ou concedem direito de uso sobre as mesmas, motivaram o autor a realizar estudo sobre esta questão, destacando os principais aspectos que, efetivamente, a influenciam no mundo jurídico e social.

Inicialmente, o trabalho apresenta a classificação das áreas verdes e institucionais adotada pela legislação brasileira, e o faz definindo-as como bens públicos, passando a classificá-las de acordo com a titularidade, destinação original, natureza física, disponibilidade e a destinação, dispensando ainda especial atenção às suas características próprias e ao regime jurídico a que estão submetidas e, por fim, a função do Estado frente a essas áreas.

A seguir, é realizado um breve, porém necessário estudo das cidades, bem como sua origem histórica. Destaca-se a evolução urbana no Brasil, apontando os pontos positivos e, sobretudo, os negativos, como conseqüências da falta de planejamento urbano. Assim, diante desse quadro, passa a discutir a ciência urbanística como eficaz instrumento para solucionar esses problemas urbanísticos e evitá-los futuramente, adotando, desde já, medidas de organização do crescimento das cidades, dentre as quais a preservação da destinação original das áreas verdes e institucionais.

Nesta linha de raciocínio, passa a analisar melhor a legislação urbanística brasileira, especialmente a lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79), apontando seus pontos mais relevantes, dentre os quais, a distinção de loteamento, parcelamento e desmembramento e os requisitos urbanísticos, destacando-se a alteração desta norma pela Lei nº 9.785/99, que extinguiu a

obrigação de reservar 35% da gleba para as áreas institucionais. Apresenta, em seguida, todo o caminho que deve ser observado pelo loteador para tenha seu projeto registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Posteriormente, como forma de introduzir a principal questão do presente estudo, é analisado o domínio do município sobre as áreas verdes e institucionais, a partir do registo da planta do loteamento. Assim, o autor analisa a alteração da destinação dessas áreas, debate as justificativas dos municípios, bem como a inconstitucionalidade das leis municipais de a regem, ressaltando a vedação expressa da Constituição Paulista (art. 180, VII).

Por fim, o trabalho apresenta as formas de defesa desses bens públicos em juízo, que são a Ação Civil Pública, Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Popular, destacando-se ainda o papel e a importância do Ministério Público, das Associações e de cada cidadão brasileiro, como legitimados, que se revelam como verdadeiros representantes dos interesses sociais.

Este estudo, por certo, não esgota a discussão em torno do tema, especialmente acerca da conduta dos municípios paulistas e da inconstitucionalidade das leis municipais que alteram a finalidade desses espaços públicos, e nem é esta a pretensão do autor. Contudo, a apresentação deste tema ainda pouco conhecido não só pelo mundo acadêmico mas, sobretudo, pela sociedade se faz cada vez mais necessária a fim de conscientizar a população sobre a importância das áreas verdes e institucionais para o espaço urbano, a fim de que passem a cobrar de seus administradores uma postura política mais ética, e não mais editem normas nesse sentido o que, sem qualquer dúvida, fortalecerá a democracia.

2. BENS DE USO COMUM DO POVO

As áreas de uso comum do povo, especialmente as áreas verdes e institucionais são bens públicos que devem, inicialmente, ser observados sob o prisma da classificação adotada pelo Código Civil atual e mantida pelo novo Diploma Civil.

Ao conceituar os bens, a lei civil os divide em *públicos* e *particulares*, definindo aqueles como os de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios¹ ou a outras entidades públicas², de acordo com a pessoa jurídica de direito público a que pertencem, sendo *particulares* todos os demais, por exclusão.

Assim sendo, *bens públicos*, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis ou móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais autárquicas, fundacionais e empresas governamentais da União, Estados ou Municípios.

2.1 Classificação dos Bens Públicos

Conforme se extrai da Doutrina, os bens públicos podem ser classificados de diversas maneiras:

- a. **Quanto à titularidade** – podem ser federais, estaduais ou municipais, conforme pertençam, respectivamente, à União, aos Estados ou aos Municípios.
- b. **Quanto à destinação original** – podem ser *bens públicos necessários*, que se prestam a atender interesse coletivo, e *bens públicos acidentais*, que somente passam ao domínio público após determinado ato ou fato.
- c. **Quanto à natureza física** – são de domínio público *natural* (terrestre, hídrico, aéreo e mineiro) e *artificial*, quando provenientes de obra do homem.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. *Saraiva*, São Paulo, v 1, p. 152. 1990.

² WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro. Introdução e parte geral. *Revista do Tribunais*, São Paulo, v. 1, p. 162.

d. Quanto à disponibilidade – os bens públicos podem ser *indisponíveis*, ou seja, sua alienação está vedada, vez que estão vinculados a uma função específica (como ocorre com as áreas verdes e as institucionais), e *disponíveis*, que são passíveis de alienação, desde que observada a disposição legal pertinente.

e. Quanto à destinação - nos termos do art. 66 do Código Civil, os bens públicos são classificados em:

e.1 Bens de uso comum do povo. São aqueles cuja utilização é destinada à população em geral que, cumprindo os regulamentos, pode utilizá-los³. Como bem observa Washington de Barros Monteiro, tais bens pertencem ao ente de direito público, seja o Município, Estado ou a União, sendo que a comunidade possui para si seu uso e gozo⁴. Portanto, são todas as áreas abertas, de acesso livre às pessoas do povo que podem utilizá-las, desde que observadas as regras impostas pelo Poder Público que, ainda, sob algumas hipóteses, pode exigir pagamento para o seu uso, conforme dispõe o art. 68 do Código Civil. As ruas, praças, mares e rios são exemplos de *bens de uso comum do povo*, de acordo com o já mencionado art. 66 do mesmo diploma legal que traz rol meramente exemplificativo.

e.2 Bens de uso especial. São os bens da administração do Estado destinados especialmente à execução dos serviços públicos, destinam-se especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços⁵. Sua função está diretamente ligada à atividade da entidade estatal a que pertencem e, portanto, são afetados a estes fins. Por isso, é vedada a sua alienação. São exemplos desta categoria de bens o edifício do Paço Municipal, da Câmara de Vereadores, o Palácio do Planalto, bem como o Estádio e o Teatro Municipal.

e.3 Bens Dominicais. Também chamados de dominiais, são bens que fazem parte do patrimônio da pessoa jurídica de direito público assim como os demais, porém, podem ser utilizados e alienados tal como os bens pertencentes aos

³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. *Saraiva*, São Paulo, v. 1, p.130. 1978.

⁴ MONTEIRO, Whashington de Barros, obra citada, p. 153.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. *Malheiros Editores*, São Paulo, p. 488. 2002.

particulares. Desta forma, conforme leciona Silvio Rodrigues, são bens dos quais o poder público é titular da mesma maneira que a pessoa de direito privado é dona de seu patrimônio⁶ e, portanto, são regidos por normas de direito privado. Diante desta conceituação, conclui-se que esta espécie de bens possui caráter exclusivamente patrimonial. Contudo, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial. A sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral. Pois, não raro, esses bens são utilizados em benefício da coletividade. Assim, considerando esta dupla finalidade dos bens dominiais, modernamente, tem-se entendido que o regime jurídico aplicado aos mesmos é o de direito privado e, em parte, de direito público.

Ao tratar-se dos *bens públicos*, é necessário lembrar que todos estão sujeitos à administração do Poder Público no âmbito federal, estadual ou municipal, o que justifica a importância de se analisar mais profundamente o assunto sob o aspecto administrativo, tendo em vista o tema estudado.

Os *bens de uso comum do povo* ou considerados de *domínio público* são a maior expressão da atividade administrativa pública destinada à população em geral. Por isso, sua alienação está sujeita a maiores limitações que dos demais bens públicos, o que será mais bem estudado a seguir.

2.2 Bens de uso comum do povo

2.2.1 Particularidades e possibilidade de alienação

Tendo em vista seu conceito já exposto anteriormente, não restam dúvidas que representa um dos mais autênticos bens públicos integrantes da expressão “domínio público.”⁸

⁶ RODRIGUES, Silvio, obra citada, p. 131.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo. Atlas*. São Paulo, p. 431. 1996.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Saraiva. 1994. P. 307.

Sua maior característica é a afetação a uma finalidade pública, de interesse de toda a coletividade, quer seja pela característica natural do bem ou por imposição legal, razão pela qual, de acordo com o artigo 67 do Código Civil, são *inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e impossibilitados de oneração*, uma vez que pertencem ao domínio público.

2.2.2 Alteração da destinação

Considerando que as áreas verdes e institucionais são bens públicos de uso comum do povo, de acordo com a classificação adotada pelo Código Civil, estas estão afetadas a fins públicos e, por esta razão, estão sujeitas a um regime jurídico diverso dos bens públicos dominiais e dos particulares.

Assim, poder-se-ia chegar à conclusão de que é absolutamente impossível a transmissão destes bens a particulares, o que não é verdade. Desta forma, em relação aos bens públicos que possam ter seus valores econômicos determinados, e somente não são alienáveis em razão da sua destinação pública imposta por lei, a transferência a particulares é possível desde que haja norma que torne estes bens desafetados do fim público a que eram originalmente destinados, transferindo-se o mesmo ao patrimônio disponível do Estado para, aí sim, tornarem-se bens passíveis de alienação.

Estamos diante do fenômeno conhecido como *desafetação*, que é o ato pelo qual o Poder Público retira do bem sua destinação de uso comum do povo.⁹ Nas palavras de José Cretella Júnior, é o *“fato ou a manifestação de vontade do Poder Público mediante a qual o bem do domínio público é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado, do Estado ou do administrado.”*¹⁰

Frise-se que a desafetação pode ser *expressa*, quando emanada de manifestação de vontade da administração que a concretizar por meio de lei ou ato administrativo; e *tácita*, também conhecida como desafetação de fato, quando

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. obra citada., P. 309.

¹⁰ Cretella Júnior apud Pietro, obra citada., p. 429.

a mesma ocorre por força alheia à vontade do poder público, podendo realizar-se de diversas formas.

Entretanto, a alteração da destinação pública somente é possível se não houver norma que a impeça expressamente. Assim, a título de exemplo, em relação às áreas verdes e institucionais no Estado de São Paulo, a desafetação bem como a transmissão a terceiros pelos municípios não pode suceder, por proibição expressa da Carta Paulista, porque, neste caso específico, as leis municipais que alteram o fim público dessas áreas para torná-las transmissíveis são inconstitucionais. Oportunamente, esta questão será analisada de forma mais profunda.

2.3 Administração dos bens públicos pelo Estado

Como foi visto alhures, o Poder Público não pode usar livremente o bem de uso comum do povo, como o particular em relação a seu patrimônio, pois estão afetados a uma finalidade que atenda o interesse público e só poderá fazê-lo quando suceder a desafetação, muitas vezes restringida por lei.

Deve o Estado, ainda, usar de todos os meios de que dispõe para conservar os bens de uso comum do povo, visando impedir sua deterioração sob pena, inclusive, de responsabilidade civil por danos ao patrimônio público, ou por eventuais danos que o cidadão que utilize o bens possa eventualmente sofrer.

Acerca do tema, Hely Lopes Meirelles leciona:

O que convém fixar é que os bens públicos de uso comum do povo, não obstante estejam à disposição da coletividade, permanecem sob a administração e vigilância do Poder Público, que tem o dever de mantê-los em normais condições de utilização pelo público em geral. Todo dano ao usuário, imputável a falta de conservação ou a obras ou serviços públicos que envolvam esses bens, é da responsabilidade do Estado, desde que a vítima não tenha agido com culpa.¹¹

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes, obra citada, p. 491.

Ora, os bens de uso comum do povo, como já visto, devem ser postos à disposição para uso de toda a coletividade, atendendo ao interesse público pelo qual está afetado. Portanto, o Estado tem o dever de ditar regras, exercer fiscalização e vigilância sobre os mesmos e sobre as pessoas que deles se utilizam, objetivando transferi-los às demais gerações em perfeito estado de uso e conservação.

Porém, todo esse dever de zelo e cuidado pelo bem de uso comum do povo é exercido através de um instrumento de que o Poder Público dispõe e que lhe dá a possibilidade de intervir sempre que, de alguma forma, o bom uso deste bem esteja ameaçado, visando garantir o direito da população de usufruir do mesmo de forma plena. É o que veremos a seguir.

2.2.4 O Poder de Polícia do Estado

A predominância do interesse público sobre o privado é o princípio em que se funda o poder de polícia do Estado, eis que a este compete impor restrições aos direitos individuais quando os mesmos forem conflitantes com interesses públicos, nos mais variados setores da sociedade, visando principalmente ao bem-estar da população.

Assim, de acordo com a escola liberal do século XVIII, o poder de polícia é a atividade estatal que limita o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança, como leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹². Nos dias atuais, é entendido como o instrumento de que dispõe o Estado para impor restrições ao exercício de direitos individuais dos particulares, bem como limitar suas atividades, sempre que estas forem prejudiciais e conflitantes com os interesses da sociedade.

Neste diapasão, a legislação brasileira conceituou o poder de polícia, de forma ampla, no Código Tributário Nacional, em seu artigo 78:

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo. Atlas*, São Paulo, p. 110. 2001.

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Note-se que a definição adotada pelo CTN é por demais abrangente, e não haveria de ser diferente, pois se trata de interesse social que se manifesta nas mais diversas áreas, dentre as quais estão o meio ambiente, lazer e cultura, especialmente quando se trata de *áreas de uso comum do povo*, cuja destinação reflete grande importância em servir a todos que delas se utilizam. Vislumbra-se aqui a faculdade de o Estado se valer do poder de polícia para a manter a conservação dessas áreas, objetivando o uso destes bens de forma igualitária por todas as pessoas, em que se estará prestigiando uns dos mais relevantes interesses sociais.

O poder de polícia do Estado atua na área judiciária e administrativa e é esta a que mais importância possui para o tema ora discutido, já que, conforme ensina Hely Lopes Meirelles¹³:

O regime de liberdades públicas em que vivemos assegura o uso normal dos direitos individuais, mas não autoriza o abuso, nem permite o exercício anti-social desses direitos.

E prossegue o doutrinador:

As liberdades admitem limitações e os direitos pedem condicionamento ao bem-estar social. Essas restrições ficam a cargo da polícia administrativa.

Frise-se, por fim, que o Estado, com o objetivo impedir abusos por parte da administração pública, deve sempre pautar-se pela *necessidade* do uso de poder de polícia, não podendo basear-se em meros indícios de violação de interesse público; pela *proporcionalidade*, necessitando haver um liame entre a restrição do

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes, Obra citada, p. 129.

direito individual e o interesse que se visa tutelar; e pela *eficácia*, de modo a se aplicar a medida mais acertada a fim de evitar prejuízo ao interesse público.

2.2.5 Últimas considerações acerca dos bens de uso comum do povo

Não restam dúvidas quanto à importância das *áreas de uso comum do povo* para a sociedade em geral, especialmente as *áreas verdes e institucionais*, ante sua destinação específica que, muitas vezes, não é respeitada pelo poder público que, através de leis inconstitucionais, desafetam esses bens para aliená-los a particulares, em flagrante desrespeito ao interesse público, que deve sempre prevalecer.

Porém, como visto nos itens anteriores, o dever do Estado não se limita a manter afetado os bens de uso comum do povo. Há ainda o *poder de polícia*, que é o meio que o Estado possui para administrar estes bens, já que não possui livre disposição dos mesmos que estão afetados, de forma a mantê-los em situação que possam ser utilizados por toda a comunidade, prestigiando o interesse coletivo.

Por fim, deve-se frisar que, não havendo impedimento constitucional, se o Poder Público pretender alienar um bem de uso comum do povo, é obrigado a respeitar todo o procedimento de desafetação que visa retirar a destinação pública pela qual está afetado, tornando-o dominial para, assim, poder transferi-lo a terceiro, como um particular diante um bem de sua propriedade.

3. URBANISMO

3.1 As Cidades

3.1.1 Definição de cidade

A conceituação de cidade que, em princípio, parece ser simples, torna-se uma tarefa complexa, se levarmos em consideração os parâmetros apresentados pela doutrina pátria e internacional. José Afonso da Silva, lembra que existem três concepções de definição de cidade.

A primeira delas é a definição de cidade sob o aspecto *demográfico e quantitativo*, pelo qual o fato que determina o que é cidade, é a quantidade de habitantes que determinado agrupamento urbano possui, sendo que estes números variam de acordo com os países. Sob o *ponto de vista econômico*, a definição de cidade, criada por Max Weber, seria a “localidade” cujos habitantes suprem a necessidade econômica com bens produzidos ali mesmo ou comprados de outros lugares, mas que fossem postos no mercado daquele lugar. O terceiro aspecto leva em conta o caráter *administrativo, comercial e sócio-cultural* da cidade.

Desta forma, esses “subsistemas” atuariam em áreas específicas e espalhariam seus efeitos para cada setor correspondente, o que daria, enfim, o contorno e a definição de cidade¹⁴. Contudo, estas conceituações possuem aplicação inviável em nosso país, pois, como bem ressalta José Afonso da Silva:

O centro urbano, no Brasil, só adquire a categoria de cidade quando o seu território se transforma em Município. Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja a sua população. A característica marcante da cidade, no Brasil, consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal.¹⁵

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. *Malheiros Editores*. São Paulo, p. 19-20, 1997.

¹⁵ SILVA, José Afonso da, Obra citada, p. 20.

No Brasil, como consequência do sistema jurídico que possui, a cidade tem caráter de centro administrativo do poder público, o que somente se admite quando tal aglomeração urbana esteja provida de estrutura para a saúde, indústria, comércio, cultura e lazer, enfim, todas as necessidades básicas para o bem-estar da população, incluindo-se, neste rol, as áreas verdes e institucionais, desde que todo esse aparato material não seja oriundo de recursos diretos da população, mas da própria administração pública.

3.1.2 Surgimento e evolução das cidades

A evolução urbana está, inicialmente, ligada ao desenvolvimento das técnicas agrícolas, quando o homem deixa de ser nômade e passa a viver fixamente em grupos ou tribos, visando, em princípio, ao mútuo auxílio de produção para subsistência. Posteriormente, com o surgimento do artesanato, comércio, prestação de serviços e indústria, bem como o surgimento e o crescimento da religião, educação e cultura.

Desta forma, com o homem se organizando em sociedade, as primeiras concentrações urbanas advêm por volta de 10.000 anos a. C. e as primeiras cidades surgiram há 5.500 anos, na região dos rios Tigre e Eufrates. Contudo, a grande explosão urbana acontece após a Revolução Industrial, quando as cidades, que até então eram apenas centros de comércio, passam a abrigar indústrias que atraem grande número de pessoas em busca de trabalho. Nada, porém, comparado ao adensamento demográfico que sucedeu no século XX, com o surgimento das grandes metrópoles mundiais, sendo oportuno lembrar o magistério de José Afonso da Silva:

Resta lembrar que a cidade vem sofrendo profunda transformação qualitativa, de modo que, hoje, ela não é meramente uma versão maior da cidade tradicional, mas uma nova e diferente forma de assentamento urbano, o que se dá o nome de conurbação, região (ou área) metropolitana, Metrópole Moderna, ou Megalópole, que provoca problema jurídico-urbanístico específicos, de que se tem que cuidar também especificamente.¹⁶

¹⁶ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 18.

É certo que esse fenômeno urbano, inicialmente reflexo da evolução econômica e tecnologia da sociedade, teve como maior efeito colateral o agravamento dos problemas sociais, especialmente nos países de terceiro mundo, onde a maior parte da riqueza se concentra nas mãos de um pequeno número de pessoas e, em contrapartida, a maioria da população suporta enorme miséria, ficando excluída e concentrada na periferia, dando causa, na maioria das vezes, à criminalidade. Contudo, tal questão extravasa a ceara urbanística, devendo ser objeto de políticas do poder público específicas e, sobretudo, eficazes.

3.1.3 O fenômeno urbano no Brasil

Em nosso país, como na maioria dos países do mundo, a urbanização é reflexo direto dos fenômenos econômicos e políticos que decorrem ao longo da história.

A exploração econômica do pau-brasil, bem como a expedição colonizadora de Martin Afonso de Souza, que fundou São Vicente em 1532, deu início ao cultivo da cana-de-açúcar, e a fundação de Salvador por Tomé de Souza, em 1549. A partir daí, começam a surgir as primeiras vilas ao longo do litoral brasileiro, juntamente com o desenvolvimento da economia que se acentuou, inicialmente, nesta região.

Entretanto, o processo de interiorização urbana no Brasil desponta-se com o desenvolvimento da mineração nos estados de Minas Gerais e Goiás e, no século XX, com a construção de Brasília e a conseqüente sede do governo federal naquela cidade, o que dá ensejo a uma enorme afluência de pessoas que saem de cidades tradicionais como Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador, dentre outras, à procura de trabalho e de uma vida mais próspera sem, contudo, impedir a crescente industrialização das cidades do Sul e Sudeste do Brasil.

Portanto, observa-se no Brasil um processo de urbanização extremamente recente se comparado, por exemplo, aos países da Europa, fruto da sua tardia industrialização, especialmente no século XX, ocasionando o êxodo rural e o

surgimento de grandes metrópoles e regiões metropolitanas e o desordenado crescimento urbano, causador de inúmeros problemas sócio-econômicos, conseqüência da falta de estrutura das cidades que não estavam preparadas para abrigar tamanha demanda populacional, fruto de total falta de planejamento urbano.

3.2 Urbanismo

3.2.1 Conceito e origem

O *urbanismo* provém do latim, *urbs, urbis*, que significa cidade. Em sentido técnico, é a ciência, a arte ou a técnica de ordenar as áreas urbanas construídas, corrigindo distorções e orientando o desenvolvimento urbano, de modo a propiciar o bem-estar da população. Em outras palavras, é atividade do Estado de controlar e regular o desenvolvimento urbano, tarefa esta desempenhada sob a luz de leis fornecidas pelo *Direito Urbanístico*, que é o conjunto de normas públicas, cogentes e gerais, que visam transformar o espaço urbano, orientando seu desenvolvimentos em favor do interesse público.

Contudo, o urbanismo não é uma ciência propriamente moderna. Sua origem remonta-se aos agrupamentos urbanos medievais, desde os tempos de Roma, quando já surgiam algumas regras urbanísticas, passando pela Renascença com objetivo predominantemente estético. Na Idade Média, bem como no Brasil-colônia, com o calçamento das vias públicas, visava-se melhorar os aspectos daquelas cidades e o bem-estar das pessoas que ali transitavam.

Se o urbanismo provém de origem remota, sua importância é indiscutível nos dias de hoje, e sua aplicação cada vez mais necessária diante da enorme explosão demográfica ocorrida no último século. José Afonso da Silva esclarece que:

Assim, o urbanismo se apresenta como a ciência do estabelecimento humano, preocupando-se substancialmente com a racional sistematização do território, como pressuposto essencial e inderrogável de uma convivência sã e ordenada dos grupos de indivíduos, que nele transcorre sua própria existência, ou, em outras palavras, o urbanismo

objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida urbana.¹⁷ (grifei)

Ainda complementa o Autor, lembrando o professor Hely Lopes Meirelles, que assim define urbanismo como “o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”¹⁸. Em outras palavras, é ciência e o conjunto de elementos técnicos que se prestam a organizar e ordenar o crescimento dos espaços habitáveis, com o fim maior de se alcançar o bem-estar social.

Portanto, o estudo do urbanismo e sua aplicação prática pelo Poder Público tornou-se indispensável para o bom e eficiente desenvolvimento urbano, de modo a proporcionar qualidade de vida a toda a sociedade, já nos transparecendo, assim, a sua finalidade maior, que é ser instrumento à disposição do Poder Público para a solução dos problemas das cidades brasileiras.

3.2.2 Funções básicas do urbanismo

No Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado em 1928, elaborou-se a Carta de Atenas, que definiu as principais funções do urbanismo, como sendo: *habitação, trabalho, circulação no espaço urbano e recreação*.

Naquele ano, o Congresso de Arquitetura definiu que:

O urbanismo é a ordenação dos lugares e dos locais diversos que devem abrigar o desenvolvimento da vida material, sentimental e espiritual em todas as suas manifestações, individuais ou coletivas. Abarca tanto as aglomerações urbanas como os agrupamentos rurais. O urbanismo já não pode estar submetido exclusivamente às regras de esteticismo gratuito. É, por sua essência mesma, de ordem funcional. As três funções fundamentais para cuja realização deve velar o urbanismo são: 1º habitar, 2º trabalhar, 3º recrear-se.¹⁹

¹⁷ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 25.

¹⁸ Meirelles. Apud Silva, José Afonso da, obra citada, p. 25.

¹⁹ Le Corbusier, apud Silva, José Afonso da, obra citada, p. 25

Acerca da *habitação*, há que se ter em vista que o ser humano é uma das espécies animais com capacidade de se organizar e construir casas. Desde a Idade da Pedra, quando as habitações eram grutas e cavernas, até os dias de hoje, as técnicas de habitação não param de evoluir.

Existem doutrinadores que entendem que residir e habitar são figuras distintas, pois, conforme pondera José Afonso da Silva, residir nos traz a idéia de *permanecer, ficar*, ao passo que habitar seria determinado pela *edificação, pois só se constrói quando se deseja habitar*²⁰. E conclui o autor que “*a função urbana de habitar exerce-se em toda aglomeração urbana na residências, que são os edifícios onde as pessoas moram, tem sua sede*”²¹.

Para José Carlos de Freitas, habitar “*é uma necessidade intrínseca à existência do ser humano*”²². E completa o autor, confirmando a idéia do professor José Afonso: “*o teto, o abrigo, o lar exprimem a idéia de habitualidade em ocupar e permanecer num espaço física para residir ou morar*”.

Desta forma, considerando a construção de moradia como idéia de habitação, há que se ter em vista a observância de normas de zoneamento e parcelamento do solo urbano, com o fim de se ter um desenvolvimento urbano ordenado, com qualidade de vida e bem-estar dos que ali habitam.

O *trabalho*, segunda função do urbanismo, é a atividade humana que almeja alcançar um resultado útil e que possua valor econômico. Assim, o trabalho ocorre em indústrias, no comércio, nos estabelecimentos prestadores de serviços e também nas instituições governamentais, sendo que nestas o labor não possui caráter econômico.

A *circulação*, como terceira função do urbanismo, é a atividade realizada fora das edificações, através de quaisquer meios de locomoção ou, até mesmo, a pé, na vias urbanas. O doutrinador José Carlos de Freitas, ao esclarecer os fins deste espaços públicos, ensina que: “*Prestam-se a exercitar os direitos de locomoção inatos ao homem, de ir e vir, como também o de permanecer no local,*

²⁰ SILVA, José afonso, obra citada, p. 218.

²¹ SILVA, José Afonso, obra citada, p.218.

²² FREITAS, José Carlos de. Dos interesses metaindividuais urbanísticos. Termas de Direito Urbanístico. São Paulo. *Imprensa Oficial do Estado* – Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 285. 1999.

*para o exercício do direito de reunião ou de estacionar (veículos) respeitadas as vedações de legislação de trânsito*²³

Não há dúvida da necessidade de se proporcionar aos habitantes de uma cidade, vias de circulação bem construídas, espaçosas e limpas, ante a importância que possuem, não só para determinado cidadão, como também para toda a coletividade.

Por fim, há o *lazer*, função urbanística não menos importante, vez que todas as pessoas têm direito ao entretenimento, à diversão, às horas livres de relaxamento e desempenhar atividades distintas das do trabalho, visando alimentar e relaxar o corpo e o espírito. Desta forma, o lazer é o entretenimento, o descanso, a folga, o ócio.

Oportuno salientar as considerações trazidas pela Carta de Atenas, acerca do lazer, em seu parágrafo 32:

... As horas de trabalho, em geral muscular e nervosamente extenuantes, devem ser seguidas, a cada dia, por um número suficiente de horas livres. Essas horas livres, que o maquinismo infalivelmente ampliará, serão consagradas a uma reconfortante permanência no seio de elementos naturais. A manutenção ou a criação de espaços livres, são, portanto, uma necessidade e constituem uma questão de saúde pública para a espécie²⁴.

Ora, daí vislumbra-se a enorme importância das áreas verdes para cada indivíduo e para toda a sociedade, pois são instrumentos eficazes de exercício e viabilização das funções urbanísticas, especialmente o lazer.

3.2.3 Meio ambiente urbano

Em última análise, o objetivo maior do urbanismo é prestar-se como instrumento de se alcançar um meio ambiente urbano sadio, capaz de proporcionar aos habitantes das cidades boa qualidade de vida.

²³ FREITAS, José Carlos de, obra citada, p. 296.

²⁴ OLIVEIRA, Carolina Camarine de. Tutela Legal das Praças Públicas. Presidente Prudente, p. 44, nov. 2001.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, conceituou meio ambiente dando-lhe caráter de patrimônio social e o considerou imprescindível à qualidade de vida: “*Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. (grifei).

O legislador constituinte de 1988 adotou a idéia de meio ambiente do art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981, que o definiu como um conjunto de elementos que integram a vida humana :

Art. 3º. Para os fins previsto nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Ao esclarecer a definição de meio ambiente, reporto-me ao magistério de José Afonso da Silva, para quem:

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas...²⁵

Seguindo esta linha de pensamento, o meio ambiente é dividido em dois aspectos fundamentais. Em *sentido estrito*, denominado meio ambiente *natural*, considerando apenas os bens da natureza, tais como a água, ar atmosférico, solo, fauna e flora, observando as causas e efeitos que efetivamente os influenciam e, em *sentido amplo*, que abarca não só o meio ambiente *natural*, como também o *artificial*, compreendendo toda área urbana criada pelo homem, conhecido como espaço urbano fechado, e também o espaço urbano aberto, formado por equipamentos públicos, incluindo-se as áreas verdes e institucionais, dentre outras, e *meio ambiente cultural* constituído pelo patrimônio histórico, artístico, turístico, arqueológico e paisagístico.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. *Malheiros Editores*, São Paulo, p. 2. 1997.

O *meio ambiente urbano* está inserido no meio artificial, eis que é formado não pela ação da natureza, mas também pelo comportamento do homem que constrói edificações e forma os centros urbanos, fazendo destes espaços o lugar onde constrói suas relações sociais e desenvolve as atividades essenciais da vida moderna. Daí, nota-se a importância da qualidade de vida nestas áreas urbanizadas, que influenciam diretamente o meio ambiente urbano, sendo certo que o urbanismo é o único instrumento capaz de protegê-lo e torná-lo melhor, considerando as suas funções e, sobretudo, observando as normas urbanísticas.

3.2.4 Regime jurídico urbanístico

Foi na Europa, berço das primeiras civilizações e o local onde ocorreram as primeiras organizações urbanas e os primeiros consideráveis movimentos demográficos, que surgiram as primeiras manifestações legislativas. Sobre este fenômeno inicial, Sérgio A. Frazão do Couto, com propriedade, pondera que:

... a Europa o continente que mais de perto sentiu a pressão demográfica em torno dos núcleos urbanos, é que se desenvolveram as primeiras regras jurídicas sobre urbanismo e os primeiros estudos legislativos visando o ordenamento legal para a fixação do homem ao solo citadino, na suposição de uma convivência mais harmônica e juridicamente melhor tutelada.²⁶

Portanto, assim como em vários outros ramos do direito, foi no continente europeu onde, de fato, nasceu o direito urbanístico, com o surgimento das primeiras leis referentes à matéria.

No Brasil, também devido ao grande crescimento populacional e à conseqüente expansão das cidades no século XX, criou-se a necessidade de novas normas que regulassem a ocupação dos espaços urbanos, e a construção de moradias com a necessária atuação do Poder Público para garantir boa qualidade de vida para seus moradores, a fim de evitar conflitos sociais cada vez

²⁶ COUTO, Sérgio A. Frazão do. Manual teórico e Prático do Parcelamento Urbano. *Forense*, Rio de Janeiro, p. 8. 1981.

mais prováveis frente à desordenada expansão urbana, tornando os espaços cada vez mais escassos e disputados.

As normas de direito urbanístico são o principal meio utilizado para o efetivo exercício das funções urbanísticas pelo Poder Público. Assim, como já visto, tais normas são de ordem pública, cogentes e gerais. Sua essência não visa compor os conflitos, mas sim coordenar e controlar o desenvolvimento urbanístico, a fim de se obter um ambiente habitável organizado e saudável.

O direito urbanístico é composto por normas técnicas de planejamento ou normas-fins, que disciplinam a utilização do solo, a forma do traçado urbano, as áreas destinadas aos espaços livres e às áreas verdes. Disciplinam também as edificações, a funcionalidade do sistema viário e os serviços públicos. Por fim, estabelece as normas de construção ou normas-meio que buscam assegurar a observância das normas técnicas.

Segundo o professor José Afonso da Silva, as regras de direito urbanístico classificam-se como normas de *sistematização urbanística*, concernentes à estrutura dos espaços habitáveis; normas de *intervenção urbanística*, que visam limitar o direito de propriedade e o direito de construir; normas de *controle urbanístico*, que objetivam controlar o comportamento do indivíduo frente ao uso do solo²⁷.

O Direito Urbanístico é disciplina ainda pouco desenvolvida em nosso país, notadamente em razão do pouco interesse dispensado pelas autoridades públicas, motivo pelo qual sua autonomia científica é por demais discutida pela doutrina, com uns entendendo tratar-se de ramo do Direito Administrativo e outros afirmando pertencer ao Direito Econômico e alguns, ainda, sustentando estar inserido no Direito Ambiental.

É certo, contudo, que nos dias de hoje esta importante área do direito brasileiro vem ganhando enorme importância, não só pelas funções que visa exercer, mas, sobretudo, pelo seu reconhecimento pela Constituição federal, que em seu art. 24, inciso I, atribuiu competência concorrente para a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre matéria administrativa. Frise-se, ainda, que a matéria é tratada também pela Constituição Paulista no art. 188, inciso IV,

²⁷ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 54.

proibindo aos municípios alterarem a destinação de áreas verdes e institucionais, para depois aliená-las.

No mais, em vários outros dispositivos constitucionais, existem previsões de proteção à propriedade e seu atrelamento à sua função social. Ao planejamento urbanístico, ao uso e à ocupação do solo urbano, assim como aos meios de intervenção urbanística. Ressalte-se ainda, que nos últimos tempos, a sociedade e a comunidade jurídica brasileira presenciaram um grande e importante fenômeno legislativo no Brasil, pois advieram normas de Direito Urbanístico de enorme importância para o mundo jurídico e, especialmente, para a sociedade, como a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79) e, mais recentemente, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), o que demonstra a preocupação do legislador com este ramo do direito, mesmo com um enorme caminho a ser trilhado no campo legislativo. Por estes motivos, o Direito Urbanístico vem reclamando maior atenção dos poderes públicos brasileiros.

3.3 Parcelamento do solo urbano

3.3.1 Introdução

O parcelamento do solo urbano, assim como as demais questões urbanísticas, carecia de uma regulamentação mais abrangente do direito brasileiro, eis que despertava pouco interesse do Poder Público e de vários setores da sociedade além dos empresários que pouco respeitavam qualquer regra ao criar e comercializar loteamentos.

Desta forma, a Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979, também conhecida como Lei Liehmann, veio para mudar esta situação que se agravava a cada dia com a grande explosão populacional que ocorria na maior parte das cidades brasileiras e, apesar de apresentar falhas e omissões quanto a algumas questões, trouxe, outrossim, inúmeros benefícios que devem ser destacados.

O primeiro deles é que esta lei urbana passou a chamar atenção da administração pública da União, dos Estados e dos Municípios, além de

coordenar e disciplinar o crescimento urbanístico brasileiro, de forma a proporcionar um meio ambiente urbano mais saudável.

A propósito, foi a partir daí que a preservação ambiental passou a ser tratada de forma mais séria e rigorosa, com uma inédita lei de âmbito nacional que tratasse da matéria urbanística, estabelecendo obrigações aos loteadores e conferindo poderes à Administração Pública para preservar o meio ambiente urbano.

Outra questão por demais importante e também tratada pelo diploma legal, foi a tipificação como crime, e o estabelecimento das respectivas penas, de determinadas condutas praticadas por pessoas que atuam no ramo de parcelamento do solo, especialmente no que toca à execução de parcelamentos clandestinos e irregulares nas cidades.

A proteção dos direitos dos adquirentes de lotes também não foi esquecida. Em uma época em que ainda não havia o Código de Defesa do Consumidor, esta lei trouxe enormes benefícios para quem pretendia comprar um terreno, estabelecendo regras para elaboração e cumprimento dos contratos e para a execução dos parcelamentos urbanos, regulando os registros dos loteamentos e desmembramentos.

Também, municiou o Ministério Público para defesa dos interesses difusos e coletivos, o que se confirmaria anos depois, com a lei da Ação Civil Pública e, principalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, que deu a esse órgão maiores atribuições e poderes na defesa dos direitos trans-individuais. Frise-se, por fim, que a Lei 6.766/79 concedeu maiores poderes aos municípios, atribuindo-lhes maior autonomia para coordenação e execução de políticas urbanas de interesse municipal. Acerca do tema, interessante trazer o comentário do doutrinador Sérgio A. Frazão do Couto, feito a poucos anos de vigência da referida norma urbana:

Ressalte-se a importância que a nova lei conferiu aos municípios, como condutores da política de uso do solo urbano, recuperando para esta esfera de poder as rédeas de decisão acerca de seus interesses, atualmente tão combatidos com a invasão de outros poderes e

entidades estranhas aos problemas urbanísticos, como é o caso do INCRA²⁸

Foi louvável a intenção do legislador de, em conferindo maiores atribuições aos municípios, limitar os poderes de outros órgãos públicos que não conseguiam cumprir suas obrigações já àquela época. É certo, entretanto, que várias questões urbanas passaram por grandes e sadias evoluções, após o advento desta lei como, por exemplo, a preservação de mananciais, urbanização de áreas destruídas pela erosão e criação, preservação e melhorias de áreas verdes, como bosques e praças, o que se presencia em muitas cidades. Contudo, em muitos casos, os poderes públicos municipais não souberam administrar a autonomia que passaram a dispor sobre esta importante matéria urbana.

Não raro, após a aprovação do loteamento, muitos municípios, notadamente os paulistas, ainda alteram a destinação de áreas destinadas a toda coletividade, tais como as áreas verdes e as institucionais, o que é expressamente vedado pela Constituição Paulista, em seu artigo 180, inciso VII. O tema será discutido mais profundamente no próximo capítulo.

3.3.2 Loteamento, parcelamento e desmembramento

O surgimento das cidades e seu crescimento deram ensejo à divisão jurídica do solo, de forma a proporcionar uma melhor distribuição de riquezas, evitando-se que um grande número de terras pertencesse a um pequeno número de pessoas o que, sem dúvida, impediria o desenvolvimento urbano.

A partir daí, surgiu o *parcelamento*, que provém de *parcela*, palavra de origem francesa *parcelle*, e que se tornou ainda mais importante e fundamental no último século, com o crescente êxodo rural e o desordenado crescimento urbano que provocou enormes aglomerações humanas em espaços sem qualquer infraestrutura. Assim, viu-se no *parcelamento urbano* a única saída para pôr fim ou, ao menos, atenuar este grave problema.

²⁸ COUTO, Sérgio A Frazão do, obra citada, p. 406.

Parcelar significa *fracionar, dividir ou subdividir*. O parcelamento do solo é a divisão de uma grandeza territorial em número legalmente limitado de grandezas territoriais menores, regidas e protegidas pelo direito.²⁹

Há que se destacar o importante magistério de Pontes de Miranda, para quem o parcelamento “*é a transformação de terreno em dois ou mais de dois: o terreno velho desaparece, surgindo os novos...*”.³⁰

Para o professor José Afonso da Silva, o parcelamento urbanístico do solo:

... é o processo de urbanização de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão e, parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas. Importa na mudança das dimensões ou confrontações dos imóveis para fins de urbanificação.³¹

E prossegue o autor, ressaltando a diferença entre o parcelamento urbano e o rural: “*Falamos em parcelamento urbanístico do solo para distingui-lo do parcelamento da terra para fins rurais que é assunto do direito agrário, enquanto aquele é de Direito Urbanístico*”³²

Portanto, existe o parcelamento de áreas rurais, que são tão importantes quanto o urbano, objeto do presente estudo. O parcelamento urbano é o gênero que possui como espécies o loteamento e o desmembramento.

O *loteamento* possui definição legal no § 1º do art. 2º da Lei 6.766/79:

§ 1º- Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Partindo-se do princípio de que o loteamento é uma espécie de parcelamento, há o requisito básico de que exista, em primeiro lugar, a subdivisão de uma gleba em dois ou mais lotes.

²⁹ COUTO, Sérgio A Frazão do, obra citada, p. 05.

³⁰ Miranda apud Silva, obra citada, p. 294.

³¹ SILVA, José afonso da, obra citada, p. 294.

³² SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 294.

Para esclarecer a idéia de loteamento, oportuno trazer o conceito mais completo do professor José Afonso da Silva:

loteamento é a divisão das quadras em lotes com frente para logradouro público(...)este é um tipo de parcelamento do solo que se configura com o retalhamento de quadras para a formação de unidades edificáveis (lotes) com frente para a via oficial de circulação de veículos. O termo se refere tanto à operação de lotear como ao seu resultado (área loteada).³³

Hely Lopes Meirelles, pondera que:

...o loteamento é o meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da Prefeitura, para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e dos espaços livres ao Município e a alienação dos lotes aos interessados...³⁴

O loteamento é um importante instrumento de urbanização que se caracteriza pela divisão de um espaço em dois outros ou mais, em local que faça frente à via pública de trânsito, com plenas condições para que se possa ali construir e morar, respeitadas todas as exigências legais para tanto.

Tal como o loteamento, o *desmembramento* é uma espécie do gênero parcelamento e está sujeito ao mesmo regime jurídico daquele, por imperativo do art. 11 da Lei de Parcelamento Urbano. A já revogada Lei nº 9.785/99, que alterou a redação do § 2º do art. 2º, definia desmembramento como:

Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desdobramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 2º Considera-se desmembramento a subdivisão total ou parcial da gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, ressalvados a modificação, a ampliação e o prolongamento dos já existentes ou a abertura de uma única via pública ou particular de acesso exclusivo aos novos lotes.

³³ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 296.

³⁴ Meirelles apud Silva, obra citada, p. 296.

A divisão da gleba em lotes aproveitando-se toda a estrutura viária já existente naquele local caracteriza o desmembramento, e o distingue do loteamento que sempre irá implicar a criação de novas vias e logradouros públicos, ou ainda, na ampliação, modificação ou prolongamento das que já existem. Portanto, desmembramento é todo parcelamento que não for loteamento.

Existem, porém, semelhanças entre as duas espécies de parcelamento urbano. A principal delas é que, por imperativo da lei de parcelamento urbano, ambas se procedem com o objetivo de edificação para fins urbanos, cabendo aos municípios estabelecer normas complementares que regulem as construções nestes locais, de acordo com as particularidades de cada município.

Por fim, deve-se ressaltar que existem três outros institutos que também são modalidades de parcelamento do solo. O *arruamento*, que é a divisão do solo através de vias públicas que ensejam a formação de quadras entre elas; o *desdobro de lote* que é a cisão de um lote para a formação de um ou mais novos lotes; e, finalmente, o *reparcelamento*, também conhecido como *remembramento* ou *reloteamento*, que nada mais é que uma nova divisão de uma área já parcelada, imposta de forma obrigatória, com o objetivo de tornar regularizada a forma das parcelas e distribuir de maneira igualitária aos proprietários as conseqüências da oneração do lote.

3.3.3 Requisitos urbanísticos

O bem-estar da população depende de vários fatores que devem, em conjunto, satisfazer de forma eficiente todas as necessidades fundamentais à boa qualidade de vida dos habitantes de cada lugar. Desta forma, áreas de lazer, como praças e jardins, além de ruas e calçadas adequadamente construídas e um estrutura para os serviços públicos essenciais, dentre outros, são algumas das necessidades da comunidade que habitam determinado lugar pois, se assim não fosse, certamente enormes prejuízos causariam a toda a coletividade.

Pela importância do bem maior que é a vida, a lei de parcelamento do solo urbano impôs algumas condições para a aprovação do projeto de loteamento e foi

além, delegando ao Poder Público local a faculdade de ampliá-las, de acordo com as carências e necessidades de cada região.

Dentre elas, a mais importante é a exigência do inciso I e parágrafo único do art. 4º, que foram alterados pela Lei 9.785/99, e estabelecem que:

Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, os seguintes requisitos:

I – as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

E transfere a lei ao legislador municipal a faculdade de estabelecer outros requisitos:

§ 1º A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

Ressalte-se que, dentre as alterações provocadas pela Lei nº 9.785/99, a principal delas, sem dúvida, foi a extinção da obrigação do mínimo de 35% da gleba reservada às áreas a que se refere o inciso I, ou seja, as áreas institucionais, de acordo com a conceituação que se fará oportunamente, salvo quando os loteamentos tivessem destinação industrial e fossem maiores que 15.000 m² (quinze mil metros quadrados), hipótese em que o Poder Público municipal poderia reduzir este limite mínimo.

Desta forma, o § 1º deixou de referir-se aos requisitos dispostos no inciso I. Contudo, certamente não se reduziu a importância e, principalmente, a necessidade urbana de se fornecer à população áreas destinadas a sistemas de circulação, equipamentos urbanos e comunitários (segundo o art. 5º em seu parágrafo único, a estrutura destinada ao abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais e rede de telefonia e de gás canalizado) e, finalmente, espaços livres de uso público, que serão determinados conforme a concentração de habitantes do parcelamento.

Uma vez observados os requisitos contidos no art. 4º, a Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal, conforme cada situação, deverão ser solicitados do loteador para que defina os parâmetros que deverão de ser seguidos pelo projeto de loteamento. Superada esta etapa, o projeto deverá ser detalhadamente elaborado e submetido à aprovação daqueles mesmos entes da Federação, observado assim o que estabelece o art. 12 da Lei 6.766/79.

Somente após cumprido este procedimento é que o loteamento poderá ser encaminhado ao Registro de Imóveis e, a partir daí, por força do art. 22, todas as vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a prédios do Poder Público e a outros equipamentos urbanos, passarão ao domínio do Município, quando então, tais áreas não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo nas hipóteses de caducidade da licença ou desistência daquele, respeitando, portanto, o disposto no art. 17.

Contudo, a grande questão reside neste ponto, especialmente no Estado de São Paulo, onde os Municípios, arbitrariamente, vêm alterando a destinação destas áreas.

4. DAS ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAIS

4.1 Origem e conceito

4.1.1 Áreas Verdes

Desde a antigüidade, as áreas verdes se prestavam para o descanso e diversão de sacerdotes e grandes autoridades do Império. Na Grécia, estas áreas se prestavam a encontros entre pessoas e lugar ideal para se transmitir ensinamentos. No Império de Roma, era objeto que significava riqueza e prosperidade, portanto, somente as famílias mais abastadas é que tinham este privilégio. Na Idade Média, as áreas verdes localizavam-se no interior das quadras, porém, o crescimento e a prosperidade daquela época fez com que fossem tomadas pelas construções daquele tempo. No Renascimento, acompanhando todo o movimento artístico da época, as áreas verdes tornaram-se grandes criações artísticas, lugares de distração e descanso no Romantismo.

Com a Revolução Industrial, os espaços verdes deixaram de ser meros locais de prazer e diversão para tornarem-se essencial para o meio ambiente urbano, passando a necessidade higiênica, de recreação para até de defesa e recuperação do meio urbano em face da degradação dos agentes poluidores.³⁵

A Carta de Atenas veio confirmar esta nova função das áreas verdes, e estabeleceu que:

todo bairro residencial deve contar com superfície verde, necessária para a ordenação dos jogos e desportos dos meninos, dos adolescentes e dos adultos" (...) "novas superfícies verdes devem destinar-se a fins claramente definidos: devem conter parques infantis, escolas, centros juvenis ou construções de uso comunitário, vinculados intimamente à vivenda³⁶.

³⁵ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 247.

³⁶ SILVA, José Afonso da, Obra citada, p. 247.

Observa-se, portanto, que a histórica importância das áreas verdes justifica a especial atenção dispensada pelo Direito Urbanístico, que se preocupa especialmente com as normas de política urbana voltadas para o alcance de um meio ambiente urbano capaz de fornecer boa qualidade de vida para os cidadãos, dispensando a estas áreas um regime jurídico específico.

É certa a importância das áreas verdes para a coletividade, notadamente nos dias de hoje. Qual, porém, o verdadeiro conceito destes espaços tão fundamentais para a comunidade?

A expressão área verde é utilizada pela Constituição Paulista no art. 180, inciso VII, quando se refere à vedação de alterar sua destinação. Contudo, não há definição legal no direito brasileiro. A doutrina e a jurisprudência trazem importantes elementos que auxiliam a formação do conceito destas áreas públicas.

Eis a lição esclarecedora de José Afonso da Silva:

... porquanto o que caracteriza as áreas verdes é a existência de vegetação contínua, amplamente livre de edificações, ainda que recortada de caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros meios de passeios e divertimentos leves, quando tais áreas se destinem ao uso público.

... cumpre apenas acrescentar que nem toda áreas urbana arborizada entra no conceito de área verde. Nestas, o verde, a vegetação, destinada, em regra, à recreação e ao lazer, constitui aspecto básico do conceito, o que significa que, onde isso não ocorrer, teremos arborização, mas não área verde, como é o caso de uma avenida ou uma alameda arborizada, por que, aqui, a vegetação é acessória, ainda que seja muito importante, visto que também cumpre aquela finalidade de equilíbrio ambiental, além de servir de ornamentação da paisagem urbana e de sombreamento à via pública.³⁷

Ora, resta claro que a *continuidade* e o fim maior de *recreação* são os elementos caracterizadores das áreas verdes, e as distinguem das demais concentrações vegetais urbanas, eis que toda sua estrutura é voltada para atender o lazer, o descanso e o deleite da comunidade.

³⁷ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 247-248.

Assim, conceitua-se *área verde* como todo espaço urbano de vegetação formada pelo homem ou já existente, formado por um conjunto de elementos materiais voltados para o lazer e recreação da população, tais como os bosques, parques ou jardins, desde que com vegetação predominante.

4.1.2 Áreas Institucionais

A inexistência de definição legal é também o problema enfrentado ao conceituar as áreas institucionais, as quais, como as áreas verdes, foram mencionadas pela Carta Paulista quando proibiu a sua desafetação pelo Poder Público Municipal. Contudo, a jurisprudência, especialmente do Tribunal de Justiça de São Paulo, vem procurando conceituar estes espaços.

De fato, o relator Desembargador Renan Lotufo, em V. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ponderou:

As áreas destinadas à implantação de equipamento urbano e comunitário e os espaços livres de uso público são áreas institucionais ...”

... Como visto, trata-se aqui de área destinada a sistema de lazer, destacada das áreas reservadas ao sistema de circulação, tais como ruas, praças e avenidas. É área reservada para fim específico comunitário e de utilidade pública, como é o lazer³⁸

Todo o espaço público de loteamento destinado ao sistema de circulação, à instalação de equipamento urbano para a comunidade, áreas verdes como praças e jardins, os espaços livres de uso da população em geral, vias públicas e

³⁸ “BENS PÚBLICOS – área destinada ao sistema de lazer – Concessão para exploração do comércio, clubes de serviço e indústrias – Possibilidade conversão em doação – Área originalmente destinada à implantação de um conjunto habitacional – Loteamento pertencente ao município desde à data do seu registro – Uso comum do povo – Lei 6.766/79 – Configuração da área como equipamento comunitário – Área institucional – Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade de lei – Votos vencedores e vencidos.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 16.500.0 – São Paulo – Rel. Des. Renan Lotufo – j. 24/24/11/93 – JTJ, Lex, 154/266).

áreas destinadas a prédios públicos consideram-se *área institucional*³⁹, eis que já definido assim pelo loteador, no projeto de loteamento, por imperativo legal.

Áreas Institucionais são os espaços livres, com fins comunitários de utilidade pública, como escolas, hospitais, pronto socorro, áreas de convivência de idosos, dentre outros e os sistemas de lazer, como por exemplo, áreas reservadas para prática de esportes, assim como todos os espaços com fins públicos. Frise-se novamente que, por força da Lei 6.766/79, estas áreas são definidas no projeto de loteamento para que estejam disponíveis de forma livre à população para que ali encontre um local ideal para o lazer e a recreação. O *lazer* é a entrega à ociosidade repousante e *recreação* é a entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo.⁴⁰ Ambos são direitos sociais constitucionalmente garantidos pelo art. 6º da Carta da República:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

Portanto, não obstante a Constituição Paulista haver se referido de forma distinta às áreas verdes e às Institucionais, ambas igualmente são eficazes instrumentos de viabilização de um meio ambiente urbano sadio e equilibrado.

4.2 Domínio do Município

³⁹ Oportuno trazer à colação o conceito de área Institucional definido pela Lei Complementar nº 032/96 do Município de Presidente Prudente, que regula o parcelamento urbano: “Art. 2º - Para fins desta lei, são adotadas as seguintes definições: **ÁREA INSTITUCIONAL** – são as áreas a serem doadas ao município e destinada à construção de escolas, postos de saúde, creches, prédios administrativos municipais, delegacias e outros prédios públicos.” Frise-se ainda, que tais áreas, assim definidas como institucionais pela referida legislação, são incluídas no conceito de áreas de lazer, assim como as áreas verdes, não obstante o legislados não haver utilizado este termo, de acordo com o inciso IV do mesmo artigo 2º: “IV. **ÁREAS DE LAZER** – são as áreas a serem doadas ao município para fins de construção de praças, parques e outras atividades de recreação. Note-se que o legislador municipal identifica estas áreas sob o prisma da lei 6.766/79, aos referir a elas como “as áreas a serem doadas aos município(...)”.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da, obra citada, p. 248.

Como visto alhures, para que um loteamento seja aprovado e apto a submeter-se ao registro de imóveis, deve-se observar todo o procedimento disciplinado na lei de parcelamento (vide item referente aos requisitos urbanísticos).

Uma vez submetido ao registro de imóveis, as áreas verdes e as Institucionais, assim como as demais descritas no art. 22, contidas no projeto, passam a pertencer ao domínio do Município:

Art. 22. Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Esta forma de transmissão de domínio independe de qualquer outra formalidade, bastando, para tanto, o ato de registro do loteamento no Cartório de Imóveis. A partir daí, essas áreas passam a integrar o domínio do Município. Tal integração é conhecida pela doutrina como *concurso voluntário*, posto que o proprietário da gleba perderá parte da área e o ente público a adquirirá⁴¹.

Trata-se de ato jurídico perfeito que cria direito adquirido para a Município sobre aquelas áreas de uso da população em geral⁴². Desta forma, a municipalidade poderá dispor desses espaços da forma que melhor lhe aprouver, respeitados os limites impostos por leis hierarquicamente superiores.

Ressalte-se, por oportuno, que o particular que, compulsoriamente, cede essas áreas para o poder municipal não tem direito de reclamar indenização pelas mesmas, já que não há razão para tanto, posto que a lei de parcelamento procurou prestigiar interesse público, superior ao particular⁴³.

A partir daí, as áreas de uso comum, dentre as quais os espaços verdes e as áreas institucionais, não mais poderão ter sua destinação alterada pelo

⁴¹ OLIVEIRA, Carolina Camarine de. Obra citada, p. 57.

⁴² “As áreas destinadas a vias e logradouros públicos passam para o domínio público, independentemente de título aquisitivo e transcrição no registro de imóveis” (STF, RE 73.044, RTJ, 62/465 e RE 71.994, RTJ, 62:152-6)

⁴³ “Loteado o imóvel, as áreas destinadas a ruas, como bens de uso público, ficam excluídas do domínio do loteador e não são indenizáveis pelo Município a título de expropriação indireta” (STF, RE 79.716, 5-11-74, RTJ, 79:914-20).

loteador, exceto nos casos de caducidade ou desistência do loteamento, observadas aí as condições impostas pelo art. 23. Frise-se, ainda, que este efeito retroage à data da aprovação do projeto de loteamento:

Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta lei.

É clara a intenção do legislador em transferir ao administrador municipal a função de proteger tais áreas públicas, concedendo-lhes o domínio sobre as mesmas.

Com efeito, infelizmente, observa-se nos dias de hoje os Municípios extrapolando o direito de domínio sobre esses espaços públicos que lhes foi outorgado pela lei de parcelamento. Não raro, os administradores municipais, gozando do poder que dispõem sobre estas áreas de uso comum, concedem direito de uso a terceiros⁴⁴ ou alteram sua destinação através de leis municipais inconstitucionais, para que os mesmos passem ao seu patrimônio ordinário, tornando-se bens dominiais para, assim, os alienarem a particulares, deixando de cumprir seu papel de protetor desses espaços públicos para tornarem-se os maiores causadores de danos aos mesmos.

Ressalte-se que, antes de os municípios legislarem visando alterar a destinação de áreas verdes e institucionais, há que se atentar se essas áreas perderam naturalmente o fim de uso comum do povo (desafetação tácita), o que é possível, já que estes espaços estão sujeitos a ação de agentes externos. Esta hipótese, contudo, é remota.

⁴⁴ “Ação Civil Pública. Lei Municipal que estabeleceu concessão de uso por tempo indeterminado e a título gratuito de imóvel previsto em loteamento como destinado a área verde. Inconstitucionalidade. Anulação dos atos decorrentes. Sentença mantida” (Apelação 223.202-1/2 – Birigüi – 1º Câmara Civil, Rel. Des. Roque Mesquita – j. 28/03/95 – v.u).

“Desafetação de área de uso comum do povo para área dominial. Concessão de direito real de uso, a título gratuito, a empresa privada, para construção de mercado. Destinação e fins específicos que não podem ser alterados. Violação ao art. 180, VII, da Constituição Estadual. Anulação da Lei Municipal que autorizou a cessão. Inconstitucionalidade decidida incidentalmente. Desnecessidade de ação direta” (Relator Ruy Coppola, v.u., Ap.Cível 270573-1, Dracena, 1.º Câmara de Direito Público).

Observa-se um grande número de loteamentos irregulares cujo causador da irregularidade é o próprio município. Trata-se de uma enorme inversão de valores, eis que conveniências políticas se sobrepõem ao interesse público, causando danos de grande monta ao patrimônio, cuja maior interessada é a própria comunidade

Sobre este verdadeiro atentado a toda a coletividade, oportuno trazer as informações de João Batista Galhardo, no Seminário Internacional de Direito Urbanístico e Registral:

Em muitos casos, até mesmo antes do registro do loteamento, espaços livres constantes do projeto e do memorial descritivo são prometidos para particulares construir sedes de clubes recreativos, indústria, comércio e até mesmo para a construção de casas populares(...)⁴⁵

Ora, tal comportamento dos poderes públicos municipais que, como veremos oportunamente, afronta a lei de parcelamento e as Constituições Estadual e Federal, procura beneficiar alguns setores da sociedade, o que pode trazer melhor retorno político para quem está à frente destes atos. Evidentemente, não se pode prestigiar estas conveniências em detrimento do interesse social. Não seria moral nem legal.

4.3 Justificativa dos Municípios

As explicações dadas pelos municípios para desafetarem essas áreas públicas, para depois as alienarem são as mais diversas possíveis e, basicamente, variam de acordo com o destinatário da transferência, sendo a maior parte das justificativas de conotação assistencialista. Entretanto, vamos nos ater aos motivos que poderiam ser juridicamente sustentáveis.

Alguns municípios alegam que a transmissão desses bens públicos a particulares visam prestigiar, sim, o interesse social, pois seriam criados mais empregos para a população de baixa renda e, caso o espaço público em questão

⁴⁵ GALHARDO, João Batista, O Poder público municipal e a burla da lei do parcelamento do solo. *Revista de Direito Imobiliário do IRIB*, nº 48, jan./jun. 2000.

for transferido a entidades beneficentes, o serviço de cunho social prestado por estas beneficiaria a todos os que moram naquelas proximidades. Porém, estes argumentos são facilmente espancados.

De fato, uma área pública não tem o condão de criar tantos empregos como, por exemplo, uma indústria que possa ocupar este espaço que, lembremos, é de uso comum do povo. Entretanto, é função do Estado fornecer às classes mais desfavorecidas melhores condições de vida, e não há dúvida de que um meio muito eficaz para tanto é a geração de empregos. É certo, entretanto, que existem várias formas deste objetivo ser alcançado, que não impliquem a transferência deste patrimônio a particulares.

Também não pode prosperar o argumento de que a população seria beneficiada com os serviços sociais prestados por entidades assistenciais que se instalem nestes espaços públicos. Não obstante estas atividades sejam por demais louváveis, não pode o Estado socorrer-se a elas para justificar a transferência destes bens, pois também é dever da administração pública fornecer aos cidadão todos os serviços básicos, tais como saúde, educação, entretenimento, dentre outros.

No mais, como já vimos, essas áreas, quando respeitada sua destinação, são um importante instrumento do Estado para fornecer à coletividade acesso a outros direitos sociais, tais como o lazer e um meio ambiente urbano sadio, o que, certamente, poderá favorecer um número bem maior de pessoas.

Outro fundamento bastante utilizado pelos administradores municipais é o de que uma lei municipal autorizando a desafetação de áreas verdes ou institucionais é suficiente para que esses bens possam ser alienados a particulares.

Primeiramente, há que se ressaltar aos que sustentam esta tese, que a Lei de Parcelamento já vedava a alteração da destinação destes espaços públicos.

Como já analisado anteriormente, o loteador, para que possa ver seu loteamento aprovado, é obrigado a reservar parte da gleba para espaços de uso comum do povo (art. 4º da lei 6.766/79) e, uma vez registrado o projeto no

Cartório de Imóveis, tais bens passam a integrar o domínio do Município, conforme dispõe o art. 22 da mesma norma⁴⁶.

Frise-se que, quando o legislador afirma no art. 17 que é defeso ao loteador alterar a destinação destes espaço reservados, já previu as conseqüências negativas que este fato poderia causar à sociedade e, por esta razão, criou-se uma verdadeira instituição dentro dos loteamentos que deve ser protegida em favor de toda a população, mantendo-o livre para o uso comum.

Ora, é vedado, ao Poder Público Municipal alterar o fim de uma área que já teve sua destinação prevista pela Lei de Parcelamento. Acerca desta limitação ao poder dos municípios, leciona Lúcia Valle Figueiredo:

Assim sendo, é dever do Município o respeito a essa destinação, não lhe cabendo das às áreas que, por força da inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, passaram a integrar o patrimônio municipal qualquer outra utilidade. Não se insere, pois, na competência discricionária da Administração resolver qual a melhor finalidade a ser dada a estas ruas, praças, etc. A destinação já foi preliminarmente determinada.⁴⁷

Tais razões já são suficientes para demonstrar a inexistência de fundamento legal que justifique a conduta dos municípios que criam leis que alteram o fim destes bens públicos, passando-os à condição de dominiais, para depois transferi-los a particulares. Entretanto, sem tirar-lhe a importância, são aplicados somente de forma subsidiária no caso em tela, eis que o maior argumento reside na Constituição do Estado de São Paulo que veda, de forma expressa, a alteração da destinação das áreas verdes e institucionais pelo administrador municipal. É o que passaremos a expor com mais profundidade a seguir.

⁴⁶ “Implantados os loteamentos designados como Parque Residencial Nelson Calixto e Parque Residencial Américo, os Espaços livres e áreas verdes e institucionais neles contidos, passaram a integrar o domínio público da Municipalidade de Birigüi. Nos termos da regra contida nos arts. 17 e 22 da Lei 6.766/79, passaram a constituir-se em bens de uso comum do povo. (...) Ademais, a lei 6.766/79 proíbe a alteração da destinação das áreas verdes e institucionais, após aprovação e registro de loteamentos urbanos (art. 4º, I, parágrafo 1º e 28). Em conseqüência, as áreas verdes e institucionais dos loteamentos em questão, considerados como bens comuns de uso do povo não podem ser objetos de desafetação e alienação porque altera a destinação originalmente estabelecida nos projetos regularmente aprovados e registrados”. (Apelação Cível nº 201.894-1/8 – Birigüi – Rel. Melo Colombi – j. 03/02/94 – v.u.)

⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 41, 1980.

4.4 Constituição Paulista

O Carta da República de 1988, em seu art. 25, *caput*, previu a competência concorrente entre os Estados da Federação por meio do Poder Constituinte derivado: *Art. 25. Os Estados Organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*

Assim, conferiu aos Municípios, de forma expressa, a competência para legislarem de forma suplementar sobre as questões relacionadas no art. 24, dentre as quais o urbanismo:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;(grifou-se)

Demonstrou sensibilidade o legislador constituinte ao limitar à União o estabelecimento de normas gerais, de forma que os Estados e o Distrito Federal estabeleçam normas de forma suplementar sobre os assuntos tratados no art. 24, dentre os quais, o urbanismo, eis que, devido à proximidade com os problemas regionais, podendo solucioná-los de forma mais eficaz.

A Constituição do Estado de São Paulo, desta forma, não fechou os olhos para este crescente problema urbano e, usando da competência determinada pela Carta de República, reforçou a legislação urbanística já existente na tentativa de impedir esta prática que crescia entre os municípios. Desta forma, dispõe o art. 180, inciso VII:

Art. 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios asseguram:

VII- as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originalmente estabelecidos alterados.(grifos meus)

Não restam dúvidas, portanto, de que esta norma limitadora aos municípios contida na Constituição Estadual tem absoluta validade, eis que a mesma provém do Poder Constituinte derivado. É certo que o legislador estadual, procurou dispensar tratamento diferenciado a estas áreas peculiarmente destinadas a fins comunitários e sociais. E não haveria de ser diferente, eis que, se os poderes públicos municipais passarem livremente a criarem leis que desafetem todos os bens públicos de uso comum, passando-os a bens dominiais para serem alienados a particulares, nossas cidades entrariam em um verdadeiro caos urbano o que, certamente, provocaria um enorme desequilíbrio nas condições de vida dessas cidades.

4.4.1 Inconstitucionalidade da Lei Municipal

Note-se da leitura do já citado art. 24, inciso I, a limitação pelo legislador constituinte da competência concorrente para legislar sobre os assuntos previstos naquele artigo somente à União e aos Estados, excluindo os Municípios, reservando a estes a competência *residual* para legislarem sobre as questões urbanas, conforme o art. 30 e incisos I, II, e VIII.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

O texto constitucional foi claro ao determinar aos municípios a competência para legislar *no que couber* sobre questões de *interesse local*. Quis com isto dizer que, muito embora compete a eles estabelecerem normas sobre assuntos de âmbito municipal, inclusive urbanístico, devem, obrigatoriamente, respeitar as limitações impostas pelas legislações Federais e Estaduais, atuando em pontos onde estas forem omissas. Desta forma, não podem os Municípios

estabelecerem regras que vão contra as normas de ordem geral emanadas da União e dos Estados.

Sobre a competência dos municípios, oportuno trazer a esclarecedora lição de Alexandre de Moraes:

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber aos município complementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contrariá-las, inclusive nas matérias previstas no art. 24 da Constituição de 1988.⁴⁸ (grifei)

Contudo, notadamente na questão das leis dos municípios paulistas que alteram a destinação de áreas verdes e institucionais, há um agravante, eis que, como já vimos, tais normas vão de encontro ao que foi expressamente vedado pela Constituição do Estado de São Paulo e, desta forma, afrontam norma hierarquicamente superior. Trata-se de violação de regra constitucional estadual, decorrente do Poder Constituinte derivado dos Estados que, diante dos já citados artigos 24 e 25 da Constituição Federal, possuem plena validade.

Portanto, jamais podem os municípios, ou até mesmo o próprio Estado, criarem normas para alterarem os fins específicos desses espaços de uso comum, eis que o Princípio da Autonomia dos Municípios está subordinado aos preceitos constitucionais estaduais e federais⁴⁹.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. *Atlas*, São Paulo, p. 292, 2001.

⁴⁹ Acerca da inconstitucionalidade das leis municipais que alteram a destinação de áreas de uso comum para aliená-las posteriormente, ferindo a Constituição Paulista, é pacífica a jurisprudência:

“INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal – Propriedade destinada ao sistema de lazer transformada em área explorada pelo comércio, clubes de serviço e indústrias não poluentes, mediante concessão gratuita – Transferência do imóvel à categoria dos bens alienáveis – Violação do artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual – Norma constitucional estadual decorrente do Poder Constituinte Derivado – Área institucional – Suspensão da execução da lei Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade de lei – Votos Vencedores e Vencido” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 16.500-0, Rel. Des. Renan Lotufo – j. 24/11/93).

INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal – Desafetação de áreas verdes definidas em projeto de loteamento – Inadmissibilidade – Violação ao artigo 180, inciso VII, da Constituição estadual – Inconstitucionalidade declarada. A desafetação do bem e sua inclusão na categoria de bens alienáveis constitui operação legislativa normal, prevista no artigo 67 do Código Civil. Há necessidade, porém, de a lei subordinar-se à lei maior, para obter legitimidade. (ADIn nº 17.067-0, Re. Bueno Magano – j. 26/05/93).

4.5 Defesa das Áreas Verdes e Institucionais em Juízo

4.5.1 Considerações Gerais

O comportamento dos poderes públicos municipais de alterarem a destinação das áreas verdes e institucionais e as alienarem a terceiros, mantendo-se indiferente ao dever de manutenção e preservação destes espaços, configura fragrante desvio de finalidade ou abuso de poder por omissão, o que afronta o princípio constitucional da legalidade, que deve vigorar na atividade da administração pública, de acordo com o art. 37 da Carta da República:

INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal – Desafetação de áreas verdes definidas em loteamento – Inadmissibilidade – Violação ao artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade declarada. “As áreas definidas em projetos de loteamento como verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fins e objetivos, originalmente estabelecidos, alterados”. (ADIn nº 18.103-0, Rel. Des. Rebouças de Carvalho).

“Ação Civil Pública. Desafetação de bem de uso comum do povo. Transformação em dominial. Forma irregular. Desvio de finalidade. Dano ambiental. Nulidade de doação, bem como de sua posterior alienação. Admissibilidade. Área destinada à implantação de jardins e praças. Alteração da destinação. Importância das áreas verdes na preservação da qualidade de vida humana. Art. 180, VII, da vigente Constituição Estadual. Limitação normativa. Ação procedente. Recurso provido. Destinada uma área para determinada finalidade, defeso é ao Município a alteração desta, ainda que tal se revista dos mais altos propósitos” (ApCiv 215.797-1 – Marília – Relator: Roque Mesquita – CCiv 1, v.u. 20.12.1994).

INCONSTITUCIONALIDADE – Lei municipal 0 Propriedade destinada ao sistema de lazer transformada em área explorada pelo comércio, clubes de serviço e indústrias não poluentes, mediante concessão gratuita – Transferência do imóvel à categoria dos bens alienáveis – Violação do Artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual – Norma constitucional estadual decorrentes do Poder Constitucional derivado – Área institucional – Suspensão da execução da lei – Votos vencedores e vencido.

“Ação direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal. Dispositivos legais a autorizar a alienação de áreas verdes e institucionais destinadas a sistema de lazer coletivo. Proibição constitucional do art. 180, VII, da Carta Estadual. Alteração do fim e objetivos previamente estabelecidos. Autonomia municipal limitada a parâmetros constitucionais. Desafetação irregular. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente. Não pode a municipalidade, a título de sua autonomia de auto-organização, ditar preceitos colidentes com os princípios instituídos nas Cartas Magnas Estadual e Federal, sob pena de serem declarados nulos face à prevalência do interesse estadual ou nacional sobre o local” (ADIn de Lei 18.468-0, São Paulo, Relator: Dirceu de Mello, OESP, v.u. 09.11.1994).

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Desafetação de áreas verdes consideradas de utilidade pública. Inadmissibilidade. Violação ao art. 180, VII, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade declarada” (ADIn de Lei 17.067-0, Relator: Bueno Magano, São Paulo, 26.05.1993).

“Ação de Inconstitucionalidade. Lei Municipal. Desafetação de áreas de uso comum do povo para integrar a categoria de bem dominial. Inadmissibilidade. Hipótese de área institucional. Art. 180, VII, da Constituição Estadual. Ação procedente. Destinada determinada área, com o fim específico, de forma regular, a determinada finalidade, defeso ao Município a alteração desta, ainda que tal se revista dos mais altos propósitos” (ADIn 15893, Rel. Nelson Fonseca, São Paulo, 24.11.1993).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Desta forma, as administrações dos municípios devem em seus atos, ter como objetivo a satisfação da finalidade das normas que regulam estes bens públicos, no caso em tela, a lei de loteamento (Lei 6.766/79) e a Constituição Paulista e, quando não o fazem, descumprem a própria lei. Assim, é expressamente vedado ao município a alteração da destinação destas áreas, já estabelecida pela legislação, sob qualquer argumento, pois assim o estará fazendo em benefício da coletividade, prestigiando o fim maior que é o interesse público.

Portanto, sendo estas normas cogentes, de ordem pública e considerando a legalidade como um princípio constitucional da administração pública, quando este não é observado, seja por ação ou omissão, ocorre afronta aos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, ensejando imediata tutela judicial, seja pelo Ministério Público, seja por associações ou pelos próprios cidadãos.

4.5.2 Ministério Público

Um dos mais importantes instrumentos de viabilização ao acesso da população ao Poder Judiciário, para a efetiva proteção e garantia de direitos individuais indisponíveis e transindividuais, o Ministério Público é, hoje, indispensável à manutenção e ao fortalecimento do Regime Democrático de Direito. Graças à evolução da legislação brasileira nas últimas décadas e ao incansável e brilhante papel desempenhado por seus membros em todo o País, o Ministério Público brasileiro é, atualmente, um dos mais importantes e um dos mais avançados em termos de atribuições do mundo. Aquela antiga, e não menos importante função de acusar, nos processos criminais, é apenas mais uma das inúmeras funções que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal de 1988.

E os resultados práticos são grandes. Há cerca de quatro décadas, em um país que passaria a viver, dentro de alguns anos, uma das páginas mais negras de sua história, jamais se poderia imaginar que no fim do século XX e início deste, os representantes dos Poderes Públicos teriam de efetivamente se enquadrarem em regras protetivas à sociedade, sob pena de serem processados pelo MP e, de fato, condenados. O que se presencia nos dias atuais é uma verdadeira revolução na área da tutela dos interesses difusos, já que os governantes devem respeito e obediência à população e aos seus interesses e, quando não o fazem espontaneamente, são compelidos a fazê-lo, na maioria das vezes, por força do Ministério Público.

Em especial atenção ao meio ambiente urbano, como interesse meta-individual que é, este órgão também desempenha um papel fundamental na preservação das áreas verdes e institucionais. A Lei 6.938/81 passou a atribuir ao Ministério Público o papel de proteção e defesa do meio ambiente. Contudo, foi com o advento da Lei nº 7.347/85, lei que instituiu a *Ação Civil Pública*, ganhou força a tutela de todos os interesses transindividuais, dentre os quais, o meio ambiente:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

(...)

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Pretendeu o legislador criar um meio eficaz de proteção a estes interesses através da Ação Civil Pública⁵⁰, atribuindo ao Ministério Público, dentre outros entes, a legitimidade ativa⁵¹. Porém, os casos práticos demonstraram que, em muitas situações, a condenação ao pagamento de quantias em dinheiro não se mostrou como o meio mais eficiente para se chegar aos fins desejados. Para

⁵⁰ “Ação Civil Pública. Desafetação de áreas verdes e de lazer para construção de casas populares. Ilegitimidade do ato. Áreas vitais à preservação do meio ambiente e à manutenção da qualidade de vida” (Relator: Campos Mello, Recurso: AC 150340-1, Rio Claro, 06.11.1991).

⁵¹ “Ação Civil Pública. Objetivo. Proteção ao patrimônio público. *Viabilidade do instrumento processual utilizado*. Artigo 5º da Lei Federal 7.347/45, artigo 117 da Lei federal 8.078/90 e artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.” (Ap. Cível nº 270.573-1 – Dracena – j. 05/03/96).

essas situações, a mesma legislação previu outras possibilidades de ressarcimento do danos, além da condenação em dinheiro: *Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.*

De fato, há situações em que as questões envolvendo problemas urbanos, a condenação à obrigação de fazer ou não fazer é o melhor meio de se proteger interesses coletivos e reparar os danos ou evitar que os mesmo aconteçam.

Entretanto, o ponto alto desta evolução legislativa foi a Carta da República que, além de fazer nova referência à Ação Civil Pública, em seu art. 5º, fortaleceu, mais uma vez, a tutela dos interesses difusos e coletivos, e municiou ainda mais o Ministério Público⁵² ao prever suas funções institucionais:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Outra inovação trazida pela sobredita Lei 7.347/85, em seu art. 8º, § 2º e também reforçada pelo inciso acima transcrito da Constituição Federal, foi a possibilidade de instauração de Inquérito Civil, atribuindo titularidade exclusiva ao Ministério Público. Trata-se de um importante instrumento investigatório em que é possível determinar diligências, colher declarações, requisitar perícias e informações, tudo a fim de se angariar o maior número de elementos para eventual propositura de Ação Civil Pública.

⁵² Apelação interposta pelo Município de Presidente Venceslau que argüi em sede de preliminar a Ilegitimidade Ativa do Ministério Público: “MINISTÉRIO PÚBLICO – Legitimidade da parte ativa – Ação civil Pública – Preservação do patrimônio público – Artigo 129, inciso III, da Constituição da República - preliminar rejeitada. BENS PÚBLICOS – Desafetação de área – Doação para posterior loteamento – Inadmissibilidade – Destinação prevista em lei – Ofensa à Lei Federal 6.766, de 1979 – Ação procedente – Recurso não provido. MUNICÍPIO – Obrigação de não fazer – Pena de preceito – Imposição – Desnecessidade – Fixação que só penalizaria os contribuintes – Recurso provido para este fim. (Ap. Cível nº 205.577-1 3º Câmara. TJSP, Re. Des. Alfredo Migliori – j. 07/06/94 – JTJ, Lex 161/130).

Posteriormente, em consequência da própria Constituição Federal, adveio a Lei 8.078/90 (*Código de Defesa do Consumidor*) que, dentre outras inovações, ampliou a lei da Ação Civil Pública, acrescentando-lhe dispositivos, reforçando, desta forma, a tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. Dentre os dispositivos inseridos naquela lei, um dos mais importantes foi a possibilidade do Compromisso de Ajustamento de Condutas:

Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão ser também propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Ora, uma vez dispondo o Ministério Público de elementos suficientes, através do trabalho de investigação, para propor o compromisso de ajustamento, deverá fazê-lo. Sobre essa possibilidade de que dispõe o MP, interessante a lição de Hugo Nigro Mazzilli, para quem:

Desta forma, sob o aspecto cível, o Ministério Público, por seu órgão competente, poderá previamente ajustar a composição do dano com o causador da lesão ambiental, mas só o poderá fazer nos casos em que disponha de critérios técnicos e objetivos para tanto⁵³

Trata-se de um eficaz instrumento utilizado pelos legitimados para a proposição da Ação Civil Pública. Contudo, é o Ministério Público quem mais faz uso deste meio para a composição de danos ao meio ambiente, eis que, uma vez o provocador da lesão aceite o compromisso de ajustamento, deverá atender todas as exigências nele contidas. No caso em tela, se, por exemplo, o poder público municipal inicia a construção de casas populares em área verde, mesmo que não a desafete por meio de lei municipal, procurado provocar uma desafetação de fato, poderá o MP propor ao Município compromisso de

⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. *Saraiva*, São Paulo, p. 288. 2001.

ajustamento em que o mesmo deverá paralisar as obras e recuperar as áreas já prejudicadas.

Portanto, em especial atenção às áreas verdes e institucionais, o Promotor de Justiça deverá intervir sempre que esses espaços públicos forem alienados a particulares ou, antes que isso ocorra, tiverem sua destinação alterada pelo Poder Público municipal, sempre visando ao interesse social, razão pela qual o Ministério Público possui, nos dias de hoje, um conjunto normativo que lhe permite efetivamente agir na tutela destes interesses públicos. Todavia, veremos que não é somente o *parquet* que pode enfrentar a ação dos Municípios contra estas áreas de uso comum.

Outro instrumento por demais importante é o controle constitucional concentrado em âmbito estadual, através da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* de leis ou atos normativos estaduais ou municipais frente à Constituição Estadual, conforme prevê o art. 125, § 2º da Constituição Federal que atribuiu aos Estados a sua regulamentação:

Art. 125. Os Estados organizarão sua justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.

Note-se que, especialmente no Estado de São Paulo, a Carta Paulista de 05 de outubro de 1989, previu em seu art. 90, inciso III, os legitimados para propositura da ADIn, dentre os quais o chefe do Ministério Público Paulista, através de seu Procurador-Geral de Justiça.

Desta forma, possui o Ministério Público outro importante instrumento de intervenção e controle dos atos dos municípios que criam leis que desafetam as áreas verdes e institucionais dos loteamentos para posterior alienação a terceiros, configurando, assim, flagrante inconstitucionalidade em face da Constituição do Estado de São Paulo.

4.5.3 Associações

Foi, outrossim, a partir da Lei 7.347/85 que as associações passaram a dispor da possibilidade de provocar o Poder Judiciário na proteção dos interesses transindividuais. Trata-se de outro grande avanço trazido pelo legislador brasileiro que se curvou ao importante papel desempenhado por estes entes que representam os interesses de uma grande parcela da população. Interessante é a lição de Paulo Affonso Leme Machado:

... Foi um notável avanço do nosso sistema processual, que não pode ficar inerte ou acumpliciado com a destruição ou a mutilação dos bens de uso comum do povo. Tendo a associação a finalidade genérica de proteger o ambiente ou atuar na sua proteção, não se pode negar à entidade o direito de propor ação em qualquer parte do território nacional.⁵⁴

De fato, as associações que defendem determinados interesses difusos e coletivos têm contato diário com os problemas e reivindicações da população e, por isso, possuem capacidade de melhor defender estes interesses em juízo. O já mencionado art. 5º da referida lei outorgou às associações representativas legitimidade ativa para propositura de Ação Civil Pública e, para tanto, impôs duas condições. A primeira delas é que a entidade representativa esteja constituída há pelo menos um ano (inciso I), e a segunda que, dentre as suas finalidades, esteja a proteção ao meio ambiente e paisagístico, dentre outras (inciso II). Ressalte-se que a primeira condição imposta pelo legislador poderá ser dispensada quando se tratar de manifesto interesse social ou relevância do bem jurídico a ser tutelado (§ 4º, inserido na legislação pela Lei 8.078/90).

Desta forma, não há dúvida de que uma associação de proteção ao meio ambiente ou paisagístico, obedecidas as exigências impostas pela Lei 7.347/85, poderá propor Ação Civil Pública visando anular a transmissão de uma determinada área verde ou institucional pelo município ao particular, ou ainda

⁵⁴ Machado apud Galhardo, obra citada, p. 58.

figurar como litisconsórcio do Ministério Público na ação movida por este, de acordo com o que dispõe o § 2º do referido art. 5º.

Diante destas faculdades atribuídas às associações representativas pela lei de Ação Civil Pública, é certo que estas entidades dispõem de um importante instrumento de tutela dos interesses metaindividuais, o que se traduz em substancial alicerce de fortalecimento da democracia brasileira em todas as esferas, inclusive municipal.

4.5.4 Cidadãos

Todo cidadão brasileiro possui um importante instrumento de intervenção e controle dos atos praticados pelo Poder público, porém, considerando seu alcance, é ainda pouco utilizado no dias de hoje. Estamos nos referindo à Ação Popular, que consiste na faculdade outorgada pela Constituição Federal a todo brasileiro de provocar a jurisdição a fim de proteger interesse coletivo, segundo leciona José Afonso da Silva:

Podemos, então, definir a ação popular constitucional brasileira como instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.⁵⁵

Por sua importância e sinônimo de garantia do interesse social, a Ação Popular foi considerada cláusula pétrea pelo legislador constituinte de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o

⁵⁵ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, *Malheiros*, São Paulo, p. 464. 1998.

Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Ressalte-se que, quando o legislador referiu-se aos cidadãos, quis com isto dizer que possui legitimidade ativa para a Ação Popular todo brasileiro no gozo dos direitos políticos. Desta forma, é perfeitamente possível que qualquer cidadão brasileiro possa ir em juízo, através da Ação Popular⁵⁶, para anular ato do poder público municipal que alterou a destinação de certa área verde ou institucional, em defesa do interesse da comunidade. Essa ação, vem regulada pela Lei nº 4.717, de 29/06/65.

⁵⁶ Trazemos acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba, que conheceu o recurso de apelação de Ação Popular referente ao assunto: “Ação Popular. Área destinada a leito de via pública, conforme previsão de loteamento. Doação a empresa comercial para edificação de hipermercado. Ausência do interesse público a aconselhar a desafetação e a alienação. Ausência, outrossim, de desafetação de fato do trecho – que área doada, o que importa na impossibilidade jurídica da desafetação legal. Os bens de uso comum do povo não podem ser alienados, enquanto cumprirem sua destinação originária, posto que tais bens possuem uma inalienabilidade intrínseca e não jurídica, que somente a circunstâncias de fato são capazes de superar (desuso, abandono etc.). Enquanto servem ao ‘uso comum do povo’ e cumprem, portanto, de fato sua destinação, não podem ser desafetados legalmente” (TJ-PB 1995, Des. Geraldo Ferreira Leite, Apelação Cível, Proc. 1102/90)

5. CONCLUSÃO

As áreas verdes, tais como os parques, praças, jardins e bosques, e as institucionais, destinadas à edificação de escolas, hospitais, áreas de convivência e de prática esportiva, são bens públicos de uso comum do povo, conforme classificação adotada pelo Código Civil, em seu art. 66, inciso I, vez que se prestam a atender às necessidades de toda a coletividade de maneira uniforme. São os Municípios que possuem domínio sobre estas áreas, por força do art. 22 da Lei nº 6.766/79 e, portanto, estão sujeitos à administração do Poder Público Municipal, e sua alienação está condicionada a maiores restrições do que os demais bens públicos, pois possuem, como maior característica, a afetação a uma finalidade pública e, por esta razão, são observados os princípios da impenhorabilidade e inalienabilidade.

Compete aos Municípios a organização do crescimento urbano de forma a proporcionar efetiva qualidade de vida a seus habitantes, e o meio de se alcançar este objetivo é através do Urbanismo, assim entendido como a ciência destinada a ordenar as áreas urbanas, disciplinando o seu crescimento com o objetivo maior de garantir boas condições de vida para a população. Dentre as funções urbanísticas, estão a circulação e a recreação, diretamente ligadas, portanto, com a finalidade pública exercida pelas áreas verdes e institucionais e tem em sua proteção, um dos caminhos a percorrer para se alcançar desenvolvimento com boa qualidade de vida.

A tutela dessas áreas de uso comum deve ser exercida pelo Poder Público Municipal, tanto sob o aspecto legal (por exemplo, deixando de criar leis municipais que desafetem tais bens públicos para posterior alienação) e administrativo (com ações visando impedir que pessoas ou empresas dominem ilegalmente esses espaços). Sem qualquer dúvida, é a única maneira de se alcançar este objetivo que, na realidade, se reveste como um dos maiores anseios da sociedade, porque implica diretamente a vida urbana, que é a vontade política dos nossos governantes, que devem colocar o interesse da coletividade acima das pretensões politicamente convenientes.

O que se tem observado, especialmente no Estado de São Paulo, são diversos municípios que, gozando do poder que exercem sobre as áreas verdes e

institucionais, alteram a destinação das mesmas, transmitindo-as ao patrimônio ordinário municipal, para que sejam posteriormente alienadas. Contudo, o fazem através de leis municipais inconstitucionais, sim, porque a Constituição Paulista, fazendo uso da competência que lhe foi outorgada pela Constituição Federal (arts. 24, inciso I e 25), vedou de forma expressa a alteração da destinação das áreas verdes e institucionais, assim definidas nos projetos de loteamento (art. 180, VII). Portanto, é inadmissível que o Poder Público Municipal legisle no sentido de alterar a finalidade dessas áreas, pois o legislador constituinte de 1988 conferiu apenas a competência residual aos Municípios, nos termos do art. 30, inciso II, da Carta Magna.

Em consequência da relevância social que essas áreas possuem, a lei brasileira conferiu meios específicos para a tutela destes bens em juízo. O primeiro instrumento jurisdicional, e também o mais utilizado, é a Ação Civil Pública, regulada pela Lei nº 7.347/85, destinada especificamente para a defesa dos interesses metaindividuais. São legitimados para sua propositura o Ministério Público, conforme previsão do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, as Associações, desde que constituídas há pelo menos um ano e que tenha como finalidade a proteção do meio ambiente e da habitação e urbanismo, de acordo com o art. 5º, incisos I e II, da Lei da Ação Civil Pública, havendo ainda a possibilidade de ambos os legitimados formarem litisconsórcio ativo (artigo 5º, § 2º).

Outro instrumento, desta feita visando atacar especialmente leis dos Municípios que desafetam as áreas verdes e institucionais, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme art. 125, § 2º da CF. No âmbito do Estado de São Paulo, para tal ação, o Ministério Público possui legitimidade ativa, através de seu Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 90, inciso III, da Constituição Paulista.

Resta, por fim, a Ação Popular, prevista como cláusula pétrea (art. 5º, inciso LXXIII, da Carta Maior), outro eficaz meio de tutela desses espaços públicos, à disposição de todos os cidadãos, assim entendidos como os brasileiros no gozo dos direitos políticos. Tal ação é regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29/06/65.

Considerando a escassa discussão doutrinária a respeito do tema e, em face de sua relevância no meio social, este trabalho procurou não só demonstrar os principais aspectos legais, jurisprudenciais e políticos que envolvem o assunto mas, sobretudo, despertar o interesse da comunidade que, em última análise, é a maior beneficiária da manutenção da afetação original dessas áreas públicas.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERÉ, Cláudia Maria. Papel do Ministério Público no parcelamento do solo urbano. **Temas de Direito Urbanístico**, vol. 3, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001.

BUSSADA, Wilson. **Loteamento e parcelamento do solo urbano**: interpretados pelos tribunais. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

COSTA, Helena Costa. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na constituição de 1988. **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo.

_____. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na constituição de 1988. In: 2º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos, 2., 1998, São Paulo - Ministério Público do Estado de São Paulo.

COUTO, Sérgio A. Frazão do. **Manual teórico e prático do parcelamento urbano**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de direito urbanístico – 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 7 de. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. Poder de polícia em matéria urbanística. **Temas de Direito urbanístico**, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 2, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Curso de direito administrativo**. 1º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, José Carlos de. Dos interesses metaindividuais urbanísticos. **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 1, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FRIEDMANN, Daniel Isaac. A ação popular como instrumento de defesa dos direitos metaindividuais urbanísticos. **Temas de Direito Urbanístico**, vol.2, Imprensa Oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

GALHARDO, João Batista. O Poder Público e a burla da Lei de Parcelamento do Solo Urbano. **Revista de Direito Imobiliário do IRIB**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 48, ano 23, jan./jun. 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

JÚNIOR, José Cretella. **Manual de direito administrativo**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento**. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987.

MACHADO, Antônio Alberto. Ministério Público, urbanismo e democracia. **Temas de Direito Urbanístico**, São Paulo, Imprensa oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29^o ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989-1990.

MORAES, Alexandre de . **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **O estatuto da cidade**. Anotações à Lei nº 10.257 de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Carolina Camarini de. **Tutela legal das praças públicas**. 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Victor Carvalho. Notas introdutórias ao direito urbanístico. *Temas de Direito Urbanístico*, vol. 2, Imprensa Oficial do Estado – Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8^o ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15^o ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 2^o ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral**. 8^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.