



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS (UFG)
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO AGRÁRIO

RAFAELA PEREIRA MORAIS

PODER MUNICIPAL E DIREITO AGRÁRIO: alcance do poder normativo municipal para regulação de atividades agrárias implicadas na tutela do desenvolvimento local sustentável

GOIANIA
2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO (TECA) PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TESES

E DISSERTAÇÕES NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a [Lei 9.610/98](#), o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo das Teses e Dissertações disponibilizado na BDTD/UFG é de responsabilidade exclusiva do autor. Ao encaminhar o produto final, o autor(a) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do material bibliográfico

Dissertação Tese Outro*: _____

*No caso de mestrado/doutorado profissional, indique o formato do Trabalho de Conclusão de Curso, permitido no documento de área, correspondente ao programa de pós-graduação, orientado pela legislação vigente da CAPES.

Exemplos: Estudo de caso ou Revisão sistemática ou outros formatos.

2. Nome completo do autor

RAFAELA PEREIRA MORAIS

3. Título do trabalho

PODER MUNICIPAL E DIREITO AGRÁRIO: ALCANCE DO PODER NORMATIVO MUNICIPAL PARA REGULAÇÃO DE ATIVIDADES AGRÁRIAS IMPLICADAS NA TUTELA DO DESENVOLVIMENTO LOCAL SUSTENTÁVEL

4. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador)

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante:

a) consulta ao(à) autor(a) e ao(à) orientador(a);

b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo da tese ou dissertação.

O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;

- Submissão de artigo em revista científica;

- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

Obs. Este termo deverá ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Saulo De Oliveira Pinto Coelho, Professor do Magistério Superior**, em 15/08/2023, às 15:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rafaela Pereira Morais de Oliveira, Usuário Externo**, em 16/08/2023, às 10:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3328346** e o código CRC **DB160539**.

RAFAELA PEREIRA MORAIS

PODER MUNICIPAL E DIREITO AGRÁRIO: alcance do poder normativo municipal para regulação de atividades agrárias implicadas na tutela do desenvolvimento local sustentável

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás para obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração: Direito Agrário.

Linha de pesquisa: Para uma Teoria Interdisciplinar dos Direitos da Sustentabilidade do Solo.

Orientador: Professor Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho.

Coorientador: Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo.

GOIANIA
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Morais, Rafaela Pereira
PODER MUNICIPAL E DIREITO AGRÁRIO [manuscrito] : alcance do poder normativo municipal para regulação de atividades agrárias implicadas na tutela do desenvolvimento local sustentável / Rafaela Pereira Moraes. - 2023.
150 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho; co-orientador Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, Goiânia, 2023.

1. poder municipal. 2. competências. 3. federalismo. 4. princípio da dignidade da pessoa humana. 5. desenvolvimento sustentável. I. Coelho, Saulo de Oliveira Pinto, orient. II. Título.

CDU 349.42



ATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA DISSERTAÇÃO DE Mestrado INTITULADA
**“Poder Municipal e Direito Agrário: alcance do poder normativo municipal para
regulação de atividades agrárias implicadas na tutela do desenvolvimento local
sustentável”** APRESENTADA E DEFENDIDA PELA CANDIDATA RAFAELA PEREIRA
MORAIS.

1 Aos quatro dias do mês de dezembro do ano de dois mil e doze, às 10 horas, no Salão Nobre da
2 Faculdade Direito da Universidade Federal de Goiás, realizou-se a Sessão de Julgamento da
3 Dissertação de Mestrado intitulada **“Poder Municipal e Direito Agrário: alcance do poder
4 normativo municipal para regulação de atividades agrárias implicadas na tutela do
5 desenvolvimento local sustentável”**, apresentada e defendida pela candidata RAFAELA
6 PEREIRA MORAIS. A Banca Examinadora ficou assim composta: Professor Doutor Saulo de
7 Oliveira Pinto Coelho, Orientador e Presidente da Banca, Professor Doutor Eriberto Francisco
8 Beviláqua Marin, Membro Interno, e Professora Doutora Luciani Coimbra de Carvalho, Membro
9 Externo. Presentes, ainda, o Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo, Co-Orientador da
10 mestranda, vários alunos, além de outras pessoas convidadas. Após a abertura dos trabalhos, o
11 Senhor Presidente agradeceu a presença de todos, apresentou a Banca Examinadora e também a
12 aluna. Em seguida, foi dada a palavra à candidata, pelo prazo máximo de 20 (vinte) minutos, para
13 fazer exposição sobre o seu trabalho. Após a exposição, foi dada a palavra ao Professor Doutor
14 Saulo de Oliveira Pinto Coelho para fazer suas considerações que foram respondidas pela aluna no
15 tempo regulamentar. A palavra também foi dada ao Professor Doutor Eriberto Francisco Beviláqua
16 Marin, para fazer suas arguições, respondidas pela aluna no tempo regulamentar, assim como para
17 o Membro Externo. Logo após, o Senhor Presidente teceu alguns comentários sobre o trabalho e
18 informou aos presentes que a Banca deixaria o recinto por alguns minutos, a fim de colher as notas
19 de cada Examinador. A Banca retornou ao recinto e mandou convidar a todos para a proclamação
20 dos resultados, sendo atribuídas notas que resultaram no conceito final 10,0, e declarada Mestre
21 em **DIREITO, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO AGRÁRIO**. E nada mais foi dito,
22 pelo que eu, Vania Cristina Cesar Mateucci, lavrei a presente ata, que, depois de lida e achada
23 conforme, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.
24

Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Prof. Dr. Eriberto Francisco Beviláqua Marin

Prof. Dr. Luciani Coimbra de Carvalho

Assinaturas manuscritas dos membros da Banca Examinadora: Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Eriberto Francisco Beviláqua Marin e Luciani Coimbra de Carvalho.

Dedico este trabalho para meus pais João Bosco Luz de Moraes e Maria Edina Pereira Moraes os quais não mediram esforços para que fosse possível a conclusão do presente trabalho. O amor, carinho e companheirismo dedicado foram essenciais para a sua continuidade e conclusão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço,

Aos meus pais, João Bosco Luz de Moraes e Maria Edina Pereira Moraes, que, mesmo diante de muito trabalho, me garantiram a tranquilidade para a concentração, estudo e conclusão deste trabalho.

À minha avó Maria Geralda de Paula sempre presente nos momentos difíceis.

Aos meus irmãos Rosana Pereira Moraes e João Vicente Pereira Moraes, que sempre estiveram do meu lado garantindo meu equilíbrio e tranquilidade para não desistir.

Ao Marcelo Balian (cunhado e grande amigo) que me inseriu no mundo acadêmico e despertou a arte de lecionar.

Ao meu orientador, jovem e incansável, Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho por possuir o dom e o prazer de ensinar e possuir uma capacidade única para correções e sugestões; desde a primeira conversa, sempre apoiou-me cumprindo, de fato, o papel de orientador. Agradeço ainda pela excepcional disponibilidade de sempre cobrar, atender, retornar, agendar reuniões a qualquer dia e horário. Obrigado professor, sua atuação foi fonte de inspiração!

Ao Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo que recebeu-me de forma acolhedora em sua casa, não poupando esforços para apresentar-me tanto a cidade de Uberlândia quando o campus da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sempre sugerindo e disponibilizando obras, incentivando a construção do presente trabalho.

À banca de qualificação composta pelos profs. Drs. Drs. Luiz Carlos Figueira de Melo e Fabricio Macedo Motta por terem verdadeiramente analisado, ponderado, corrigido, discutido o objeto proposto nesta dissertação.

À FUNAPE, PRPPG e ao Programa de Mestrado em Direito Agrário pela bolsa concedida, que nos deu tranquilidade e condições para se fazer um excelente curso de mestrado.

Ao Prof. Dr. Rabah Belaide que sempre nos atendeu sendo solidário nos momentos inesperados e difíceis.

Aos professores do programa (Arnaldo Bastos, Eriberto, Falconi, Pedro Sérgio, Cleuler, Benedito, Maria Cristina, Vilma, Cláudio) ao prof. Dr. Carlos Frederico Marés pela dedicação e por terem contribuído para nossa formação.

A todos os colegas do mestrado especialmente às colegas Adriana e Bruna pela proximidade e apoio.

Ao colega Rangel Donizete pelo carinho e atenção, solidarizando-se nos momentos difíceis. Agradeço, ainda, pela disponibilidade em revisar meu trabalho, sempre sugerindo e emprestando obras.

Por fim, agradeço a Deus, único responsável pela possibilidade de acesso e conclusão deste curso de mestrado.

RESUMO

O presente trabalho desenvolve investigações sobre o alcance e limite do Poder Municipal na regulação das atividades agrárias na tentativa de demonstrar as relações existentes entre as competências municipais expostas na Constituição Federal de 1988, o sistema de governo adotado no Brasil após a promulgação deste texto constitucional, o constitucionalismo e a relação entre o Direito Agrário, Direito Ambiental e o desenvolvimento sustentável. Assim, a proposta é uma (re)interpretação do modelo constitucional de atribuições de competências com foco no caráter transversal e interdisciplinar de questões sociais presentes no corpo da Constituição de 1988. A alteração do conceito de federalismo, desde sua criação até a era contemporânea, é demonstrada como meio fundante da (re)interpretação do modelo constitucional descrito. Decorrente desta nova concepção de federalismo, também são alterados conceitos como democracia, cidadania, Estado de Direito (para Estado Democrático de Direito) e Direitos Fundamentais. A partir de tais premissas, com a inserção do princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil é que se defende que o Município, como ente federativo mais próximo do cidadão, é o principal ente capaz de efetivar um desenvolvimento local sustentável, garantindo a qualidade de vida para a presente e futuras gerações.

Palavras-chave: poder municipal, competências, federalismo, princípio da dignidade da pessoa humana, desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT

This paper develops research on the scope and limits of Municipal Power in the regulation of agricultural activities in an attempt to demonstrate the relationship between the municipal powers outlined in the 1988 Federal Constitution, the system of government adopted in Brazil after the promulgation of this Constitution, constitutionalism and the relationship between the Agrarian Law, Environmental Law and Sustainable Development. The proposal is a (re) interpretation of the constitutional model of assignments skills with a focus on crosscutting and interdisciplinary social issues present in the body of the 1988 Constitution. Changing the concept of federalism, from its creation to the contemporary era, as is demonstrated through founding the (re) interpretation of the constitutional model described. Resulting from this new conception of federalism, are also altered concepts as democracy, citizenship, rule of law (for Rule of Law) and Fundamental Rights. From these premises, with the inclusion of the principle of human dignity as the foundation of the Federal Republic of Brazil is advocating that the city, as federal entity closest to the citizen, is the main entity capable of effecting sustainable local development, ensuring quality of life for present and future generations.

Keywords: municipal power, powers, federalism, the principle of human dignity, sustainable development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 UMA BREVE TEORIA GERAL DO FEDERALISMO	15
1.1. Introdução histórica sobre o federalismo	15
1.2. Características fundamentais dos Estados Federados e das relações federativas	21
1.3. Estado Democrático de Direito: Sistema Federativo Contemporâneo	24
1.4. Federalismo e Estado Democrático Brasileiro	34
1.5. Federalismo e a nova hermenêutica constitucional	37
1.6. Distribuição de competências no federalismo cooperativo Brasileiro	44
1.7. Critérios para a compreensão da divisão constitucional de competências federativas numa perspectiva contemporânea	49
1.8. O Município como ente federativo na Constituição Federal de 1988	53
1.9. Para uma exposição renovada acerca do papel do Município no federalismo democrático brasileiro	60
2. A COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	63
2.1. Alcance e limites das competências federativas constitucionais municipais	63
2.1.1. Competências exclusivas e privativas do Município	65
2.1.2. Competências concorrente e comum dos Municípios	68
2.2. Teoria do Poder Normativo e do Poder Normativo Municipal	71
2.3. Princípio da máxima efetividade da proteção dos direitos constitucionais fundamentais e princípio da subsidiariedade das normas municipais: uma teoria sobre a competência do município	77
2.4. Estatuto das Cidades, Plano Diretor e Leis de Uso e Ocupação do Solo: instrumentos para uma cidade sustentável	84
2.5. O papel dos Municípios na promoção da ordenação sócio-ambientalmente sustentável das espacialidades	90
2.5.1. Desenvolvimento sustentável e princípio da dignidade da pessoa humana: nova ética do desenvolvimento	91
2.5.2. O Município como ente federativo capaz de efetivar a ordenação sócio-ambiental dos espaços territoriais e dos recursos naturais	94
2.6. Competência municipal para Zoneamento Agroambiental: alcance e dever poder municipal de imposições administrativas para o zoneamento de atividades agroambientais	99
3. O MUNICÍPIO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: INTERDISCIPLINARIEDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA	106
3.1. Direito Agrário: evolução e denominação	106
3.2. O que é Direito Agrário e sua zona de fronteira	111
3.3. A propriedade agrária e sua função social	118
3.3.1. Aspectos históricos da propriedade	118

3.3.2. A inserção da concepção de função social como inerente à propriedade	121
3.3.3. O direito de propriedade no Brasil: inserção do princípio da função da propriedade na propriedade agrária	124
3.4. Transversalidade e interdisciplinariedade do Direito Agrário	131
3.5. A ordenação municipal do solo rural e agrário	136
CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolve investigações sobre o alcance do Poder Municipal na regulação sustentável da atividade agrária. Parte-se do pressuposto da desconstrução da visão tradicional-positivista do sistema constitucional de divisão de competências federativas que se tem hoje no Brasil. Propõe-se, assim, uma reinterpretação do modelo constitucional de atribuição de competências, com foco no caráter transversal e interdisciplinar que exige as complexidades sociais disciplinadas pela Constituição brasileira. Nessa perspectiva, busca-se compreender as interações existentes entre as competências constitucionais municipais e a regulação da atividade agrária no Brasil, tradicionalmente legada ao plano federal, em razão da exegese meramente literal do marco normativo de 1988.

Partindo-se de referenciais teóricos pós-positivistas, busca-se traçar um quadro compreensivo acerca do alcance e dos limites das competências municipais para regular as atividades agrárias naquilo em que tangenciam transversalmente das competências municipais explicitadas na Constituição.

Ao traçarmos investigações sobre o assunto passamos a observar que cada vez mais se evidencia a consciência de que a questão não pode ser tratada de modo isolado da problemática geral do uso racional e sustentável do solo pra fim de que se cumpra a função social da propriedade. Tal visão partiu de um tratamento integrado das normas constitucionais de competência municipal e a efetiva aplicabilidade destas para o cumprimento da função social da propriedade, não se contentando com a análise constitucional estrita, mas sustentando a questão na compreensão renovada da tradição jurídica a esse respeito, no plano da doutrina, da jurisprudência e da legislação, por meio da estratégia metodológica de desconstrução das pré-compreensões positivistas-legalistas que contagiam a visão tradicional do Direito brasileiro sobre o tema, para daí re-significar uma compreensão atual acerca dos deveres-poderes municipais referentes à ordenação e planejamento sócio-ambientalmente sustentável do solo, das espacialidades e das atividades que dizem respeito à questão agrária-agrícola, mas que ao mesmo tempo são questões referentes a uma plêiade de direitos básicos, tais como saúde e qualidade de vida, cuja tutela e efetivação é também tarefa municipal.

O federalismo contemporâneo é fruto de toda uma evolução político-constitucional. No Brasil, precisa ser devidamente compreendido como um instrumento de promoção da democracia, por meio da descentralização política.

Não obstante, o contexto do federalismo brasileiro é um contexto de distorções do sistema federativo, com tendências centralizadoras, por um lado, e de ineficiente utilização das autonomias locais, por outro. Nesse contexto é que se focam os problemas centrais da presente pesquisa, notadamente quanto aos seus desdobramentos na questão da regulação sócio-ambientalmente sustentável da atividade agrária-agrícola em nosso país.

Tal como se verá no desenvolvimento da pesquisa, o federalismo dual (singia-se a estabelecer relações entre autoridades centrais e autoridades locais), precisa evoluir para o que denominamos de federalismo cooperativo (permite uma maior integração entre governos locais, regionais e o governo central, havendo uma maior descentralização do poder contribuindo para a extinção de um poder único e centralizador, dando maior autonomia para os governos locais). Esse modelo cooperativo, porém, não se faz presente em certas áreas tradicionais do direito, em que a leitura que se faz da Constituição insiste em ser centralizadora. Esse é o caso do Direito Agrário, que tende a ser pensado como área do direito de balizamento normativo unilateralmente focado no plano da União federal.

Esta transformação da conceito contemporâneo de federalismo foi reflexo da própria alteração da concepção de Estado e da concepção de democracia. Desde a criação do que hoje denominamos de Estado, há uma preocupação com a efetivação da democracia. A noção de democracia, no início, estava relacionada à vertente da democracia direta, possível apenas em pequenas comunidades nas quais os valores dos cidadãos era comuns. A partir da Revolução Francesa, passou-se a ter uma preocupação constante com a legitimidade do poder estatal sendo legítimo somente o Estado que se estrutura democraticamente. Com esta nova concepção de Estado, aqueles que antes denominados Estado de Direito, preocupados com a promoção dos direitos fundamentais e criados a partir do movimento constitucionalista, evoluíram para a concepção de Estado Moderno.

O Estado Moderno passou por vários paradigmas até chegar na atual concepção de Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito (adotado, inclusive, pela nossa atual Carta Constitucional) foi criado a partir de um novo conceito (para além da superação do Estado Liberal e de uma (re)leitura das Constituições Sociais) pautado na reconstrução do conceito de democracia, sendo considerada uma democracia econômica, social e política. Este Estado Democrático de Direito surgiu a partir de finais do séc. XX com

o fim de designar um novo paradigma no que tange à concepção de Estado, Constituição e Direitos Fundamentais.

As concepções iniciais ora traçadas referente a Estado, federalismo, constitucionalismo e democracia foram essenciais para o início de uma discussão sobre o temário que se propõe a discutir na presente dissertação. Foi a partir da inserção de tais concepções no texto constitucional brasileiro que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a ser uma República Federativa pautada no federalismo cooperativo sendo concebido como um Estado Democrático de Direito que tem na legitimidade do poder e na efetivação dos direitos fundamentais um de seus traços característicos.

Apesar de a federação brasileira ter sido criada há mais de um século, esta permaneceu estruturada sob uma postura centralizadora em relação ao exercício do poder constitucionalmente posto. Foi a Constituição Federal de 1988 que implementou um sistema federativo no qual o governo nacional admite uma colaboração intergovernamental que se volta para o governo local como o governo ideal para efetivar a democracia pela maior capacidade de diálogo entre o povo e o poder. Este federalismo tido como contemporâneo, participativo e dialogal¹ implementado no Brasil permitiu a criação de um modelo atípico de federalismo (quando comparado a outros modelos). O Poder Constituinte Originário, no Brasil, preocupado com a efetivação da democracia e dos direitos fundamentais, admitiu os Municípios como entes federativos autônomos dotados de deveres-poderes de regulação.

A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema complexo de distribuição de competências observando-se, pela simples leitura do texto constitucional, que houve uma dificuldade do legislador constituinte em distinguir as competências da União, dos Estados e dos Municípios. Nesse sistema complexo de distribuição de competências, o constituinte de 1988 deu ao Município legitimidade para legislar sobre assuntos de interesse local, legitimidade para suplementar a legislação estadual e nacional no que tange a vários assuntos de ordem socioeconômicos, bem como a legitimidade para efetivar planos diretores como meio de cumprimento da função social da propriedade pública e privada. Assim a discussão sobre a regulamentação do solo ganha importância no Município que colaborará significativamente na compatibilização do direito fundamental à propriedade, o desenvolvimento local sustentável e a efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

¹ PEREIRA, 2011, p. 173-5.

O Município é o ente federativo mais próximo dos cidadãos e que, amparado pelo texto constitucional, tem competência para legislar sobre qualquer assunto de interesse local e de complementar a legislação estadual e federal no que lhe couber (art. 30 incisos I e II da Constituição Federal). Além disso, será através dos Planos Diretores que os Municípios poderão efetivar o princípio da função social da propriedade em toda sua área de competência (art. 182 da Constituição Federal). Por fim, ainda nos termos constitucionais, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à qualidade de vida da população (art. 225 da Constituição Federal). Pela interpretação sistemática destas regulamentações constitucionais, podemos afirmar que o Município, no exercício de seu Poder Normativo poderá regulamentar sobre questões agrárias relacionadas à tutela do desenvolvimento local sustentável.

Apesar de o mesmo texto constitucional, no art. 22, inciso I, estabelecer que é competência privativa da União legislar sobre Direito Agrário, o art. 23 inciso VI e VIII, estabelece que é competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal a proteção ao meio ambiente, o combate a poluição e o fomento à produção agropecuária e o abastecimento alimentar. Diante do federalismo cooperativo e dialogal proposto pelo Constituinte Originário na Constituição Federal de 1988 não podemos admitir a interpretação rígida e inflexível do texto constitucional. Apesar de ser competência privativa da União legislar sobre Direito Agrário, existem questões que vão para além do Direito Agrário, invadindo o Direito Ambiental, que refletem diretamente na qualidade de vida da população local. O grande desafio é estabelecer o alcance e os limites desta competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local.

A partir do ideário de que toda a legislação nacional deve ser lida a partir da Constituição Federal, o Município tem poder para legislar sobre um amplo espectro de temas, desde que não lhe esteja vedado pela Constituição, ou não vá de encontro com a legislação estadual ou federal no que elas dispuserem legitimamente como regra geral. É fundamental para a compreensão do que seja uma regra geral legítima para delimitar as possibilidades da legislação municipal, a composição dos princípios da prevalência do interesse, da subsidiariedade federativa e da prevalência da máxima proteção ao meio ambiente.

Atualmente, vivemos num Estado Democrático de Direito que tem como fundamento e objetivo a garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º inciso III da Constituição Federal de 1988). Tal premissa ganha relevância quando pensamos que os direitos fundamentais evoluíram, no decorrer da história, para deixarem de ser meras declarações de direitos passando a ser normas jurídicas positivadas nos textos das

constituições. Assim, podemos afirmar pela existência do princípio da máxima efetividade dos direitos constitucionais fundamentais. Unindo tal princípio à concepção de prevalência do interesse e de subsidiariedade (pautada na descentralização), implementada pela Constituição Federal de 1988, podemos explicar a relevância dada pelo Constituinte Originário de 1988 ao poder local e, assim, ponderar o alcance e limites deste poder local.

Pensando no fim do Poder Público Municipal de implementar políticas públicas capazes de garantir o bem estar da população local através da máxima proteção ao meio ambiente como instrumento de aplicação e eficácia do princípio da máxima efetividade da proteção dos direitos constitucionais fundamentais, a disciplina das espacialidades ganha relevância. É dos Municípios o papel de promover a ordenação sócio-ambientalmente sustentável das espacialidades. O constituinte de 1988 deu ao Município legitimidade para legislar sobre assuntos de interesse local e de efetivar planos diretores, leis de ordenação do solo, leis de posturas, leis ambientais, de regulação sanitária, de proteção cultural, bem como um amplo espectro de normas regulamentares, como forma de efetivação do cumprimento da função social da propriedade, fazendo com que a ordenação das espacialidades esteja diretamente relacionada com a garantia de um meio ambiente saudável e, conseqüentemente, com a garantia da qualidade de vida dos cidadãos.

Os principais resultados alcançados pela pesquisa demonstram a coerência hermenêutica, institucional e social de se pensar num plano mais amplo e vigoroso o alcance das competências municipais para regulação no plano do Direito Agrário. No desenvolvimento que se segue, a presente dissertação demonstra em quais termos essa re-significação do papel no Município junto às temáticas jusagraristas pode ser precisada.

I. UMA BREVE TEORIA GERAL DO FEDERALISMO

1.1. Introdução histórica sobre o federalismo

Ao tratar do tema “federalismo”, o que de pronto se coloca como primeira consideração de ordem histórica, é que o Estado Federal, nos moldes conhecidos contemporaneamente, foi criado com a Constituição Norte-Americana de 1787 após as 13 ex-colônias inglesas² terem estruturado uma nova forma de Estado. Denominados “pais do federalismo moderno”³ os Estados Unidos da América estruturou (e criou) a atual forma de Estado Federal com vistas a solucionar problemas apresentados com a criação da confederação das 13 colônias independentes, estabelecendo uma organização política nova, passando a representar uma alternativa para o modelo político centralizador estabelecido com a Revolução Francesa.

O que os Estados Unidos desejavam era criar um governo nacional que fosse suficientemente forte para exercer poderes gerais, mas não tão poderoso que ameaçasse as liberdades individuais e as autonomias regionais⁴. Criar um governo efetivo em tão vastas terras dando sustentação à democracia, mantendo o regime republicano instaurado pela Guerra Revolucionária, era o grande desafio norte-americano⁵.

Até o século XVIII tinha-se a noção de democracia⁶ na vertente da democracia direta, sendo considerada possível apenas em pequenas comunidades nas quais os valores e interesses dos cidadãos eram comuns. Estabelecer diferentes entidades políticas autônomas num vínculo indissolúvel formador de uma unidade diversa, que é o Estado soberano, foi a solução encontrada pelos Estados Unidos da América.

Após o século XVIII, muitos autores passaram a comparar estruturas religiosas e/ou políticas adotadas na Grécia antiga, Roma antiga e Itália antiga com a forma de

² CLARK, 2001, p. 61.

³ ALMEIDA, 2010, p. 3.

⁴ Idem, p. 5.

⁵ KATZ *apud* ALMEIDA, 2010, p. 3.

⁶ O tema democracia será desenvolvido e aprofundado no tópico 1.3 *infra*.

federalismo estabelecida, tentando achar uma justificativa e pontos comuns⁷, exatamente em decorrência da implantação dessa forma federativa de Estado nos Estados Unidos. O problema é que não foram identificados pontos comuns entre o Estado Moderno e a Cidade Antiga⁸. Estes estudos comparativos teriam sido importantes para a verificação de dois pontos de vista: o interno ou constitucional (perspectiva do Direito Público) e o externo ou internacional (perspectiva do Direito Internacional Público)⁹. Internamente, o Estado federativo forma entes autônomos entre si e hierarquicamente equivalentes, descentralizando o poder estatal. Do ponto de vista externo, o Estado Federal é reconhecido como pessoa jurídica de Direito Público Internacional sendo o único titular de soberania, considerada como “*poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação*” enquanto que os entes federativos seriam titulares de autonomia, compreendida “*como governo do próprio ente dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal*”.¹⁰ A soberania é o critério único da noção de Estado e está diretamente relacionada com o Direito Público Internacional, matéria sob a qual não se ocupavam as civilizações antigas, inclusive, a romana.

Observamos que após a criação dos Estados Unidos da América, em 1787, o federalismo passou a ser visto como a forma de governo que se encaixa entre a Confederação e o Estado unitário, ou seja, uma forma diferente de Estado que encontrou soluções para a regulamentação dos direitos políticos que garantem a unidade estatal e, ao mesmo tempo, garante direitos fundamentais à população protegendo esta da força estatal pautado na descentralização. No sistema confederativo, vários Estados se associam preservando, cada qual, a sua soberania. No sistema unitário, existe uma unidade de poder sobre um território, pessoas e bens¹¹.

Grande parte dos estudos (se não todos os estudos) ao analisar a institucionalização da forma federal de Estado faz comparações entre o formato do Estado Unitário, o formato da Confederação e, por fim, o formato do federalismo. Estes tipos Estatais vão se formar em diferentes estruturas espaciais de Estado. Nessa perspectiva, a Confederação tornou-se apenas uma referência histórica vez que já encerrou sua trajetória no domínio de organização dos Estados¹². Já o Estado Unitário encontra-se submetido a um processo de renovação estrutural no sentido de ampliar o grau de desconcentração com o fim de alcançar

⁷ BARACHO, 1986, p. 12.

⁸ LE FUR *apud* BARACHO, 1986, p. 18.

⁹ BARACHO, 1986, p. 13.

¹⁰ SILVA, 1996, p. 100.

¹¹ SILVA *apud* CLARK, 2001, p. 62.

¹² HORTA, 1995, p. 345.

formas mais avançadas de regionalismo¹³. No Estado Federal, existe uma relação direta de causalidade entre a existência deste e o texto constitucional que regulamenta sua existência podendo-se afirmar que a organização do Estado Federal é “*tarefa de laboriosa engenharia constitucional*”¹⁴.

Na análise destas formas de organização estatal fala-se na formação do federalismo, através da tendência constitucional de cada Estado, sob duas concepções: o federalismo centrípeto ou o federalismo centrífugo¹⁵. Estas tendências constitucionais do federalismo são concepções nas quais, no caso do federalismo centrípeto, o constituinte tende ao fortalecimento do poder federal ou, no caso do federalismo centrífugo, pelo fortalecimento do poder dos Estados Membros (fortalecimento do poder regional). Conciliando os conceitos de Confederação, Estado Unitário e formação centrípeta ou centrífuga do Estado Federal, há Autores¹⁶ que afirmam que o federalismo é decorrente da aglutinação de Províncias ou de Estados confederados, fazendo referência ao Estado Federal como aquele formado por um poder central (que seria a União) e por poderes regionais que seriam os Estados Membros.

Ao pensarmos no modo do exercício do poder político em função de um território único e na distribuição territorial de poder através da distribuição competências a partir do sistema federativo estabelecido houve uma revolução, quanto a forma de Estado,¹⁷. Apesar das diferenças existentes na estrutura de cada federação, todas elas apresentam pontos comuns traçados na perspectiva das relações internas e externas sendo fundamental a regulamentação das relações existentes entre o Estado e os seus membros (autônomos) e/ou seus cidadãos¹⁸. A partir destas perspectivas, podemos afirmar que os sistemas federativos possuem 3 (três) aspectos em comum¹⁹: a soberania²⁰ (sua natureza jurídica e relação com os direitos externos), a constituição (formadora do Estado Federal) e a distribuição de competências (descentralização).

¹³ Idem, p. 345.

¹⁴ HORTA, 1995, p. 346.

¹⁵ Idem, p. 347.

¹⁶ Cf: HORTA, 1995, p. 626; CASTRO, 1999, p. 53-60.

¹⁷ Cf.: SILVA *apud* CLARK, 2001, p. 62; SANTANA *apud* CLARK, 2001, p. 62.

¹⁸ PATARO, 2003, p. 110.

¹⁹ BARACHO, 1986, p. 17-31.

²⁰ Há questionamento se a soberania é realmente essencial ao Estado Federal em decorrência de sua indivisibilidade. Esta parte da doutrina defende que o Estado Federal deverá ser estudado sob dois pontos de vista: o interno (relacionado com a distribuição de competências exposta no texto constitucional) e o externo (relacionado com o Direito Internacional Público). Com o estabelecimento do Estado Constitucional, a soberania do Estado cedeu à soberania da Constituição sendo correto falar não em soberania da Constituição, mas em Constituição em soberania. Cf.: LE FUR *apud* BARACHO, 1986, p. 20; ZAGREBELSKY *apud* MOTTA, 2007, p. 58.

O conceito de soberania é muito discutido e refletido por diversos autores publicistas, sendo afirmado, por vários, que trata-se de conceito histórico e relativo. Histórico pelo fato de que as sociedades antigas não o conheceram como forma de organização política. O Estado antigo era tido como uma comunidade social perfeita, na qual, a exemplo da polis grega, a única organização política era aquela que abrangia o homem em toda a sua exteriorização e vida social, sendo que a soberania somente surge com o advento do Estado moderno. É conceito relativo por ter sua concepção alterada desde a criação. Atualmente, conceito de soberania passa por uma “crise contemporânea” por pesarem, as ideologias, mais nas relações entre os Estados do que no sentimento nacional de soberania.²¹

A soberania, sob a perspectiva do Direito Público Internacional, passou a ter grande importância na elaboração doutrinária e concreta do Estado nacional moderno (principal característica deste). Apesar do Estado federalista ter sido criado em oposição ao Estado absolutista (unitário) que era autoritário, centralizador e não respeitava as diferenças internas de cada nação²², o caráter indivisível da soberania é compatível com ambas as formas de Estado citadas. No federalismo, a soberania se concilia com a existência de direitos garantidos pela Constituição Federal a todos ou a certos membros²³, inclusive, com a distribuição de competências a estes membros. No Estado unitário, a soberania é a expressão da unidade do poder centralizador.

Visto sob o ponto de vista interno, uma Teoria Geral do Federalismo estaria intimamente ligada a uma Teoria da Constituição²⁴ vez que o texto constitucional será o grande responsável pela distribuição de competências internas (entre os entes federativos traçados, também, no texto constitucional) além de se adotar o princípio da suprallegalidade constitucional que define a unidade política do Estado²⁵. O Estado Federal seria uma forma complexa de integração jurídica e política do Estado, pertencente ao Direito Constitucional que “*tem o caráter mais aparente pela coexistência de vários Estados (Estados federados) e um outro Estado que os compreende (Estado Federal)*”²⁶. Assim, a repartição de competências é essencial ao modelo jurídico de federação representando a forma de descentralização adotada no Estado Federal na forma de divisão territorial de poder de caráter constitucional²⁷. A Constituição entra nesse contexto como documento essencial para a

²¹ BONAVIDES, 2010a, p. 132-43.

²² CLARK, 2001, p. 62.

²³ Idem, 1986, p. 18-20.

²⁴ BARACHO, 1986, p. 32.

²⁵ Idem, p. 23

²⁶ SANCHEZ *apud* BARACHO, 1986, p. 25

²⁷ Idem, p. 26.

própria existência do Estado Federal²⁸. É o texto constitucional que estabelecerá a distribuição de competências e, assim, o próprio pacto federal que, por ser um pacto constitucional é um ato de Poder Constituinte. A Constituição Federal expressa uma garantia da existência política do Estado Federal e de cada um de seus entes²⁹.

Essa distribuição de competências caracteriza a descentralização política na federação. Os conceitos de soberania e descentralização são essenciais para a compreensão do federalismo podendo, o Estado Federal, ser conceituado “*como um agrupamento de coletividades políticas que abandonam, sob uma base igualitária, parte de suas competências em benefício da comunidade (...)*”³⁰. Nessa perspectiva, os entes federados são todos autônomos (nunca soberanos), inexistindo subordinação entre eles. Não há precedência de um ente federado sobre outro, mas sim distribuição de competências.

O Estado federal, tido como técnica de distribuição de competências³¹, tem origem no poder constituinte nacional, ou poder constituinte primário, de primeiro grau ou originário. Este poder constituinte primário, ao delegar competências aos entes federativos, cria o denominado poder constituinte secundário, de segundo grau ou derivado. Os poderes constituintes e/ou os denominados poderes constituídos criam os sistemas de revisão constitucional e de controle de constitucionalidade, mecanismos de efetivação da democracia nos Estados federados.

Esta distribuição de competências, quando da criação do sistema federativo, estabelecia a relação existente entre as autoridades centrais e as autoridades locais designando o que se denominou de federalismo dual. Este federalismo era caracterizado pela existência de dois campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores cujos governantes se defrontavam como iguais absolutos (igualdade entre o poder da União e dos Estados), ou seja, tanto o governo federal quanto os governos estaduais tinham poderes rigidamente definidos sendo o equilíbrio entre os entes federativos mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual³². Esta teoria se amoldava à teoria do *laissez-faire*³³ da função governamental,

²⁸ A relação de interdependência do Estado Federal para com a Constituição é tamanha que entendo ser *condictiu sine qua non* para a existência de um Estado Federal, a existência de uma Constituição que descentralize o poder central.

²⁹ SCHMITT *apud* BARACHO, 1986, p. 32.

³⁰ JEANNEAU *apud* BARACHO, 1986, p. 47.

³¹ BARACHO, 1986, p. 54.

³² SCHWARTZ *apud* ALMEIDA, 2010, p. 21.

³³ A teoria do *laissez-faire* foi desenvolvida nos Estados Unidos da América sendo mais conhecida como federalismo dual. De acordo com esta teoria, durante muito tempo, prevaleceu naquele país uma concepção de federalismo com dois campos de poder mutuamente exclusivos cujos ocupantes governamentais se defrontavam como absolutamente iguais. De acordo com esta teoria, tanto o governo federal quanto os governos estaduais tinham áreas de atuação rigidamente definidas pelo texto constitucional. Com a evolução da concepção do

representando, nos moldes defendidos pela Suprema Corte Norte Americana, uma inibição à autoridade reguladora do governo federal a determinadas matérias as quais se entendiam ser de competência do governo estadual (por exemplo matérias de cunho econômico e social)³⁴.

Entretanto, essa forma de visualizar o federalismo não perdurou. Com a Grande Depressão no início dos anos 30, tornou imperioso que se fortalecesse o governo da União. A partir daí, nos Estados Unidos, passou-se a uma nova versão do federalismo, a do federalismo do tipo cooperativo marcado pela interferência do poder federal em esferas de atribuições antes consideradas exclusivas dos Estados³⁵. Essa nova concepção de federalismo permitiu que os princípios da autonomia e da participação dos entes federados na União relevassem a integração das etnias e das porções territoriais de um Estado, realizada através do respeito às diferenças regionais e locais. Com o fim de cumprir seus objetivos, o federalismo, que visa a eficiência estatal no exercício de suas competências, diminuindo o risco de decisões inconsistentes ou erradas por parte dos seus governantes, passou a promover a descentralização do poder, deixando-o mais próximo dos governados e sujeito às suas influências, além de contribuir para a extinção de um poder único e centralizado³⁶. A inserção do conceito de democracia no sistema político (como meio de limitar e legitimar poder), valorizou o governo local que passou a ser visto como “*base territorial das ações humanas*”³⁷, local de realização do diálogo entre o povo e o poder, técnica de desconcentração do poder no plano territorial.

Essa concepção de federalismo, que tem no governo nacional uma colaboração intergovernamental em grande escala e que se volta para o governo local como governo capaz de efetivar a democracia pela melhor capacidade de diálogo entre o povo e o poder, foi adotado pelo Poder Constituinte Originário como um dos núcleos do nosso texto constitucional de 1988. O modelo de federação estabelecido pela Constituição Federal de 1988 tem aspecto diferente dos demais sistemas federativos, principalmente pela menção expressa aos Municípios e esse novo *status* constitucional teria dado um relevo marcante e uma participação importante nos destinos da própria República Federativa do Brasil³⁸. A federação brasileira não é um típico Estado federado, porque nas federações clássicas só há um poder político central (União) e os centros regionais de poder (Estados). A República

federalismo, esta teoria evoluiu para o atual federalism cooperative, disseminado, inclusive, no Brasil na nossa Carta Constitucional de 1988. Cf.: SCHWARTZ *apud* ALMEIDA, 2010, p. 20-1.

³⁴ ALMEIDA, 2010, p. 19-24.

³⁵ Idem, p. 21-2.

³⁶ CLARK, 2001, p. 65.

³⁷ PATARO, 2003, p. 100.

³⁸ COSTA, 2010. p. 77

Federativa do Brasil é composta de quatro espécies de entes federados dotados de autonomia, dois deles entes federados típicos (União e Estados) e outros dois federados atípicos ou anômalos (Distrito Federal e Municípios)³⁹.

1.2. Características fundamentais dos Estados Federados e das relações federativas

A originalidade do ideário federalista traçado pelas 13 Colônias Norte-Americanas está no fato de terem criado um Estado soberano composto de Estados autônomos, através de uma verticalização dos laços associativos⁴⁰. Os Estados, antes independentes e formadores de uma Confederação, abdicaram de sua soberania passando a integrar um novo e único Estado soberano. Os membros da Federação não gozam de soberania, mas de autonomia. Podemos concluir, combinando as abordagens de Costa e de Almeida que soberania é um poder de autodeterminação plena não condicionado a nenhum outro poder, seja interno ou externo, sendo a síntese da noção de poder supremo. Já a autonomia é a capacidade de autodeterminação dentro de um círculo determinado de competências estabelecidas pelo poder soberano garantindo aos entes federativos capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. Assim, a soberania se relaciona com a noção de poder originário ou constituidor enquanto que a autonomia de um poder derivado, constituído, porém normatizador⁴¹.

Há autores que consideram o princípio da autonomia das entidades federadas e o princípio de sua participação na formação da vontade dos órgãos federais e nas suas decisões o centro do federalismo⁴² (lei da autonomia e lei da participação⁴³). Ao Estado Nacional caberia traçar as questões pertinentes às entidades politicamente descentralizadas, estabelecendo a noção de que, apesar de a autonomia pressupor aptidão de autodeterminação, a noção de autonomia também é noção de limites impostos pelo governo soberano através da distribuição de competências. A título de ilustração, no caso do Brasil (arts. 1º e 18 CRFB/88), temos a União, Estados, Distrito Federal e Municípios como pessoas jurídicas de direito público interno sendo que à União cabe exercer a soberania do Estado Federal sendo

³⁹ Cf.: COSTA, 2010, p. 77; MEIRELLES, 1998, p. 42-3.

⁴⁰ ALMEIDA, 2010, p. 11.

⁴¹ Cf.: COSTA, 2010, p. 96-9; ALMEIDA, 2010, p. 11.

⁴² Cf.: CLARK, 2001, p. 64; FERRARI, 1993, p. 62.

⁴³ SCALLE *apud* BONAVIDES, 2010a, p. 195

formada do conjunto dos entes coletivos parciais⁴⁴ (Estados, Distrito Federal e Municípios) detentores de autonomia.

Assim, a autonomia dos entes federativos é tida como uma capacidade de autodeterminação, dentro do círculo de competências traçadas pelo poder soberano, garantindo-lhes as capacidades⁴⁵ de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração caracterizando a autonomia política, legislativa (normativa⁴⁶), administrativa e financeira, a serem exercidos sem subordinação hierárquica aos poderes do Estado soberano⁴⁷. A autonomia política é a capacidade de estruturação dos Poderes Executivo e Legislativo bem como seu inter-relacionamento⁴⁸; é a capacidade de organizar e constituir seu próprio governo através de texto constitucional próprio (“*capacidade de dar-se a própria Constituição*”⁴⁹), no caso dos Estados membros (art. 25 da CRFB/88) e de Lei Orgânica própria (Constituições Municipais⁵⁰), no caso dos Municípios (art. 29 da CRFB/88). A autonomia política está intimamente relacionada com a autonomia legislativa vez que esta pode ser traduzida na capacidade do ente federativo votar e promulgar sua respectiva lei de organização⁵¹. A autonomia administrativa é a capacidade que o ente federativo possui de executar sua própria atividade administrativa, ou seja, é a capacidade de organizar e prestar serviços públicos⁵². A autonomia administrativa se caracteriza por ser uma das formas de descentralização federativa, indicando uma tendência de afastar do elemento político descentralizador o poder decisório de algumas questões⁵³. A autonomia financeira consiste na capacidade de ter receita própria para realizar a despesa necessária⁵⁴.

Essa autonomia dotada de limites e decorrente da descentralização estatal, faz com que o Estado Federal seja considerado o sistema de governo com o mais alto grau de

⁴⁴ FERRARI, 1993, p. 64.

⁴⁵ Esclareço que os conceitos de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração caracterizando a autonomia política, legislativa, financeira e administrativa dos entes federativos serão aprofundados quando relacionados com a autonomia do Município a ser explorada no tópico 1.5 da presente.

⁴⁶ Vale dizer que na esfera do Direito Administrativo existe uma tendência dos Autores diferenciarem atos normativos de atos legislativos vez que a administração pública, nos termos do princípio da legalidade, pode emitir normas referente a matérias não privativas de lei. *Cf.*: MOTTA, 2007, p. 139; MEDAUAR, 2006, P. 117. Nosso entendimento é no sentido de que, quando tratamos da autonomia dos entes federativos, esta relaciona-se ao poder de auto-organização no qual está englobado o poder de autolegislação, o qual será efetivado através da criação de Poder Legislativo próprio a cada ente federativo, motivo pelo qual adotaremos a terminologia autolegislação.

⁴⁷ *Cf.*: ALMEIDA, 2010, p. 11; FERRARI, 1993, p. 65.

⁴⁸ FERRARI, 1993, p. 65.

⁴⁹ SILVA, 1996, P. 609.

⁵⁰ FERRARI, 2005, p. 89.

⁵¹ No caso dos Municípios sua Lei Orgânica (art. 29 CRFB/88) e no caso dos Estados sua Constituição Estadual (art. 25 CRFB/88).

⁵² *Idem*, p. 92.

⁵³ COSTA, 2010, p. 100.

⁵⁴ FERRARI, 1993, p. 69.

descentralização (teoria da descentralização extrema⁵⁵). Para esta teoria, o Estado federal se caracteriza por uma extrema descentralização, por ser composto de várias unidades (membros) todas autônomas, subordinados a ele mas detentoras de legitimidade constitucional e participantes da vontade federal. A descentralização é caracterizada pela independência das autoridades regionais e locais frente as autoridades centrais, demandando uma repartição de competências entre os órgãos locais e os órgãos centrais⁵⁶ conduzindo a existência de uma pluralidade de competências⁵⁷.

Esta distribuição de competências deverá estar pautada em três elementos descritos por Urbain Destree e Jean-Maurice Dehousse⁵⁸:

- a) Os poderes locais são dotados de personalidade e de competências distintas daquelas do poder central;
- b) Uma ordem jurídica, que estrutura a regulamentação das competências entre os diversos poderes existentes;
- c) A ordem é estabelecida e assentada no pacto fundamental pela própria Constituição.

No Estado Federal, para que haja a concretização dos elementos citados e, assim, a concretização do próprio sistema federativo, é necessário que haja uma Constituição escrita, podendo ser afirmado que a doutrina federativa se baseia no ideário de que na Constituição cristaliza-se o compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional e local (no caso da atual Constituição brasileira), mantidas em proveito de todos os integrantes cujo desligamento não poder-se-á dar⁵⁹. No Estado Federal não se admite o direito de secessão presente nas Confederações, significando que o texto constitucional deverá amarrar “*a estrutura íntima da Federação*”⁶⁰ sendo, indissolúveis os laços federativos.

A base jurídica do federalismo é uma Constituição comum a todas as entidades federadas que, necessariamente, deverá regulamentar a distribuição de competências entre os entes federados. Além desta Constituição comum, os entes federativos regionais (e locais), no exercício de sua autonomia, terão o direito de dar-se uma Constituição e de modificá-la devendo consignar-se o fato de que as Constituições Estaduais (e, no caso da Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica do Município), devem respeitar os princípios constitucionais estabelecidos pelo governo nacional (União)⁶¹. Entretanto, a distribuição de competências no

⁵⁵ KELSEN *apud* BARACHO, 1986, p. 43.

⁵⁶ BARACHO, 1986, p. 43.

⁵⁷ CASTRO, 2006, p. 19.

⁵⁸ DESTREE, DEHOUSE *apud* BARACHO, 1986, p. 52.

⁵⁹ ALMEIDA, 2010, p. 12.

⁶⁰ *Idem*, p. 12.

⁶¹ A repartição de competências é fundamental para a doutrina jurídica do federalismo. *Cf.*: FERREIRA *apud* BARACHO, 1986, p. 51-2.

federalismo não se efetiva apenas pela possibilidade de criação de textos constitucionais, mas, também, de leis infraconstitucionais a serem feitas e publicadas por cada ente federativo dentro da sua zona de competências.

O exercício do poder de elaborar e modificar normas constitucionais é denominado Poder Constituinte. A Doutrina do Poder Constituinte⁶² defende que no Estado federal coexistem dois órgãos jurídicos superpostos: o de cada um dos Estados membros e o Estado nacional que o integra. A partir daí, falamos em poder constituinte primário (constituente) e poder constituinte secundário (constituído)⁶³ a serem expressos pelo poder público nacional (federal) e pelos poderes públicos regionais e/ou locais, respectivamente. Assim podemos afirmar que os Estados federados podem livremente erigir um ordenamento constitucional autônomo e alterá-lo, desde que a criação originária da ordem constitucional e sua eventual reforma subsequente obedeçam os preceitos expostos na Constituição Federal⁶⁴.

1.3 Estado Democrático de Direito: Sistema Federativo Contemporâneo

O que hoje, desde Machiavel, chamamos de Estado (o Estado Moderno nacional e soberano) é uma das formas ou figuras da vida política⁶⁵. Foi a partir das revoluções burguesas no ocidente (na Inglaterra, em 1688, nos Estados Unidos, em 1776, e sobretudo na França, em 1789) que “*o mundo tomou, então, consciência de que uma democracia seria viável a partir do homem comum, em que as nobrezas, reinados e classes dirigentes passariam a conviver com uma burguesia poderosa e enriquecida*”⁶⁶. Desde então temos o denominado Estado de Direito, cuja finalidade reside na promoção dos direitos fundamentais, sendo que a sua forma política confere a estes primazia nomológica e axiológica, ou seja, “*não há norma jurídica mais importante que aquelas que, ao consagrarem direitos, tornam-se nucleares a todo o ordenamento jurídico*”⁶⁷.

O que diferenciou o Estado de Direito do Estado Moderno, a partir da Revolução Francesa, foi preocupação constante com a legitimidade, não na sua forma empírica, mas como respeito ao povo e à nação. Somente será legítimo o Estado que se estrutura

⁶² VIAMONT *apud* BARACHO, 1986, p. 59.

⁶³ SILVA, 2000, p. 68.

⁶⁴ BONAVIDES, 2010a, p. 199.

⁶⁵ MONCADA *apud* HORTA, 2011, p. 29.

⁶⁶ SILVA *apud* HORTA, 2011, p. 35.

⁶⁷ HORTA, 2011, p. 36.

democraticamente, sendo ilegítimas as teocracias e autocracias a ele precedentes. Assim, o Estado de Direito emerge sob uma nova perspectiva de vida política fundada, por um lado, em elementos materiais, que seriam os direitos fundamentais e, por outro lado, em uma técnica de estruturação e controle do poder denominada constitucionalismo⁶⁸. Podemos dizer que “*temos então o Estado-de-Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a constituição*”⁶⁹.

O Constitucionalismo foi movimento que corresponde historicamente ao Estado de Direito, entretanto, tais expressões não se confundem. O Constitucionalismo aparece na história como um movimento tendente a limitar os poderes estatais frente a direitos dos cidadãos, enquanto que, o Estado de Direito, aparece como “*modelo, uma estrutura a que o Estado moderno chegou*”⁷⁰ conforme afirmado por Nelson Saldanha no seguinte sentido:

Uma vez que considere o movimento constitucional propriamente dito como um fenômeno do Ocidente contemporâneo, torna-se evidente sua interligação com o movimento denominado ‘constitucionalismo’ (...) (que) corresponde historicamente ao que se chama ‘Estado de Direito’ (...), embora (...) as duas expressões não sejam sinônimas: o constitucionalismo aparece mais como um movimento, um processo, uma tendência a um tempo doutrinária e institucional; o Estado-de-Direito, mais como um tipo, um modelo, uma estrutura a que o Estado moderno chegou.⁷¹

Desde o movimento constitucionalista, iniciado no século XVIII, três foram os principais paradigmas captados para delinear os contornos do Estado de Direito e as atribuições de sua competência: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito⁷².

O Estado Liberal de Direito, teve como características básicas⁷³: a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e a previsão de direitos individuais. A submissão ao império da lei era tido como objetivo fundamental do Estado Liberal de Direito⁷⁴ que assegurava o princípio da legalidade, tido como a submissão à lei de toda atividade estatal. A divisão de poderes era a separação de forma independente e harmônica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A previsão de direitos individuais serviu de apoio aos direitos do Homem⁷⁵. Estas exigências ainda são pressupostos básicos do Estado de Direito⁷⁶,

⁶⁸ HORTA, 2011, p. 35-7.

⁶⁹ SALDANHA *apud* HORTA, 2011, p. 37.

⁷⁰ *Idem*, p. 37.

⁷¹ *Idem*, p. 37.

⁷² SOARES, 2008, p. 189.

⁷³ SILVA, 1996, p. 112-3

⁷⁴ SILVA, 2000, p. 115.

⁷⁵ *Idem*, p. 115.

⁷⁶ SILVA, 1996, p. 113.

entretanto, deverão ser vistos sob novos paradigmas estabelecidos pelo Estado contemporâneo nos termos a serem expostos.

Quando da formação dos primeiros textos constitucionais nos Estados Liberais, houve uma barreira à sua aplicação e efetividade devido a centralidade da lei (princípio da legalidade) enquanto norma garantidora da liberdade dos cidadãos frente as intervenções do Estado. O Estado passou a submeter-se aos textos legais e imaginava-se uma submissão plena ao Direito⁷⁷ como reação ao absolutismo marcado pela submissão deste à vontade do monarca. Pode-se afirmar que, nessa época, a limitação do poder pelo direito, na Europa⁷⁸, neutralizou a supremacia da constituição pela primazia da lei caracterizando o Estado como Estado Legal⁷⁹. O liberalismo dava à Constituição valor mais político que normativo⁸⁰.

Durante o liberalismo, o positivismo jurídico (filosófico)⁸¹ imperou, sendo fruto de uma idealização do conhecimento científico, “*uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana*”⁸². Esta leitura do Direito gerou injustiças provocadas pelo regime liberal, decorrentes do individualismo e abstencionismo propostos, provocando o crescimento econômico desordenado, gerador de revoltas sociais decorrentes da concepção de justiça social criada na população a partir do sindicalismo e do socialismo⁸³.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a idéia de ter um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e arraigado no texto literal da lei já não tinha mais lugar no pensamento esclarecido⁸⁴. Com a estagnação do liberalismo, o conceito de Estado de Direito evoluiu. O desafio passou a ser a construção de um modelo no qual todos tenham participação nas decisões do Estado⁸⁵. A partir daí, o Estado de Direito não podia mais se justificar na vertente liberal, passando a englobar a sociedade, em seu seio, sem renunciar ao Direito⁸⁶,

⁷⁷ MOTTA, 2007, p. 59.

⁷⁸ No constitucionalismo europeu e, assim, no constitucionalismo da maior parte do mundo que vivia sob sua influência, as normas constitucionais não seriam leis, mais diretrizes políticas endereçadas, sobretudo, ao legislador. Cf.: BARROSO, 2010, p. 86.

⁷⁹ MOTTA *apud* CANOTILHO, 2007, p. 59.

⁸⁰ MOTTA, 2007, p. 60.

⁸¹ Com a pretensão de se criar uma ciência jurídica nos moldes das ciências exatas e naturais, o positivismo jurídico importou o positivismo filosófico para o mundo do direito, sendo, o Direito, ato emanado do Estado, na forma de norma, com caráter imperativo e força coativa. Assim, a ciência do Direito dever-se-ia fundar em juízos de fato e não em juízos de valor. Cf.: BARROSO, 2009, p. 324-5.

⁸² BARROSO, 2009, p. 324.

⁸³ Cf.: SILVA, 2000, p. 117; MAGALHÃES, 1997, p. 33.

⁸⁴ BARROSO, 2009, p. 327.

⁸⁵ MAGALHÃES, 1997, p. 31-3.

⁸⁶ VERDÚ *apud* SILVA, 2000, p. 117.

sendo criado, a partir das constituições sociais do México e da Alemanha, o denominado Estado Social de Direito.

O Estado Liberal, por ser individualista e abstencionista, provocou imensas injustiças demonstrando a insuficiência das liberdades burguesas permitindo a difusão da consciência do conceito de justiça social no corpo da sociedade. Essa inserção do conceito de justiça social na sociedade fez com que várias constituições passassem a admitir a intervenção do Estado no domínio econômico e na assistência aos excluídos. A criação do Estado Social fez com que o Estado de Direito deixasse de ser formal, neutro e individual, e passasse a ser material, com o fim de realizar a justiça social⁸⁷. As constituições sociais ampliaram os direitos fundamentais somando novos direitos sociais e econômicos, com o objetivo de que o Estado pudesse compatibilizar o capitalismo como forma de produção e, ao mesmo tempo, enfrentasse a questão social, promovendo o neocapitalismo do *WelfareState*⁸⁸. Entretanto, o Estado Liberal deixou uma sociedade de excluídos, fazendo com que o Estado Social mudasse seu paradigma, deixando de compatibilizar o capitalismo com a proposta do *WelfareState* e passasse a ser um Estado assistencialista para pessoas excluídas do modelo econômico, na busca por garantir a todos um mínimo existencial, uma igualdade mínima de condições.

Um efetivo Estado Democrático traçado por preceitos constitucionais, longe do mero ideário de “votar e ser votado”, já era escrito e defendido em 1931 por Walter Burckhardt. Este Autor defendia que a vontade da constituição deveria ser “*honestamente preservada*”⁸⁹, isso somente aconteceria se a população se mostrasse disposta a sacrificar interesse seu em favor da preservação dos princípios constitucionais. O respeito à Constituição garantiria um bem da vida indispensável, principalmente, ao Estado democrático.

Da superação do modelo liberal e de uma (re)leitura das Constituições sociais⁹⁰, nasce a figura do Estado Democrático de Direito, que não significa, apenas, a união dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático⁹¹, mas a formação de um novo conceito que, apesar de considerar os elementos componentes básicos tanto do Estado de Direito quanto do Estado Democrático, propõe uma reconstrução do conceito de democracia baseado numa democracia econômica, social e política⁹². A partir da criação do Estado Democrático de Direito a concepção de democracia evolui deixando o simples preceito de “votar e ser

⁸⁷ SILVA, 2000, p. 115.

⁸⁸ Cf.: MAGALHÃES, 1997, p. 34; SILVA, 1996, p. 115.

⁸⁹ BURCKHARDT *apud* HESSE td. MENDES, 1991, p. 22.

⁹⁰ MAGALHÃES, 1997, p. 35.

⁹¹ SILVA, 1996, p. 119.

⁹² MAGALHÃES, 1997, p. 35-6.

votado” para ser vista como um componente da sociedade, como um meio efetivo de participação do povo⁹³ nas diretrizes do Estado. Também a concepção de lei/legalidade no Estado Democrático de Direito ganha outra forma. A lei deixa de ser meramente um texto normativo para se infiltrar na sociedade; a Constituição se abre para as transformações da sociedade (políticas, econômicas e sócias) e o Direito Positivo passa a ser desdobramento desta Constituição⁹⁴.

Esta expressão “Estado Democrático de Direito” é mais uma espécie estatal decorrente do preceito inicial do Estado Moderno que somente surgiu a partir do século XX com a pretensão de designar um novo paradigma no que tange à concepção de Estado, de Constituição e de Direitos Fundamentais. Esta forma de Estado, para parte da doutrina, é tido como uma evolução dos preceitos do Estado Liberal e Estado Social⁹⁵. Segundo Rodolfo Vianna Pereira⁹⁶, para que sejam explorados preceitos conceituais relacionados ao Estado Democrático de Direito, é necessário explorar alguns fatores (responsáveis pela crise de referenciais de democracia no Estado Liberal e no Estado Social) tais como: globalização, complexidade, sociedade de risco e crise da democracia representativa.

A globalização teria potencializado a denominada “crise do Estado nacional” na medida em que realocou as fontes de decisões políticas para fronteira extra-estatal alterando o conceito clássico de soberania, fazendo com que a liberdade do governo passasse a se condicionada por índices de eficiência e padrões de conduta ditados no espaço exterior afetando, diretamente, a noção de princípio democrático. A complexidade das relações políticas e sociais estabelecida no Estado contemporâneo dificultou a adaptação da democracia em face de uma sociedade diferenciada, plural e descentralizada apontando o enfraquecimento da capacidade do indivíduo em dar sustentabilidade a conceitos como bem comum, vontade popular, representação, controle, concorrência partidária e outros que estão no centro da democracia, abalando a operacionalidade desta. A expressão “sociedade de risco” foi criada a partir de meados do século XX em decorrência da incompatibilidade entre a crescimento tecnológico e a incapacidade da ciência em prever os riscos do seu próprio desenvolvimento, criando um desafio à pretensão do princípio democrático em sujeitar toda decisão política ao critério da legitimidade popular. Por último, a constatação de que a

⁹³ O conceito de povo também é um conceito histórico que, a partir do ideário de globalização, interposto nas relações entre os Estados, ganha relevância no sentido de nação.

⁹⁴ SILVA, 2000, p. 127.

⁹⁵ PEREIRA, 2011, p. 171.

⁹⁶ Idem, p. 171-6.

democracia representativa estava em crise decorrente de eventos multifacetários associados a uma quebra global de confiança.⁹⁷

A partir de tais fatores desestabilizadores, a saída encontrada foi reivindicar por mais democracia, mais instrumentos participativos, pela inclusão cidadã, pelo fortalecimento das formas de organização coletiva da sociedade civil e a abertura da transparência do Estado e da Administração Pública. A partir daí, houve o resgate da democracia participativa passando, a esfera pública, a afirmar-se através da diversidade das arenas gestoras do poder, englobando formas participativas da sociedade no poder como a execução de fóruns estatais, não estatais, formalizados, informais que incluem desde modos de participação juridicamente regulados ao protesto social que carece de forma jurídica previamente definida.⁹⁸

Este novo paradigma da democracia foi criado a partir das revoluções burguesas do século XVIII, decorrente da criação do conceito de “*Estado constitucional democrático*”⁹⁹. Desde então, a democracia passou a ser um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem na efetivação dos direitos fundamentais do homem, mantido sempre o princípio de que ela revela um modelo político estabelecido na vontade do povo¹⁰⁰ motivo pelo qual não pode ser vista como um mero conceito político (abstrato e estático) devendo ser visto como um conceito histórico não um valor-fim (ou seja, conceito dinâmico, não estático) por ser um “*processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história*”¹⁰¹ sendo, sobretudo, “*um caminho: o da progressão para liberdade*”¹⁰².

Vale dizer que o conceito Estado de Direito, concebido pelo liberalismo, foi decorrente da expressão jurídica “democracia liberal” aplicada no regime liberal. Devido a superação do liberalismo, colocou-se em debate a possibilidade de sintonia entre os conceitos de Estado de Direito e uma possível sociedade democrática¹⁰³. O caráter histórico do conceito de democracia permitiu que esta passasse a ser vista como realização de valores de convivência humana (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana), valores mais amplos que os estabelecidos (criados) pelo liberalismo no Estado de Direito¹⁰⁴.

Por não tratar-se de conceito novo, alguns Autores, como Paulo Bonavides, alertam-nos que “*a palavra democracia domina com tal força a linguagem política desde o século*

⁹⁷PEREIRA, 2011, p. 172-3.

⁹⁸ Idem, p. 173-4.

⁹⁹ MAGALHÃES, 1997, p. 31.

¹⁰⁰ SILVA, 1996, p. 125-6.

¹⁰¹ Idem, p. 126.

¹⁰² KELSEN *apud* BONAVIDES, 2010a, p. 287.

¹⁰³ SILVA, 1996, p. 112.

¹⁰⁴ SILVA, 2010, p. 112.

XX, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que se não proclamem democráticos”¹⁰⁵. Entretanto, o mesmo Autor, se delonga por várias páginas para explicar e defender o termo “democracia”, não negando a importância do debate e a inserção de tal ideário na nova concepção “Estado Democrático de Direito” afirmando, inclusive, que “*a democracia, que não é mais que um nome também debaixo dos abusos que a infamaram, nem por isso deixou de ser a potente força condutora dos destinos da sociedade contemporânea*”¹⁰⁶.

Para que exista democracia basta que exista uma sociedade e que nesta o governo emane do povo, sendo este povo uma massa que lute incessantemente por uma justiça social¹⁰⁷. A essência da democracia está no fato de o poder residir no povo¹⁰⁸, ou seja, está na existência de um vínculo entre o povo e o poder. O denominado “elitismo democrático”¹⁰⁹ impede a efetivação de uma real democracia num Estado de Direito. Necessariamente, para haver democracia, deverá haver uma luta pela justiça social. O ideário de justiça social está na base histórica da formação do conceito de democracia a ser aplicada no Estado Democrático de Direito.

Neste vínculo deverá existir dois valores fundamentais: a igualdade e a liberdade¹¹⁰. A democracia seria um instrumento de efetivação destes preceitos. Além destes valores, a democracia exige o cumprimento de dois princípios fundamentais¹¹¹: a soberania popular e a expressão da vontade popular através da participação, direta ou indireta, do povo no poder, sendo que, nos casos de representação indireta surgirá o princípio da representação (democracia indireta e democracia semidireta¹¹²). A democracia direta é aquela na qual os participantes, ou seja, o povo, tomam decisões concretas em relação ao governo do Estado votando diretamente suas leis¹¹³. Já a democracia indireta (ou representativa) é aquela na qual

¹⁰⁵ BONAVIDES, 2010b, p. 287.

¹⁰⁶ Idem, p. 287.

¹⁰⁷ SILVA, 1997, p. 126.

¹⁰⁸ SILVA, 1996, p. 129.

¹⁰⁹ O “elitismo democrático” defende que a democracia somente pode ser exercida por uma minoria democrática, ou seja, “pro uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída de espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum”. Cf.: BARACHRACH; FILHO *apud* SILVA, 1996, p. 126-7.

¹¹⁰ SILVA, 1996, p. 131.

¹¹¹ Idem, p. 132.

¹¹² No decorrer da história foram criados três espécies de democracia: a democracia direta, a democracia indireta e a semidireta. A democracia direta é aquela na qual o povo exerce, por si, só o poder; são todas as formas de participação no poder que não se resolvem na forma de representação. A concepção de democracia indireta é a concepção de democracia a partir dos tempos modernos; é a chamada democracia representativa, na qual o poder emana do povo, fonte primária do poder, sendo que, este povo, outorga funções de governo a seus representantes. A democracia semidireta é a democracia representativa mas com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo. Cf.: BOBBIO, 2001, p. 153-8; SILVA, 2000, p. 47; BONAVIDES, 2010b, p. 293-9.

¹¹³ A doutrina como um todo se refere à impossibilidade do exercício da democracia direta pelos seguintes motivos: 1) o Estado é uma estrutura muito complexa sendo que, na maioria dos casos, pode envolver vários

o povo, não podendo dirigir diretamente os negócios do Estado em decorrência da extensão territorial, densidade demográfica e complexidade dos problemas sociais, outorga poderes de governo a seus representantes que elege periodicamente¹¹⁴.

Para a efetivação deste Estado Democrático, o Estado de Direito deixou de ser um “Estado Legal” e passou a ser um “Estado Constitucional” trazendo como marca característica a centralidade da Constituição acompanhada de sua força normativa. As constituições do período liberal possuíam papel relevante na caracterização do Estado e na organização de suas estruturas possuindo mais valor político e filosófico que normativo. No período social, cujo marco representativo é a Constituição de Weimar, houve a utilização excessiva de normas fórmulas programáticas para a consagração de direitos sociais, abalando o conceito positivo de constituição.¹¹⁵

O debate sobre a eficácia das disposições programáticas das Constituições dos Estados Sociais chamou a atenção para a normatividade da Constituição (“Constituição Jurídica”) e para a importância de sua eficácia, fazendo com que em 1959 Konrad Hesse desenvolvesse a “*Teoria do Estado do Constitucionalismo*” fulcrada na força normativa da Constituição. Para a “*Teoria do Estado do Constitucionalismo*”, a separação entre a Constituição jurídica e o Todo da realidade social se afiguraria estranha¹¹⁶. A Constituição somente adquiriria força normativa na medida em que lograsse êxito na realização de sua “*pretensão de eficácia*”, que ocorreria no caso em que a Constituição estivesse vinculada a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma orientação jurídica pautada nos parâmetros da razão¹¹⁷. É requisito essencial para a força normativa da Constituição, que ela considere não apenas os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas, também, que incorpore o estado espiritual de seu tempo¹¹⁸. A força normativa da Constituição é fundamental para o Estado democrático inserido na Teoria do Estado do Constitucionalismo¹¹⁹.

A força normativa da constituição é essencial para a demonstração de sua força como centro jurídico e de poder de um país, mas o texto constitucional é limitado. Esta limitação de poder e supremacia da lei seria a essência do conceito de

tipos de conhecimento não estão ao alcance do cidadão comum; 2) as grandes massas não têm condições de reunir-se fisicamente e, caso reunidas, poderia haver problemas quanto a ponderação das decisões. Cf.: FERRARI, 2005, p. 20.

¹¹⁴FERRARI, 2005, p. 20.

¹¹⁵MOTTA, 2007, p. 58.

¹¹⁶ HESSE td. MENDES, 1991. p. 16.

¹¹⁷ HUMBOLDT *apud* HESSE td. por MENDES, 1991, p. 16.

¹¹⁸ HESSE td. MENDES, 1991, p. 20.

¹¹⁹ Idem, 1991, p. 16.

“*constitucionalismo*”¹²⁰. Já a democracia seria a aproximação entre a soberania popular e o governo da maioria¹²¹. No ponto de tensão existente entre a idéia de constitucionalismo e de democracia¹²² estaria a jurisdição constitucional, essencial por harmonizar a legitimação da relação entre o constituinte e o legislador, com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático¹²³.

O texto constitucional e os denominados “cultores do constitucionalismo”¹²⁴ deixaram de se preocupar com o Estado e sua organização e passaram a se preocupar com a sociedade e seus direitos. Para o Magalhães¹²⁵, Estado Constitucional é aquele que “*limita os poderes do Estado, organiza sua estrutura, distribui competências e declara e garante direitos fundamentais da pessoa humana (...)*”. Essa nova perspectiva levou ao denominado “Estado de Direito Contemporâneo”¹²⁶ que seria um “Estado principialista”, ou seja, um Estado no qual há o reconhecimento teórico da positividade dos princípios¹²⁷.

A formação do denominado estado contemporâneo, a partir de meados do século XX, passou a ver o texto constitucional como uma “Constituição Jurídica”, sobrelevando a sua força normativa. A reaproximação do direito ao ideal de justiça, sem remontar ao jusnaturalismo, deu reforço à normatividade constitucional, passando a ser reconhecida e destacada a normatividade dos princípios¹²⁸ assentando o “*edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*”¹²⁹. O texto constitucional, hoje, no campo do Direito Constitucional, não é suficiente para exprimir toda a organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política¹³⁰.

A concepção de democracia, a partir desta sociedade contemporânea, parte de um ideário relacionado ao processo de democratização do Estado através de canais de comunicação entre a sociedade organizada e o poder estatal. Conforme já afirmado supra, a democracia é o que legitima a atuação legislativa no Estado de Direito, que possui a

¹²⁰ BARROSO, 2010, p. 88.

¹²¹ Idem, p. 89.

¹²² Entre constitucionalismo e democracia podem existir pontos de tensão: “*a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição*”. Cf.: BARROSO, 2010, P. 89

¹²³ BARROSO, 2010, p. 89.

¹²⁴ BONAVIDES, 2010b, p. 29.

¹²⁵ MAGALHÃES, 1997, p. 31.

¹²⁶ Idem, p. 23.

¹²⁷ Passaram a ganhar destaque, então, os princípios do reconhecimento do interesse local, princípio da autonomia federativa municipal e o princípio da subsidiariedade do poder regulador local. Cf.: BONAVIDES, 2010b, p. 264-6.

¹²⁸ Em tópico próprio serão aprofundados os temários princípios, sistema aberto de normas e constitucionalização do direito.

¹²⁹ MOTTA *apud* BONAVIDES, 2007, p. 63.

¹³⁰ BONAVIDES, 2010b, p. 93-4.

legalidade como um de seus fundamentos, mas foi a partir da concepção de democratização do próprio Estado que o paradigma do Estado de Direito mudou para a nova concepção denominada Estado Democrático de Direito.

Com a perda de prestígio do positivismo jurídico, da própria lei e da ascensão dos princípios como normas constitucionais, estes vistos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias, houve uma revolução no Direito e na forma de Estado pela efetivação da força normativa da constituição decorrente da disseminação da denominada “jurisdição constitucional”. O caráter normativo das normas constitucionais, no Direito Contemporâneo, é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, dando supremacia formal e material ao texto constitucional. Essa supremacia formal e material do texto constitucional, com o reconhecimento dos princípios constitucionais como normas transformou a Constituição no “filtro” do Direito infraconstitucional, fenômeno denominado “constitucionalização do direito”¹³¹.

A Constituição deve ser vista como um sistema, para que nos permita perceber o seu enquadramento na globalidade da sociedade, presa nas forças e formas políticas¹³², inclusive, para a efetivação da nova concepção de democracia, essencial para o concreção dos direitos fundamentais tão relevados pelos textos constitucionais contemporâneos. Esta nova concepção de Estado e de Constituição de “*substrato filosófico antagônico ao positivismo extremista*”¹³³, é denominado pós-positivismo que surge como um ideário difuso, no qual se enquadram idéias de justiça ao lado da teoria dos direitos fundamentais, da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da denominada “*nova hermenêutica*”¹³⁴. O pós positivismo, para além da mera desconstrução das posições positivistas busca uma superação das mesmas aproveitando as conquistas voltadas à segurança jurídica mas buscando ir além ao aliar segurança e justiça social como foco da experiência jurídica. O “constitucionalismo moderno”¹³⁵ surge como uma volta aos valores e uma reaproximação da ética com o Direito migrando da filosofia para o mundo jurídico, permitindo que constitucionalismo e democracia sejam conceitos que se complementam e apoiam mutuamente¹³⁶.

Partindo do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito não pode ser conceituado com base tão somente no princípios democrático ou no princípio republicano, ou

¹³¹ BARROSO, 2010, p. 86.

¹³² Idem, p. 94.

¹³³ MOTTA, 2007, p. 63.

¹³⁴ BARROSO, 2010, p. 242.

¹³⁵ BARROSO, 2009, p. 328.

¹³⁶ Idem, p. 91.

tão somente na estrutura do Estado Liberal ou do Estado Social, exigindo, como somatório complexo desses momentos anteriores, a (re)leitura dos princípios formadores destes, o seu conceito deverá ser pautado na pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria estruturante do Estado constitucional ocidental. Deverá ser moldado pelos conceitos de direito fundamental, democracia, Estado de Direito, primazia do direito e distribuição de competências de poderes do Estado. Nesse contexto, concordamos com Soares¹³⁷, ao afirmar que a atuação do Poder Judiciário, dando efetividade à supremacia da constituição (e, assim, à sua força normativa), deverá ser concebida como uma ação voltada para o passado, firmada nas decisões do legislador que se destilaram no direito vigente na forma (do atual) controle de constitucionalidade.

1.4. Federalismo e Estado Democrático Brasileiro

O Estado democrático poderá ter a forma de estado federal, regional, unitário ou autonômico, entretanto, para ser um efetivo Estado democrático, necessária a desconcentração e a descentralização do exercício de poderes¹³⁸. O Estado unitário permite apenas um centro produtor de normas, um Poder Judiciário e um Poder Executivo, permitindo, apenas a desconcentração da estrutura, limitando o grau de comprometimento e responsabilidade do administrador, que tem no seu superior hierárquico um revisor de seus atos¹³⁹. Os Estados regionais e autonômicos seriam modelos intermediários entre o Estado unitário e o Estado federal, admitindo graus diferenciados de autonomia entre regiões¹⁴⁰. Partindo de tais pressupostos, o Estado federal, mostra-se o ideal para a efetiva democracia, vez que admite maior descentralização se aperfeiçoando numa autonomia política que permite uma auto-organização e autogoverno (dos entes federativos) limitados apenas pelo texto constitucional (estrutura estatal-constitucional)¹⁴¹. O federalismo seria a forma de Estado ideal para a implementação da democracia como forma de democratização do Estado¹⁴².

¹³⁷ SOARES, 2008, p. 214-5.

¹³⁸ Apesar da existência das formas de Estado unitário, regional e autonômico, a forma federal é a melhor a forma de Estado para a expressão da democracia em decorrência de sua descentralização administrativa, que permite uma autonomia administrativa, legislativa e política para auto-organização e autogoverno. Cf.: BARACHO, 1986, p. 269-303; MAGALHÃES, 1997, p. 46 et seq.

¹³⁹ MAGALHÃES, 1996, p. 46.

¹⁴⁰ Idem, p. 47.

¹⁴¹ Id, 1996, p. 48-9.

¹⁴² Ibidem, p. 46

O Estado constitucional, formador do constitucionalismo, é quem fixa a estrutura do Estado Federal por ser considerado técnica de desconcentração e descentralização do poder, no plano territorial, decorrente de sua divisão funcional e de competências. O federalismo, a partir de um significado constitucional, é considerado como forma de distribuição de poder, ou seja, tecnicamente, o federalismo é uma divisão constitucional de poderes¹⁴³. Esta divisão constitucional de poderes está diretamente relacionada com o ideal de democracia, não a democracia tida como o voto para a representação do Estado, mas a democracia vinculada à democratização do Estado¹⁴⁴. Assim, a finalidade da Constituição seria a criação de estruturas democráticas na sociedade e no Estado, estabelecendo-se, na prática, uma Constituição para a sociedade e não apenas para o Estado.

As formas federais de governo permitem a possibilidade de controvérsias entre as autoridades nacionais e os governos regionais (ou locais), sendo que, cada Estado Federal crie um sistema de controle de constitucionalidade legal para fins de manutenção da suprallegalidade do texto constitucional¹⁴⁵. O autêntico federalismo tende a limitar a atividade do poder público e criar instrumentos para o cumprimento de competências dentro de um círculo de competências previamente traçadas sendo que, qualquer intromissão na esfera de competências dentre os entes federativos, caracteriza inconstitucionalidade¹⁴⁶. A partir desse ponto de vista, José Alfredo de Oiveira Baracho¹⁴⁷ afirma que, na verdade, foi a Corte Suprema dos Estados Unidos, decidindo grandes questões constitucionais que mais influenciou para a evolução do federalismo através de adaptações à circunstâncias sociais, econômicas e políticas (relevância às liberdades e ao processo democrático).

Essa realidade, no Brasil, iniciou com a Carta de 1889, entretanto, o processo de efetiva democratização da gestão pública do Estado brasileiro somente iniciou com a Carta de 1988 que instituiu uma República Federativa como Estado Democrático de Direito com foco em uma democracia participativa. Esta opção do constituinte significa que o Estado brasileiro está marcado por dois importantes princípios: o princípio republicano e o princípio federativo;

¹⁴³ BARACHO, 1986, p. 54.

¹⁴⁴ MAGALHÃES, 1996, p. 39.

¹⁴⁵ Sendo a distribuição de competências e a suprallegalidade constitucional ponto nuclear do Estado Federal, este cria formas de controle de constitucionalidade das leis devendo, cada ente federativo, respeitar os limites de sua competência legislativa sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Existem vários sistemas de controle de constitucionalidade. Na França, por exemplo, o controle de constitucionalidade é preventivo e exercido por um órgão de natureza política o *Conseil Constitutionnel*. No caso do Brasil, a constituinte originária de 1988 optou por delegar o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal. Cf.: NETO, 2010, p. 84-93.

¹⁴⁶ FERRARI, 2005, p. 88.

¹⁴⁷ Idem, 1986, p. 55.

ambos pautados no regime político democrático de Direito¹⁴⁸. O Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da Constituição Federal de 1988, seria a síntese histórica de dois conceitos que, apesar de próximos, não se confundem: constitucionalismo e democracia¹⁴⁹. O constitucionalismo sendo a limitação do poder e supremacia da lei, enquanto que a democracia, por sua vez, traduzir-se-ia em soberania popular, participação social e governo da maioria com respeito à minoria.

A Carta de 1988, além de ter a virtude de simbolizar a travessia democrática brasileira¹⁵⁰, constitucionalizou o direito brasileiro. Isso não significa que normas de direito infraconstitucional passaram a ser tratadas pela Constituição, mas que houve uma constitucionalização das fontes do Direito em cada matéria jurídica. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 passou a ser o centro do sistema jurídico brasileiro e, além de ser dotada de supremacia formal, também passou a ser dotada de supremacia material “potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”¹⁵¹, servindo de parâmetro não apenas para validade da ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, conforme já citado supra, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁵², em sua *Teoria Geral do Federalismo*, já afirmava que o federalismo está diretamente relacionado com a Teoria da Constituição. O federalismo como forma de estado é totalmente dependente de uma Constituição Federal. A norma que estabelece toda a organização do Estado federal, a forma de descentralização e a limitação da autonomia de cada ente é a Constituição Federal.

No Brasil, temos um Estado Democrático de Direito que se efetiva tanto pela grande descentralização do poder, distribuídos entre os quatro entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), todos autônomos entre si, quanto pela projeção de uma suprema corte (Supremo Tribunal Federal) dissociada do Poder Legislativo e inserida no Poder Judiciário, aprofundando o fundamento democrático envolvido na jurisdição constitucional, permitindo a inter-relação de governo da maioria e limites estabelecidos constitucionalmente.

¹⁴⁸ CABRAL, 2008, p. 45.

¹⁴⁹ BARROSO, 2010, p. 88.

¹⁵⁰ Idem, p. 361.

¹⁵¹ BARROSO, 2010, p. 363.

¹⁵² BARACHO, 1986, p. 50.

1.5. Federalismo e a nova hermenêutica constitucional

O início do Estado de Direito foi resultado das revoluções burguesas do século XVIII. O texto constitucional, nos moldes apresentados contemporaneamente, é consequência da criação e evolução deste Estado de acordo com os paradigmas traçados no Estado de Direito Liberal, Estado de Direito Social e, por fim, no Estado de Direito Contemporâneo estabelecido no Brasil na forma de Estado Democrático de Direito. Não apenas o texto constitucional evoluiu desde a criação do Estado de Direito, bem como a forma de se ler e ter a Constituição num país também foi alterada. Com a evolução da sociedade, da inserção da noção de globalização nesta e com o princípio democrático arraigado nos textos constitucionais, a lógica encontrada pela doutrina que defende as teorias do Direito Constitucional Contemporâneo foi passar a ver o Estado submetido aos ideários traçados no texto da constituição e o Direito como um sistema que tem na Constituição seu maior norte.

A primeira fase do Estado de Direito costuma ser determinada pelo estabelecimento do Estado Liberal. Neste formato o Estado era incumbido de defender, primordialmente, a liberdade, a igualdade formal e a propriedade dos indivíduos sendo que, em decorrência do absolutismo estabelecido na França, a maior preocupação da sociedade era com a garantia dos direitos individuais. O primeiro passo para submissão do Estado ao Direito foi efetivado com a edição das declarações de direitos pelos revolucionários da América do Norte e França que buscavam positivizar o denominado “mínimo irreduzível do direito”. A partir do estabelecimento das liberdades individuais nas declarações de direito, afirmou-se a necessidade de limitar o poder político por meio da separação de funções trazendo, consigo, o princípio da legalidade.¹⁵³

Neste período existia uma dicotomia entre Estado e sociedade. Na doutrina de Locke e Montesquieu¹⁵⁴ a liberdade estava ligada intimamente ao que se denominou de legalidade normativa, ou seja, a liberdade estava ligada a existência de leis genéricas e abstratas mais voltadas à lei em sentido formal. Nesta época, com a teoria de Ferdinand Lassalle¹⁵⁵ (1982), a Constituição, denominada “jurídica”, era tida como um simples pedaço de papel, sendo a sociedade conduzida por forças reais de poder (poder militar, social, econômico e intelectual). A superioridade da lei referia-se à autoridade do órgão que editava seu conteúdo.

¹⁵³ MOTTA, 2007, 30-2.

¹⁵⁴ Idem, p. 32.

¹⁵⁵ LASSALLE *apud* HESSE td. MENDES 1991, p. 9.

Nesta época, denominada “era dos códigos”, o centro do ordenamento jurídico era o Direito Privado (positivismo-liberalismo) pautado no texto expresso da lei. Os princípios eram preceitos programáticos não dotados de normatividade, denominados princípios gerais. A preocupação com a ética, despertada no Estado Social de Direito, fez com que as Constituições, nos Estados Democráticos de Direito, expressassem valores na forma de princípios, fazendo deste novo Estado de Direito um Estado “principlista”¹⁵⁶, onde a Constituição está no topo da pirâmide normativa não apenas formalmente, mas materialmente¹⁵⁷. A inserção do ideário de concreção de uma efetiva democracia no Estado de Direito (ideário gerador do Estado Democrático de Direito) teve como um dos pontos principais a constitucionalização do Direito, tornando a Constituição o centro do sistema jurídico. A partir daí, princípios antes tidos como “gerais”, passaram a ser princípios constitucionais dotados de normatividade e responsáveis pela orientação de todo o ordenamento jurídico¹⁵⁸.

Os cultores do constitucionalismo passaram analisar a constituição e o próprio Direito Constitucional sob outro enfoque, ganhando relevância a teoria da força normativa da Constituição desenvolvida por Konrad Hesse. Este Autor, muito contribuiu com o Direito Constitucional moderno quando¹⁵⁹, em oposição à concepção de Lassalle, passou a defender o texto constitucional como um condicionamento recíproco existente entre a “constituição jurídica” e a realidade política-social. Para Hesse as “*questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas*”¹⁶⁰. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica e concreta de seu tempo, graças ao elemento normativo ela ordena e realiza a realidade política e social. A Constituição possui condicionantes que sobreleva sua vontade ao tempo e aos conflitos. Somente quando estas condicionantes não puderem ser satisfeitas é que haverá a conversão de questões jurídicas (problemas constitucionais) em questões de poder.

A teoria de Hesse não defende a existência plena da Constituição Real em detrimento da Constituição Jurídica (isto seria negar o próprio Direito Constitucional¹⁶¹), defende que existe uma zona de tensão entre a realidade fática e a realidade racional. Esta compatibilização entre a Constituição Jurídica e a Constituição Real foi (re)pensada, pelos

¹⁵⁶ BONAVIDES, 2010b, p. 25.

¹⁵⁷ Idem, 2010, p. 288.

¹⁵⁸ Os princípios “uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”. Cf.: BONAVIDES, 2010b, p. 258.

¹⁵⁹ MENDES, 1991, p. 5.

¹⁶⁰ Idem, 1991, p. 5.

¹⁶¹ Cf. HEESE, 1991, p. 11 td. MENDES; BONAVIDES, 2010b, p. 97.

cultores do Constitucionalismo Contemporâneo (ou pós-positivistas)¹⁶² numa perspectiva de totalidade ou sistema, onde tudo está relacionado e faz sentido, tornando mais fácil captar o espírito jurídico que rege a sociedade. A constitucionalização do Direito infraconstitucional e a própria evolução do Direito Público fizeram com que a palavra “Constituição”, por si só, tornasse-se insuficiente, no campo do Direito Constitucional, para exprimir a realidade da organização e funcionamento das estruturas básicas do Estado inserido numa sociedade política. A palavra “sistema” foi inserida no Direito Constitucional Contemporâneo como uma forma, senão de remover uma crise semântica, ao menos para indicar algo mais preciso e abrangente, aproximando ao sentido do que se pretende exprimir.

Esse sistema constitucional é tido como expressão elástica e flexível que permite a visualização da Constituição inserida na ambiência social, que ela reflete, e que está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante¹⁶³. A Constituição escrita inserida num sistema supera o conceito inicial de Constituição e passa a fazer parte da evolução do direito público¹⁶⁴. Essa sistemática constitucional desenvolvida no século XX parece ter derrubado a tese daquele Direito Constitucional de bases formais para assentar uma nova estrutura lógica pautada em princípios jurídicos responsáveis pelo desenvolvimento do direito na forma de sistema¹⁶⁵.

A impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito territorial de um Estado é decorrência natural da soberania deste Estado. O ordenamento estatal considerado como sistema terá elementos entre si coordenados e pressupondo-se reciprocamente sendo que a Constituição é o elo entre estes elementos, conferido unidade ao ordenamento jurídico. Nas últimas décadas, de fato, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência e, progressivamente, foi-se consumando um fenômeno que se iniciou na Alemanha pós Segunda Guerra: a passagem da Constituição (norma fundamental) para o centro do sistema. Esse fenômeno é denominado, por alguns autores, como “filtragem constitucional” e significa que *“toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela agregados”*¹⁶⁶. A partir desta teoria, a constitucionalização do Direito infraconstitucional não significa apenas a

¹⁶² Cf.: BONAVIDES, 2010b, p. 100-29; BARROSO, 2010, p. 327-47.

¹⁶³ BONAVIDES, 2010b, p. 95.

¹⁶⁴ A Constituição vista como mero texto normativo escrito, conforme defendido pelos liberais, não correspondia às exigências da evolução do direito público que era visto como mero regulador das atividades do Estado e passou a ser visto, também, como limitador das atividades deste.

¹⁶⁵ BONAVIDES, 2010b, p. 97.

¹⁶⁶ Idem, p. 341-2.

inclusão de outros domínios na Lei Maior, mas a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

A tentativa do positivismo de criar uma ciência do Direito nos moldes das ciências exatas fracassou. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, o “*pensamento esclarecido*”¹⁶⁷ não admitia um ordenamento jurídico pautado na lei como uma estrutura meramente formal destituída de quaisquer valores. Verificou-se que o Direito não tem o poder de ter uma postura meramente descritiva da realidade, mas cabe-lhe prescrever um dever ser e fazê-lo valer em situações concretas. Novas reflexões foram feitas acerca do Direito relevando sua função social e sua interpretação. Passando, de um pensamento positivista para um pensamento pós-positivista, “*de ideário difuso no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais*”¹⁶⁸. Com o pós-positivismo, o constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores; uma reaproximação entre a ética e o Direito. Esses valores, compartilhados por toda a sociedade (migrados da filosofia para o Direito), se materializam na forma de princípios que passaram a estar abrigados na Constituição de forma explícita ou implícita¹⁶⁹, ganhando status de norma jurídica.

O constitucionalismo visto sob tal ponto de vista foi desenvolvido a partir do ideário de que o sistema jurídico do Estado de Direito Democrático é um sistema normativo aberto de regras e princípios, no qual a Constituição ganha destaque com uma estrutura dialógica e fluida, aberta às concepções cambiantes de verdade e justiça que, segundo Gomes Canotilho¹⁷⁰, este ponto de partida merece a seguinte “*descodificação*”:

- 1) é um sistema jurídico porque, (...) é um sistema dinâmico de normas;
- 2) é um sistema aberto vez que tem uma estrutura dialógica, (Caliess) traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>;
- 3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas;
- 4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

¹⁶⁷ BONAVIDES, 2010b, p. 327.

¹⁶⁸ Idem, p. 327.

¹⁶⁹ “os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”. Cf.: BARACHO, 2009, p. 329.

¹⁷⁰ CANOTILHO, 1993, p. 165.

Complementando o ideário traçado, ainda podemos afirmar que as constituições contêm uma série de normas (direitos) fundamentais¹⁷¹ que estruturam a ordem jurídico-positiva, entretanto, há normas que não estão expressamente dispostas na Constituição, mas evidentemente contidas nela, por inferência sistêmica, formando o que ele denomina de “bloco de constitucionalidade”¹⁷². O bloco de constitucionalidade seria constituído por um conjunto de normas que não necessariamente foram citadas expressamente na Constituição, mas estão contidas. Com o acolhimento dos valores na ordem jurídica, não há como os princípios (considerados como expressão dos valores no texto constitucional) serem taxativos vez que sinalizam os valores e os anseios da sociedade que está em constante transformação¹⁷³.

Analisando os cultores do constitucionalismo contemporâneo parece ser pouca a controvérsia a respeito da classificação das normas constitucionais, quanto à sua estrutura¹⁷⁴, em princípios e regras. O doutrinador Paulo Bonavides¹⁷⁵ se delonga sobre o assunto e afirma que antes de Alexy e Dworkin foi Boulanger o precursor da tese de que as normas constitucionais se dividem em regras e princípios e conclui:

(...) Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios espécies. Daqui se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento de superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.¹⁷⁶

¹⁷¹ Há várias teorias sobre o conceito de normas de direitos fundamentais. Para Robert Alexy, tenta conceituar norma de direito fundamental, comentando que o direito fundamental é diferente do preceito normativo deste direito fundamental que estará no texto constitucional de forma expressa (“estabelecidas diretamente”) ou na forma de “normas atribuídas” (que guardam relação causal com o texto constitucional); entretanto, o direito fundamental pode ainda ser não escrito. A partir daí, o Autor passa a diferenciar princípios e regras como espécies do gênero norma, como ponto fundamental para caracterização dos direitos fundamentais. Cf.: ALEXY td. SILVA, 2008, p. 65-86. Já para Paulo Bonavides, com fulcro na teoria de Carl Schmitt, afirma que direito fundamental são aqueles nomeados e especificados no texto constitucional. a partir daí, Bonavides passa a denominar os direitos fundamentais em gerações começando (para o fundamento do Estado de Direito) no direito da liberdade (direito fundamental de primeira geração) até a quinta geração de direitos fundamentais. Cf.: BONAVIDES, 2010b, p. 560-93.

¹⁷² BARACHO, 1996, p. 78-80.

¹⁷³ BELCHIOR, 2011, p. 86-91.

¹⁷⁴ MOTTA, 2007, p. 66.

¹⁷⁵ BONAVIDES, 2010b, p. 286-8.

¹⁷⁶ Idem, p. 288.

O início da concepção de princípio¹⁷⁷ deriva da linguagem da geometria, designando, na esteira de Aristóteles, as verdades primeiras e, por estarem no princípio, são as premissas de todo um sistema. Independentemente da concepção etimológica da palavra princípio, o pós-positivismo reconhece o princípio, sobretudo enquanto princípio-constitucional, também como espécie de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas. Esta classificação não é nova¹⁷⁸, entretanto, imperam a falta de clareza e grandes polêmicas em torno de tais conceitos.

Para o Robert Alexy¹⁷⁹ “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Este Autor¹⁸⁰, dentro de suas ponderações, traça um ponto decisivo na distinção entre regras e princípios afirmando que estes são “mandamentos de otimização”, ou seja, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados sendo que, a medida de sua satisfação, depende tanto das possibilidades fáticas quanto jurídicas, já as regras, ou são satisfeitas ou não são satisfeitas (aplicação mediante subsunção¹⁸¹). Após tais ponderações Robert Alexy¹⁸² conclui que regras e princípios são razões de natureza distintas “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas”. Regras e princípios são razões para normas inexistindo hierarquia entre eles à vista do princípio da unidade da Constituição.

O mesmo Autor, deixando clara a diferença entre regras e princípios, afirma que esta mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras¹⁸³. Um conflito entre regras somente é solucionado com a declaração de validade de uma das regras a serem aplicadas no caso concreto, ou seja, no conflito entre regras, somente uma das regras poderá ser aplicada (quando da contradição na aplicação de duas ou mais regras, esta contradição não poderá ser solucionada pela aplicação de cláusula de exceção, ou seja, um das regras será declarada inválida para o caso concreto). Já na colisão entre princípios, haverá o que Robert Alexy denomina de sopesamento, ou seja, no caso concreto, será definido qual dos interesses possuem maior peso. A densidade semântica de cada princípio constitucional somente se infere da ponderabilidade e da inter-relação que estabelecem reciprocamente, nas concorrências que estabelecem para a configuração dos

¹⁷⁷ Id, p. 255.

¹⁷⁸ ALEXY td. SILVA, 2008, p. 106.

¹⁷⁹ Idem, p. 87.

¹⁸⁰ Id, p. 90-1.

¹⁸¹ BARROSO, 2009, p. 330.

¹⁸² ALEXY td. SILVA, 2008, p. 106-7

¹⁸³ Idem, p. 91-103.

modelos jurídico-comportamentais e jurídico-organizativos de cada contexto social complexo sobre o qual incide as normas constitucionais.

Assim, o constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores e uma reaproximação da ética com o Direito fazendo com que o constitucionalismo contemporâneo proponha a materialização destes valores no texto constitucional na forma de princípios de forma explícita ou implícita¹⁸⁴ sendo reconhecida a sua normatividade vez que abrigados no ordenamento jurídico, reconhecidos politicamente numa constituição posta e transfigurados para a linguagem do Direito. Vale ressaltar que nessa dogmática jurídica o princípio da unidade da Constituição convive com o princípio da hierarquia normativa, ou seja, a aplicação imediata dos princípios e regras constitucionais é um mandamento ao legislador ordinário que deverá adequar todo o ordenamento aos princípios constitucionais¹⁸⁵.

Esta construção jurídico-doutrinária de princípios e regras criada pelo pós-positivismo é o fundamento da nova concepção de federalismo. O federalismo, na visão do Estado de Direito, após a superação do Estado Liberal e do *WelfareState*, se consolidou nas necessidades do ser humano com a adoção e preocupação de efetivação dos denominados direitos fundamentais¹⁸⁶. Nessa perspectiva que o constitucionalismo e os princípios ganharam grande importância na nova concepção de federalismo.

Voltando esta teoria para a forma de federalismo adotado no Brasil após a Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que ela tem grande relevância na valorização do espaço local como meio de efetivação das garantias constitucionais. A integração entre o espaço local e o nacional deverá ser vista a partir de uma estratégia amparada no princípio da subsidiariedade, princípio implícito no nosso sistema constitucional que fortalece o espaço local como situação não excludente da esfera nacional. Este processo de cooperação entre os espaços locais e nacional não deverá ser visto como um processo de exclusão, mas de rearticulação de espaços, em que os princípios constitucionais possuem condições de concretização.

¹⁸⁴ BARROSO, 2009, p. 329.

¹⁸⁵ BARACHO, 1996, 78-0.

¹⁸⁶ Direitos fundamentais não se confundem com Direitos Humanos. “os direitos fundamentais não são criados pela Constituição, e sim reconhecidos por esta, sendo originários em meio à sociedade, mediante a indução. É por isso que se defende o caráter vinculativo dos direitos fundamentais em relação ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário. Não se confundem, entretanto, com os direitos humanos, típicos de normas de cunho internacional, carecendo, em regra, mas não sempre, de eficácia jurídica perante um dado ordenamento jurídico”. Cf.: BELCHIOR, 2011, p. 72.

1.6. Distribuição de competências no federalismo cooperativo Brasileiro

Considerando que a repartição de competências é o ponto central de um Estado do tipo federal, a ordem federal, tida como “comunitária”, reside no ideário de que as partes constituintes são a razão de ser da Federação que decorre de uma dupla obrigação¹⁸⁷: a obrigação das partes integrantes que, em virtude de um *enlightened self-interest*¹⁸⁸, devem fazer o que for indispensável para a Federação; e a obrigação da própria Federação de velar para o bem estar de todos aqueles que a compõe. Isto seria a “fidelidade federal”¹⁸⁹ que fundamenta o federalismo cooperativo, ou seja, na ordem federativa, o poder nacional deverá se abster de promover ações que vão de encontro aos interesses da comunidade e aos interesses dos entes federados, e estes deverão atuar de modo a promover estes interesses no âmbito da sociedade, todos ligados pela finalidade comunitária.

Para que o federalismo cooperativo cumpra seus objetivos é necessário que os entes federativos, dotados de autonomia, atuem num sistema coerente de distribuição de competências. A autonomia das entidades federativas (pessoas jurídicas de direito público interno) pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa-legislativa¹⁹⁰. Todos os entes políticos possuem vontades políticas no ordenamento jurídico-constitucional para satisfação dos interesses geral, regional e local. Essa distribuição de competências será realizada através da técnica de descentralização, que pode ser conceituada como “*técnica jurídica de organização territorial de poderes estatais*”¹⁹¹ conforme ditado por Eisenmann. Descentralizar é tirar do centro¹⁹². A descentralização é a base de todas as relações estabelecidas entre Estado e as outras pessoas jurídicas de direito público. É tão importante quanto necessário descentralizar funções vez que, assim, se revelarão modalidades de organização territorial e de distribuição de poderes estatais relevando as liberdades locais com as liberdades dos cidadãos¹⁹³. Ao Estado Nacional, detendo a competência das competências, cabe-lhe traçar as competências que são pertinentes às coletividades politicamente descentralizadas¹⁹⁴.

¹⁸⁷ MACHADO, 2010. p. 395-6.

¹⁸⁸ WAHLENDORF *apud* MACHADO, 2010, p. 396.

¹⁸⁹ HUECK *apud* MACHADO, 2010, 93. 396.

¹⁹⁰ Cf.: HORTA, 2006, p. 477; CASTRO, 2006, p. 19.

¹⁹¹ CASTRO, 2006, p. 19.

¹⁹² HORTA, 2006, p. 19.

¹⁹³ CASTRO, 2006, p. 19.

¹⁹⁴ Sempre que se estuda a descentralização administrativa, dois termos tornam-se presentes: desconcentração e descentralização. Apesar de ambos ligarem-se a uma idéia geral de transferência de atribuições de um centro

O instituto da descentralização é comentado por José Nilo de Castro, citando Eisemann e Kelsen, no sentido de que há uma certa complexidade no conceito de descentralização, ao se lhe atribuir noção absoluta, relativa, perfeita e imperfeita¹⁹⁵. A descentralização é perfeita quando colocada de maneira definitiva e independente, ou seja, quando as normas centrais não podem substituir as normas locais (os órgãos não centrais intervêm em determinadas atividades). A descentralização absoluta ocorre quando todas as atividades do grupo pertencem a ele mesmo. A relativa está caracterizada no fato de que somente algumas das atividades locais se submetem à vontade da autoridade superior. E imperfeita, é a descentralização na qual se opera a combinação entre centralização e descentralização, preponderando esta.

A distribuição de competências, no processo descentralizador, não poderá e nem deverá ser repartidas, mas partilhadas¹⁹⁶ para a concreção do equilíbrio proposto no sistema federativo. A Constituição dá a cada ente federativo competências no sentido geral e, no particular está a encorajar intervenções conjuntas eis que a verdadeira repartição de competências implica princípio de exclusão e noção de blocos de competências¹⁹⁷, o que não ocorre no federalismo cooperativo. Neste tipo de federalismo a Constituição Federal fixará uma “zona de determinações”¹⁹⁸ e o “conjunto de limitações”¹⁹⁹ à capacidade organizatória dos Estados membros e, no caso do Brasil, dos Municípios (principal característica da autonomia), o que será feito através de princípios constitucionais sensíveis e princípios constitucionais estabelecidos²⁰⁰. Os princípios constitucionais sensíveis são aqueles postos claramente (apontados e enumerados) no texto Constitucional, já os princípios constitucionais estabelecidos são aqueles que limitam a autonomia organizatória dos Estados membros pela exclusão.

Os limites desta repartição de competências em âmbito regional e local dependem da natureza e do tipo histórico da federação, sendo que, em algumas, a descentralização é

para a periferia, não se confundem. Existirá desconcentração quando houver distribuição de atividades de um centro para setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores dentro da mesma entidade ou mesma pessoa jurídica, implicando vínculos de hierarquia. Já a descentralização ocorre quando o Estado desempenha atribuições por meio de outras pessoas que não a administração direta pressupondo a existência de duas ou mais pessoas, não existindo hierarquia entre elas. *Cf.*: MEDAUAR, 2006, p. 52-3; ALMEIDA, 2010, p. 13-4. Já a descentralização federativa (ou política) pressupões, no nosso entendimento, tanto descentralização quanto desconcentração tendo em vista tratar-se da forma mais complexa de organização democrática do exercício de poder no Estado de Direito.

¹⁹⁵ CASTRO, 2006, p. 19.

¹⁹⁶ CASTRO, 2006, p. 20.

¹⁹⁷ Idem, p. 21.

¹⁹⁸ SILVA, 2006, p. 611

¹⁹⁹ Idem, p. 611.

²⁰⁰ Id, p. 611-13.

mais acentuada, dando-se aos Estados federados competências mais amplas, em outras, a área da União é mais dilatada, restando limitado campo de atuação aos Estados federados. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma federação anômala²⁰¹ e trilateral²⁰², incluindo os Municípios como entes federativos autônomos combinado com um sistema complexo de competências no qual convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço para a delegação de competências da ordem central (União) para as ordens setoriais (Estados Membros). Tais características tornam a federação brasileira inovadora (um avanço²⁰³) considerando que a dimensão trilateral é a ampliação do leque de entidades federativas autônomas prevendo uma ordem total representada pela União, ordens regionais representadas pelos Estados Membros e ordens locais representadas pelos Municípios, modelo distinto da regra geral adotada na maioria dos Estados Federados, nos quais são adotados apenas sistemas de poder nacional e regional.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. O art. 18 ainda estabelece que a sua organização político administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. A partir destes preceitos a Carta de 1988 instituiu um federalismo do tipo cooperativo²⁰⁴ no Brasil, ou seja, instituiu um federalismo sem a rigidez do federalismo clássico, estabelecendo formas de relacionamento entre os entes federativos. Assim, os níveis de distribuição de competências no Brasil se entrelaçam visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único da CRFB/88). Neste federalismo deve existir um relacionamento de fidelidade entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Pela simples leitura do texto constitucional, observa-se que existe uma dificuldade do legislador constituinte em distinguir as competências da União, dos Estados e dos Municípios tendo em vista que há uma significativa abertura semântica na interpretação do texto constitucional acerca dessa questão. O constituinte originário brasileiro, ao fundar a Carta de 1988 considerou características fundamentais da nossa federação a indissolubilidade e autonomia dos entes federativos (arts. 1 e 18 CRFB/88). Esta autonomia do ente federativo está diretamente relacionada com o fator repartição de competências, sendo esta a responsável

²⁰¹ Cf. SILVA, 1996, p. 477; ALMEIDA, 2010, p. 58.

²⁰² BONAVIDES, 2010b, p. 344.

²⁰³ Idem, p. 344.

²⁰⁴ BRAZ, 2001, p. 90.

pela substância e limites à descentralização da federação²⁰⁵. Ao estabelecer a distribuição de competências, para dar efetividade a esta autonomia do ente federativo, o nosso constituinte prezou por estabelecer as competências de acordo com a predominância de interesse, ou seja, matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, caberão à União, matérias e questões de predominante interesse regional, caberão aos Estados e matérias e questões de interesse local, caberão aos Municípios²⁰⁶.

O sistema de repartição de competências adotado na Constituição Federal de 1988 é tido como sistema complexo²⁰⁷ vez que busca realizar o equilíbrio federativo através de uma distribuição de competências que se fundamenta na enumeração de poderes à União (arts. 21 e 22 CRFB/88), designação de poderes remanescentes aos Estados Membros (art. 24, § 1º CRFB/88) e poderes definidos e indicativos aos Municípios (art. 30 CRFB/88) combinando, com essas reservas de poderes, possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único CRFB/88), áreas comuns a todos os entes federativos (art. 23 CRFB/88), setores concorrentes entre a União e os Estados e, ainda, a designação de competência suplementar aos Estados e aos Municípios²⁰⁸. Esclarece que o Distrito Federal é ente federativo, nos termos da Constituição Federal de 1988, possuindo as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (art. 32, parágrafo primeiro da CRFB/88).

Esse sistema complexo de divisão de competências traçada pelo constituinte originário na Constituição Federal de 1988, nos ensinamentos de José Afonso da Silva²⁰⁹, pode ser dividido em dois grandes grupos: 1) competência material, que pode ser: a) exclusiva (art. 21) ou b) comum (art. 23) e 2) competência legislativa, que pode ser: a) exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º); b) privativa (art. 22); c) concorrente (art. 24); d) suplementar (art. 24, § 2º).

A diferença entre o grupo de competências material e legislativas é que as competências materiais referem-se a atuação político-administrativa de cada ente federativo, execução de tarefas e serviços, enquanto que a competência legislativa retira do seu nome seu objeto específico, qual seja, elaborar lei²¹⁰. Alguns autores diferenciam a competência material da legislativa por exclusão, ou seja, definem, de um lado, a feitura da lei como competência legislativa e todo o outro será não legislativa (material)²¹¹. Vale dizer que a competência legislativa diferencia-se da competência normativa da administração pública

²⁰⁵ ALMEIDA, 2010, p. 14

²⁰⁶ SILVA, 1996, p. 478.

²⁰⁷ Cf.: ALMEIDA, 2010, pg. 58-60; FREITAS, 2005, p. 70-80; COSTA, 2010, p. 62-71; SILVEIRA, 2002, p. 63-68; SILVA, 2006, p. 479.

²⁰⁸ SILVA, 1996, p. 479.

²⁰⁹ Idem, p. 479-80.

²¹⁰ ALMEIDA, 2010, p. 58.

²¹¹ BASTOS *apud* ALMEIDA, 2010, p. 67.

sendo a competência normativa aquela na qual a administração pública exerce funções normativas produzindo normas que não se resumem às leis consistindo na emissão de normas para disciplinar matérias não privativas de lei²¹².

No que tange às competências denominadas “privativas” ou “exclusivas” se distinguem pela possibilidade ou não de delegação. A competência exclusiva é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21 CRFB/88). A competência privativa é enumerada como própria de uma entidade com possibilidade, no entanto, de delegação ou de competência suplementar (art. 22 parágrafo único e art. 23 e seus parágrafos da CRFB/88). Assim, a diferença entre a exclusiva e a privativa está no fato de que aquela não admite possibilidade de delegação e nem suplementariedade²¹³. A possibilidade de delegação da competência privativa expressa no parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal exprime uma faculdade do legislador federal ordinário, titular da competência constitucional, em dar participação ao legislador estadual nessa competência. Vale dizer que parte da doutrina, apesar da distinção traçada pelo texto constitucional nos artigos ora citados, defendem que as terminologias “exclusivo” e “privativo” exprimem a mesma noção que melhor se exterioriza em “privativo”²¹⁴.

Além de partilhar competências exclusivas e privativas aos entes federativos, a Constituição Federal de 1988 também estabeleceu certas competências exercitáveis conjuntamente (em parceria) pelos integrantes da federação. Trata-se de competências denominadas mistas²¹⁵ que podem ser tratadas como concorrentes ou comuns, sendo competências que possuem como característica o fato de que podem ser tratadas por mais de um ente federativo. O constituinte separou no art. 23 competências materiais cometidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e, no art. 24, competências legislativas atribuídas à União, Estados e Distrito Federal sendo que, no art. 30, II, estabelece a competência legislativa concorrente aos Municípios. Esclarecemos que a competência material exposta no art. 23 foi designada como competência “comum” que, no caso, tem o mesmo significado de “concorrente” vez que *“haverá uma concorrência de atuação nas matérias que o dispositivo arrola. O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados.”*²¹⁶.

²¹² Este tema será melhor tratado e aprofundado no tópico 2.1 da presente dissertação que discorrerá sobre Poder Normativo Executivo e Poder Normativo Municipal.

²¹³ SILVA *apud* ALMEIDA, 2010, p. 63-4.

²¹⁴ ALMEIDA, 2010, p. 64.

²¹⁵ FILHO *apud* ALMEIDA, 2010, p. 112.

²¹⁶ ALMEIDA, 2010, p. 113.

A competência legislativa suplementar poderá ser exercida pelos Estado e/ou Municípios nos termos dos arts. 24 e seus parágrafos e art. 30, II da Constituição Federal, respectivamente. No que tange à competência legislativa suplementar dos Estados, estes exercerão competência no sentido de pormenorizar normas gerais e/ou estabelecer condições para sua aplicação podendo, na ausência de normas gerais traçadas pela União (lacuna), suprir a falta legislando para atender suas peculiaridades. Quanto a competência legislativa suplementar dos Municípios, apesar de o art. 24 da Constituição Federal estabelecer que a competência legislativa concorrente somente foi distribuída entre a União, Estados e o Distrito Federal, os Municípios não foram excluídos desta competência. O art. 30, II da Constituição Federal autoriza o Município a regulamentar normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução às peculiaridades locais²¹⁷.

Estas competências inicialmente distribuídas em materiais e legislativas, nos termos expostos por José Afonso da Silva, ainda se repartem (e convivem) na forma de competências horizontais e verticais²¹⁸. As competências privativas serão partilhadas horizontalmente e as concorrentes serão partilhadas verticalmente havendo grau de hierarquia entre estas, ou seja, caso Estado ou Município elaborem lei cujo objeto enquadra na competência legislativa concorrente e esta lei vai de encontro ao disposto em lei federal será suspensa a sua eficácia (art. 24, parágrafo 4º da Constituição Federal).

1.7. Critérios para a compreensão da divisão constitucional de competências federativas numa perspectiva contemporânea.

Em verdade, apesar da tentativa de alguns doutrinadores de conceituar de forma clara e expressa as competências relacionadas na Carta Constitucional de 1988, devemos observar, no intuito de aprofundar esse entendimento, que o grau de complexidade de nosso sistema constitucional é ainda mais denso. A primeira estruturação base da divisão está na relação entre competências materiais e competências legislativas. Apesar de já termos feito referência no sentido de que as competências materiais são compreendidas como competências administrativas, vinculadas à função administrativa em sentido estrito, essa leitura pode gerar o mal-entendido de que toda a matéria disposta nesse tipo de competência

²¹⁷ Idem, p. 139.

²¹⁸ Id, p. 58.

não envolve o poder de legislar e regulamentar. Se, ao contrário, entende-se, dentro de uma ótica contemporânea acerca de como se estrutura a dinâmica da Administração Pública, que as competências materiais significam a atribuição de deveres-poderes de implementação de políticas públicas e programas de gestão para a devida efetivação dos bens constitucionais ali dispostos, a atividade de legislar passa a ser considerada como uma função instrumental necessária à efetivação desses deveres-poderes.²¹⁹

Quanto à outra divisão básica do sistema constitucional de competências, a divisão de competências legislativas em sentido estrito, sua estruturação precisa também ser pensada em termos de uma linguagem jurídica contemporânea. A divisão apresentada, entre competências legislativas exclusivas, privativas, concorrentes, suplementares e residual, guarda em si o problema da transversalidade de vários dos temas tratados pela Constituição nestes contextos. Questões como saúde, meio ambiente, desenvolvimento econômico, planejamento e zoneamento, promoção da qualidade de vida, dentre outros, por sua natureza integral e sistêmica, acabam por invadir temas e campos mais bem delimitados, tais como “Direito Civil”, “Direito Penal”, “Direito Comercial”, “Direito Trabalhista”, “Direito Administrativo”, dentre outros, aí se incluindo o “Direito Agrário”.

No sistema constitucional de competências previsto pela Constituição de 1988, divisões tradicionais do Direito convivem com temas jurídico-sociais ontologicamente interdisciplinares e transversais. Logo, as competências municipais, que podem parecer limitadas e diminutas numa ótica tradicional do Direito, numa ótica constitucionalista contemporânea, se apresentarão fartas de possibilidades e amplas em alcance, posto que, em nível local, poderá, ao regular tais temas transversais, implicar direta e indiretamente em aspectos específicos desses campos tradicionais.

Além do problema da transversalidade, as competências concorrentes ainda apresentam a problemática de que, pouco se construiu na literatura jurídica brasileira acerca dos critérios de distinção entre o que são as regras de interesse geral/nacional (que ficariam a cargo da União) e as regras de interesse regional/local (a cargo dos Estados e Municípios). Tratam-se de conceitos dotados de significativa abertura hermenêutica e difícil delimitação semântica, gerando imprecisão que, geralmente, é resolvida por meio de uma postura conservadora tendente a deixar a cargo da União praticamente toda a matéria definida como de competência concorrente, transformando aquilo que deveria ser tido como norma geral em norma tida como hierarquicamente superior, numa verdadeira confusão dos critérios de

²¹⁹Este ponto de vista é defendido pelo Dr. Saulo Pinto Coelho sendo objeto de várias reuniões de orientação para a conclusão desta dissertação.

espacialidade e hierarquia, cujo resultado prático é infelizmente a comum anulação da autonomia municipal.

Apesar de existir esta tendência da União no sentido de legislar sobre as matérias relacionadas à competência concorrente de forma ampla e irrestrita atingindo a autonomia municipal, o fim traçado pelo constituinte originário foi de repartir competências entre todos os entes federativos (pessoas jurídicas de direito público interno) cabendo à União as matérias de interesse nacional ou geral, aos Estados Membros as matérias de interesse regional e aos Municípios as de interesse local. A partir dessas premissas a literatura jurídica brasileira tradicional, apegada aos norteamentos positivistas, afirma que o princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal brasileiro é o da predominância do interesse²²⁰ que é aquele segundo o qual “à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local”²²¹.

Paralelamente a este princípio da predominância do interesse, também os princípios da subsidiariedade e da primazia da máxima eficácia dos direitos fundamentais devem nortear a repartição de competências entre os entes federados brasileiros. Em temas como os ambientais e sociais, as questões, frente à macro-complexidade contemporânea, possuem repercussão sempre *glo-cal*, ou seja, ao mesmo tempo global, regional e local, sem que seja possível identificar de forma unilateral qual é o interesse preponderante, fica difícil mensurar, por esse critério, qual é o ente federativo prioritário para regular questões que possuem, por força constitucional, implicações nesses três âmbitos.

O princípio da subsidiariedade está contido no conjunto de inferências normativas referentes ao bloco de constitucionalidade decorrente da sistemática da Constituição vigente. Apesar de não estar expresso na nossa atual Carta Magna, Baracho, afirma que “o federalismo, de fato, é a aplicação do princípio da subsidiariedade”²²². O princípio da subsidiariedade contribui para o sistema de repartição de competências, estabelece uma nova perspectiva de divisão de tarefas entre Estado e sociedade, entre o público e o privado²²³. O princípio da subsidiariedade deve constituir o *leitmotiv* de toda a reflexão sobre a competência

²²⁰ Cf.: SILVA, 1996, p. 478; FERRARI, 2005, p. 59.

²²¹ SILVA, 2006, p. 478.

²²² BARACHO, 1996, p. 46.

²²³ ALMEIDA, 2002, p. 90.

dos Municípios vez que isso, além de aprofundar o processo democrático, dota de maior eficácia o exercício das funções públicas²²⁴.

Evidencia-se a importância do princípio em tela para explicar a repartição de atribuições e funções no federalismo brasileiro. Com o fim de explicar o princípio da subsidiariedade e sua relação com o federalismo brasileiro, Jose Alfredo de Oliveira Baracho²²⁵ afirma que o processo constituinte democrático opera-se por meio do consenso de interesses e não pelo consenso ideológico. O princípio é o centro de todas as instituições humanas é a pessoa a quem se deve ressaltar a dignidade.

Nessa perspectiva ganha importância o governo local vez que refletirá com capilaridade na globalidade do tratamento das questões às quais se atribuiu competência comum ou concorrente entre os membros da Federação, permanecendo a necessidade de coordenação de ações pela União, mas não por meio de uma lógica de submissão legal, vez que o mote do federalismo é o diálogo constitucional. O Município²²⁶ é o ente federativo ideal para ponderar a relação entre cidadãos e autoridades tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais nas soluções dos problemas.

O princípio da subsidiariedade seria a ponderação da descentralização entre os órgãos do governo central e local. A descentralização é um problema de poderes bem como de competências. O princípio de subsidiariedade explica e justifica a política de descentralização²²⁷. Aceitá-lo, para os governantes, é admitir que as autoridades locais devem dispor de certos poderes que podem até, em questões específicas, resultarem em normas que sejam a razão imediata da modelação comportamental de determinado assunto.

Todos os princípios e a organização das estruturas da federação estão na Constituição. O estabelecimento do sistema federativo, através da adoção de uma Constituição e a criação de órgãos federativos constitucionais, constituem atos fundamentais para criação do Estado federal. Os mecanismos de separação horizontal de poderes e a separação vertical propiciam, no Estado federal, decisões ou técnicas de atuação que

²²⁴ Idem, p. 89.

²²⁵ BARACHO, 1996, p. 1-23.

²²⁶ Idem, p. 19.

²²⁷ Vale ressaltar que para José Alfredo de Oliveira Baracho “A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito Constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, com princípio de Direito Constitucional, aparece na organização administrativa do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração.” Cf.: BARACHO, 1996, p. 94.

permitem um processo mais transparente, mais balanceado e com maior capacidade de controle democrático²²⁸.

Federalismo, constitucionalismo e princípio da subsidiariedade são conceitos que se unem para expor a nova visão do Estado Federal participativo e dialogal por muitos denominado de “federalismo contemporâneo”. Esta nova visão contribui para o fortalecimento dos governos locais e, conseqüentemente, para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, tratado como princípio fundamental pela nossa Carta Magna e pelo ordenamento jurídico internacional. Acertadamente agiu o constituinte de 1988 ao estabelecer no Brasil um federalismo que, por privilegiar a descentralização centrípeta, colocou os Municípios como o centro do poder.

Como questão de fundo, o que se observa é que, frente ao princípio hermenêutico constitucional contemporâneo da máxima efetivação dos direitos constitucionais fundamentais, percebe-se que, desde que haja atribuição da competência legiferante a mais de uma esfera federativa, o principal critério para determinação da norma que deve prevalecer, em caso de conflito, deve ser a verificação daquela que melhor protege e efetiva dos direitos fundamentais incidentes sobre a questão.

Sendo a descentralização a razão de ser do Município, o interesse local traduz-se em todos os assuntos do Município²²⁹, ou seja, mesmo que ele não fosse o único interessado, ele seria o principal. Nos moldes traçados pela Constituição Federal de 1988, o interesse local é tudo que reflete na vida municipal direta ou indiretamente de forma predominante, podendo ser de interesse direto ou indireto do Estado e/ou da União.

1.8. O Município como ente federativo na Constituição Federal de 1988

De acordo com a Constituição, no exercício de suas atribuições fixadas constitucionalmente o Município é tão autônomo quanto, por exemplo, a União; e dentre os desdobramentos dessa autonomia federativa, destacam-se o auto-governo, a auto-administração, a auto-tributação, a auto-legislação, conceitos que ainda serão explorados

²²⁸ BARACHO, 1996, p. 44.

²²⁹ CASTRO, 2006, p. 24.

neste tópico, e que tornam os Municípios, potencialmente, “*uma grande escola da liberdade*”²³⁰.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto um modelo de federação inédito e muito importante na sua configuração vez que permite formas mais descentralizadas de poder com valorização dos espaços territoriais menores (poder local) externados no Município, o qual passa a integrar a federação brasileira de forma expressa. O Estado Federal brasileiro tem uma característica considerada essencial para o aprofundamento do processo democrático qual seja a distribuição de competências para organizações estatais territorialmente menores (locais) e, conseqüentemente, mais sensíveis às diretrizes apontadas pela comunidade²³¹.

Por tais pressupostos, podemos conceituar o Município como sendo uma corporação territorial de direito público, unidade geográfica que serve como divisionária do Estado, dotada de governo próprio para a administração descentralizada de serviços e regulação de interesses locais, com governo próprio que se efetiva através de seus Poderes Legislativo e Executivo. O Município seria uma “*unidade territorial primeira e de base*”²³² que aproxima os cidadãos através da solidariedade de interesses em decorrência da realidade local.

Várias teorias discutem a origem do Município. Para José Nilo de Castro “*o Município é uma criatura do Estado, resultante da lei que em consonância com a ambiência sociológica que lhe informa originária e naturalmente a conformação urbana e rural*”²³³. Justificando seu posicionamento, o Autor cita a Escola Legalista (Kelsen), a Escola Materialista (Wagner Salandra), a Escola Realista (Léon Duguit), a Escola Institucionalista (Maurice Hauriou) e a Escola Sociológica e Histórica (Savigny, Giner). Para a Escola Legalista o Município decorre da lei, ou seja, é o legislador quem lhe dá existência. Já para a Escola Materialista, o Município é o agrupamento de famílias com fins econômicos. A Escola Institucionalista defende que o Município surge na sociedade de forma espontânea, sendo instituição fundamental do Estado. Por fim, a Escola Sociológica e Histórica defende que o Município é a sociedade politicamente organizada. Assim, podemos afirmar que a descentralização é a razão de ser do Município, tendo-se a conjugação das teorias legalista e sociológica e histórica²³⁴. O Estado, através de seu Poder Legislativo, reconhece a

²³⁰ MAGALHÃES 1997. p. 108.

²³¹ Idem, p. 50.

²³² CASTRO, 2006, p. 22.

²³³ Idem, p. 22.

²³⁴ Id, p. 22.

comunidade local, a que lhe comunica a condição de município, descentralizando poderes estatais numa divisão técnica e territorialmente organizada, motivo pelo qual o Município somente começaria a existir (no universo jurídico) quando a lei lhe atribui tal fato no mundo sociológico e histórico.

Aqueles constitucionalistas que, apesar de reconhecerem a autonomia dos Municípios, não os reconhecem como entes federativos, afirmam que os Municípios formam a federação brasileira, entretanto, não a integram²³⁵. Estes constitucionalistas²³⁶ entendem ser um equívoco do constituinte originário a inclusão dos municípios como componentes da federação. Para esta parcela da doutrina, o Município é mera divisão política do Estado-Membro devendo a atual Constituição ser interpretada no sentido de considerar o Município como componente da federação, mas não como entidade federativa vez que existe federação de Estados e não federação de Municípios.

Apesar do respeitável entendimento da doutrina que não conclama o Município como ente federativo, a atual Carta Política é expressa quanto ao seu enquadramento como ente federativo. Nesse sentido, enquadrando o Município como ente federativo, o Supremo Tribunal fixou entendimento na ADIN 3549-5, rel. Ministra Cármen Lúcia (DJ 31/10/2007) de que a República Federativa do Brasil possui como forma de Estado o federalismo há mais de um século e com a Constituição da República de 1988 foi estabelecida nova relação entre os entes federados, passando-se a considerar o Município componente da estrutura federativa e, nessa condição, dotando-o de competências exclusivas que traçam o âmbito de sua autonomia política.

Autor que dedicou sua tese de doutorado ao “Poder Municipal”, José Luiz Quadros de Magalhães, explica que os Autores que defendem o posicionamento citado ao invés de tentarem traçar uma teoria do federalismo para, posteriormente, não enquadrar o Município no sistema federativo, argumentam ao contrário, tentam justificar o texto constitucional de 1988 a partir de um conceito estático de federalismo o que não se pode admitir no estágio atual do nosso Direito Constitucional. José Luiz Quadros de Magalhães continua afirmando que há doutrinadores que discordam, até mesmo, que o Município seja ente federado (mesmo com o a indicação do art. 18 da Constituição Federal), entretanto, nenhum doutrinador contrário á sua tese conseguiu descaracterizar a base que dá ao Município estrutura de ente federado: autonomia política conferida constitucionalmente quando da criação, na Constituição Federal, de um Poder Constituinte Decorrente municipal

²³⁵Cf.: SILVA, 2006, p. 471-7; CASTRO, 2006, p. 27-36.

²³⁶Cf.: SILVA, 2006, p. 101; HORTA, 1995, p. 626; CASTRO, 1999, p. 53-60.

de terceiro grau com todas as características desse poder, inclusive com o que chama de elaboração de uma Constituição Municipal (Lei Orgânica dos Municípios) e a criação de um Poder Constituinte Derivado municipal de emenda à Constituição do Município²³⁷.

Vale ressaltar que não é o objetivo do presente trabalho defender a autonomia irrestrita e ilimitada dos Municípios e nem a formação de uma Federação de Municípios²³⁸. O presente trabalho se preocupa em estabelecer o atual papel do Município no federalismo brasileiro a partir da autonomia (inclusive com o estabelecimento de Poder Constituinte Derivado Decorrente²³⁹) traçada no texto da Carta de 1988.

Considerando que (conforme já citado) a organização do Estado Federal é “*tarefa de laboriosa engenharia constitucional*”²⁴⁰ é inegável que, apesar de traçar um modelo atípico, se comparado com os textos constitucionais de outras federações, a Constituição Federal de 1988 deu ao Município poder (características) de ente federativo autônomo dotado de autonomia política, administrativa e legislativa. Podemos afirmar que a Constituição Federal brasileira consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é “*entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo*”²⁴¹. Considerando a Constituição Federal de 1988 e a inclusão dos Municípios como entes federados, Bonavides afirma:

As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história²⁴².

A velha dicotomia traçada entre Estado Unitário e Estado Federal não é suficiente para explicar as atuais relações internas de um Estado. Cada Estado adotou uma forma de desdobramento interno, inviabilizando uma fórmula que estabelecesse um conceito e características unívocos de federalismo. O Brasil estabeleceu seu próprio sistema federativo pautado na autonomia política, administrativa e financeira dos seus entes federativos e num sistema complexo de distribuição de competências entre eles.

A autonomia do Município está regulamentada nos arts. 18, 29 e 30 da Carta Constitucional de 1988 que assegura a estes entes federativos capacidade de auto-organização/auto-legislação (capacidade de os Municípios organizarem-se e regerem-se por

²³⁷ MAGALHÃES, 1996, p. 115-28.

²³⁸ Idem, p. 115-27.

²³⁹ SOUZA *apud* MAGALHÃES, ROCHA, 2006, p. 65.

²⁴⁰ HORTA, 1995, p. 346.

²⁴¹ MEIRELLES, 1998, p. 39.

²⁴² BONAVIDES, 2010b, p. 344.

suas próprias leis), autogoverno (capacidade de eleger diretamente seus Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, ou seja, capacidade de organizar os poderes Executivo e Legislativo) e auto-administração (auto-organização dos seus serviços com base no interesse local, inclusive, suas competências administrativas, tributárias e legislativas) caracterizando a autonomia política, normativa, administrativa e financeira²⁴³, todas limitadas nos textos constitucionais Federal e Estadual²⁴⁴. A relevante novidade que a Carta de 1988 trouxe com relação a autonomia do Município foi a capacidade destes entes elaborarem suas próprias Leis Orgânicas que, na verdade, são Constituições Municipais²⁴⁵, textos com poder de regulamentar a auto-organização dos Municípios²⁴⁶. Podem, assim, os Municípios exercerem o poder constituinte decorrente.

A autonomia política, nos moldes constitucionais, encontra-se na capacidade de estruturação dos Poderes Executivo e Legislativo (poderes políticos locais²⁴⁷), bem como na determinação do inter-relacionamento entre eles²⁴⁸. No exercício da autonomia política, o Município pode organizar e constituir o seu próprio governo, isto é, a capacidade de estruturar os Poderes Legislativo e Executivo cuja organização será disciplinada pela Lei Orgânica. Vale ressaltar que, ao contrário da União e dos Estados, os Municípios não possuem Poder Judiciário, de modo que a única forma de preenchimento dos cargos políticos se dá pelo voto popular, reafirmando o caráter político da autonomia municipal²⁴⁹.

A autonomia administrativa, é uma das formas de descentralização administrativa estabelecidas pelo nosso sistema federativo no sentido de indicar uma tendência de afastar o poder decisório de algumas questões do centro político. Para o exercício da autonomia administrativa é necessário que deva-se observar a necessidade de separação das necessidades da totalidade da população, como o problema de telefonia, e aqueles específicos de uma dada coletividade menor, como a necessidade de transporte urbano, ou seja, esta autonomia administrativa compreende a gestão dos serviços locais, ou seja, aqueles em que o interesse do Município é maior que os das esferas estadual e federal.²⁵⁰

A autonomia legislativa do Município (auto-legislação) resume-se na elaboração de leis limitados aos assuntos de sua competência traçados no texto da Constituição Federal.

²⁴³ Cf.: FERRARI, 2005, p. 88; HERMANY, 2007, p. 285-99; COSTA, 2010, p. 95-116; ALMEIDA, 2010, p. 95-6;.

²⁴⁴ COSTA, 2010, p. 109.

²⁴⁵ FERRARI, 2005, p. 88.

²⁴⁶ CASTRO, 1999, p. 73.

²⁴⁷ COSTA, 2010, p. 109.

²⁴⁸ FERRARI, 2005, p. 89.

²⁴⁹ COSTA, 2010, p. 109.

²⁵⁰ Idem, p. 100-1.

A principal e mais importante competência do Município é a elaboração da Lei Orgânica do Município que possui natureza jurídica de Constituição Municipal²⁵¹ (Poder Constituinte Derivado Decorrente²⁵²). A Lei Orgânica do Município é uma lei, em sentido formal e material²⁵³, que deverá indicar quais as matérias de competência privativa municipal, estabelecer o processo legislativo das leis em geral, bem como a lei orçamentária do Município²⁵⁴. O Poder Executivo municipal não participará de sua feitura, sendo que, a Câmara Municipal, através de seus vereadores, que proporá e votará a Lei Orgânica do Município podendo, o Executivo, apenas propor emendas.

Este poder auto-organizatório do Município não é ilimitado e irrestrito, tendo limites explícitos e implícitos estabelecidos tanto na Constituição Federal quanto na Constituição Estadual (art. 29 CRFB/88). A Lei Orgânica, nos moldes do art. 29 da Constituição Federal, tem como característica sua rigidez que advém do processo especialíssimo²⁵⁵ de sua elaboração devendo ser votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, sendo por esta, ao final, promulgada.

Em decorrência da repartição de competências e da autonomia dos entes federativos, não há que falar-se em prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal somente sendo admitida hierarquia legislativa quando não há a exclusividade de administração sobre determinado assunto dentre os entes da federação (União, Estados e Municípios). A ofensa a quaisquer normas relacionadas à distribuição de competência será resolvida pelo sistema de controle de constitucionalidade. A autonomia administrativa está fulcrada na noção de interesse local, sob a qual estará delimitada.

Vale dizer que a autonomia legislativa do Município já existia antes da formalização do texto de 1988, entretanto, a Lei de Organização dos Municípios, antes da atual Carta, era uma lei estadual, votada pela Assembléia Legislativa e sancionada pelo Governador do Estado. A Constituição de 1988, ao estabelecer que a própria municipalidade seria competente para elaborar tal lei, revolucionou dentro do espírito de conceder ao Município verdadeira autonomia.

²⁵¹ Vale esclarecer que, inclusive aqueles autores que defendem não possuir o Município status de ente federativo, consideram a natureza jurídica da Lei Orgânica do Município como sendo de Constituição Municipal. Cf.: CASTRO, 1999, p. 75; SILVA, 2006, p. 639-40.

²⁵² Poder Constituinte Decorrente é a capacidade de elaborar e promulgar uma Constituição sem que seja necessária a intervenção do parlamento nacional. Cf.: SOUZA *apud* MAGALHÃES, ROCHA 2006, p. 65.

²⁵³ CASTRO, 1999, p. 75.

²⁵⁴ FERRARI, 1993, p. 72.

²⁵⁵ Idem, p. 74.

A autonomia financeira do Município está na sua capacidade de “*instituir e arrecadar os tributos de sua competência, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas ou publicar balancetes nos prazos legais*” (art. 30, III da CRFB/88), ou seja, a autonomia financeira do Município consiste na capacidade de este ter receita própria para realizar a despesa necessária²⁵⁶.

A autonomia financeira do Município fica, no atual sistema constitucional, garantida pela instituição e arrecadação de tributos nos termos dos arts. 145, 156 e 158 da Constituição Federal, bem como pelo recebimento de repasses das verbas concernentes a tributos arrecadados por outras esferas administrativas²⁵⁷, podendo-se afirmar que os tributos e os preços são as duas únicas fontes de rendas próprias dos Municípios²⁵⁸. A partir daí, o Município poderá aplicar o produto da arrecadação em conformidade com sua lei orçamentária, devendo obedecer apenas alguns investimentos compulsórios em áreas específicas, determinadas pela nossa Constituição Federal, como, por exemplo, a aplicação anual de 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 da CRFB/88).

Isto posto, podemos afirmar que os Municípios, com a Constituição Federal de 1988, passaram a desempenhar um papel de destaque no contexto político-institucional brasileiro vez que assumiram grande parte da responsabilidade por políticas públicas relacionadas à qualidade de vida da população local (e, conseqüentemente, da população nacional) passando a ser o grande provedor do *welfare*²⁵⁹, compreendido em assegurar o bem estar e promover o desenvolvimento econômico, implicando no enfrentamento da atual estrutura fiscal da federação (com grande concentração dos tributos nas mãos da União), das diferenças socioeconômicas e da dinâmica política interna designada aos Municípios.

A partir deste ideário, o Município assume grande importância na federação brasileira por ser o poder mais próximo do cidadão. O poder municipal e a proximidade com o cidadão são fatores que permitem ao Município dar plena efetividade a mandamentos constitucionais como a garantia das condições de qualidade de vida; mandamento que está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa federação e do direito humano internacional.

²⁵⁶ FERRARI, 2005, p. 92.

²⁵⁷ Idem, p. 92-3.

²⁵⁸ CASTRO, 1999, p. 213.

²⁵⁹ SOUZA *apud* MAGALHÃES, ROCHA, 2006, p. 73-8.

1.9. Para uma exposição renovada acerca do papel do Município no federalismo democrático brasileiro

A soberania estabelecida no Estado Federal fez surgir um Estado não soberano²⁶⁰, o Estado membro. A descentralização estabelecida pelo federalismo fez com que fossem criados um poder que representa a soberania do Estado Federal e um poder regional que efetivaria a idéia de descentralização. O Município, como poder local, nem sempre está presente como ente federativo componente do sistema federativo estabelecido no Estado Federal. Entretanto, sua importância como poder local (“espírito local”²⁶¹) é relevado desde a criação do federalismo²⁶².

A razão de ser da distribuição de poderes²⁶³ (“competências”) no federalismo é, não outra, que facilitar o adequado exercício destes poderes que somente deverão ser considerados efetivamente utilizados (e legítimos) através da ocorrência de rendimentos sociais efetivos²⁶⁴. A distribuição de competências no federalismo somente se justifica caso considerado o melhor nível de gestão pública dos serviços e a maior atenção às necessidades concretas e reais dos cidadãos e da sociedade²⁶⁵. Nessa perspectiva o poder municipal ganha relevância.

O Município permite a apropriação do espaço público estatal pela sociedade, ampliando a possibilidade da participação popular e, assim, a efetivação do princípio democrático como um diálogo entre o Estado e o cidadão. O espaço local possibilita a concretização dos princípios constitucionais vez que permite um processo maior de comunicação e controle social permitindo uma maior participação dos excluídos²⁶⁶. No espaço globalizado a dificuldade de articulação social é maior, sendo que, na esfera local, o contexto permite situações que privilegiem a simplificação e a consolidação de valores, como

²⁶⁰ HORTA *apud* BARACHO, 1986, p. 84.

²⁶¹ “o município romano não é o mesmo município grego, não é o mesmo município da Idade Média, e, no entanto, a autonomia municipal que se procura defender agora vem se filiar a essas instituições históricas, e o agrupamento decisivo, invocado em favor dessa autonomia é justamente o espírito do governo local, a função histórica representada pela autonomia local na formação do Estado moderno”. MELLO *apud* BARACHO, 1986, p. 93.

²⁶² As idéias desenvolvidas neste tópico estão sinteticamente desenvolvidas em texto publicado pela Autora e seu Orientador na _____

²⁶³ Poderes são conferidos à administração pública para que esta possa realizar o conjunto das atividades que lhe cabem no cumprimento de seu papel na vida coletiva. Doutrinadores do Direito Administrativo entendem que o sentido de poder será bem apreendido se vier explicitado relacionado com a idéia de função. *Cf.*: MEDAUAR, 2006, p. 106-7.

²⁶⁴ MEDAUAR, 2006, p. 107.

²⁶⁵ MACHADO, 2010, p. 397.

²⁶⁶ HERMANY, 2007. p. 252-3.

a qualidade de vida e a tão relevada dignidade da pessoa humana, que é preceito basilar do ordenamento jurídico brasileiro²⁶⁷. O Município dotado de autonomia é o instrumento social e jurídico capaz de realizar direitos globais preservando a cultura local.

Atualmente, fala-se muito em globalização, governança, blocos, o que, num primeiro momento, pode parecer ser oponível à idéia de governo local. Entretanto, o Município pensado da forma exposta não tem o fim de se opor a tais preceitos, mas de compatibilizar-se entre eles nos termos defendidos por Boaventura de Sousa Santos²⁶⁸:

Um dos problemas mais complexos na compreensão do mundo contemporâneo é o da articulação ente o global e o local. Se é comum afirmar que vivemos num período de globalização, é menos comum reconhecer que vivemos igualmente num período de localização e que a expansão da globalização vai de par com a expansão da localização. Passa-nos despercebido o fato de que a experiência que temos da globalização é sempre local.

O Poder Municipal, a partir deste pressuposto, seria instrumento de garantia da atuação da sociedade civil no contexto de crise do Estado Nacional²⁶⁹ e de construção de uma economia globalizada. Os governos locais seriam, em princípio, os responsáveis pela execução, de políticas públicas, na ponta da relação Estado-Sociedade para efetivação de uma melhor qualidade de vida e, conseqüentemente, pela viabilização do próprio sistema político-global tendo em vista ser espaço privilegiado e mais diretamente acessível de debate das questões que envolvem a esfera pública.

Para a efetivação de tais preceitos, necessário é ditar novos paradigmas para o conceito de cidadania neste mesmo ideal de Estado Nacional já estabelecido. O novo paradigma de cidadania acompanharia o novo paradigma do conceito de democracia, ou seja, a cidadania passaria a ser exercida, com a observância dos limites constitucionais estabelecidos, de baixo para cima na ordem mundial²⁷⁰. O Estado Federal, a partir dos preceitos de constitucionalismo e descentralização, fomenta o exercício do poder local como principal meio de efetivar políticas públicas que são instrumentos para a realização dos direitos fundamentais estabelecidos na ordem constitucional.

²⁶⁷ DOWBOR *apud* HERMANY, 2007, p. 251-2.

²⁶⁸ FARIA, 2003, p. 50.

²⁶⁹ Desde a criação do Estado Nacional há especulações a cerca da necessidade de sua existência e, até mesmo, do fim de sua existência. Existem escritores conservadores que tratam da crise do Estado democrático e escritores socialistas ou marxistas que tratam da crise do Estado capitalista. Para o Autor citado, na verdade, crise do Estado é crise de um determinado tipo de Estado. Atualmente, vivemos a crise do Estado contemporâneo que tem como desafio a inter-relação entre o global e o local; que tem como novo paradigma (re)conceituar cidadania para a valorização da sociedade e da concreção dos preceitos constitucionais fundamentais. Cf.: BOBBIO, 2001, p. 126-33.

²⁷⁰ GÓMEZ *apud* HERMANY, 2007, p. 252.

A partir dessa perspectiva é necessário pensar num sistema integrado entre o espaço local e o nacional a partir de uma estratégia amparada na cooperação e subsidiariedade²⁷¹. Não se objetiva excluir (ou minimizar) o poder nacional, mas a cooperação entre os poderes nacional, regionais e locais. A subsidiariedade se manifestaria num sentido positivo-negativo²⁷², ou seja, se situa como limite à intervenção estatal e, ao mesmo tempo, como justificação da participação pública. O federalismo (pensado na correlação entre integração e autonomia²⁷³) seria a aplicação do princípio da subsidiariedade²⁷⁴. A subsidiariedade tem um ideário basilar o fato de as sociedades serem subsidiárias às pessoas ao passo que a esfera pública seria subsidiária à esfera privada; o Município, visto como forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado, seria concretização da subsidiariedade²⁷⁵.

O governo local assumindo grandes projeções, estruturando quadros políticos, administrativos e econômicos que refletem na globalidade da federação atende melhor as necessidades dos cidadãos tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade²⁷⁶. O Município, por ser mais próximo do cidadão, tem maior capacidade de percepção das necessidades locais e de suprimento dessas necessidades, atingindo os fins federativos propostos pela Carta de 1988. Não há interesse local que não seja, indiretamente, também um interesse da União e dos Estados-membros; não há regional ou nacional que não ressoe, com maior ou menor intensidade, nos interesses dos Municípios. Assim, o que caracteriza o chamado “interesse local” não é, geralmente, a exclusividade desse interesse por parte da comunidade municipal, mas apenas a predominância desse interesse quando, no contexto específico, este é ponderado com os interesses regional e geral. Seja como for, fica evidenciado que o princípio da predominância do interesse não consegue cumprir de forma satisfatória a função de precisar com segurança jurídica e efetividade constitucional os limites das competências federativas, notadamente, quando estamos a falar de competências municipais.

²⁷¹ HERMANY, 2007, p. 256.

²⁷² BARACHO, 1996, p. 51.

²⁷³ Idem, p. 46.

²⁷⁴ Apesar de ser citado de forma expressa apenas em alguns países europeus componentes da União Européia, defendemos que o princípio da subsidiariedade está contido no bloco de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988 conforme será melhor explicitado infra.

²⁷⁵ BARACHO, 1996, p. 43-52.

²⁷⁶ Idem, p. 19.

II. A competência do Município na Constituição Federal de 1988

2.1. Alcance e limites das competências federativas constitucionais municipais

No Estado federativo temos um território e uma mesma população sob os quais incidem várias ordens estatais, que se constituem em várias ordens governamentais, fazendo com que o poder não se concentre nas mãos de uma única pessoa jurídica de direito público, mas se reparta entre os entes coletivos que a compõem e esta perspectiva somente é possível com a distribuição de competências previstas no texto constitucional²⁷⁷. No caso do Brasil, com a Constituição Federal de 1988, o constituinte originário prezou por adotar um sistema federativo com ampla delimitação de competências para a União e um achatamento de competências para os Estados Membros, principalmente, pela delimitação de competências aos Municípios.

O sistema complexo de distribuição de competências estabelecido pela Constituição Federal de 1988 gera questionamentos sobre o alcance e o limite destas competências regulamentadas no texto constitucional. Questionar se é competência do Município delimitar áreas de proteção ambiental maiores ou menores que as estabelecidas em lei federal ou estadual, ou se é de sua competência regulamentar o plantio da cana de açúcar, dentre várias outras matérias, são temas levados aos tribunais brasileiros e discutidos pela doutrina para a devida delimitação das competências de cada ente federativo. Este formato da distribuição de competências estabelecido no Brasil não possui como núcleo questões históricas, mas é um resultado da realidade política, administrativa e do processo de globalização estabelecido a partir do século XX.²⁷⁸

Efetivando o debate, podemos citar a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 200.702.914.562 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás pelo Sindicato das Indústrias de Fabricação de Álcool do Estado de Goiás – SIFAEG em face do Município de Rio Verde, questionando lei ordinária municipal que delimitava o plantio de cana-de-açúcar em área equivalente a até 10% (dez por cento) de cada propriedade rural. De acordo com a parte autora, a competência para legislar sobre Direito Agrário é da União e não dos Municípios. Entretanto, o Relator (apesar de ter sua tese vencida por apenas um voto)

²⁷⁷ FERRARI, 2005, p. 58.

²⁷⁸ BERCOVICI, 2008, p. 2-3.

defendeu que, no caso em questão, era sim competência do Município regulamentar a forma de utilização de sua zona rural vez que a qualidade de vida da população local está diretamente relacionada ao meio ambiente na qual esta encontra-se inserida; considerou, ainda, que o Município possui competência comum para legislar sobre meio ambiente e, ainda, possui competência para legislar sobre assuntos de seu interesse (art. 30, I da CRFB/88). Apesar dos esforços do Desembargador Relator, este foi voto vencido na ação, que foi julgada procedente por maioria de votos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, entretanto, atualmente, a ação citada está no Supremo Tribunal Federal aguardando julgamento do Recurso Extraordinário.

Nesse sistema complexo de distribuição de competências entre os entes federativos brasileiros, o pacto federativo deverá subsistir pela felicidade destes, que fazem parte de num sistema coerente de inter-relação entre o global e o local, pautado não numa mera distribuição de poder, mas numa associação de competências na qual, os entes federativos aliados, devem somar esforços para a consecução de fins comuns e buscar a realização de aspirações comuns²⁷⁹. Dentre estas relações complexas de interdependência entre União, Estados e Municípios, estabelecidas no federalismo cooperativo, existem relações de cooperação e de coordenação sendo, ambas, distintas.

A coordenação se caracteriza por ser um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual todos os entes da Federação possuem participação, sendo a vontade das partes livre e igual, com a manutenção integral das competências exercitáveis de maneira autônoma (isolada). Na coordenação, a decisão comum tomada em escala federal, será adaptada autonomamente por cada ente federado de acordo com suas peculiaridades e necessidades²⁸⁰. A materialização das competências concorrentes estabelecidas no art. 24 da Constituição Federal, exterioriza o caráter da coordenação.

Aproveitando esta análise geral, referente à competência concorrente, no caso brasileiro, como cada ente decide dentro de sua esfera de poderes, de forma separada e independente, com a ressalva da prevalência do interesse federal²⁸¹, é necessário, ainda, definirmos o que deve ser entendido por “normas gerais”, previstas nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal. Estas “normas gerais” devem formar o interesse fundamental da ordem federativa como, por exemplo, no caso da Federação brasileira, que tem por fundamento a solidariedade, esta exige a colaboração e necessidade de uniformização

²⁷⁹ MACHADO, 2010, p. 396.

²⁸⁰ ROVIRA *apud* BERCOVICI, 2008, p. 3.

²⁸¹ *Idem*, p. 3.

de certos interesses a todos os entes²⁸² efetivando a cooperação. Nestas atividades de cooperação, nenhum ente federativo atua de forma isolada, mas todos exercem suas competências conjuntamente com os demais. No sistema constitucional brasileiro, podemos afirmar que a cooperação também é materializada nas competências comuns expostas no art. 23 da Constituição Federal de 1988²⁸³.

Estas questões de fundo são essenciais para o melhor entendimento sobre as competências constitucionais do Município na Constituição Federal de 1988. A nossa atual Carta Constitucional alargou o raio da autonomia municipal, dando ao Município alcance e profundidade indissociável do próprio sistema federativo, conferindo a este ente federativo competências próprias para o devido exercício da autonomia na busca por maximização do nível de proteção dos bens constitucionais.

O constituinte, quanto à forma de apresentação das competências municipais, diferentemente da técnica utilizada para a distribuição de competências para a União e Estados, preferiu englobar, no mesmo artigo, as competências legislativas e materiais, privativas e concorrentes dos Municípios. Assim, podemos dizer que nos incisos I e II do artigo 30 o constituinte cuida, respectivamente, da competência legislativa privativa, que o Município exercerá em relação a assuntos de seu interesse e da competência legislativa concorrente cabendo, ainda, suplementar a legislação federal e estadual no que couber²⁸⁴. As competências reservadas ao Município foram em parte explicitadas e em parte implicitamente dispostas.

2.1.1. Competências exclusivas e privativas do Município

A Constituição Federal de 1988 organizou o Município no mesmo plano de condições da União, Estados Membros e Distrito Federal²⁸⁵. O legislador constituinte optou por traçar competências privativas não enumeradas ou competências implícitas²⁸⁶, cuja

²⁸² JÚNIOR *apud* BERCOVICI, 2008, p. 4.

²⁸³ BERCOVICI, 2008, p. 4.

²⁸⁴ ALMEIDA, 2010, p. 99.

²⁸⁵ COSTA, 2010, P. 62-3.

²⁸⁶ A Teoria dos Poderes Implícitos está constitucionalmente consagrada no nosso regime constitucional como norma interpretativa e de observância obrigatória na partilha da competência entre a União, os Estados e os Municípios. Segundo esta teoria, no texto constitucional, existem poderes explícitos e poderes implícitos. Os poderes explícitos são “aqueles que estão literalmente expressos no texto constitucional, como os dos arts. 21 e 22, para a União, e os do art. 30, para os Municípios.” e poderes implícitos, “os que resultam como consequência

identificação será o vetor “*interesse local*” (art. 30, I CRFB/88), e competências municipais exclusivas e expressas, previstas em alguns incisos do art. 30 e em outros dispositivos constitucionais. Nas áreas reservadas à lei municipal (competências expressas e exclusivas), nada podem a lei federal ou a estadual²⁸⁷. Já na competência municipal implícita, esta prevalece sob a competência remanescente dos Estados, sendo afastada pelas competências estadual explícita e federal expressa ou implícita. Somente no caso de competência concorrente é que se admite escalonamento legislativo, ou seja, lei da União prevalece sobre a estadual que prevalece sobre a municipal.²⁸⁸

A competência expressa dos Municípios seria voltada aos assuntos de interesse local²⁸⁹, prevalecendo sobre as competências da União e Estados Membros, ou seja, frente aos interesses federal e estadual, em determinadas matérias, o interesse municipal deve ter um grau maior. O art. 30 inciso I da Constituição Federal estabelece que “*compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local*. A expressão “interesse local” aguça a discussão doutrinária sobre o alcance e limite das competências municipais, sendo o núcleo da problemática da delimitação destas competências municipais²⁹⁰ e cerne da definição da atuação do Município²⁹¹.

O reflexo prático desta discussão é observado sempre que o seu objeto esteja relacionado com temas como saúde, assistência pública, habitação, saneamento básico, combate à pobreza, dentre outros²⁹². É justamente por atingir temas relevantes para o cumprimento da qualidade de vida da população local e, assim, o cumprimento da própria função social da propriedade urbana estabelecidas no art. 182 da Constituição Federal como de responsabilidade do Município, que a discussão sobre o “interesse local” ganha relevância, inclusive na explanação do temário da presente dissertação.

Nos termos defendidos por Hely Lopes Meirelles, podemos afirmar que o “interesse local”:

(...) se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse para o Município em relação ao do Estado e da União. Isso

lógica e necessária de um poder explícito, ou dos princípios adotados pela Constituição”. Cf.: MEIRELLES, 2003, p. 131-2.

²⁸⁷ Hely Lopes Meirelles citando Rui Barbosa afirma: “profligando os exageros do que denominou o “ultrafederalismo” brasileiro, Rui Barbosa advertiu que não se deve supor que o Federalismo consiste na ampliação desmesurada dos poderes da União e dos Estados e que, por zelo do Federalismo, se deva preferir sempre a solução favorável a tal ampliação.” Cf.: BARBOSA *apud* MEIRELLES, 2003, p. 134.

²⁸⁸ COSTA, 2010, p. 63.

²⁸⁹ Cf.: COSTA 2010, p. 63; CASTRO, 2006, p. 199

²⁹⁰ ALMEIDA, 2010, p. 97.

²⁹¹ HERMANY, 2007, p. 286.

²⁹² BERCOVICI, 2008, p. 12.

porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância.²⁹³

No mesmo sentido, Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma:

Acreditamos, portanto, que acabará prevalecendo, por mais consentâneo com a realidade das coisas, o entendimento de que as competências próprias dos Municípios são as relativas aos assuntos de predominante interesse local. Seja qual for a orientação que se preferir, o fato, porém, é que sempre poderá haver situações de difícil enquadramento, quando os interesses de mais de uma esfera se entrelaçarem o peso igual. Diante de inevitáveis impasses desta ordem, só mesmo o Poder Judiciário caberá dizer a quem compete disciplinar a matéria ou executar a tarefa.

Assim é que nos incisos I e II do art. 30 cuida-se, respectivamente, da competência legislativa privativa que o Município exercerá em relação aos assuntos de seu interesse, e da competência legislativa concorrente, cabendo-lhe suplementar a legislação federal e estadual no que couber.²⁹⁴

Nos termos expostos, o “interesse local” significa um conjunto ampliado de atribuições nas quais prevalecem a atuação dos Municípios, apesar de, indiretamente, refletirem nas outras esferas da federação vez que a população Município compõe a população dos Estado e da União. Se pensarmos no “interesse local” apenas como atribuições extremamente adstritas à localidade, estaríamos restringindo a atuação Município, o que feriria os objetivos do pacto federativo brasileiro que reúne um conjunto principiológico a ser efetivado juntamente com uma estrutura descentralizada e democrática capaz de qualificar a relação dos entes públicos com os “atores da sociedade civil”²⁹⁵.

Nestes termos, a expressão “interesse local” consagrada pelo texto Constitucional de 1988, dá vida e importância a autonomia político-administrativa do Município. A predominância (e não exclusividade) do interesse para o Município, em relação a União e os Estados Membros, abre o leque do poder municipal sendo instrumento de atuação do Poder Público na implantação de políticas públicas passíveis de garantir uma adequada qualidade de vida para a população local. .

A partir do ideário traçado, é que definir-se-á quais os assuntos de competência dos Municípios, ou seja, o que são assuntos de predominante interesse à localidade. E, por vezes, assuntos serão de interesse local (Município), quanto regional (Estados Membros), quanto nacional (União) devendo, em casos extremos, o Poder Judiciário decidir a qual ente federativo será designada a competência.

²⁹³ MEIRELLES, 2003, p. 134-5.

²⁹⁴ ALMEIDA, 2010, p. 99.

²⁹⁵ HERMANY, 2007, p. 287.

Por fim, esclarece-se que a competência privativa dos Municípios estão divididas em materiais e legislativas. Seriam competências materiais privativas dos Municípios as competências expostas nos incisos III (arrecadar tributos municipais, aplicar suas rendas, prestar contas e publicar balancetes), IV (organizar e suprimir distritos), V (organizar e prestar serviços públicos locais) e VIII (promover, no que couber, o ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano) todas do art. 30 da Constituição Federal. Já a competência legislativa dos Municípios se expressa no art. 30, I da Constituição Federal que estabelece a competência do Município para legislar sobre assuntos de seu interesse.

2.1.2. Competências concorrente e comum dos Municípios

O art. 24 da Constituição Federal estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre os assuntos expostos em seus incisos. Apesar de não estarem contemplados expressamente no art. 24 da Constituição Federal como detentores de competências concorrentes, os Municípios “*não ficaram eles dela alijados*”²⁹⁶. No art. 30, II da Constituição Federal consta a competência suplementar dos Municípios, que é um dos aspectos da competência concorrente. A competência suplementar é modalidade de competência legislativa concorrente por estar prevista no texto constitucional.

No plano desta competência concorrente do Município, há entendimento no sentido de que a leitura da Constituição Federal de 1988 deve ser feita a partir da premissa de que, caso exista lei federal e/ou lei estadual que regulamente matéria sujeita à competência concorrente, o Município apenas irá complementá-las²⁹⁷. Não concordamos com tal posicionamento. Deve-se perguntar onde está nessa leitura a autonomia federativa municipal. Criar leis específicas, de âmbito local, não pode significar não poder inovar o modelo comportamental, ou seja, as relações de direitos e deveres, dispostas em lei federal²⁹⁸.

Na perspectiva da atual Constituição, os Municípios também possuem competências comuns com a União, Estados e Distrito Federal (art. 23 da CRFB/88) dependendo esta, de lei complementar para fixar normas de cooperação entre estes entes federativos tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e bem estar de todos (parágrafo

²⁹⁶ Idem, p. 139.

²⁹⁷ Cf.: MAGALHÃES, 1997, p. 211; CASTRO, 2006, p. 199.

²⁹⁸ Este posicionamento é sustentado pelo Prof. Dr. Saulo de Oliveria Pinto Coelho sendo discutido em várias reuniões de orientação para conclusão da presente.

único do art. 23 da CRFB/88). Tal lei complementar ainda não foi elaborada fazendo com que, no sistema brasileiro, não haja um regime jurídico expresso de instituição das “tarefas comunitárias” (*Gemeinschaftsaufgaben*) existente na Alemanha²⁹⁹, embora, na prática, haja uma estrutura familiar introduzida por nossa atual Constituição. Para o exercício das competências materiais comuns, pressupõe o exercício da competência legislativa concorrente sendo que, a partir das considerações traçadas sobre a relação competências concorrentes, comuns e cooperação no federalismo, entendemos que a análise das competências comuns expostas no art. 23 da Constituição Federal devem ser analisadas de forma dinâmica, não estática, com ênfase na cooperação intergovernamental e nas políticas dele derivadas, admitindo-se que o Município utilize a competência suplementar também em matérias de competência comum³⁰⁰.

O problema da competência suplementar do Município pauta-se na hipótese em que não há lei federal e/ou estadual que regule matéria tratada como competência concorrente ou comum pelo texto constitucional. Neste caso, questiona-se se o Município possuiria a denominada “*competência legislativa plena*”, ou seja, questiona-se se o Município poderia legislar amplamente (sem limite e/ou alcance) sobre matéria tratada como de competência concorrente ou comum pela Constituição Federal de 1988. Entendemos que o Município teria sim poder de legislar amplamente sobre matéria de competência concorrente ou comum no caso citado. O texto constitucional, no seu parágrafo 3º do art. 24, delega aos Estados competência legislativa plena quando inexistir lei federal sobre normas gerais e, em função do tratamento isonômico dado aos entes federativos no texto constitucional, tal poder se estenderia aos Municípios. Nesse sentido Fernanda Dias Menezes de Almeida comenta a questão:

Da mesma forma, inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender a suas peculiaridades. (...) A respeito do artigo 30, inciso II, pronunciou-se FERREIRA FILHO (1990: v. I, 219), entendendo que sua melhor interpretação “é a de que ele autoriza o Município a regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais. Destarte, aqui, sua competência não seria propriamente legislativa, mas administrativa: competência de regulamentar leis”.

Pedimos vênias para discordar. Parece-nos que é de atividade legislativa sim, não apenas de atividade administrativa regulamentar, que se cuida na espécie. Os Municípios legislarão suplementarmente, estabelecendo as normas específicas e, sendo o caso, também as normas gerais, sempre que

²⁹⁹ BERCOVICI, 2007, p. 4-5.

³⁰⁰ ALMEIDA, 2010, p. 139-40.

isto for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas.

Vale esclarecer que caso o Estado expeça normas gerais em substituição à omissão da União, os Municípios terão que respeitá-las podendo, somente, complementá-las. Não havendo normas estaduais, é competente o Município para estabelecer qualquer norma que entender necessária para o exercício das competências concorrente e comum. No caso de superveniência de norma geral pela União ou pelos Estados, ficam automaticamente suspensas as normas municipais colidentes. Nesse sentido esclarece Fernanda Dias Menezes de Almeida:

Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas estaduais supletivas, é livre então o Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência comum. Mas a superveniência de normas gerais, postas pela União diretamente, ou pelos Estados supletivamente, importará a suspensão da eficácia das normas municipais colidentes³⁰¹.

Tais teorias são defendidas por aqueles que entendem ser o Município ente federativo autônomo desde o estabelecimento da Constituição Federal de 1988. Estes juristas prezam que o ideal de democracia e cumprimento dos direitos fundamentais expostos na Carta de 1988 somente serão efetivados se o poder público local passar a lutar pelos direitos e obrigações a ele concedidos pelo texto constitucional. Entretanto, apesar de o constituinte originário ter delegado autonomia e amplos poderes aos Municípios, o mesmo constituinte concentrou o grande parte do poder tributário nas mãos da União, inclusive, dando a esta poder de instituir imposto residual não regulamentado pelo texto constitucional (art. 154 da CRFB/88). Aos Municípios sobrou uma gama de obrigações sem a respectiva contraprestação financeira para a devida execução dos seus direitos e obrigações expostos no texto constitucional.

Além disso, apesar dos esforços constitucionais, devemos reconhecer que o que se observa na prática é muitas vezes uma postura concentradora e federativamente autoritária das instâncias federativas mais amplas (Estados e União) que soma-se à omissão ou subserviência de boa parte dos Municípios, tornando inócua a colaboração destes na efetivação dos direitos e obrigações a eles concedidos pelo texto constitucional, não efetivando o projeto pensado na Constituição para a colaboração federativa dialogal, dos bens constitucionais ali previstos.

³⁰¹ ALMEIDA, 2010, p. 414.

Não podemos ser otimistas a ponto de acreditarmos que, no Brasil, os Municípios gozam do pleno exercício dos poderes conferidos constitucionalmente, nos termos defendidos nesta dissertação. Infelizmente, o constituinte utilizou conceitos imprecisos para a delegação de direitos e obrigações aos Municípios. Decorrente desta perspectiva, observamos que o poder público municipal, ao invés de utilizar de tais conceitos para precisar o maior peso dado ao Município pela atual Constituição, uma linguagem juspublicística ainda apegada ao tradicionalismo jurídico impede, muitas vezes, os juristas de precisarem por critérios mais eficientes as competências municipais.

2.2. Teoria do Poder Normativo e do Poder Normativo Municipal

Alguns doutrinadores afirmam que na história do Estado Democrático existiu o “Estado Legal” que foi sucedido pelo “Estado Constitucional”³⁰². O “Estado Legal” foi o modelo de Estado que tinha como premissas o liberalismo e o princípio da legalidade. Com a superação do liberalismo e da concepção de que o texto legal era garantidor dos direitos individuais do cidadão em face do Estado, formou-se o denominado “Estado Constitucional”. Esta espécie de Estado de Direito pautou-se na centralidade da Constituição e na sua força normativa reaproximando o Estado da concepção de justiça. A complexidade das relações sociais no século XX levou à insuficiência do sistema positivista e a formação do que se denominou pós-positivismo, sistema no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, denominado “nova hermenêutica constitucional” e a teoria dos direitos fundamentais³⁰³.

Esta nova concepção de Estado alterou a clássica teoria da separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes, já sugerido por Aristóteles, John Locke e Rousseau, veio a ser definido e divulgado por Montesquieu concretizando-se por definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787 tornando-se, a partir da Revolução Francesa, dogma constitucional a ponto de o art. 16 da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que “*não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes*”³⁰⁴. Dogma do Estado Liberal, a separação de poderes, difundida na concepção clássica que lhe

³⁰² MOTTA, 2007, p. 57.

³⁰³ BARROSO *apud* MOTTA, 2007, p. 63.

³⁰⁴ SILVA, 2006, p. 109.

deu Montesquieu, preocupou-se em estabelecer um sistema de interferências e limitações recíprocas os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de forma a mantê-los harmonicamente equilibrados. Atualmente o princípio não configura mais a rigidez de outrora³⁰⁵.

O princípio da separação dos poderes continua sendo dogma nas Constituições dos Estados contemporâneos, mas a ampliação das atividades deste Estado impôs uma nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário tanto que, atualmente, prefere-se falar em “colaboração de poderes”³⁰⁶. O Estado contemporâneo levou o Executivo ao protagonismo da produção de normas, sobretudo na edição de leis, não sendo mais possível afirmar que o processo legislativo é conduzido com independência e exclusividade pelo Legislativo. A cada dia os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) parecem mais harmônicos e menos independentes, sendo possível notar, na evolução do Estado, a tendência de participação do Executivo no processo de edição de atos normativos³⁰⁷.

Este Estado carece de vontade real e própria manifestando-se através de seus órgãos que exprimem a vontade humana. Os órgãos do Estado ou são supremos (constitucionais) ou são dependentes (administrativos), sendo que, aqueles, são os que incumbem ao poder político, cujo conjunto se denomina governo (órgãos governamentais) estes estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a denominada Administração Pública³⁰⁸ (órgãos de natureza administrativa)³⁰⁹. Nesse contexto, o Direito Administrativo passa a possibilitar alterações no papel do Estado no sentido de criar novos institutos e revigoração de outros, *“propiciando sua atuação mais eficaz nos setores mais necessitados pelos cidadãos, de forma a promover privatizações (...), terceirizações e diversas espécies de parcerias entre a Administração e a iniciativa privada”*³¹⁰ aproximando o Estado do cidadão numa conjugação de esforços entre estes agentes e interferindo nas tradicionais formas de manifestação da vontade estatal. Tais premissas se ligam ao advento do denominado “Estado Regulador” que passou a admitir a descentralização na produção de normas jurídicas³¹¹.

³⁰⁵ Cf.: SILVA, 2006, p. 109; MOTTA, 2007, 43-51.

³⁰⁶ SILVA, 2006, p. 109.

³⁰⁷ MOTTA, 2007, p. 48-9.

³⁰⁸ A Administração Pública, no seu aspecto funcional, é um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, representando um conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população. Cf.: MEDAUAR, 2006, p. 44.

³⁰⁹ SILVA, 2006, p. 107.

³¹⁰ MOTTA, 2007, p. 50.

³¹¹ Idem, p. 51.

Este “Estado Regulador”, através de um movimento conhecido como “reforma do Estado” passou a ter um novo sentido de “regulação” em decorrência do reconhecimento do princípio da subsidiariedade no Estado contemporâneo, tendendo a limitar o papel social do Estado e de interventor direto no domínio econômico. De acordo com Fabricio Motta³¹², a partir destas premissas, o Estado passou a transferir, por meio de processos diversos de privatização, determinadas atividades estatais e até mesmo entidades estatais para os setor privado da economia, ou seja, o Estado deixava de ser protagonista da execução de serviços públicos, passando a priorizar as funções de planejamento, regulamentação e fiscalização. Consequencia dessa alteração de característica do Estado foi o processo de descentralização normativa com o reconhecimento de novas fontes estatais e extra-estatais de normatividade sendo reconhecidas competências próprias a órgãos e entidades constitucionalmente delineados. Esta forma de Estado Constitucional passou a ser denominado Estado-Administração.

No caso do Brasil, além das competências delimitadas no corpo da Constituição Federal de 1988, o Estado-Administração ainda exerce poderes. Nos dizeres de Odete Medauar, o ordenamento confere poderes à Administração Pública para que esta “*possa realizar o conjunto das atividades que lhe cabem, no cumprimento de seu papel na vida coletiva (...)*”³¹³. O conceito de poder é de grande relevância para o direito público podendo ser apreendido se vier explicado ou transmutado com base na idéia de função. A utilização do termo destaca-se quando pensamos que o Estado-Administração possui deveres vinculados a finalidades específicas para fins de realização do interesses público³¹⁴. Vale citar as noções de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a concepção da expressão “poder”:

Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*.³¹⁵

Assim, os poderes da Administração Pública não são faculdades desta, são poderes-deveres que exigem e possibilitam a efetivação de obrigações desta perante os cidadãos para cumprimento de interesses públicos podendo-se dizer que são irrenunciáveis³¹⁶.

³¹² MOTTA, 2007, p. 51-2.

³¹³ MEDAUAR, 2006, p. 106.

³¹⁴ MOTTA, 2007, p. 135.

³¹⁵ MELLO *apud* MOTTA, 2007, p. 135.

³¹⁶ DI PIETRO, 2001, p. 86.

O conceito jurídico de interesse público, como observa Tercio Sampaio Ferraz Júnior, é “lugar comum” e que, por isso, dispensaria definição precisa, permitindo uma utilização mais eficiente do conceito³¹⁷. Atualmente, as concepções de interesse público e interesse do Estado são distintas podendo, inclusive, falar em interesses públicos não estatais como no caso das atividades das organizações não governamentais (ONG’s). Desde a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e supremo do ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, III da CRFB/88) toda a supremacia e indisponibilidade do interesse público estão a ele subordinados sendo o fim último do poder político o próprio ser humano,³¹⁸ não mais se admitindo a idéia de ato discricionário, na concepção plena, na atuação da Administração Pública. Os deveres do Estado-Administração para cumprimento dos interesses públicos é decorrente do controle da atividade administrativa, ou seja, a liberdade do agente administrativo está condicionada a ser exercida de modo compatível com os princípios jurídicos fundamentais estabelecidos no texto constitucional.

Esta nova concepção de Administração Pública e de Estado foi que permitiu a descentralização normativa deste. Tradicionalmente, o Estado instrumentaliza suas funções através do denominado “governo” que seria “*o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político*”³¹⁹. Este poder político, apesar de uno, indivisível e indelegável, se distingue em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional³²⁰. Sinteticamente, vez que não é objetivo deste trabalho traçar uma teoria das funções de governo do Estado, podemos dizer que função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras denominadas leis, já a função executiva resolve os problemas de acordo com as leis e a função jurisdicional tem por objeto aplicar as leis (o direito) no caso concreto para fins de dirimir conflitos de interesse³²¹.

A descentralização normativa está no texto constitucional quando este estabelece não apenas competências legislativas, executadas pelo poder de mesmo nome, mas também competências normativas. A diferença entre elas, de acordo com teoria defendida por Alesi e Eros Grau, estaria no fato de que o poder normativo (função normativa) possui como objeto a produção de normas que não se resumem às leis, ou seja, a produção de “*estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em*

³¹⁷ JÚNIOR *apud* FILHO, 1999, p. 116.

³¹⁸ FILHO, 1999, p. 125.

³¹⁹ SILVA, 2006, p. 108.

³²⁰ *Idem*, p. 108.

³²¹ *Id.*, p. 108.

decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos”³²². O poder normativo pode ser compreendido como gênero no qual está englobada a função legislativa e a função normativa em sentido estrito³²³. A função legislativa (exteriorizada na forma de atos legislativos) se diferenciaria da função normativa em sentido estrito não pela natureza normativa do ato, mas pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas. A função legislativa põe o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis sem ultrapassar os limites da legalidade³²⁴. Diferenciando norma e lei, Eros Grau afirma:

Norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria (...)), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanda de uma lei.

Tanto o ato normativo quanto a lei possuem em comum o fato de emanarem normas, ou seja, ambos são atos com efeitos gerais e abstratos³²⁵. Segundo Miguel Reale, os atos normativos podem se dividir em originários e derivados³²⁶. São originários aqueles atos normativos emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria outorgada diretamente pela Constituição para edição de regras instituidoras de direito novo, ou seja, compreende os atos emanados do Poder Legislativo. Já os atos normativos derivados são aqueles que tem por objetivo “*explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da práxis*”³²⁷.

A norma jurídica, segundo doutrina de Norberto Bobbio³²⁸, é aquela que vem a fazer parte de um ordenamento, o qual contempla normas de conduta e norma de estrutura ou de competência. Estas últimas seriam aquelas que não prescrevem condutas do que se deve ou não ter, mas as condições e procedimentos para emissão de normas de conduta válidas. Estes ordenamentos seriam simples ou complexos, dependendo da existência de somente uma ou

³²² MOTTA, 2007, p. 134.

³²³ Há uma divergência de nomenclatura, dentre os doutrinadores, ao tratar das competências legislativas e normativas tratadas pela Constituição Federal. função normativa da Administração Pública. Fabício Motta afirma que a função normativa deve ser compreendida como gênero segundo o qual são espécies a função legislativa e a função normativa em sentido estrito. Já Eros Grau afirmam que a função normativa compreende as funções legislativa e regulamentar (referindo-se ao poder regulamentar da Administração Pública). Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata não divide a função normativa, apenas diferencia o que seria atos legislativos do poder regulamentar da Administração Pública. Cf. MOTTA, 2007, p. 136; GRAU *apud* MOTTA, 2007, p. 134; DI PIETRO, 2001, p. 86-7.

³²⁴ REALE *apud* DI PIETRO, 2007, p. 87.

³²⁵ DI PIETRO, 2001, p. 87.

³²⁶ REALE *apud* DI PIETRO, 2001, p. 87.

³²⁷ Idem, p. 87.

³²⁸ BOBBIO *apud* MOTTA, 2007, p. 136.

mais fontes de onde emanam as normas. Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro é considerado um ordenamento complexo, vale ressaltar a doutrina de Hans Kelsen ao afirmar que as normas de um ordenamento se encontram em diversos planos, podendo-se falar em “construção escalonada” formada por normas superiores e inferiores³²⁹. A partir de tais teorias, os atos normativos emitidos pelo poder normativo da Administração Pública são normas que disciplinam matérias não privativas de lei, podendo ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ou não ter reflexos externos³³⁰. Estes atos encontram-se, necessariamente, em patamar hierárquico inferior à lei sendo a ela subordinados. Estes atos são distintos dos atos administrativos vez que possuem reiteradas e infinitas aplicações repetidamente nas hipóteses por ele regulamentadas (abstração) e possuem a característica da generalidade³³¹.

Todos os atos normativos devem estar vinculados na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. A eficácia negativa dos direitos fundamentais impedem que sejam praticados atos ou editadas normas que se oponham aos direitos fundamentais; caso tais normas sejam editadas, estarão eivadas com o vício da inconstitucionalidade³³². O Estado, inclusive os Municípios, tem o dever de dar efetividade aos direitos fundamentais com base em prestações à população que devem ser satisfeitas mediante a prestação de serviços públicos e a realização de políticas públicas. A atividade administrativa é vinculada aos direitos fundamentais, para fins de concepção e implementação de políticas públicas. Conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente ao Município se impõe a execução de políticas públicas com o fim de garantir acesso efetivo da população a direitos (fundamentais) indisponíveis expostos no texto constitucional através de um processo de concretização e não mera avaliação discricionária³³³.

Os atos normativos são emanados, na Administração Direta, pelo Poder Executivo, através de seu Chefe (Presidente, Governadores ou Prefeitos), Ministros e Secretários. Também são emitidos atos normativos pelos órgãos colegiados da Administração Indireta, no âmbito de suas respectivas competências, denominados resoluções. O Município, como ente federativo autônomo dotado de Poder Executivo e Legislativo também possui poder normativo a ser efetivado pela Administração Pública. O poder normativo municipal

³²⁹ KELSEN *apud* MOTTA, 2007, p. 137.

³³⁰ MEDAUAR, 2006, p. 139.

³³¹ MOTTA, 2007, p. 139.

³³² *Idem*, p. 75 e segs.

³³³ *Id.*, p. 76-7.

ganha relevância quando pensamos na efetivação de preceitos já expostos anteriormente na presente dissertação como a democracia e o cumprimento de políticas que envolvem interesse local. O poder público municipal elaborará sua Lei Orgânica a qual poderá regulamentar norma similar à exposta no art. 84, inciso IV da Constituição Federal que trata dos denominados regulamentos de execução de competência privativa dos Chefes do Executivo. Além desta norma, o poder público municipal, nos termos já citados, também poderá exercer o poder normativo através de sua administração indireta.

É no exercício de seu Poder Normativo que o Município poderá regulamentar questões agrárias que refletem no meio ambiente da população local. Conforme será melhor explicitado no Capítulo III da presente dissertação, a forma de execução e manejo de atividades agrárias influenciam o meio ambiente da população do Município devendo ser regulamentadas por este. Questões relacionadas à forma de utilização de água em lavouras, ordenamento do solo para fins de atividades como plantio de cana de açúcar, utilização de ordenhas em gado leiteiro, estabelecimentos de matadouros, liberação de dejetos no meio ambiente natural, dentre outros, influenciam a qualidade do meio ambiente da população local.

O Poder Normativo municipal será instrumento para efetivação de políticas públicas que visam o desenvolvimento sustentável através do equilíbrio ambiental, as quais compatibilizarão o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. O Município, com o estabelecimento de Plano Diretor, Zoneamento Ambiental, Código de Posturas, Código de Edificações, dentre outros, além do exercício do seu poder regulamentar, tratará de questões eminentemente locais obedecendo os preceitos traçados pelo texto constitucional.

2.3. Princípio da máxima efetividade da proteção dos direitos constitucionais fundamentais e princípio da subsidiariedade das normas municipais: uma teoria sobre a competência do município.

Estas declarações de direitos formuladas na expressão direitos fundamentais ganhou relevância com as revoluções liberais do século XVIII que se manifestaram na contradição entre o regime da monarquia absoluta e uma sociedade tendente à expansão

comercial e cultural³³⁴. Apesar de ter surgido na França com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi na Alemanha, com a Constituição de Weimar (1919), que os direitos fundamentais ganharam relevância como um “*sistema de relações entre indivíduo e Estado e fundamento de toda ordem jurídica*”³³⁵.

Tais premissas se referem ao surgimento dos direitos fundamentais, entretanto, estes direitos evoluíram no decorrer da história junto com a concepção de Estado e do próprio Direito³³⁶. As declarações de direitos assumiam, no início, um formato de declarações solenes de caráter ideológico passando, num segundo momento, a fazer parte do preâmbulo das constituições³³⁷. Atualmente, os direitos fundamentais podem ser retratados sob dois aspectos: 1) quando inseridos nos documentos internacionais, assumindo a forma das primeiras declarações (proclamações solenes e de caráter filosófico-ideológico); 2) quando inseridos nos ordenamentos nacionais, adquirindo caráter concreto. Atualmente, inclusive no Brasil, os direitos fundamentais são tidos como normas jurídicas positivadas no texto das constituições, subjetivando-se em direito particular de cada povo³³⁸, ou seja, os direitos fundamentais são aqueles direitos qualificados como tais pelo direito vigente em cada Estado³³⁹.

Esta concepção dos direitos fundamentais (como aqueles determinados pelo ordenamento jurídico e sua inserção no corpo das Constituições, passando a ser tratados como normas jurídicas positivadas) somente foi possível a partir da (re)leitura da função do texto Constitucional no decorrer da história. O Estado de Direito, já na concepção de Estado Contemporâneo, passou a ser pautado na centralidade e superioridade legal do texto constitucional. A partir de tal concepção, a compreensão e análise dos direitos fundamentais sofreu importantes alterações. Atualmente, não são tidos como normas de valor

³³⁴ Idem, p. 173.

³³⁵ MOTTA, 2007, p. 69.

³³⁶ Esta evolução histórica dos direitos fundamentais foi projetada na teoria dos direitos fundamentais que dividem-os em gerações de direitos fundamentais. Tal teoria, em síntese, afirma que são direitos fundamentais de primeira geração aqueles relevados pela Revolução Francesa, quais sejam, os direitos da liberdade, sendo direitos de resistência ou de oposição em face do Estado. Os direitos fundamentais de segunda geração dominaram o século XX sendo os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos (de coletividade) e econômicos, exigindo determinadas prestações materiais do Estado. Os direitos fundamentais de Terceira geração são dotados de alto teor de humanismo e universalidade, cristalizados no fim do século XX, como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Além das gerações de direitos fundamentais ora expostas Paulo Bonavides ainda fala em direitos fundamentais de quarta e quinta geração, tese que não será ora explanda por não compor o objeto da presente. Cf.: BONAVIDES, 2010, p. 562-90; BELCHIOR, 2011, p. 68-83.

³³⁷ É importante esclarecer que os direitos fundamentais, atualmente, continuam vistos no formato das antigas delclarações de direito (proclamações solenes de conteúdo filosófico) quando expressos em textos internacionais. Apenas quanto fazem parte do ordenamento nacional de um País é que terão caráter concreto. Cf.: SILVA, 1996, p. 175.

³³⁸ SILVA, 1996, p. 175.

³³⁹ HESSE *apud* BONAVIDES, 2010, p. 560.

supraconstitucional ou de natureza supra-estatal, mas são direitos constitucionais positivados no corpo de uma Constituição detentores de características como a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade³⁴⁰ correspondendo a uma concepção de direitos absolutos³⁴¹.

Apesar do posicionamento traçado, não podemos admitir que cada ordenamento jurídico somente admitirá direitos fundamentais positivados nos textos das constituições aderindo a uma característica exclusivamente formal de tais direitos³⁴². Há autores, como Gomes Canotilho, que admite a existência de normas materialmente fundamentais que independem de positivação pelas Constituições, sendo admitido, inclusive, a existência de princípios jurídicos implícitos nas Constituições³⁴³.

É importante ressaltar que terminologicamente as expressões direitos fundamentais e direitos do homem tem sido utilizadas vastamente (não apenas no mundo jurídico) como expressões sinônimas, entretanto, possuem conteúdo próprio ou refletem diversas concepções jurídicas. Segundo Gomes Canotilho³⁴⁴ os termos direitos fundamentais e direitos do homem se distinguem quanto a origem e significado, sendo os direitos do homem aqueles inerentes à própria condição humana válidos para todos os povos em qualquer tempo e direitos fundamentais os considerados indispensáveis à pessoa humana, reconhecidos e garantidos por uma determinada ordem jurídica. Os direitos do homem não seriam criados pelo Estado, mas, apenas, reconhecidos por este sendo utilizada, inclusive, a expressão direitos humanos em tratados internacionais. Já os direitos fundamentais seriam sistematizados pela ordem jurídica de cada Estado. Nessa perspectiva, Gomes Canotilho³⁴⁵ defende que os direitos fundamentais deverão ser estudados enquanto “*direitos jurídico-positivamente constitucionalizados*”³⁴⁶ sem ter a expressão “positivamente” o sentido do positivismo fechado defendido pelo antropocentrismo, mas sentido relacionado ao sistema aberto de regras e princípios.

Além dos pontos já traçados, vale ainda ressaltar que a crise vivida após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência das elevadas taxas de crescimento econômico que levou ao esgotamento de um estilo de desenvolvimento ecologicamente depredador, socialmente perverso e politicamente injusto, levou à superação de um modelo de

³⁴⁰ SILVA, 1996, p. 180.

³⁴¹ BONAVIDES, 2010, p. 561.

³⁴² FERNANDES, 2008, p. 118.

³⁴³ COELHO; MELLO, 2011, p. 9.

³⁴⁴ CANOTILHO *apud* PINTO, 2002, p. 70.

³⁴⁵ CANOTILHO, 1993, p. 497-8

³⁴⁶ *Idem*, p. 497.

desenvolvimento no qual a economia deixou de ser um fim em si mesmo e a ciência deixou de estabelecer que aquilo que não se carece preço não carece de valor, passando, o ser humano, ser o centro do processo de desenvolvimento³⁴⁷. Os direitos fundamentais a partir da perspectiva de centralização de todas as relações entre indivíduos, sociedade, economia e poder político, passaram a ter como ponto central-relevante o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que permeia todo o Direito e as relações nos Estados de Direito Contemporâneos vez que fundou uma nova ética do desenvolvimento e fundamento de Estado, “*ética na qual os objetivos econômicos do progresso estão subordinados às leis de funcionamento dos sistemas naturais e aos critérios de respeito à dignidade humana e de melhoria da qualidade de vida das pessoas*”³⁴⁸.

Nessa perspectiva que afirmamos pelo princípio da máxima efetividade dos direitos constitucionais fundamentais. Os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos do homem positivados ou materializados numa Constituição regulamentada por um poder constituinte originário que não pode mais ser visto como ilimitado. Estes direitos estão no topo da pirâmide para interpretação de quaisquer normas estabelecidas pelo texto constitucional ou infraconstitucional vez que tutelam direitos que são da essência do ser humano, que o ser humano necessita para ter (e manter) sua dignidade, sua qualidade de vida e para garantir a existência das futuras gerações. Todo o texto da Constituição Federal de 1988 deve ser lido e interpretado de forma sistemática, relevando suas razões *prima facie* pautadas nos direitos fundamentais formais e materiais expressos em seu texto e que, nos termos do art. 5º parágrafo primeiro, possuem aplicação imediata, devendo sempre ser considerados como fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). O fato de os direitos e garantias fundamentais possuírem aplicação imediata, no Brasil, vincula toda a atuação do poder público para a otimização e eficácia de tais direitos³⁴⁹.

Uma das formas que o poder constituinte originário, da nossa atual Carta constitucional, encontrou para efetivar os direitos fundamentais positivados neste texto e, assim, dar eficácia ao princípio da máxima efetividade das normas fundamentais, foi criando um Estado no qual há a distribuição de competências relevando o princípio democrático e o Estado de Direito. A melhor forma deste Estado (conforme visto no capítulo anterior), o federalismo, tornou-se uma forma de organização predominante nos Estados do tipo

³⁴⁷ GUIMARÃES *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 11-2.

³⁴⁸ *Idem*, p. 13-4.

³⁴⁹ MOTTA, 2007, p. 73.

democrático, creditando-se tal fato à descentralização do poder, que é um instrumento fundamental para o exercício da democracia e, acredita-se, meio de efetivar normas de direitos fundamentais expostas nos textos legais.

A concepção do que é o federalismo, sua autonomia constitucionalmente qualificada, a descentralização, a pluralidade e a repartição de poderes deram origem a averiguações em torno da concepção de comunidade e eficiência³⁵⁰ gerando a idéia de subsidiariedade. O Estado contemporâneo³⁵¹ se caracteriza por sua multifuncionalidade fortalecendo a relação Estado e comunidade, propiciando maior interação entre os poderes central e periféricos (federalismo, regionalismo e municipalismo)³⁵². O federalismo possui a soberania e a descentralização política e funcional como característica fundamental³⁵³, vez que são os fundamentos da repartição de competências traçadas pela Constituição de cada Estado estabelecendo que a relação entre o centro e a periferia – Estado e comunidade – se pauta na subsidiariedade.

O conceito de subsidiariedade tem apresentado vários alcances e conteúdos, sendo definido por José Alfredo de Oliveira Baracho³⁵⁴ como o princípio que determina que as decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível mais baixo possível vez que mais próximo do núcleo onde as decisões são definidas, efetuadas e executadas estando relacionado com o processo de descentralização política e administrativa. Considerando que a distribuição de competências no Estado Federal está regulamentada no corpo constitucional, José Alfredo de Oliveira Baracho³⁵⁵, complementando o conceito ora citado, conclui que o princípio da subsidiariedade deve ser pensado como componente da ordem jurídica no âmbito constitucional (princípio de Direito Constitucional) vez que não é apenas um princípio de repartição de competências entre órgãos e coletividades estatais, mas fixa o próprio princípio de competências. O sistema aberto de regras e princípios³⁵⁶ traçada pelo Direito Constitucional Contemporâneo admite a concepção do ideário traçado, principalmente, se pensarmos que o princípio da subsidiariedade está inserido no sistema constitucional brasileiro mas não está expressamente positivado neste.

O princípio da subsidiariedade está voltado para a defesa dos direitos e garantias individuais e na disponibilidade de auxiliar atividades dos particulares pelo Poder Público

³⁵⁰ BARACHO, 1996, p. 1-2.

³⁵¹ Idem, p. 6;

³⁵² Id, p. 6.

³⁵³ Ibidem, p. 47-53.

³⁵⁴ Idem, p. 93.

³⁵⁵ Id, p. 94.

³⁵⁶ Cf.: BARROSO, 2010, p. 204-12; BONAVIDES, 2010, p. 270-1; BARACHO, 1996, p. 11; CANOTILHO, 1993, p. 165-8.

que, no federalismo do tipo cooperativo, passa a ser uma bandeira do *neolocalismo*³⁵⁷ enfatizado, no caso do Brasil, nos Municípios. No Brasil, conforme já citado na presente dissertação, o constituinte originário optou por descentralizar o poder dos entes federativos em três núcleos: o poder nacional representado pela União, poderes regionais representados pelos Estados membros e poderes locais representados pelos Municípios. Assim, a federação brasileira, a partir da Constituição Federal de 1988 optou por dar autonomia política, administrativa e legislativa aos Municípios passando a tratá-los como entes federativos. Esta postura do constituinte possibilitou que o poder público implementasse políticas públicas que aproximasse o “povo” do “poder”³⁵⁸ e garantisse a efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional principalmente quando o poder público municipal utiliza-se do seu poder normativo.

O Estado irá efetivar seu compromisso com os direitos fundamentais através da prestação de serviços públicos e a realização de políticas públicas³⁵⁹. Serão nos Municípios, como centros de poder mais próximos dos cidadãos, que serão realizadas políticas públicas e prestação de serviços públicos de forma a efetivar os direitos fundamentais expostos no texto constitucional. Pensar no interesse local como necessidades locais e que estas, em conjunto, formam o núcleo de interesse do poder central, faz do Município um ente federativo capaz de dar efetividade aos denominados direitos fundamentais. A autonomia regional-local e sua descentralização administrativa possui íntima relação com a proteção dos direitos fundamentais sendo, inclusive, este o entendimento do Supremo Tribunal Federal para fins de efetivação, por exemplo, de políticas públicas ligadas a educação a serem executadas pelo Município³⁶⁰:

Recurso Extraordinário – Criança de até seis anos de idade – Atendimento em creche e pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, art. 211, parágrafo 2º) – Recurso Improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira

³⁵⁷ Expressão utilizada pela prof. Maria Coeli Simões Pires (professora da UFMG) no II Congresso Mineiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte nos dias 3 a 5 de novembro de 1997. Cf.: CASTRO, 1999, p. 296.

³⁵⁸ TOCQUEVILLE *apud* FARIAS, 1999, p. 65.

³⁵⁹ *Idem*, p. 69.

³⁶⁰ MOTTA, 2007, p.. 77.

concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. *Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil CF, art. 211, parágrafo 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV da Lei Fundamental da República (...)*³⁶¹

São nas cidades que vivem os cidadãos e a proximidade destes com o poder local é que lhes permite reclamar de problemas que os afetam diretamente, como habitação, saneamento, infra-estrutura, saúde, transporte público, educação, segurança, meio ambiente, dentre outros³⁶² instrumentalizando o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o papel desempenhado pelos municípios assume especial importância não apenas por constituírem base geográfica onde estão situadas as cidades, mas em especial por concentrarem questões relacionadas à convivência social e política de seus habitantes³⁶³. O texto constitucional, ao atribuir ao Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, está se referindo aos interesses que atendem, diretamente, às necessidades locais, ainda que estas necessidades sejam também dos Estados Membros ou da União.

O interesse local deve ser interpretado e aplicado num sistema, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, dogma exposto formalmente no texto constitucional de 1988 e centro do nosso sistema jurídico. É no Município, através da execução de políticas públicas e de serviços públicos através dos Poderes Executivo e Legislativo deste e do exercício do Poder Normativo a este concedido pelo texto constitucional, que os brasileiros e estrangeiros residentes no país exercem, plenamente, os fundamentos outorgados pelo Estado Democrático de Direito na Constituição Federal³⁶⁴. Nesse contexto o princípio da subsidiariedade dá essência ao princípio da máxima efetividade da proteção dos direitos constitucionais fundamentais sendo eixos do Estado Democrático de Direito aplicado no Brasil.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE AgR 410715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 21/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, p. 76, 03 fev 2006. Destaques nossos.

³⁶² CABRAL, 2008, p. 49.

³⁶³ Idem., 2008, p. 49.

³⁶⁴ FIORILLO, 2008, p. 90.

2.4. Estatuto das Cidades, Plano Diretor e Leis de Uso e Ocupação do Solo: instrumentos para uma cidade sustentável.

Compete aos Municípios promover o adequado ordenamento territorial mediante o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, executar a política de desenvolvimento urbano e elaborar o Plano Diretor (arts. 30, VIII e 182 da CRFB/88). Vale ressaltar que, além destas competências privativas e reservadas ao Município, este também possui competência comum para regulamentar matérias relacionadas à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI CRFB/88).

Sob este enfoque constitucional foi criada a Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) responsável por regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Esta lei tem o fim de traçar diretrizes gerais para a execução da política urbana estabelecendo normas de ordem pública e interesse local que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos e, ainda, objetivando o equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único da Lei 10.257/2001). Esta lei também estabelece diretrizes gerais para a execução da política urbana e instrumentos para o planejamento municipal, inclusive, traçando o conceito de cidade sustentável, expresso no art. 2º inciso I do Estatuto da Cidade, no sentido de que o direito à cidade sustentável deverá ser entendido como o *“direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”*.

Considerando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais citados, podemos afirmar que os Municípios possuem atribuições no campo urbanístico que se desdobram em dois setores distintos³⁶⁵: o da ordenação espacial, que se efetiva no plano diretor e nas normas de uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (incluindo o urbanizável), abrangendo o zoneamento, loteamento, e a composição estética e paisagística da cidade e o de controle da construção, incidindo nos requisitos estéticos e funcionais da cidade expressos no código de obras e normas complementares.

Nessa sistemática de funções e competências municipais o Plano Diretor ganha relevância. Nos termos do artigo 182 *caput* da Constituição Federal, a política de desenvolvimento urbano será executada pelo Poder Público Municipal que terá o objetivo de

³⁶⁵ MEIRELLES, 2003, p. 517.

ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. O mesmo artigo 182, no seu parágrafo segundo, estabelece que a propriedade urbana somente cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor.

O Plano Diretor será um importante instrumento a ser utilizado pelo Poder Público Municipal como meio de efetivar uma cidade sustentável através da organização e desenvolvimento da relação cidade/campo como meio de garantir a qualidade de vida da população local. Como norma reguladora do desenvolvimento do Município nas áreas econômica, social, física e administrativa, é através deste complexo legislativo que o Poder Público Municipal fomentará o desenvolvimento integrado de toda sua área. Nesse sentido, podemos relevar o entendimento de Hely Lopes Meirelles que assim define a importância o Plano Diretor:

*O plano diretor ou plano de desenvolvimento integrado, como modernamente se diz, é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo.*³⁶⁶

O conceito de Plano Diretor está delimitado, em premissas básicas, no art. 182 da Constituição Federal, que o define como o “*instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*”. Além disso, ainda nos moldes do art. 182 da Constituição Federal, o plano diretor é a referência para o cumprimento da função social da propriedade urbana, vez que esta somente cumprirá o preceito fundamental constitucional, quando cumprir as exigências do plano diretor. Também o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), no art. 40, traça um conceito para plano diretor, afirmando ser o “*instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*”.

Nestes termos, o Plano Diretor é elaborado por lei municipal específica, com o fim de integrar o processo de planejamento municipal considerando as atividades e empreendimentos do Poder Público Municipal e das pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado a serem consideradas no território do Município³⁶⁷. Este Plano Diretor deve ser uno e único, devendo ser, constantemente, adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, sendo dinâmico e evolutivo, num processo perene de

³⁶⁶ MEIRELLES, 2003, p. 518.

³⁶⁷ MACHADO, 2010, p. 403.

planejamento das necessidades e aspirações dos munícipes³⁶⁸. É obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes (art. 182, § 1º da CRFB/88), para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (art. 41, incisos I, II, III e IV da Lei 10.257/1) e para as cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico, as áreas inseridas na influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental e de âmbito regional ou nacional (art. 41 da Lei 1.257/01).

A elaboração do plano diretor deverá ser aprovado através de lei municipal, com a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo sendo de iniciativa, preferencialmente, do Prefeito, que deverá designar órgão técnico da prefeitura ou contratar profissionais especialistas na matéria, sob sua supervisão, para os quais transmitirá as aspirações dos munícipes quanto ao desenvolvimentos do Municípios e indicará prioridades de obras e serviços³⁶⁹. Entretanto, também os vereadores podem ter iniciativa de apresentar projeto de lei instituindo plano diretor desde que tenham a sanção do Prefeito ou, havendo veto, ser este derrubado por maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa³⁷⁰.

Vale ressaltar que os procedimentos urbanísticos não se confundem com o Plano Diretor³⁷¹. O Plano Diretor é um documento único; não é um projeto executivo de obras e serviços públicos, mas um instrumento para o racional e satisfatório atendimento das necessidades da população local, não exigindo plantas, memoriais e especificações detalhadas, exigindo, apenas, indicações sobre o que a administração municipal pretende realizar. Os procedimentos urbanísticos (planos de urbanização ou de reurbanização) são compostos por vários documentos que, seguindo as diretrizes do Plano Diretor, visam obras isoladas, ampliação de bairros (expansão urbana), formação de novos núcleos urbanos (urbanização por loteamentos), renovação de áreas envelhecidas e tornadas impróprias para sua função (reurbanização), dentre outros empreendimentos a serem executados, setorialmente, pelo poder público municipal³⁷².

Estes procedimentos urbanísticos são executados em todo o solo urbano, ou seja, em todo o solo do Município onde são exercidas as funções de habitar, trabalhar, circular e recrear, sendo que, nessa perspectiva, o solo urbano estaria abrangido pelas zonas de expansão urbana, zonas urbanizáveis e zonas de interesse urbanístico especial³⁷³. A ordenação do uso e ocupação do solo é essencial ao planejamento urbanístico garantindo o bem estar da

³⁶⁸ MEIRELLES, 2003, p. 519.

³⁶⁹ Idem, p. 520.

³⁷⁰ COSTA, 2010, p. 237.

³⁷¹ MEIRELLES, 2003, p. 519.

³⁷² Idem, p. 519.

³⁷³ Cf.: SILVA, 2010, p. 239; CASTRO, 1999, p. 293.

população local vez que procura obter uma desejável densidade populacional e organização das edificações buscando uma zonificação nos Municípios e regulamentando as relações cidade-campo. Nesse sentido, podemos citar entendimento de José Afonso da Silva:

Numa cidade desordenada esses usos desenvolvem-se promiscuamente, com grande prejuízo ao bem-estar da população. Daí porque o urbanismo moderno propõe zonificar os aglomerados urbanos, conjuntamente como o campo, estabelecendo zonas de uso mais ou menos separadas³⁷⁴.

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir aos Municípios a política de desenvolvimento urbano tendo como objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182 CRFB/88) podendo instrumentalizar estas diretrizes através do Plano Diretor, permitiu uma gestão democrática e sustentável nas cidades, para solução (ou, pelo menos, melhoria) dos problemas urbanos. A ordenação do uso e ocupação do solo se pautará nas premissas estabelecidas no Plano Diretor para zonear e ordenar a cidade com o fim de efetivar as premissas constitucionais citadas. O Estatuto da Cidade, ao prever o direito à cidade sustentável e a regulamentação de todo o solo do município pelo Plano Diretor, complementou o texto constitucional dando vida a uma efetiva política de planejamento urbano através do Município.

O Plano Diretor é o instrumento legal capaz de enfrentar a problemática urbana com sistematicidade e eficácia vez que criou um sistema de normas e institutos que tem em seu cerne a ordem urbanística, fazendo nascer um Direito Urbano-Ambiental enraizado no texto constitucional, inclusive, nas normas fundamentais e que possibilita a criação do conceito de cidade sustentável e a implementação desta. A partir da afirmação da existência do Direito Urbano-Ambiental, a cidade passa a ser analisada sob um novo paradigma, separando o direito de propriedade do direito de construir³⁷⁵. Nessa perspectiva não se reconhece a propriedade se esta não cumprir sua função social que tem, no Plano Diretor, o instrumento principal da nova ordem da política urbana e o ponto definidor da função social da propriedade na cidade, como reforço à gestão democrática e instrumento de atuação do poder público municipal. Para fins de efetivar uma cidade sustentável e uma política pública de proteção ambiental, o Município deverá elaborar um Plano Diretor que contenha limitações ao direito de propriedade regulamentando os imóveis tanto individualmente quanto nas regiões da cidade.

³⁷⁴ SILVA, 2010, p. 239.

³⁷⁵ PRESTES, 2006, p. 49.

A cidade, a partir da Constituição Federal de 1988 passa a ter uma dimensão constitucional. Essa nova perspectiva de cidade, inserida no “novo” Direito Ambiental (denominado contemporâneo³⁷⁶) e no “novo” Direito Urbanístico (falando-se, inclusive, em Direito Urbano-Ambiental) exige que o poder público e a sociedade se antecipe aos problemas, não se preocupando com o dano, mas com a prevenção deste dano, buscando políticas públicas que intervenham na causa do problema e que auxiliem no apontamento de soluções. Preocupar-se com os problemas das gerações atuais prevenindo problemas às gerações futuras é uma tentativa de conciliar desenvolvimento-meio ambiente nos parâmetros de sustentabilidade. É na área do Município que o poder público (local e, conseqüentemente, o nacional) executarão políticas públicas capazes de manter este ideário. Ressalte-se que tal pensamento é baseado, tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional.

A legislação infraconstitucional, quanto a proteção do meio ambiente, trata de todos os entes federativos de forma integrada através da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) e do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama (Lei 6.938/81). O sistema nacional prevê a descentralização da aplicação das leis ambientais nos Municípios, constituindo prerrogativa destes pensar, planejar, executar e monitorar a política municipal de meio ambiente, sendo importante relevar que a gestão ambiental municipal não se limita ao licenciamento ambiental, mas todo um processo de integração municipal “contaminando” todas as políticas públicas³⁷⁷.

O Sistema e a Política Nacional do Meio Ambiente são meios que descentralizaram a gestão pública do meio ambiente no Brasil, instituindo-se a premissa de que qualquer política ambiental terá maior probabilidade de resolver os problemas locais concretos se puder contar com o apoio da União, dos Estados e dos Municípios, visto que todos os problemas locais surgem na própria localidade³⁷⁸. Mas é a partir do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) que o Município ganha importância na gestão ambiental nacional vez que, através do Plano Diretor, cria um instrumento para a efetivação da tutela ambiental na área do Município.

A sustentabilidade entra nesse ideário como o instrumento de aplicação e eficácia do princípio da máxima efetividade da proteção dos direitos constitucionais fundamentais. O cumprimento da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da garantia da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações estão diretamente relacionadas à

³⁷⁶ Idem, p. 27.

³⁷⁷ Idem, p. 35-6.

³⁷⁸ Id, p. 31.

noção de sustentabilidade. A constatação da raridade dos recursos naturais e a limitação destes colocou em xeque o mito do crescimento econômico infinito e generalizado. O desenvolvimento como consequência do crescimento econômico tem sido questionado gerando uma busca por fórmulas alternativas, dentre elas, o ecodesenvolvimento³⁷⁹ ou o desenvolvimento sustentável³⁸⁰. Entretanto, melhor do que se falar em desenvolvimento sustentável é falar-se em sustentabilidade³⁸¹.

A sustentabilidade vista de forma sistêmica vinculada à continuidade da vida humana, sendo a utilização dos recursos naturais com vistas à promoção de atividades econômicas vinculadas a um desenvolvimento planejado e responsável, tem o fim de evitar ou diminuir as possibilidades de risco ambiental³⁸². O paradigma da sustentabilidade³⁸³ está focado na relação economia/ambiente/sociedade, devendo ser entendido para além do tratamento da produção de bens e serviços no espaço urbano de forma isolada do espaço rural³⁸⁴. A sustentabilidade deve ser vista como um tripé que irá orientar a implementação da gestão pública (democrática) nas cidades para a preservação da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Partindo destas premissas iniciais que serão aprofundadas no tópico infra quando tratarmos do desenvolvimento sustentável, o direito a uma cidade sustentável está acima de um direito individual, o direito à cidade está dentre os direitos que visam garantir a perpetuação da vida em todas as suas formas. O Plano Diretor (ou plano de desenvolvimento integrado³⁸⁵) se enquadra no cumprimento do direito a uma cidade sustentável como a lei municipal capaz de traçar diretrizes para a efetivação deste direito havendo várias outras leis municipais que regulamentarão as premissas expostas no Plano Diretor. Em linhas gerais, o

³⁷⁹ O ecodesenvolvimento pretendeu introduzir uma perspectiva nova para o planejamento econômico, tornando-o sensível para a adoção de técnicas adaptáveis ao nível cultural das pequenas comunidades rurais do terceiro mundo, ou seja, “pretendeu compatibilizar desenvolvimento e ecologia em um nível primário de desenvolvimento”. Cf.: SOUZA *apud* MILARÉ, 2009, p. 64.

³⁸⁰ O desenvolvimento sustentável estaria ligado à idéia de se equilibrar desenvolvimento, preservação do meio ambiente e melhoria da qualidade de vida vinculada à proteção das presentes e futuras gerações. Cf.: MILARÉ, 2009, p. 64-5.

³⁸¹ “Apesar da íntima ligação entre os termos, desenvolvimento sustentável não se confunde com sustentabilidade. Aquele é o meio para se alcançar o último. Ou seja, é preciso desvendar o caminho de uma forma de desenvolvimento ecologicamente correto para então se buscar a sustentabilidade nas suas mais variadas formas. Em linhas gerais, o desenvolvimento sustentável visa à manutenção das bases vitais da produção e reprodução ao garantir uma relação satisfatória entre o homem e o meio ambiente. Assim, as futuras gerações podem ter o direito de desfrutar dos recursos que hoje estão à disposição.” Cf.: BELCHIOR, 2011, p. 133-4.

³⁸² BELCHIOR, 2011, p. 133.

³⁸³ Existem várias discussões sobre o novo paradigma da sustentabilidade, entretanto, o objetivo do presente trabalho é apresentar uma perspectiva que justifique a sinergia ente o meio urbano e rural no espaço físico da cidade mantendo a qualidade de vida da população local e garantindo a qualidade de vida das populações futuras.

³⁸⁴ MARTINS *apud* FILHO, 2009, p. 71.

³⁸⁵ MEIRELLES, 2003, p. 518.

plano diretor é um complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global do Município em todos os aspectos físico, social, econômico e administrativo³⁸⁶.

O Plano Diretor como instrumento legal capaz de traçar premissas básicas para a determinação da função social da cidade e da construção de uma cidade sustentável terá na ordenação do solo (zoneamento do solo³⁸⁷) o instrumento legal capaz de realizar, na prática, as funções de cada região do Município promovendo o bem estar de seus cidadãos, inclusive, no que tange à regulamentação de questões agrárias. Não há como pensar numa cidade sustentável sem relacionar a zona urbana com a zona rural e, assim, com as atividades desenvolvidas em cada uma destas regiões. Não defendemos que o Município terá amplo poder para legislar sobre o Direito Agrário, mas defendemos que o Município, com fulcro no interesse local e nas premissas expostas no texto constitucional como ente federativo garantidor da qualidade de vida da população local e da função social da propriedade urbana, terá competência para regulamentar questões de Direito Agrário que influenciam, diretamente, no meio ambiente da população local. A partir de tal premissa, será através do Plano Diretor, como instrumento legal geral, e da ordenação do uso do solo, como instrumento legal capaz de realizar na prática o disposto na norma geral (Plano Diretor), que o Município efetivará tais premissas. Pensar num federalismo rígido, no qual apenas a União teria competência para legislar qualquer questão sobre Direito Agrário é abandonar o ideário do federalismo cooperativo, é abandonar o ideário de todo o pensamento jurídico contemporâneo que defende conceitos a partir de um sistema e que, no caso em epígrafe, tem no meio ambiente o ponto fundamental de ligação entre a formação de cidades (municípios) sustentáveis que garantem o bem estar da população local através da ordenação de suas zonas urbanas, urbanizáveis e rural.

2.5. O papel dos Municípios na promoção da ordenação sócio-ambientalmente sustentável das espacialidades.

A propriedade urbana, nos termos do § 2º deste art. 182 da Constituição Federal, somente cumprirá sua função social quando atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Esta norma devem ser complementada pelos arts. 23,

³⁸⁶ Idem, p. 518.

³⁸⁷ SILVA, 2010, p. 237.

VI, VIII e 225 da Constituição Federal, que defendem ser competência comum dos entes federativos “*proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*”, “*fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar*” e que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo o Poder Público e à coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, respectivamente.

Tais dispositivos constitucionais ao tratar de “função social da propriedade”, “qualidade de vida”, “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e “preservação para as presentes e futuras gerações” devem, necessariamente, serem lidos de forma sistemática e interpretados sob os fundamentos da República Federativa do Brasil quanto ao cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88). Não podemos considerar como “mera coincidência” o fato de o constituinte originário tratar “da ordem econômica e financeira”, no mesmo Título VII da Constituição Federal, sobre os “princípios gerais da atividade econômica”, “da política urbana” e “da política agrícola e fundiária e da reforma agrária”, sempre traçando pontos comuns relacionados ao meio ambiente, propriedade e qualidade de vida da população. É fundamental estabelecer alguns (pré)conceitos sobre tais temários para concluirmos sobre a ordenação sócio-ambientalmente sustentável das espacialidades e o papel dos Município nessa questão.

2.5.1. Desenvolvimento sustentável e princípio da dignidade da pessoa humana: nova ética do desenvolvimento

O vasto uso da expressão “sustentável” tem demonstrado, no mínimo, uma certa consciência mundial quanto à problemática ambiental vivida na atualidade. A expressão “sustentabilidade” surgiu em discussões onde ambientalistas e desenvolvimentistas se digladiavam, promovendo “*a superação da idéia da economia como um fim em si mesmo, substituindo-a pelo reconhecimento de ser o ser humano um fim em si mesmo; e, portanto, ser por ele (e para ele) que existe desenvolvimento*”³⁸⁸. De início, “sustentabilidade” foi termo utilizado com referência para a discussão da relação entre crescimento econômico e desenvolvimento, entretanto, atualmente, não podemos admitir uma visão uníssona da

³⁸⁸ COELHO; MELLO, 2011, p. 11.

sustentabilidade, mas analisá-la sob enfoque multidimensional e, inclusive, como parâmetro da ordem constitucional brasileira, que orienta (ou deveria orientar) o nosso ordenamento jurídico, admitindo-a como princípio jurídico implícito no corpo da Constituição Federal de 1988³⁸⁹.

Esta concepção de sustentabilidade engloba implicações muito além da relação ambiente-economia, envolvendo questões sociais, culturais, políticas e territoriais. A Constituição Federal de 1988 guarda para a sustentabilidade um significado complexo como princípio normativo de aplicabilidade ampla e em várias áreas da nossa atual ordem democrática admitindo-se um conceito sistêmico de sustentabilidade³⁹⁰. O desenvolvimento sustentável está intimamente ligado à teoria dos direitos fundamentais, vez que o desenvolvimento, no modelo do Estado Democrático de Direito, é tido como fundamental para a existência digna do homem, da mesma forma que a proteção e preservação dos recursos ambientais³⁹¹.

A partir desta concepção, Saulo de Oliveira Pinto Coelho³⁹² identifica ecos da sustentabilidade no princípio da dignidade da pessoa humana exposto como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro nos termos do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, vez que existiria uma estreita ligação entre a ética proposta pela dignidade da pessoa humana e a sustentabilidade. Na visão do Autor citado, a “*atual dogmática constitucional pós-positivista, a unidade de sentido, de valor e de concordância prática conferida ao sistema de direitos fundamentais repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado*”³⁹³. Na concepção de que a pessoa é o fim da sociedade e do Estado, a sustentabilidade deve ser considerada um direito e não mera prática discursiva para fins de torná-la uma prática obrigatória cujo conteúdo será defendido pelo Estado, como norma fundamental, para efetivação do valor maior que é a dignidade da pessoa humana³⁹⁴.

Conforme já citado, após a Segunda Guerra Mundial surgiu no contexto pós-crise uma nova ética de desenvolvimento. Essa nova realidade sócio-política necessitou de um novo modelo de estruturação das relações dos indivíduos, sociedade, economia e poder político, encontrando, no Estado Democrático de Direito uma forma de estruturação deste novo contexto social tendendo pela elaboração constitucional de um modelo de efetivação

³⁸⁹ Cf.: COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 262; COELHO; MELLO, 2011, p. 9-11.

³⁹⁰ SAULO; ARAÚJO, 2011, p. 262-3.

³⁹¹ FERNANDES, 2008, p. 121.

³⁹² COELHO; MELLO, 2011, p. 10-11.

³⁹³ MIRANDA; MAGALHÃES FILHO *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 17.

³⁹⁴ COELHO; MELLO, 2011, p. 11.

jurídica do desenvolvimento sócio-ambientalmente sustentável³⁹⁵, devendo assumir status de linguagem jurídica constitucional.

O conceito clássico de sustentabilidade foi divulgado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em informe publicado em 1987, conhecido como Relatório Brundtland, o qual pautou o desenvolvimento sustentável como aquele que atende às atuais necessidades humanas sem comprometer as necessidades das gerações futuras. Apesar de genérico, é relevante o fato de tal conceito estar pautado na satisfação das necessidades e aspirações humanas como objetivo do desenvolvimento³⁹⁶. Além disso, o Relatório Brundtland, conforme relatado por Pinto Coelho³⁹⁷, sublinhou uma noção multidisciplinar de desenvolvimento ao defender que este, para se materializar, deverá ser pautado na superação da pobreza, com a satisfação das necessidades básicas de alimentação, saúde e habitação, bem como numa nova matriz energética que privilegie fontes renováveis com um processo de inovação tecnológica cujos benefícios sejam democraticamente compartilhados entre países ricos e pobres bem como entre pessoas ricas e pobres no âmbito interno destas sociedades.

A partir de tais pressupostos conceituais sobre sustentabilidade, Pinto Coelho propõe um tripé³⁹⁸ como complexo conceitual de desenvolvimento sustentável, somados fatores voltados ao desenvolvimento democrático (redução da desigualdade e fomento das relações entre ricos e pobres), desenvolvimento social (garantia de patamares mínimos e progressivos de qualidade de vida) e desenvolvimento ambiental (pautada na racionalização das relações do homem com os recursos naturais e ecossistemas). Estes fatores levaram a uma “nova ética do desenvolvimento”³⁹⁹ na qual os objetivos econômicos estariam subordinados ao funcionamento dos sistemas naturais e a critérios relacionados à dignidade da pessoa humana e da melhoria da qualidade de vida dos cidadãos⁴⁰⁰.

Atualmente, fala-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um superprincípio constitucional⁴⁰¹ (macroprincípio constitucional⁴⁰²) vez que seria o elemento

³⁹⁵ O Autor Saulo de Oliveira Pinto Coelho entende que, apesar da temática da sustentabilidade abranger aspecto multidisciplinar, ela notadamente deverá abranger, como princípio implícito da nossa atual ordem democrática, notadamente a ordem constitucional econômica e a ordem constitucional social. Cf.: COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 262.

³⁹⁶ Cf.: COELHO; MELLO, 2011, p. 12-3.

³⁹⁷ GUIMARÃES *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 13.

³⁹⁸ COELHO; MELLO, 2011, p. 13.

³⁹⁹ COELHO; MELLO, 2011, p. 13.

⁴⁰⁰ GUIMARÃES *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 14.

⁴⁰¹ ROCHA *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 17.

⁴⁰² O princípio da dignidade da pessoa humana, em sua matriz filosófica moderna, tem sido lido a partir da matriz filosófica de Immanuel Kant que defendia a fórmula de que o ser humano sempre terá si mesmo como

fundante da ordem constitucionalizada posta na base do sistema fazendo-se, como sistema de direitos fundamentais, fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pensando na sustentabilidade sob o tripé desenvolvimento social, desenvolvimento ambiental e desenvolvimento econômico, temos que esta relaciona-se com vários princípios constitucionais como a proteção ao meio ambiente, inclusão social, desenvolvimento econômico, preservação da memória cultural, gestão pública participativa dentre outros⁴⁰³. Assim todo esse conjunto de ações, expostos no texto constitucional, são norteados pelo princípio da sustentabilidade que se coloca em função do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁴⁰⁴.

2.5.2. O Município como ente federativo capaz de efetivar a ordenação sócio-ambiental dos espaços territoriais e dos recursos naturais

O constituinte de 1988 deu ao Município legitimidade para legislar sobre assuntos de interesse local e de efetivar planos diretores, leis de ordenação do solo, leis de posturas, leis ambientais, de regulação sanitária, de proteção cultural, bem como um amplo espectro de normas regulamentares, como forma de efetivação do cumprimento da função social da propriedade pública e privada, fazendo com que a ordenação das espacialidades esteja diretamente relacionada com a garantia de um meio ambiente saudável e, assim, com a garantia do bem-estar dos cidadãos. O Poder Público Municipal, nos moldes da nossa atual Constituição Federal, é um dos instrumentos traçados pelo constituinte originário como meio de efetivação dos direitos humanos, dentre eles, o direito humano ao desenvolvimento sustentável, direito fundamental de terceira geração, que possui natureza sistêmica e instrumental, pressupondo e se voltando, portanto, aos direitos fundamentais como um todo em sua efetivação em bloco.

fim, ou seja, nas relações do indivíduo com o Estado o ser humano não pode ser tomado como simples meio (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas deve ser tomado como fim em si mesmo sujeito. Através desta doutrina, a dignidade da pessoa humana resulta do fato de ser a pessoa, diferentemente das coisas, ser considerado e tratado como fim em si mesma e nunca como meio para se atingir determinado resultado e do fato de ser a pessoa capaz de ser guiada pelas leis que ela própria edita (vontade racional), ou seja, o homem com dignidade é insubstituível e não pode ser trocado por coisa alguma. Cf.: SARLET; FENSTERSIFER *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 15; COMPARATO *apud* COELHO; MELLO, 2011, p. 16; COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 282.

⁴⁰³ ALEXY *apud* COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 282.

⁴⁰⁴ COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 282.

Analisando a Constituição Federal de forma sistemática, podemos afirmar que o Município, através de diversos instrumentos regulatórios, dentre eles o plano diretor, as leis de posturas, as leis de uso e ocupação do solo e as leis de zoneamento econômico-ecológico, deverá fazer proteger o meio ambiente como componente essencial à garantia da qualidade de vida das gerações presentes e futuras de sua população, o que implica em conformar uma série de atividades sócio-econômicas aos padrões de sustentabilidade sócio-ambiental, para que estas cumpram sua função social e, assim, possam ser desenvolvidas sem ferir aos direitos da municipalidade à proteção do meio ambiente equilibrado e, assim, do direito à sadia qualidade de vida, da saúde e do bem-estar.

O conceito de meio ambiente originou-se no ambiente natural (ar, água, solo, fauna e flora) inicialmente desconsiderando a presença do homem e as modificações introduzidas por este, entretanto, contemporaneamente, esse conceito foi superado cientificamente e legalmente⁴⁰⁵. A Constituição Federal estabeleceu o conceito de meio ambiente vinculando-o à ordem econômica e financeira ao lado dos princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego dentre outros (art. 170 da CRFB/88).

A legislação infraconstitucional, no art. 3º da Lei 6.938/91 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), estabelece como conceito de 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*”. A mesma Lei, no art. 4º, estabelece os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, visando “*à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*”.

Por tais premissas legais, a noção de meio ambiente estaria diretamente relacionada com a noção econômico-financeira, fato que, no meio ambiente urbano, é ponto fundamental vez que a propriedade e a forma de utilização desta estão diretamente relacionadas com a qualidade de vida da população local⁴⁰⁶. Para que essa noção de meio ambiente seja enquadrada na atual sistemática constitucional compatível com a dignidade da pessoa humana e o ideário de sustentabilidade traçados no tópico supra, é necessário desenvolver um novo conceito de meio ambiente, considerando aspectos da sociedade e do

⁴⁰⁵ PRESTES, 2006, p. 22.

⁴⁰⁶ As normas ambientais devem ser voltadas a um a relação social e não a uma “assistência à natureza”. A finalidade do Direito Ambiental coincide com a finalidade do Direito Econômico vez que ambos propugnam pelo aumento do bem-estar e pela qualidade de vida individual ou coletiva. Cf.: DERANI *apud* PRESTES, 2006, p. 23.

Estado contemporâneo (conceito contemporâneo de meio ambiente), voltado para o planejamento, avaliação, indução e redução dos impactos visando o equilíbrio ambiental nas cidades e pressupondo a presença do homem em todos os aspectos do espaço construído que interagem e repercutem no ambiente⁴⁰⁷. As normas ambientais, no Estado Contemporâneo, estão voltadas para uma relação social e não, meramente, para “assistência à natureza”; o Direito Ambiental deve preocupar-se com o bem estar e qualidade de vida da população (considerada no indivíduo ou coletivamente) obedecendo a dignidade humana que tem no homem seu fim único. Este conceito de meio ambiente impõe uma nova visão da concepção de cidade, que deverá ser considerada como o espaço que abrange não apenas o meio urbano, mas, também o meio rural.

O termo “urbano”, do latim *urbs*, *urbis*, significa cidade e, por extensão, os habitantes desta, na nova concepção de meio ambiente, não podem ser considerados opostos (ou em contraste) os termos “urbano” e “rural” vez que qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis, ligado à natureza jurídica de território⁴⁰⁸. Todas as relações (sociais, econômicas, ambientais) estabelecidas na área do município irão influenciar, diretamente, a qualidade de vida da população da cidade (população local). A partir do momento que o conceito de meio ambiente engloba tanto o natural quanto o cultural, o meio urbano deixa de ser meramente a área urbana delimitada pelo Plano Diretor e passa a ser o meio urbano-ambiental, havendo uma clara relação entre os problemas urbanos e rurais (agrários) como sendo problemas ambientais.

Se considerarmos a concepção contemporânea de meio ambiente, podemos afirmar que a qualidade de vida da população local está diretamente relacionada ao meio ambiente no qual está inserida. O meio ambiente do município é formado por questões ambientais que são influenciadas por várias outras questões como, por exemplo, o índice de desenvolvimento humano (IDH) da população local, as condições sócio-econômicas desta população, o seu nível de escolaridade, a qualidade e oferta dos serviços de saúde, etc. Dentre as várias questões que influenciam meio ambiente da população local não podemos esquecer do meio rural e, assim, das atividades agrárias desenvolvidas no Município.

Quanto aos elementos que integram o conceito de meio ambiente urbano, Marés de Souza Filho⁴⁰⁹ defende que o meio ambiente é composto pela natureza e pelas modificações introduzidas pelo ser humano. Para este doutrinador, o meio ambiente é

⁴⁰⁷ PRESTES, 2006, p. 27.

⁴⁰⁸ FIORILLO, 2008, p. 289.

⁴⁰⁹ FILHO, 1997, p. 9.

composto pelo meio ambiente natural, integrado pelos elementos que existem independentemente da ação do homem, e pelo meio ambiente cultural, integrado pelos elementos que são fruto da intervenção humana. Eros Grau, no mesmo sentido de Marés, afirma que a concepção de meio ambiente passou por processo de evolução, sendo que, hoje, é algo muito além da ecologia, abrangendo não apenas o que é natural, mas, também, o que é artificial (atuação do ser humano), sintetizando sua concepção nos seguintes termos:

O meio ambiente natural, integrado pelo solo e pela água, pelo ar, pela fauna, pela flora, integra a noção de meio ambiente protegido constitucionalmente. Mas também integra o meio ambiente artificial ou humano, constituído pelas edificações e equipamentos produzidos pelo homem, os assentamentos urbanísticos, assim como pelos seus valores históricos e culturais⁴¹⁰.

O temário meio ambiente ainda nos leva a relacioná-lo com o princípio da função social da propriedade quando pensamos nos arts. 182 e 186 da Constituição Federal de 1988 que condiciona o cumprimento da função social da propriedade à preservação do meio ambiente. A evolução do direito que, antes, tinha no direito privado seu fim absoluto e, com a formação da sociedade contemporânea, preocupada com a qualidade de vida das presentes e futuras gerações (tema do qual decorre a discussão sobre meio ambiente), passou a vislumbrar a existência de direitos difusos e coletivos fez com que a dignidade da pessoa humana passasse a ser a orientação máxima do nosso ordenamento jurídico, sempre relacionados a outros princípios fundamentais como a qualidade de vida da população e a sustentação, inclusive econômica, das práticas sociais, culturais, produtivas e mercadológicas adotadas. O direito fundamental à boa qualidade de vida da população e a proteção ao meio ambiente (no seu conceito contemporâneo), relativizou o conceito de direito de propriedade fazendo com que este passasse a ser visto numa vertente neoliberal na qual a sua função social é seu núcleo. Para que a cidade cumpra sua função social é necessário que a ordenação do solo a ser regulamentada pelo Município siga às disposições expostas no seu Plano Diretor (art. 182 da CRFB/1988).

Além das disposições constitucionais que regulamenta a cooperação entre os entes federativos e que estabelece normas para o cumprimento da função social da propriedade, garantia da qualidade de vida da população e proteção ao meio ambiente como forma de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Lei Lei 6.938/91 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) prevê a descentralização das leis ambientais nos Municípios a

⁴¹⁰ GRAU, 1995, p. 68.

partir da “*correta premissa*”⁴¹¹ de que todos os problemas ambientais surgem localmente, ou seja, qualquer política ambiental terá maior probabilidade de resolver os problemas locais se considerar todos os entes federativos em especial os Municípios.

Fixando normas para estabelecer a cooperação entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei Complementar 140/2011, em seu art. 3º inciso IV, determinou que constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício de sua competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição Federal, “*garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais*”. Esta Lei Complementar ainda estabelece, nos arts. 6º e 9º, a garantia do desenvolvimento sustentável harmonizando e integrando todas as políticas governamentais cabendo aos Municípios exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições, formular, executar e fazer cumprir a Política Municipal do Meio Ambiente, elaborar Plano Diretor observando os zoneamentos ambientais, dentre várias outras ações administrativas de competência do Município previstas no art. 9º e incisos da Lei Complementar 140/2011.

Considerando que toda a legislação nacional deve ser lida a partir da Constituição Federal, o Município tem poder para legislar sobre um amplo espectro de temas, desde que não lhe esteja vedado pela Constituição, ou não vá de encontro com a legislação estadual ou federal no que elas dispuserem legitimamente como regra geral, sendo fundamental para a compreensão do que seja uma regra geral legítima para delimitar as possibilidades da legislação municipal, a composição dos princípios da prevalência do interesse, da subsidiariedade federativa e da prevalência da máxima proteção ao meio ambiente.

O Município, como ente federado dotado de autonomia tem um relevante papel no cumprimento do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e, assim, à cidade sócio-ambientalmente sustentável. Na nova perspectiva de cidade (considerando não apenas a área urbana, mas a rural e, inclusive, a agrária) podemos afirmar que o Município “*através de seu poder de polícia, exerce este controle com medidas prescritas, quando prevê determinadas situações, propondo medidas para orientá-los, evitando distorções que tragam prejuízos à coletividade*”⁴¹². O conceito contemporâneo de cidade é desenvolvido a partir da junção dos espaços urbano-rural (agrário) trazendo para o Município o poder-dever de ordenar o solo bem como as atividades a serem desenvolvidas em cada espaço.

⁴¹¹ Idem, p. 69.

⁴¹² COSTA, 2010, p. 238.

Devemos abandonar o pré-conceito de que desenvolvimento sustentável significa apenas a conservação dos nossos recursos naturais. Devemos pensar o desenvolvimento sustentável como um planejamento territorial, das áreas urbanas e rurais, um gerenciamento dos recursos naturais, um controle e estímulo às práticas culturais, à saúde, alimentação e, sobretudo a qualidade de vida, com distribuição justa de renda *per capita*⁴¹³. Isto permite uma tutela mais efetiva da sadia qualidade de vida, da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado cuidando das presentes e futuras gerações de forma sustentável. E, quando falamos em sadia qualidade de vida, não podemos esquecer que, no conceito contemporâneo de meio ambiente, a ordenação do espaço do solo no município, incluindo os espaços rural e agrário, são essenciais para a garantia de tal direito fundamental.

O poder público municipal é o poder mais próximo do cidadão. É o município quem conhece a necessidade da população local. Sua habilidade deve ser a de entender com precisão os contextos e as demais locais e adequá-las com coerência sistêmica ao projeto geral da complexa sociedade brasileira, que não está desenhado prevalentemente nas normas legais federais os estaduais, mas na principiologia constitucional.

2.6. Competência Municipal para Zoneamento Agroambiental: alcance do dever poder municipal de imposições administrativas para o zoneamento de atividades agroambientais

No período em que o mundo vivia o iluminismo e sua racionalidade, o legislador brasileiro atuou de forma fragmentária traçando normas que, no plano ético, se operava pelo utilitarismo e, no terreno formal, pelo reducionismo⁴¹⁴. Uma (re)orientação radical de rumo, aparece com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), dando início à uma fase holística de compreensão dos deveres-poderes de proteção ambiental, em que o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, como sistema ecológico integrado, incluindo dentro de si a questão da compatibilização com o desenvolvimento, com a qualidade de vida e com a dignidade humana como fundamento final da proteção ambiental⁴¹⁵.

⁴¹³ BONAVIDES, 2010, p. 569.

⁴¹⁴ BENJAMIN, 2003, p. 16.

⁴¹⁵ Idem, p. 17.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que a legislação brasileira ambiental mudou inteiramente. Este texto normativo, além de propagar direitos e garantias fundamentais ligados ao meio ambiente, dedicou todo um capítulo ao meio ambiente. Segundo Antônio Herman V. Benjamin⁴¹⁶ “*a norma básica, de caráter fundamental*”, relacionada ao meio ambiente, está posta no art. 225 *caput* da Constituição Federal⁴¹⁷.

Quando o texto constitucional afirma que “*todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*” questiona-se qual a abrangência da expressão “*todos*”. A norma constitucional deve ser interpretada numa visão holística de meio ambiente, ou seja, a “*todos*” os seres vivos. Tanto o Poder Público (Estado) quanto a coletividade (cada um dos seres humanos, individual e socialmente considerados⁴¹⁸) são destinatários dos deveres associados a esse direito. Além disso, dizer que devemos defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações é pensar numa forma de desenvolvimento sustentável da sociedade.

Constitucionalistas, como José Alfredo de Oliveira Baracho⁴¹⁹, defendem que o texto constitucional brasileiro é formado pelo denominado bloco de constitucionalidade, ou seja, podemos identificar direitos e deveres ambientais explícitos e implícitos. No caso do meio ambiente, podemos citar o art. 225 como norma explícita da Constituição Federal. Seriam implícitos direitos constitucionalizados que, embora não cuidando de maneira exclusiva ou direta do meio ambiente, acessoriamente ou por interpretação, terminam por assegurar valores ambientais, como por exemplo⁴²⁰ o direito à vida, à saúde, o direito de propriedade, o direito a informação, o direito ao exercício da ação civil pública e da ação popular, dentre outros.

Para o exercício desses direitos, a Constituição Federal traçou competências. Ao estabelecer a repartição de competências ambientais, o fez em todas as entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)⁴²¹. Neste ponto, interessante é o posicionamento de Antônio Herman V. Benjamin⁴²² quanto a classificação das competências constitucionais. Este doutrinador classifica as competências ambientais em duas espécies: as competências legislativas e as competências de implementação. Afirma que a Constituição

⁴¹⁶ BENJAMIN, 2003, p. 21.

⁴¹⁷ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à 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.”

⁴¹⁸ Idem, p. 22.

⁴¹⁹ BARACHO, 1996, p. 78-80.

⁴²⁰ BENJAMIN, 2003, p. 24

⁴²¹ MASCARENHAS, 2008, p. 99-107.

⁴²² BENJAMIN, 2003, p. 25-6.

não deixa dúvida ao dispor que podem legislar em matéria de proteção ao ambiente, a União, os Estados e o Distrito Federal tendo, estes entes, competência legislativa concorrente sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” (art. 24, VI CF) bem como sobre “responsabilidade por dano ao meio ambiente” (art. 24, VIII CF). O mesmo Autor continua afirmando que, constitucionalmente, os Municípios receberam autorização para “legislar sobre assuntos de interesse local” (art. 30, I CF) e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, II CF), ou seja, os Municípios detêm o poder de legislar em matéria ambiental, desde que se trate de matéria de caráter local ou para complementar as normas jurídicas promulgadas pela União e Estados.

A competência de implementação⁴²³ estaria no território do poder de polícia relacionado no que a Constituição denomina de competência comum. Assim, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem o poder-dever de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI CF) e “preservar as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, VII CF) sendo que “ao contrário do que se dá com a competência legislativa, os cidadãos, organizados ou não, dispõem igualmente de competência de implementação (via ação civil pública e ação popular, p. ex)”⁴²⁴.

Essa tentativa do constituinte de regulamentar competências ambientais para todos os entes federativos e inclusive para a população, Paulo de Bessa Antunes a denomina de superposição legislativa⁴²⁵. Para o Autor citado, o sistema federativo adotado no nosso País cria situações que não são juridicamente muito claras e que “faz com que se fixem padrões ambientais extremamente divergentes e que, além disso, não se tenha uma norma uniforme de conduta administrativa.”⁴²⁶. Vemos, porém, muitos méritos na lógica constitucional, que ao plurilateralizar a regulação das matérias ambientais, possibilitou maior eficácia de sua proteção. A confusão legislativa somente se dá quando se ignora o princípio da máxima proteção ambiental.

Vale dizer que independentemente das discussões e dos pontos de vista doutrinário, o meio ambiente está consagrado no texto constitucional como bem jurídico cujo acautelamento é objeto de inúmeros dispositivos constitucionais, por parte de todos os entes federativos. Além disso, a Constituição Federal de 1988 trata o meio ambiente sob o prisma do direito fundamental, oponível ao Estado (eficácia vertical), e às empresas e particulares em

⁴²³ Idem, p. 26

⁴²⁴ Id. p. 26.

⁴²⁵ ANTUNES, 2005, p. 73.

⁴²⁶ Idem, p. 73.

geral (eficácia horizontal) e impondo-lhe, assim como à coletividade, o dever de preservá-lo para as atuais e futuras gerações⁴²⁷ nos termos expostos no art. 225, *caput* da Constituição Federal de 1988.

Da mesma forma que ao meio ambiente, o constituinte originário também dedicou um capítulo à política urbana. No Título VII, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, Capítulo II, mas não restrito a tais dispositivos⁴²⁸, estão os fundamentos do Direito Urbanístico. A norma constitucional trata da política de desenvolvimento urbano, planos diretores, ordenação e parcelamento do solo urbano, imposições constitucionais urbanísticas, dentre outros. Nessa perspectiva, ampliando as normas da Política Nacional do Meio Ambiente, a Constituição Federal de 1988 introduz normas conciliatórias de desenvolvimento urbanístico com a defesa e preservação do patrimônio ambiental.

Nesta matéria urbanística, ganha relevância o papel do município na federação brasileira. Segundo as diretrizes fixadas pela Constituição Federal e também por leis infraconstitucionais federais, serão desenvolvidas diretamente pelo Município a promoção do adequado ordenamento territorial. Nos moldes do art. 182, *caput*, da Constituição Federal, o poder público municipal atuará em atividades de planejamento a serem desenvolvidas em conformidade com o Plano Diretor. O Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano⁴²⁹, obrigatório aos municípios com mais de 20 mil habitantes podendo ser conceituado, nos dizeres de Taís Emília de Sousa Viegas, citando José Afonso da Silva, nos seguintes termos:

É plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados [...], as atividades a serem executadas e quem deve executá-las. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município. O PD, como instrumento de atuação da função urbanística dos Municípios, constitui um plano geral e global que tem, portanto, por função sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando o bem estar da comunidade local.⁴³⁰

Sendo o Plano Diretor lei de caráter geral, há disposições que demandam normatização ulterior, mediante leis ou pelo exercício do Poder Normativo do Município. Tal ocorre quanto às normas de zoneamento, objeto de normatização específica⁴³¹. O Município é composto de diversas atividades que demandam a ordenação do território sendo que “*a distribuição das múltiplas atividades urbanísticas da cidade será feita segundo a técnica do*

⁴²⁷ VIEGAS, 2004, p. 304.

⁴²⁸ Idem, p. 305.

⁴²⁹ SILVA *apud* VIEGAS, 2004, p. 306.

⁴³⁰ Idem, p. 307.

⁴³¹ VIEGAS, 2004, p. 308.

zoneamento, estabelecida pela legislação municipal”⁴³². Vale ressaltar que os arts. 182 e 183 da Constituição Federal que tratam da política de desenvolvimento urbano, demandavam intervenção do legislador ordinário para devida regulamentação. Foi com este objetivo que foi criada a Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Esta lei, no art. 4º, inciso II alínea *c*, estabelece que faz parte do planejamento municipal o zoneamento ambiental.

O denominado “zoneamento” tem origem nas sociedades industrializadas e urbanizadas e na necessidade do estabelecimento de áreas com padrões de ocupação bem definidos⁴³³ podendo ser definido como sendo a “*divisão de um território – municipal – a partir de determinados critérios*”⁴³⁴. Nesse sentido, Paulo Antunes de Bessa assim conceitua zoneamento:

O Zoneamento se funda em uma intervenção estatal sobre a ocupação do solo e das formas de sua utilização, visando diminuir ou manter “sob controle” os efeitos negativos que, inevitavelmente, são gerados pelo processo de crescimento industrial e urbano. Deve ser ressaltado, contudo, que em nosso País, infelizmente, ainda estamos muito distantes de podermos afirmar que os trabalhadores habitam em residências com condições mínimas de saúde, higiene e segurança. A simples verificação das condições de salubridade e saneamento das favelas, invasões e bairros populares fala por si só⁴³⁵.

Após a Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro ultrapassou o conceito puramente urbanístico de zoneamento⁴³⁶ podendo-se afirmar que, atualmente, o Direito brasileiro admite o zoneamento urbano (zoneamento dos municípios de acordo com o plano diretor), zoneamento agrícola, zoneamento ambiental (econômico-ecológico) e o zoneamento costeiro (zoneamento econômico-ecológico aplicado à zona costeira)⁴³⁷. Dentre as espécies de zoneamento, o zoneamento ambiental ganha relevância. Atualmente, conforme citado no tópico supra, a concepção de meio ambiente vai além do mero ambiente natural e engloba todo o meio no qual o homem se relaciona.

Ao inserir o Zoneamento Ambiental como instrumento de efetivação da Política Nacional do Meio Ambiente, o legislador assim fez não preocupado apenas com o

⁴³² Idem, p. 308.

⁴³³ ANTUNES, 2005, p. 155.

⁴³⁴ GRAU *apud* ANTUNES, 2005, p. 156.

⁴³⁵ “O zoneamento é uma forte intervenção estatal no domínio econômico, organizando a relação espaço-produção, alocando recursos, interditando áreas, destinando outras para estas e não para aquelas atividades, incentivando e reprimindo condutas etc. O Zoneamento é, de certa forma, o reconhecimento da evidente conflituosidade da ocupação do espaço territorial. Ele busca estabelecer um modo de convivência aceitável entre os diferentes usuários de um mesmo espaço.” *Cf.*: ANTUNES, 2005, p. 159

⁴³⁶ ANTUNES, 2005, p. 158.

⁴³⁷ Idem, p. 158.

planejamento ambiental, mas, também, preocupado em estabelecer parâmetros para o ordenamento dos espaços com o propósito de conjugar as disponibilidades de recursos e exigências do mundo natural com as necessidades de desenvolvimento da população⁴³⁸, constituindo instrumento de ampliação da relação urbano-ambiental e da relação agrícola-ambiental podendo-se, inclusive, afirmar que o Zoneamento Urbano e o Zoneamento Agrícola são facetas do Zoneamento Ambiental.

Fazendo uma análise da Constituição Federal verificamos que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção ao meio ambiente e o combate da poluição em qualquer de suas formas além da preservação das florestas, da fauna e da flora (art. 23, VI e VII CF). Além disso, é competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, I e II CF) e aprovar o Plano Diretor como política de desenvolvimento urbano com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem estar de seus habitantes (art. 182 CF).

A legislação infraconstitucional, além de afirmar ser o zoneamento ambiental instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (inciso II, art. 9º, da Lei 6.938/81), na Lei 8.171/1991, que trata da Política Agrícola, afirma em seu art. 19, inciso III que é atribuição do Poder Público “*realizar Zoneamentos agroecológicos que permitam estabelecer critérios para o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas, bem como para a instalação de nova hidrelétricas*”. Além disso, o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) estabelece o zoneamento ambiental faz parte do planejamento municipal.

A Lei da Política Nacional Agrícola (Lei n. 8171/91) reconhece, em seu art. 19, que a compatibilização da política agrícola com a proteção ambiental se fará pelo Poder Público, em cooperação entre União, Estados e Municípios, inclusive mediante realização de zoneamento agroecológico (art. 19, inc. II da Lei 8.171/91). Tal zoneamento deve ser entendido em consonância com o artigo 3º, inc. VI da mesma Lei, que estabelece que caberá aos Municípios, notadamente por meio de leis específicas, adequar os diversos instrumentos da política agrícola, dentre elas o zoneamento agroecológico, às suas respectivas necessidades e realidades.

Os Municípios são os entes da federação aos quais estão reservadas as mais importantes tarefas em matéria de zoneamento. Os Municípios organizarão seus planos

⁴³⁸ MILARÉ, 2009, p. 361.

diretores como instrumentos da política de desenvolvimento e expansão urbana e, posteriormente, através deste, planejaram o seu desenvolvimento e fixaram critérios jurídico-urbanísticos definidos para a ideal ocupação do solo e do território, sendo essencial sua atividade (política e legislativa) também no setor agroambiental. É através dos Planos Diretores que os Municípios irão fixar as regiões voltadas para a atividade agrícola (agrária) delimitando a utilização do solo de todo o município⁴³⁹.

Nestes termos, podemos afirmar que compete ao Município a regularização de aspectos das atividades agrícolas com repercussão ambiental através do Plano Diretor e, de forma específica, através de lei de Zoneamento dos espaços urbano e rural do município, que pode ser estruturada em conserto com as leis estatuais, federais e pelo exercício do poder normativo do Município através da execução de serviços públicos e de políticas públicas, sobre o assunto, que podem ser editadas, sempre voltado para o cumprimento do direito à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida da população municipal.

⁴³⁹ Idem, p. 159.

III. O Município e a função social da propriedade: interdisciplinariedade da função social da propriedade e a função social da propriedade agrária

3.1. Direito Agrário: evolução e denominação

As origens do Direito Agrário remontam dos primórdios da civilização⁴⁴⁰, surgindo quando o homem, ainda nômade e por impulso (sem nenhuma organização similar a sociedade), retirava da terra⁴⁴¹ seus alimentos. A agricultura fez da terra um espaço privado fazendo com que as sociedades agrícolas sedimentares dessem cada vez mais importância aos produtos da terra, criando um forte elo entre os frutos da terra e o homem que os produziu⁴⁴². Estes elos fizeram com que as normas regulamentadoras da relação homem-terra fossem evoluindo no decorrer da história até atingirem tamanho grau de tipicidade que justificasse a criação de um ramo autônomo do Direito denominado Direito Agrário.

Os agraristas não chegam num ponto comum quanto a origem do Direito Agrário. Alguns defendem que o homem, ao se organizar em tribos, passou a criar normas reguladoras das relações sociais estabelecidas tendo por objeto o “agro” iniciando o ordenamento jurídico agrário que hoje tem o Direito Agrário como ramo autônomo do Direito⁴⁴³. Outros afirmam que foi no Decálogo e Moisés que iniciou o ordenamento jurídico que regeria a relação do homem com a terra⁴⁴⁴. Ainda há aqueles que afirmam ser o início do Direito Agrário o Código de Hamurabi, sendo este o “Código Agrário da Humanidade”⁴⁴⁵.

O Código de Hamurabi, datado do século XVII a.C, foi organizado em 280 parágrafos dos quais 65 eram sobre temas eminentemente agraristas podendo ser apontados os Capítulos XII, XIV, XVI e XVII que tratavam, respectivamente, da locação e cultivo dos fundos rústicos, que se referia à tipificação delituosa da morte humana pela chifrada de um

⁴⁴⁰ *In.*: MARQUES, 2009, p. 1-3; HIRONAKA, 1997, p. 21-2.

⁴⁴¹ Ao se referirem sobre as origens do Direito Agrário, observa-se que os autores não fazem referência, de início, a atividade agrária e sua conceituação, mas a simples relação homem-terra, motivo pelo qual este ideário é que será considerado neste tópico. Vale esclarecer que o conceito de “agrário” será mais bem aprofundado em tópico posterior deste Capítulo Terceiro.

⁴⁴² FILHO, 2003, p. 12.

⁴⁴³ MARQUES, 2009, p. 1.

⁴⁴⁴ ALVARENGA, 1992, 20-1.

⁴⁴⁵ MIRANDA *apud* MARQUES, 2009, p. 1.

boi, que regia a situação dos agricultores, que tratava dos pastores⁴⁴⁶. Também a Lei das XII Tábuas, datada do ano 450 a.C, é citada por sua contribuição à formação do atual Direito Agrário. Esta norma tratou sobre a possibilidade de indenização quando do corte de árvores sem razão, já falava sobre o direito a usucapião do posseiro traçando categorias de bens e citando o “agrário” e o “indígena” como categorias especiais de bens, além de tratar da Política Agrícola.⁴⁴⁷

O mais importante é que todas as relações homem-terra e estes remotos ordenamentos são significativos para a compreensão da origem do Direito Agrário e independentemente da norma de origem o Direito Agrário terá seu alicerce científico na “*eterna questão da terra, nas lutas pela sua utilização e nos resultados de um processo agrobiológico*”⁴⁴⁸. A formação das sociedades agrícolas sedimentares foi o início da transformação da terra em propriedade privada, sendo que, cada vez mais, o homem passou a dar importância aos produtos desta. A terra e seus frutos passaram a ter donos⁴⁴⁹. Este ideário da “propriedade da terra” foi amplamente desenvolvido no decorrer da história tendo seu ápice durante o século XIX, cujo assento principal do Direito era a forma absoluta de propriedade privada. Neste período o individualismo clássico, foi arraigado no Código Civil Francês e sobrelevado ao mundo, inclusive, ao Brasil. Até a Primeira Guerra Mundial e, no Brasil, até 1964, o direito era caracterizado por um tônus subjetivo no qual se destacava o direito de propriedade caracterizado por uma garantia inabalável de seu titular, se firmando em função do proprietário da terra⁴⁵⁰.

Durante este período, o Direito Agrário passou por uma latência sendo revigorado no século XX com a necessidade de preservação do meio ambiente e a criação do princípio da função social da propriedade⁴⁵¹. O ideário de justiça social, iniciado no período pós guerra, impôs uma necessidade da sociedade de revisões conceituais que vem sendo realizadas deste então e de forma efetiva no direito contemporâneo. A teoria do direito criada sob conceitos clássicos e inabaláveis deu lugar a um direito dinâmico passível de relativização e flexibilização em pró da dignidade da pessoa humana. Isso também foi imposto ao conceito de propriedade que, para suprir a necessidade da sociedade, que não tolerava mais injustiças e

⁴⁴⁶ MARQUES, 2009, p. 1-2.

⁴⁴⁷ MARQUES, 2009, p. 2-3.

⁴⁴⁸ ALVARENGA, 1992, p. 19.

⁴⁴⁹ MARÉS, 2003, P. 14.

⁴⁵⁰ Idem., p. 21.

⁴⁵¹ HIRONAKA, 1997, p. 21.

imposições de poder, deixou de ter como núcleo o seu proprietário e passou a ser tratado para além da figura deste, sendo considerado o caráter econômico-social.⁴⁵²

A discussão sobre o caráter econômico-social da propriedade deu origem à tão falada (e discutida) função social da propriedade, que influenciou todo o moderno conteúdo conceitual de propriedade⁴⁵³ delineando o Direito Agrário sob o aspecto da utilização adequada da terra. Esta teoria da função social da propriedade teve seu ponto alto refletido nas idéias do professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da França, Léon Duguit, as quais foram colocadas em conferências realizadas na Faculdade de Direito de Buenos Aires influenciando toda a América Latina. Para este professor a propriedade era uma função social protegida pelo Direito e não um Direito; era uma realidade econômica e não uma realidade jurídica. A partir deste ideário, a propriedade teria que ser dinâmica sendo que sua inércia e mau uso prejudicariam toda a coletividade podendo, assim, o Estado intervir obrigando o proprietário a dar-lhe a destinação que lhe é inerente o que implica em mais deveres que direitos.⁴⁵⁴ Estas idéias influenciam todo o pensamento contemporâneo, inclusive, o Direito Agrário.

A partir de 1964 todas as Constituições brasileiras, a exemplo de outras Constituições européias e latino-americanas, passaram a conter dispositivos relacionando o uso da terra ao “bem-estar social”⁴⁵⁵. Nessa tendência era delimitada a matéria do Direito Agrário fulcrado no princípio da função social da propriedade. O Brasil era um país que tinha no texto constitucional expressa a função social da propriedade, mas esta não era a realidade da legislação infraconstitucional o que gerava uma dissociação entre a realidade e o direito, exigindo a criação de um novo ramo do Direito capaz de discutir tais questões. Assim, em 1964 a Emenda Constitucional n. 10 consolidou a autonomia do Direito Agrário como novo ramo do Direito incluído dentre as disciplinas a serem ministradas na carreira jurídica.

Antes da criação da Emenda Constitucional 10/1964, que adotou o termo “Direito Agrário”, existia muita discussão sobre a denominação ideal a ser aplicado a este ramo do Direito o qual iria estudar, não apenas (agora) a relação do homem com a terra, mas esta

⁴⁵² Atualmente é assim que se apresenta o direito de propriedade regulamentado no Código Civil brasileiro a partir do art. 524. Cf.: HIRONAKA, 1997, p. 21.

⁴⁵³ Vale dizer que o atual conceito de propriedade tratado por sua função social já era proclamado por Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. Aristóteles, filósofo grego, entendia que o homem tinha direito a possuir bens e deles retirar sua própria manutenção condicionado a satisfazer os outros. Santo Tomás de Aquino contribuiu para a formação da doutrina social da igreja católica, disseminando o sentido de bem comum como aquele no qual o homem tinha o direito natural de adquirir bens materiais mas poderia se abstrair do dever do “bem comum”. Cf.: MARQUES, 2009, p. 35-7; HIRONAKA, 1997, p. 22.

⁴⁵⁴ HIRONAKA, 1997, p. 22-3.

⁴⁵⁵ Idem., p. 23.

relação sob o aspecto da função social da propriedade. Dentre os agraristas, discute-se qual a melhor denominação poderia ser aplicada a este novo ramo do Direito, se Direito Agrário ou, por exemplo, Direito Rural, Direito da Reforma Agrária, Direito da Agricultura, ou, até mesmo, Direito Agrícola⁴⁵⁶. Entretanto, após a Emenda Constitucional 10/1964, que denominou de forma expressa, o novo ramo do Direito como Direito Agrário, “*Direito Agrário é*”⁴⁵⁷.

Apesar de não haver mais discussão sobre a denominação a ser aplicada ao “novo” ramo do Direito que tem como objeto a relação homem-terra e, recentemente, a função social da propriedade e à atividade agrária, ainda há muita discussão, entre os agraristas, quanto a diferença conceitual dos termos “rural” e “agrário”. Tal discussão é muito disseminada principalmente pelo impasse existente entre tais termos na legislação brasileira, que não se define pelo critério da localidade (topográfico) ou pelo critério da destinação. Pelo critério da localidade, seria rural todo imóvel localizado fora da zona urbana do Município assim como definido em lei municipal⁴⁵⁸. Pelo critério da destinação, se o imóvel é destinado à simples moradia, ao comércio ou à indústria, é urbano; se destinado à agricultura ou pecuária, é rural⁴⁵⁹.

Esta discussão é evidenciada na própria legislação brasileira que, sob a mesma designação de “imóvel rural”, confunde o imóvel localizado na zona rural com aquele destinado à “atividade agrária”. O exemplo clássico desta problemática são as previsões do Imposto Territorial Rural nas quais há previsões relativas à ruralidade dos imóveis e relativas à sua característica agrária. O fato gerador do Imposto Territorial Rural é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado fora da zona urbana do Município (zona rural) definida por leis municipais (art. 29 do Código Tributário Nacional), entretanto, a progressividade deste mesmo tributo é voltada ao imóvel potencialmente destinado à atividade agrária (inciso I, § 4º do art. 153 da Constituição Federal).⁴⁶⁰

Citando o Professor Benedito Ferreira Marques, podemos afirmar que os termos “rural” e “agrário” não possuem o mesmo significado vez que o rural seria o terreno distante da *urbs* pouco importando sua destinação enquanto que o agrário seria o terreno destinado a produção (exploração) de atividades. O professor defende tal posicionamento nos seguintes termos:

⁴⁵⁶ MARQUES, 2009, p. 3.

⁴⁵⁷ BORGES, 1983, p. 20.

⁴⁵⁸ REZEK, 2008, p. 39.

⁴⁵⁹ BORGES, 1983, p. 39-40.

⁴⁶⁰ REZEK, 2008, p. 36-43.

“Explica-se que a preferência pela denominação “Direito Agrário” está no substantivo *ager*, *agri*, de que decorre o *agrarius*, significando campo. O Direito Rural, proveniente do substantivo, *rus*, *ruris*, de que decorreu o *ruralis*, também quer significar campo. Mas esses termos não tem, a rigor, o mesmo sentido. O rural é concebido como terreno que se situa distante da *urbis*, pouco importando a sua destinação. Já o agrário é considerado o campo suscetível de produção ou destinado à exploração. O rural tem a conotação estática, enquanto o agrário tem caráter dinâmico.”⁴⁶¹

Independentemente da forma que o legislador optou para utilização dos termos “rural” ou “agrário”, entendemos que a discussão sobre a aplicação do critério da localidade ou da destinação é inócua vez que sendo o ramo do direito denominado Direito Agrário, relevante é estudar o seu conteúdo explorando o conceito de atividades agrárias. O termo “rural” não exclui o termo “agrário”. Apesar de distintos, não devem ser considerados excludentes, pelo contrário, devem andar juntos (paralelamente) devendo ser aplicados de acordo com cada ramo do direito. Assim, o termo “agrário” estaria relacionado às atividades agrárias desenvolvidas pelo Direito Agrário, enquanto que o termo “rural” estaria vinculado à concepção de “imóvel urbano” e “rural” desenvolvida pelo Direito Civil, Tributário e Administrativo.

Tal entendimento não significa que ignoramos a diferença entre os termos “rural” e “agrário”, pelo contrário, entendemos que, no caso do Direito Agrário, tanto o “rural” quanto “agrário” são passíveis de utilização. Entretanto, o “rural” somente será aceito no Direito Agrário para instrumentalizar o “agrário” (a atividade agrária). Assim, podemos afirmar que o imóvel agrário é aquele destinado efetiva ou potencialmente à atividade agrária, enquanto que o imóvel rural, seria aquele oposto ao “urbano”, localizado na zona rural do município definida por legislação local⁴⁶².

O Direito Agrário visto a partir do novo conceito de propriedade efetivado pela modernidade não possui um conceito absoluto em todo o mundo, mas deve ser visto a partir de diversos prismas sob os quais a matéria é focada. Assim, podemos citar pelo menos três momentos da evolução do Direito Agrário e delimitação de seu conteúdo. Num primeiro momento o Direito Agrário foi visto como, tão apenas, um ramo do Direito regulador das relações jurídicas relacionadas com a agricultura. Este posicionamento foi vergastado pela doutrina por ser frágil e carente de especificidade vez que nem todas as normas que interessam a agricultura interessam ao Direito Agrário⁴⁶³.

⁴⁶¹ MARQUES, 2009, p. 3.

⁴⁶² Cf.: REZEK, 2008, p. 45.

⁴⁶³ HIRONAKA, 1997, p. 24.

Num segundo momento, os doutrinadores passaram a ver o Direito Agrário a partir da atividade agrária, tendo nesta seu principal elemento podendo-se afirmar que, a partir da posição defendida por Fernando Pereira Sodero⁴⁶⁴, o Direito Agrário passou a ser visto como um ramo do direito público e do direito privado disciplinador do uso da terra bem como das atividades agrárias e relações delas emergentes com base na função social da propriedade. Este entendimento está de acordo com a definição de atividade agrária feita por Carrara, conforme restará melhor demonstrado. Num terceiro momento, a doutrina, que teve como seu maior defensor Ballarín Marcial⁴⁶⁵, passou a entender que a empresa agrária sim era o núcleo do Direito Agrário e não a Atividade Agrária. Entretanto, várias críticas são traçadas a este entendimento.

No Brasil, a crítica defendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁴⁶⁶, quanto ao núcleo do Direito Agrário ser o estabelecimento agrário, é feita com fundamento no fato de que a teoria de Ballarín Marcial foi desenvolvida na Espanha e logo disseminada por todo o continente Europeu. Entretanto, não podemos considerar a mesma tese nos países da América Latina, dentre eles o Brasil. Ao contrário do continente Europeu, que já realizou sua reforma agrária e não sofre com problemas relacionados a miséria no campo, nos países da América Latina há grandes problemas relacionados a existência de latifúndios e minifúndios, além de existir zonas com escassa população e outras densamente povoadas sempre voltando o foco à reforma agrária (ainda não realizada). Assim, não poderíamos, por exemplo, no Brasil, considerar a empresa agrária como núcleo do Direito Agrário vez que na nossa realidade apenas 2% (dois por cento) dos quase 5 milhões de imóveis rurais estão classificados como empresa agrária.

3.2. O que é Direito Agrário e sua zona de fronteira

A partir das premissas traçadas no tópico supra, podemos afirmar que, considerando o grau de evolução do Direito Agrário, os países da América Latina, dentre eles o Brasil, ainda estão no segundo grau de evolução quanto ao objeto deste ramo do direito, ou seja, no Brasil, temos a atividade agrária como núcleo do Direito Agrário e não o

⁴⁶⁴ SODERO *apud* HIRONAKA, 1997, p. 25.

⁴⁶⁵ HIRONAKA, 1997, p. 26.

⁴⁶⁶ Id, p. 23-7.

estabelecimento agrário. Nesse sentido são traçados conceitos do Direito Agrário dentre os doutrinadores agraristas brasileiros⁴⁶⁷, senão vejamos⁴⁶⁸:

“Direito Agrário é, pois, o ramo do Direito Privado que disciplina as relações jurídicas privadas que se constituem e se desenvolvem em função e para os fins da atividade agrícola ou pastoril”⁴⁶⁹;

“Direito Agrário é o conjunto de princípios e de normas, de Direito Público e de Direito Privado, que visa a disciplinar as relações emergentes da atividade rural, com base na função social da terra”⁴⁷⁰;

“Direito Agrário é o conjunto de princípios e normas que, visando a imprimir função social à terra, regulam relações afeitas à sua pertença e uso e disciplinam a prática das atividades agrárias”⁴⁷¹;

“Direito agrário é o ramo da ciência jurídica, composto de normas imperativas e supletivas, que rege as relações emergentes da atividade do homem sobre a terra, observados os princípios de produtividade e justiça social”⁴⁷²;

“(…) conjunto de princípios e de normas que disciplinam a atividade agrária, as empresas agrárias, a estrutura agrária e a política agrária”⁴⁷³;

“Direito Agrário é um conjunto sistemático de normas jurídicas que visam disciplinar as relações do homem com a terra, tendo em vista o progresso social e econômico do rústico e o enriquecimento da comunidade”⁴⁷⁴;

A partir dos conceitos citados, podemos afirmar que os doutrinadores agraristas possuem formas diversas de analisar o Direito Agrário, às vezes partindo da atividade agrária, às vezes partindo de princípios e da relação homem-terra. Mas, independentemente da forma de análise, todos os conceitos envolvem a atividade agrária (ainda que timidamente) estando esta, por vezes, ligada ao preceito de “rural”. Para os agraristas brasileiros, a atividade agrária está delimitada (é executada), num certo período de tempo que se inicia no momento em que o homem prepara a terra até o momento que colhe o produto final, existindo, durante todo este lapso temporal um ciclo agrobiológico⁴⁷⁵. A “agrariidade” seria a nota qualificativa se certa atividade poderá ser definida como agrária ou não, vez que ao agrarista não importa a presença isolada de terra fértil, de vegetais ou animais, mas estes bens deverão ser levados em consideração na medida em que se relacionam com a atividade agrária⁴⁷⁶.

⁴⁶⁷ Para a conclusão deste curso de Pós Graduação stricto sensu em Direito Agrário, será desenvolvido um conceito próprio de Direito Agrário.

⁴⁶⁸ Esclarecemos que, apesar de tratar de uma dissertação de mestrado, não temos o objetivo de esgotar o tema quanto a citação da totalidade dos autores que conceituam o Direito Agrário pela tônica da atividade agrária.

⁴⁶⁹ REALE, 1999, p. 370.

⁴⁷⁰ SODERO *apud* MARQUES, 2009, p. 5.

⁴⁷¹ LARANJEIRA, 1981, p. 60.

⁴⁷² ALVARENGA, 1992, p. 7.

⁴⁷³ LIMA, 1994, 11.

⁴⁷⁴ BORGES, 1983, p. 24.

⁴⁷⁵ Cf.: HIRONAKA, 1997, p. 32.3.

⁴⁷⁶ REZEK, 2008, p. 30-1.

Conforme restará demonstrado, o desenvolvimento do conceito de atividade agrária sempre está voltado para os elementos homem, meio ambiente e processo agrobiológico, ou seja, o núcleo da atividade agrária é o trabalho do homem sobre a terra auxiliado pela participação da natureza. Com o fim de discutir a questão agrária e o conceito de atividade agrária, foram criados critérios para a caracterização da atividade agrária, quais sejam: Critério de Carrera ou Teoria Agrobiológica; Critério de Carozza ou Teoria da Agrariedade e o Critério de Vivanco ou Teoria da Acessoriedade.

A Teoria Agrobiológica foi desenvolvida por Carrera após estudos do engenheiro Andrés Ringuet e do economista Gilberto Fabila, defendendo que natureza e vida ou, no campo jurídico do direito agrário, terra e processo agrobiológico são os fatores que constituem a atividade agrária e a diferencia das demais atividades. Com o fim de colocar em funcionamento o processo agrobiológico, surge o trabalho humano, simplificando, a famosa teoria de Carrera, na equação: vida + meio + trabalho do homem = agricultura.⁴⁷⁷

A Teoria da Agrariedade foi desenvolvida por Carozza no Direito italiano. Considerando que uma teoria “agrária” somente poderia assim ser considerada se relacionada com a terra, Carozza deparou-se com a necessidade de se estabelecer um novo critério para a identificação da atividade agrária⁴⁷⁸. Para Carozza, este critério deveria ser desenvolvido com tamanha independência que repudiou a idéia de se isolar um ato agrário oposto de qualquer outro ato de comércio ou outro de natureza diversa. Carozza encontrou a solução numa noção extrajurídica do fenômeno agrário, mas intimamente ligada ao conteúdo típico da atividade agrária, associando o processo biológico à sujeição deste mesmo ciclo às intempéries da natureza⁴⁷⁹. Assim, por este critério extrajurídico, todos os atos agrários, quais sejam os de cultivo, os de criação, a presença do ciclo agrobiológico, estariam sujeitos a um risco natural não controlável pelo produtor⁴⁸⁰.

A Teoria da Acessoriedade foi desenvolvida por Vivanco, agrarista argentino que, observando as relações do homem com a terra e dos próprios homens, conseguiu desenvolver uma teoria voltada para análise das relações econômicas e das relações de índole social. Por estes aspectos de ordem econômico-social é que a atividade agrária tornar-se-ia distinta de qualquer das demais atividades humanas, sejam elas comerciais ou industriais⁴⁸¹. Interessante ressaltar que a Teoria da Acessoriedade é a única que admite a atividade extrativa inertes à

⁴⁷⁷ Cf.: HIRONAKA, 1997, p. 33-5.

⁴⁷⁸ Tal pensamento foi desenvolvido com fulcro na evolução do Direito Agrário na Europa que, atualmente, considera o estabelecimento agrário e não a atividade agrária como seu núcleo.

⁴⁷⁹ HIRONAKA, 1997, p. 35-6.

⁴⁸⁰ REZEK, 1997, p. 30.

⁴⁸¹ HIRONAKA, 1997, p. 37.

matéria orgânica ou inorgânica como atividade agrária vez que consistentes com a participação do homem no processo da produção natural⁴⁸². Entretanto, conforme restará exposto infra, ainda que considerada uma teoria razoável e prática, apresenta pontos falhos, não podendo ser considerada ideal para a caracterização das atividades agrárias.

Com o fim de diferenciar as atividades agrárias das demais atividades (comercial e industrial), Vivanco desenvolve critérios que consideram o *modus vivendi* do homem do campo diverso do homem da cidade. Sinteticamente, são eles: o critério da necessidade, o critério da prevalência, o critério da autonomia, o critério da normalidade, o critério da ruralidade e o critério da acessoriedade. O critério da necessidade integra o conceito de atividade agrária envolvendo todos os aspectos relacionados ao solo e à cria de animais. O critério da prevalência está centrado no fato de que caso a transformação e a venda assumam um caráter prevalecente em relação à atividade de cultivo e produção, estarão contidas dentre atividades comerciais e industriais e não atividades agrárias. O critério da autonomia considera atividades comerciais e industriais aquelas nas quais os atos de venda ou transformação são desenvolvidas de maneira absolutamente autônoma quanto aos atos que integram a produção rural. O critério da normalidade identifica como agrários os atos normais à lide agrícola. O critério da ruralidade considera o local do imóvel sendo atividade agrária aquela executada no trabalho com a terra. O critério da acessoriedade, por fim, se sustenta na seguinte hipótese: em todos os casos nos quais a atividade de transformação e venda é complementar à atividade agrária, e a terra não assume o papel de meio para se chegar à finalidade principal consistente na transformação e venda destes produtos, são estas verdadeiras atividades agrárias.⁴⁸³

Após traçar tais premissas, Vivanco, em síntese, afirma que são atividades agrárias:

“As próprias:

- 1) Atividades produtivas;
- 2) Atividades de conservação;
- 3) Atividades de preservação.

As acessórias:

- 1) Atividade extrativa;
- 2) Atividade de captura (caça e pesca).

As conexas:

- 1) Atividades de manufatura (indústria ou beneficiamento);
- 2) Atividades de transportes;
- 3) Atividade lucrativa, sempre que se realiza pelo produtor como forma complementar à sua atividade produtiva agrária;

⁴⁸² LIMA, 1994, p. 16.

⁴⁸³ HIRONAKA, 1997, p. 37-40.

4) Atividade de processamento.”⁴⁸⁴

Entendemos que os agraristas brasileiros precisam criar sua própria teoria para caracterização das atividades agrárias⁴⁸⁵ vez que as teorias agrobiológica e da agrariedade, por terem sido desenvolvidas por agraristas europeus, não se enquadram na realidade das atividades agrárias nacionais por não admitirem a atividade extrativista como atividade agrária. Entretanto, também não entendemos que a teoria da acessoriedade seja suficiente vez que, além de adotar critérios extremamente genéricos para a classificação da atividade agrária, ao discorrer sobre a classificação das atividades denominadas “conexas”, permite um vasto alargamento da natureza jurídica da atividade agrária admitindo, inclusive, atividades que são consideradas atividades de meio (e não de fim) na relação homem, meio ambiente e processo agrobiológico, como, por exemplo, a atividade transportadora.

O extrativismo, tido como as atividades desenvolvidas pelo trabalhador rural consistente na simples atividade de coleta, extração ou captura de produtos do reino animal e/ou vegetal, de forma espontânea, em cujo ciclo biológico não houve a intervenção humana⁴⁸⁶, não podem ser excluídas do rol de atividades agrárias se consideramos a realidade brasileira. Concordamos que, ao pensar na relação homem-terra existente no continente europeu, a atividade extrativa não poderia ser considerada atividade agrária vez que inexistente naquele continente, que desenvolve a atividade agrária sob o conceito de empresa agrária, sempre relacionando o trabalho do homem como essencial para o resultado do processo agrobiológico. No Brasil, o extrativismo ganha tamanha importância que a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), regulamenta unidade de conservação denominada Reserva Extrativista⁴⁸⁷ criada com o fim de solucionar a questão das atividades seringueiras na Amazônia (art. 18 da Lei n. 9.985/2000).

No Brasil, apesar de ainda não existir teorias consolidadas sobre a caracterização da atividade agrária, podemos citar os doutrinadores Raymundo Laranjeira e Emílio Alberto Maya Gischow como doutrinadores que desenvolveram classificações das atividades agrárias adaptadas à realidade nacional. O primeiro classifica as atividades agrárias da seguinte forma: 1) explorações rurais típicas (que compreendem a lavoura, a pecuária, o extrativismo vegetal e animal e a hortigranjearia); 2) exploração rural atípica (que compreende a agroindústria); e

⁴⁸⁴ VIVANCO *apud* LIMA, 1997, p. 16.

⁴⁸⁵ Cf.: HIRONAKA, 1997, p. 44-5.

⁴⁸⁶ HIRONAKA, 1997, p. 48.

⁴⁸⁷ De acordo com o art. 18 da Lei 9.985/2000, a Reserva Extrativista “é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura, dessas populações e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade”.

3) atividade complementar da exploração rural (que compreende o transporte e a comercialização dos produtos).⁴⁸⁸ Já o segundo, criou três aspectos fundamentais da atividade agrária, quais sejam: 1) atividade imediata (tem por objeto a terra, considerada em sentido lato, abrangendo a atuação humana em relação a todos os recursos da natureza); 2) os objetivos e os instrumentos dessa atividade (compreendendo a preservação de recursos naturais, a atividade extrativa de produtos inorgânicos e orgânicos, a captura de seres orgânicos – caça e pesca – e a produtiva – agricultura e pecuária); e 3) atividades conexas (como o transporte de produtos agrícolas, os processos industriais e as atividades lucrativas, ou seja, o comércio propriamente dito).⁴⁸⁹

Após as considerações traçadas, podemos citar os seguintes conceitos de atividade agrária⁴⁹⁰ desenvolvidos pelos doutrinadores brasileiros:⁴⁹¹

“(...) as atividades agrárias constituem o núcleo do objeto do Direito Agrário, sem obscurecer o elemento terra com todas as suas potencialidades que devem ser conservadas e preservadas.”⁴⁹²;

Entendemos por atividade agrária a atividade humana de cultivo de vegetais e de criação de animais, caracterizada pela presença de um processo orgânico de desenvolvimento desses vegetais e animais, sujeitos às leis naturais – e, portanto, não totalmente controlado pelo homem -, cujos produtos, sendo coisas, são destinados ao consumo social em sentido amplo – ou seja, não somente ao consumo alimentar⁴⁹³;

Podemos dizer que as atividades agrárias são o somatório de tarefas conduzidas pelo homem sobre o agro, tendentes a dar uso ou a obter proveito do bem agrário⁴⁹⁴;

“A atividade agrária é o complexo das operações realizadas pelo rurícola, profissionalmente, visando à produção da terra, num processo agrobiológico no qual participa ativamente, sendo certo que seus atos não se executam isoladamente, mas com a colaboração ativa do processo evolutivo da própria natureza”⁴⁹⁵;

Isto posto, ao tratarmos do Direito Agrário e da atividade agrária sempre teremos o elemento “terra” vinculado ao trabalho do homem e ao processo agrobiológico. Todas as sociedades tiraram da terra o seu sustento e sobrevivência, desde os caçadores e coletores, do desenvolvimento da agricultura primitiva, responsável por transformar a terra num espaço privado, até o pensamento homocentrista de que a terra e seus frutos eram direitos plenos e

⁴⁸⁸ LARANJEIRA *apud* MARQUES, 2009, p. 8.

⁴⁸⁹ GISCKOW *apud* MARQUES, 2009, p. 7.

⁴⁹⁰ Para a conclusão deste curso de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito Agrário, será desenvolvido um conceito próprio de atividade agrária.

⁴⁹¹ Esclarecemos que, apesar de tratar de uma dissertação de mestrado, não temos o objetivo de esgotar o tema quanto a citação da totalidade dos autores que conceituam a atividade agrária. O nosso objetivo é traçar o perfil dos doutrinadores brasileiros que tem nesta atividade o núcleo do Direito Agrário.

⁴⁹² MARQUES, 2009, p. 7.

⁴⁹³ REZEK, 2008, p. 29-30.

⁴⁹⁴ LARANJEIRA, 1981, p. 68.

⁴⁹⁵ SODERO *apud* HIRONAKA, 1997, p. 30.

gerais de seu proprietário, o Direito Agrário sempre foi desenvolvido sob a relação homem-terra. Entretanto, a partir do século XX, com o desenvolvimento do Direito partindo de um ideário contemporâneo que remete o pensamento das gerações atuais sempre se preocupando com as gerações futuras, é impossível tratar do Direito Agrário e das atividades agrárias sem remissão ao meio ambiente.

A problemática do atual Direito Agrário está em pensar que existe uma evolução do próprio conceito deste ramo do Direito centrado na empresa agrária. Ao colocarmos a empresa agrária como núcleo do Direito Agrário, cria-se um paradoxo entre produtividade econômica e a produtividade agrária⁴⁹⁶. A empresa tem a *mais valia* como objetivo deixando, por vezes, o meio ambiente em segundo plano. A propriedade privada (terra e empresa agrária) voltados para a função social é o “*divisor de águas do Direito Agrário*”⁴⁹⁷, sendo que não mais se deve questionar se existe ou não uma função social, mas em que medida a proteção ambiental determina essa função social.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apesar de trazer expressamente o princípio da função social da propriedade não conceitua e delimita este princípio de forma clara e objetiva, gerando várias discussões sobre a forma de interpretação e aplicação da norma sob seu prisma. O Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), apesar de anterior à atual Constituição, trouxe mecanismos para conservação e preservação do meio ambiente sendo que, podemos dizer que todo o enfoque desta legislação está voltado para a defesa do meio ambiente atrelada à atividade produtiva agrária⁴⁹⁸. O Estatuto da Terra busca a conservação dos recursos naturais renováveis sob um estado de harmonia entre o homem e o meio ambiente, defendendo um estado de equilíbrio entre a produção de alimentos e a preservação dos meios que os fornecem a fim de que, pelo tempo, possam continuar fornecendo-os⁴⁹⁹.

O Direito Agrário é um ramo da ciência jurídica que possui interesses econômicos, mas suas normas devem ser interpretadas sob preocupações conservacionistas e ambientais, devendo reger os comportamentos do homem de modo a impedir que coloque em risco sua sobrevivência em decorrência da extinção dos recursos naturais⁵⁰⁰. A atividade agrária deve ser desenvolvida atrelada às atividades de conservação e de preservação dos

⁴⁹⁶ FILHO, 2000, p. 509.

⁴⁹⁷ Idem, p. 511.

⁴⁹⁸ HIRONAKA, 1997, p. 99.

⁴⁹⁹ Idem, p. 99.

⁵⁰⁰ ALVARENGA, 1992, p. 151-2.

recursos naturais renováveis havendo, inclusive, aqueles que defendem que preservação e conservação seria o ponto nobre da teoria geral do Direito Agrário⁵⁰¹.

3.3. A propriedade agrária e sua função social

A propriedade passou por uma evolução de paradigmas no decorrer da história. Primeiro foi considerada um direito natural arraigado na personalidade do homem sendo tratada como direito individual indisponível de caráter absoluto sendo afirmado por alguns Autores, como Carlos Frederico Marés⁵⁰², que a finalidade da Revolução Francesa era, na verdade, proteger a propriedade vez que a liberdade, a igualdade e a segurança seriam pressupostos da sociedade moderna. Essa concepção capitalista de propriedade exteriorizava uma forma da sociedade constituir meios pacíficos de produção e apropriação de riqueza⁵⁰³. Foi a partir da Constituição do México de 1917 que a expressão “função social da propriedade” passou a incorporar os textos das Constituições ocidentais limitando e flexibilizando o ideário de propriedade.

3.3.1. Aspectos históricos da propriedade

Ao tratar do tema “propriedade” interessante é o posicionamento de Carlos Frederico Marés Filho⁵⁰⁴ quando este afirma que *“a idéia de apropriação individual, exclusiva e absoluta, de uma gleba de terra não é universal, nem histórica nem geograficamente. Ao contrário, é uma construção humana localizada e recente.”*, ou seja, é muito recente a idéia de se produzir a terra num determinado espaço e transformar e concentrar os frutos desta produção nas mãos de um única pessoa denominando isto de propriedade.

Apesar de a relação do homem com a terra sempre ter existido, foi a alteração desta relação que alterou o paradigma da propriedade no decorrer dos anos. No início, a

⁵⁰¹ HIRONAKA, 1997, p. 99.

⁵⁰² FILHO, 2003, p. 34.

⁵⁰³ CHEMERIS, 2002, p. 23.

⁵⁰⁴ FILHO, 2003, p. 17.

produção da terra era tirada da natureza pelos caçadores e coletores sendo que estes repartiam tudo solidariamente sem nenhuma vinculação entre o homem coletor/caçador com o produto da coleta⁵⁰⁵. Com o desenvolvimento da agricultura iniciou-se a vinculação da produção da terra num espaço privado ao homem. A partir da agricultura, o homem passou a controlar sua produção alterando, o que Carlos Frederico Marés Filho⁵⁰⁶ denomina de “comportamento ético”, ou seja, antes, o homem era subjulgado ao Universo e à natureza; com a capacidade de controle da produção, o homem passou a subjulgar o Universo e a natureza a seu favor. A agricultura foi o início da relação entre propriedade, terra e seus frutos, por esta relação, concordamos com Carlos Frederico Marés Filho⁵⁰⁷ quando este considera ser o direito de propriedade a essência de todo o processo civilizatório da humanidade.

A relação Estado e Direito começou a surgir com a estruturação do Estado Moderno na Europa no século XVIII, entretanto, antes, nos séculos XVI, XVII e até meados do século XVIII, iniciou-se o desenvolvimento da atual concepção de propriedade com as relações mercantilistas. Nesse sentido, Carlos Frederico Marés Filho justifica:

Os teóricos iam recebendo as notícias, comparando com a realidade e formulando teorias, ao estado natural corresponderia um estado civil que pudesse gerir os novos tempos em que os pequenos grupos, feudos ou urbes já não teriam auto-suficiência de outrora, e o mercado passava a considerar os homens não mais pela sua nobreza ou pelas suas qualidades, mas pelo valor de seus bens acumulados e pela sua capacidade ou disposição de acumular cada vez mais.⁵⁰⁸

Com a crise do Estado absolutista e as lutas e revoluções burguesas em face deste Estado, surge o Estado Moderno materializado no formato do Estado Liberal através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão formalizada pela Revolução Francesa⁵⁰⁹. Concordamos com Carlos Frederico Marés Filho quando este afirma que “*o Estado moderno foi teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade*”⁵¹⁰, sendo que, o mesmo Autor⁵¹¹ ainda afirma que, na verdade, a propriedade é o núcleo da Revolução Francesa e de todas as Constituições formalizadas no Estado de Direito e que a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica somente se justificam pela propriedade. Assim, no Estado Liberal, a propriedade era sinônimo de realização e liberdade, sendo a exteriorização da personalidade do indivíduo. Com a Revolução Francesa e a Declaração dos

⁵⁰⁵ Idem, p. 12.

⁵⁰⁶ Idem, p. 12.

⁵⁰⁷ Id, p. 12.

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 17.

⁵⁰⁹ CHEMERIS, 2002, p. 24.

⁵¹⁰ FILHO, 2003, p. 18.

⁵¹¹ Idem, p. 34.

Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a propriedade passou a ser tida como direito natural, exercício da personalidade humana passando a ser tratada como inerente à natureza humana⁵¹². A propriedade, a partir de uma concepção capitalista, passou a ser vista como um meio pacífico da população constituir riqueza⁵¹³. Desde então, o trabalho humano passou a ser a origem ou o fundamento da propriedade, ou seja, com a criação do Estado Moderno e com a produção de capital a lógica da propriedade foi alterada, a propriedade, antes produtora de bens de consumo imediato para quem trabalhava a terra, passou a ser fonte pacífica de capital infinitamente acumulável⁵¹⁴.

Na era dos direitos positivados, na era das Constituições, quando da “constituição” do Estado Moderno, toda a propriedade era de quem tivesse a sorte ou fosse suficiente esperto para toma-la para si⁵¹⁵. Ponto fundamental na história da formação do conceito jurídico de propriedade é a materialização do Código Civil francês. Podemos afirmar que o Código Civil francês (ou Código de Napoleão) foi a expressão dos ideários traçados pela Revolução Francesa tendo, na propriedade privada, núcleo do ordenamento jurídico, regulamentando, a propriedade privada, como direito individual absoluto e indisponível, oponível contra todos (*erga omnes*)⁵¹⁶, influenciando todo o ordenamento jurídico civilista do mundo ocidental, inclusive, na América Latina. Para o Código Civil francês a legitimidade da propriedade derivava de um contrato; se legítimo o contrato, legítima a propriedade⁵¹⁷.

O caráter absoluto da propriedade começou a ser relativizado com a estagnação do Estado Liberal no século XIX. A eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) marcou o fim do liberalismo sendo criado um Estado na Europa cujas Constituições determinavam a intervenção do Estado na economia⁵¹⁸. As divergências entre as teorias políticas e econômicas do liberalismo (entre a política do Estado mínimo e a necessidade da intervenção estatal na economia) fizeram surgir a idéia do Estado Social⁵¹⁹. O início do Estado Social deu-se na Alemanha de Bismark, mas sua efetiva implementação aconteceu com a Constituição de Weimar (1919) tendo como premissa a intervenção do estado na ordem econômica e na

⁵¹² CHEMERIS, 2002, p. 25-6.

⁵¹³ CHEMERIS, 2002, p. 23.

⁵¹⁴ FILHO, 2003, p. 27.

⁵¹⁵ Idem, p. 27-8.

⁵¹⁶ A idéia do absolutismo da propriedade, no Código de Napoleão, se complementava com a idéia de exclusividade. A propriedade possuía caráter absoluto pelo fato de que o proprietário teria sobre ela o mais amplo poder jurídico, usando e desfrutando dela da maneira que bem entendesse, sendo o seu exercício exclusivo do seu titular, sem concorrência de outrem, podendo (seu titular) afastar a utilização de sua propriedade de quem quer que dela queira tirar proveito. Cf.: DINIZ, 2002, p. 108; RODRIGUES, 2007, p. 78-9.

⁵¹⁷ FILHO, 2003, p. 40.

⁵¹⁸ Idem, p. 84.

⁵¹⁹ CHEMERIS, 2002, p. 39.

propriedade privada⁵²⁰. A partir do Estado Social de Direito, ocorre uma completa mudança na concepção de propriedade, visando a desvinculá-la do caráter absoluto do liberalismo, a propriedade passa a ser tida como geradora de obrigações para seu proprietário, ideário que acompanhou toda a noção de propriedade no ocidente em todo o século XX⁵²¹.

3.3.2. A inserção da concepção de função social como inerente à propriedade

Apesar de muito discutido a partir do último século, há registros de que Aristóteles, já na Grécia antiga, foi o primeiro a manifestar-se sobre um possível cumprimento de função social na propriedade. Aristóteles⁵²² entendia que o homem tinha o direito de possuir bens e deles retirar a sua própria manutenção, entretanto, também deveria satisfazer aos outros. Em Atenas, já era adotado um modelo não individual de propriedade vez que a propriedade era centrada na família. Platão, na sua república, quis por fim ao denominado “familiarismo amoroso”⁵²³, ou seja, o orgulho da família constituída muitas vezes numa razão mais tentadora para sacrificar o bem público do que o bem particular⁵²⁴. Platão condena a propriedade privada, relacionando a pobreza com o que denomina de “virtude”, prezando a propriedade comunitária em detrimento da propriedade privada.

A doutrina clássica do direito natural defendia que a propriedade era um dos direitos naturais, posteriormente, o jusnaturalismo, inspirado em critérios de equidade e justiça, já afirmava pela função social da propriedade, sendo esta traduzida na necessidade de utilização do bem enquanto instrumento de realização de justiça divina⁵²⁵. A propriedade como aquela a qual o homem tem direito de possuir, tirar seu sustento, mas que deverá satisfazer os outros, somente ganhou impulso quando desenvolvida pela Igreja Católica a partir de Santo Tomás de Aquino⁵²⁶. Santo Tomás de Aquino não negava o direito do homem adquirir bens materiais vez que essencial para a própria sobrevivência, entretanto, deveria

⁵²⁰ FILHO, 2003, p. 84.

⁵²¹ Idem, p. 86.

⁵²² MARQUES, 2010, p. 35.

⁵²³ RYAN, 1988, p. 25.

⁵²⁴ Por isso, na República de Platão, os denominados “Protectores”, para que assim fossem considerados, necessário o rompimento entre a propriedade privada e família, ou seja, os políticos, para serem “Protectores” da sociedade não poderiam ter nem família, nem propriedade privada; qualquer propriedade privada deveria estritamente a necessária para sobrevivência e/ou de acesso ao público; somente a pobreza asseguraria a “virtude” dos “Protectores”. Cf.: RYAN, 1998, p. 25-32.

⁵²⁵ TEPEDINO apud CHEMERIS, 2002, p. 50.

⁵²⁶ MARQUES, 2010, p. 35.

sempre preservar o “bem comum”, ou seja, para ele “*o homem tinha o direito natural de adquirir bens materiais*”⁵²⁷ mas apenas para manter sua sobrevivência sem abstrair o “bem comum”.

Segundo afirma Carlos Frederico Marés Filho ⁵²⁸, foi Locke, no século XVI, “*o grande pensador da propriedade contemporânea*”. Segundo Marés⁵²⁹, foi através pensamentos de Locke que a terra passou a ser vinculada ao trabalho humano. Até Locke, em decorrência da propagação do conceito de propriedade pela Igreja Católica, a propriedade era tida como utilidade, ou seja, a apropriação estaria limitada à possibilidade de uso; a ninguém é lícito ter como propriedade mais do que pudesse usar. A partir de Locke e da concepção capitalista de propriedade, esta tornou um direito subjetivo independente cuja legitimidade se explicava pelo trabalho humano.

A Igreja Católica, já no século XIX, voltou a influenciar a concepção de propriedade através de sua função social. O século XIX foi marcado por uma série de pensamentos e movimentos que digladiavam para a reformulações na concepção de Estado “*lançando ao futuro esperanças de melhores dias*”⁵³⁰. No século XIX a Europa vivia o fim do liberalismo e os movimentos sociais forçavam mudanças para fins de solucionar a miséria e desigualdade social deixada por aquele modelo econômico, enquanto que, na América Latina, a produção estava voltada a abastecer, a baixo custo, os mercados europeus, surgindo as pressões sociais nos movimentos camponeses, por fim, paralelamente, a Rússia completava sua revolução socialista pondo fim à propriedade privada da terra⁵³¹. Nesse contexto, a Igreja Católica adota o parâmetro do naturalismo no sentido de que a propriedade da terra é um direito natural do homem, através da *Rerum Novarum*, encíclica de Leão XIII (1891), que defendia ser a propriedade uma garantidora da liberdade do homem mas, além de satisfazer os interesses de seu proprietário, a propriedade também teria que satisfazer interesses da sociedade através do cumprimento de sua função social; a propriedade não seria uma função social a serviço do Estado, mas um direito que comporta obrigações⁵³². Essa teoria da Igreja Católica manteve o capitalismo na Europa através da sua utilização como dogma do Estado de Bem Estar Social (Estado Social de Direito) implantado no século XIX como alternativa ao socialismo⁵³³.

⁵²⁷ Idem, p. 35.

⁵²⁸ FILHO, 2003, p. 23.

⁵²⁹ Idem, p. 23-7.

⁵³⁰ Id, p. 83.

⁵³¹ Ibidem, p. 81-2.

⁵³² CHEMERIS, 2002, p. 52.

⁵³³ Idem, p. 81-3.

Apesar das afirmações supra no sentido de que a função social da propriedade surgiu com a estagnação do liberalismo e a implantação do Estado Social de Direito, também os positivistas também afirmaram pela função social da propriedade no final do século XIX e início do século passado. Considerando a concepção jurídica do termo, quem primeiro mencionou a expressão “função social” ligando-a à propriedade foi Augusto Comte⁵³⁴ que defendeu a existência de um princípio universal que liga qualquer cidadão às suas obrigações civis, inclusive perante a propriedade, não podendo, o positivismo, negar a existência de uma função social no sentido de que estes cidadãos deverão administrar capitais preparando-os para as gerações futuras. León Deguit, pautado no ideário de Comte⁵³⁵, propunha o fim dos direitos subjetivos clássicos e a sua substituição por direitos-deveres⁵³⁶, ou seja, a propriedade não seria um direito subjetivo, mas a função social do detentor de riqueza; a propriedade não é um direito, mas uma função social. Concordamos com Ivan Ramon Chemeris⁵³⁷ quando este afirmam que a negação da propriedade como direito subjetivo identificando-a como propriedade-função “escorregou em excessos” vez que a propriedade é um direito subjetivo no qual a função social está contida não havendo distinção entre função social e propriedade.

Ainda que consideremos a Igreja Católica como a grande responsável pela solidificação da doutrina da função social da propriedade, podemos afirmar que foi a influência de Duguit que juridicializou o tema, transformando a função social da propriedade em dogma a ser defendido por várias constituições denominadas “democráticas”, a primeira delas foi Constituição do México de 1917⁵³⁸. Antes da Constituição de Weimar o México reduziu a concepção do direito individual através de sua constituição social. Foi a partir da Constituição do México de 1917 que a função social passou a condicionar e delimitar o conceito de propriedade de forma expressa nos textos constitucionais democráticos do ocidente impondo obrigações aos proprietários de terra.

Por último, vale ressaltar que, no que tange à propriedade rural-agrária da terra, esta acompanhou todo o processo de evolução do conceito de propriedade e a inserção da concepção de função social em seu conceito. A criação do Estado Social foi de fundamental importância para a propriedade agrária, principalmente pelo fato de que a noção de função social da propriedade foi primeiramente inserida na Constituição do México de 1917 a qual

⁵³⁴ Cf.: MARQUES, 2009, p. 35; CHEMERIS, 2002, p. 52.

⁵³⁵ A função social vista pelo positivismo é destinada a formar e a administrar os capitais nos quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Cf.: MALUF apud CHEMERIS, 2003, p. 52.

⁵³⁶ MARQUES, 2009, p. 35.

⁵³⁷ León Deguit “escorregou em excessos” ao negar a existência de direitos subjetivos. Cf.: HIRONAKA apud CHEMERIS, 2002, p. 54.

⁵³⁸ CHEMERIS, 2002, p. 52-63.

foi fruto de lutas camponesas naquele país que, na época, era essencialmente ligado à agricultura. Esse processo histórico mexicano influenciou, não apenas a criação do Estado do Bem Estar Social no continente europeu, mas, também, influenciou os textos constitucionais democráticos dos Estados da América Latina que viviam uma realidade próxima da mexicana (produção para o comércio externo e grandes lutas camponesas em decorrência da miséria no campo) sendo inserido, desde então, a concepção relativizada de propriedade pela função social da propriedade, nos textos constitucionais.

Isto posto, conforme traçado no tópico supra, a criação do Estado Moderno, influenciada pela tendência liberal, tornou a propriedade a razão de ser da sociedade, sendo direito individual do homem. Influenciada pela tendência socialista, houve a negação da sociedade como direito individual. Por último, surge a concepção da função social da propriedade. A idéia de “função social” impregnada no conceito de propriedade trouxe a perda da condição de privilégio que gozava a propriedade no início do século XIX⁵³⁹, a partir daí só é legítima a propriedade de um bem quando este cumprir a sua função social. Essa condição, que determina o uso do bem a todas as pessoas, opera em relação a todas as formas de propriedade: mobiliária, imobiliária, urbana ou rural. Porém, é na propriedade agrária que a função social ganha ênfase, vez que a terra é o mais importante bem de produção já que é o responsável por todo o alimento de todos os animais, dentre eles, o homem⁵⁴⁰.

3.3.3. O direito de propriedade no Brasil: inserção do princípio da função social da propriedade na propriedade agrária

A primeira lei que tentou organizar o ordenamento jurídico da propriedade no Brasil é datada de 1850 e ficou conhecida como Lei de Terras. A Lei de Terras esteve vinculada ao processo de consolidação do Estado brasileiro vez que, em síntese, tinha o objetivo de demarcar as terras devolutas e regularizar o acesso à terra, pelos particulares, a partir daquela data⁵⁴¹. Antes da Lei de Terras, a propriedade da terra no Brasil era distribuída através dos títulos de Sesmarias que, na época colonial, estabeleceu uma relação ente o grande proprietário de terras (latifundiário) que produzia para exportação utilizando-se de mão de

⁵³⁹ BOBBIO *apud* FILHO, 2010, p. 5.

⁵⁴⁰ FILHO, 2010, p. 5.

⁵⁴¹ SILVA, 1996, p. 14.

obra escrava. Paralelo ao sistema de Sesmarias, na época colonial desenvolveu-se uma outra forma de apropriação que ganhou o reconhecimento das autoridades: as posses⁵⁴². Pressionado pelos movimentos sociais, como Canudos e Contestado, o Governo, em 1964, publicou a Lei n. 4.504/64 denominada Estatuto da Terra. Apesar de estabelecer mecanismos para distribuição da terra e por fim ao latifúndio (através do instituto jurídico da desapropriação), o Estatuto da Terra não tirou o caráter absoluto da terra vez que não alterou o conceito (absoluto) de propriedade exposto no Código Civil de 1916. O Código Civil de 1916 foi totalmente influenciado pelo Código Civil de Napoleão dando à propriedade privada caráter absoluto.

A relação entre coisa e proprietário, no Brasil, somente perdeu o caráter absoluto com a promulgação da Constituição Federal de 1988. No Brasil, este texto constitucional traz direitos fundamentais para o indivíduo, protegendo-o do poder do Estado, e acolhe os princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, pelos quais o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade não havendo como separar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade⁵⁴³. Este texto constitucional adotou, em seu artigo 1º, princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana que, a partir de então, passou a nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro sendo princípio basilar de quaisquer direito fundamental exposto no texto constitucional, inclusive, o direito fundamental de propriedade. A natureza jurídica deste direito fundamental foi completamente alterada pela Carta de 1988 que deu outro sentido ao Direito Público Constitucional⁵⁴⁴ flexibilizando direitos antes absolutos e inserindo o conceito de sustentabilidade tão falado e discutido a partir do século XX.

O direito de propriedade foi inserido no rol dos direitos fundamentais no art. 5º inciso XII da Constituição Federal ao lado da exigência constitucional de que a propriedade deverá cumprir sua função social, inserida no mesmo art. 5º inciso XIII. Assim, o constituinte originário de 1988 tratou os direitos de propriedade e da função social desta como cláusulas pétreas alçando o aspecto funcional da propriedade como direito fundamental protegido pelo manto da cláusula pétrea. O doutrinador Gustavo Tepedino, no sentido ora exposto, conclui afirmando que:

O Constituinte, portanto, ao inserir a propriedade privada no rol das garantias fundamentais, ao lado do atendimento de sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), condicionou a legitimidade da atuação do proprietário, como

⁵⁴² SILVA, 1996, p. 334.

⁵⁴³ CHEMERIS, 2002, p. 46.

⁵⁴⁴ CHEMERIS, 2002, p. 41-2.

expressão de direito fundamental, ao atendimento, no caso concreto, dos interesses sociais e existenciais alcançados pelo exercício dominical⁵⁴⁵.

A função social da propriedade é princípio que legitima o uso da propriedade por seu dono, passando a integrar o próprio conceito de propriedade⁵⁴⁶. Atualmente, fala-se que a discussão sobre a distinção de propriedade e função social está superada⁵⁴⁷. Nos termos defendidos por Gustavo Tepedino⁵⁴⁸, a Constituição Federal de 1988 alterou radicalmente a dogmática tradicional da propriedade vez que a compreensão da função social deixou de ser limitação externa ao uso desta (contraposição ao direito de liberdade) e passou a ser fator legitimador de seu uso (do exercício da própria liberdade) justificando a atuação do proprietário. O direito de propriedade, a partir da Constituição Federal de 1988, é um direito subjetivo que abriga o conceito de função social, não se distinguindo desta, sendo esta seu elemento interno⁵⁴⁹.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, Lucas Abreu Barroso⁵⁵⁰ faz uma interessante análise dos direitos fundamentais e, assim, do direito de propriedade afirmando que os direitos fundamentais nos levam a duas compreensões: a primeira seria a noção de que os direitos fundamentais existem como garantias em face do Estado e a segunda seria aquela que admitem os direitos fundamentais como normas vistas como princípios (*objektive grundsatznormen*) e como valores (*wertentscheidungen*) a serem aplicados em todos os ramos do Direito. No caso do direito de propriedade e do princípio da função social, estão, no texto constitucional, expostos como direitos fundamentais em face do Estado e, ao mesmo tempo, estão relacionados com vários outros princípios e leis infraconstitucionais que proporcionam sua efetiva aplicação.

A perspectiva funcional do ordenamento jurídico brasileiro admite a sua formação por um conjunto de princípios e não, apenas, por um único princípio⁵⁵¹. No caso da função social da propriedade, o ordenamento jurídico brasileiro relacionou-o com vários outros princípios que permitem a sua efetivação dando funcionalidade a institutos jurídicos como a

⁵⁴⁵ TEPEDINO, 2009, p. 182.

⁵⁴⁶ Parte da doutrina entende que o direito de propriedade é distinto do princípio da função social da propriedade vez que, em síntese, a propriedade traz uma idéia de direito subjetivo enquanto que a função social volta-se para o momento da atividade do proprietário que é a empresa. A função social teria o dever de traçar o comportamento do titular da terra. *Cf.*: GOMES *apud* CHEMERIS, 2002, p. 65-6; PRATA *apud* CHEMERIS, 2002, p. 63-4.

⁵⁴⁷ *Cf.*: TEPEDINO, 2009, p. 186-7; CHEMERIS, 2002, p. 70-2.

⁵⁴⁸ TEPEDINO, 2009, p. 187.

⁵⁴⁹ *Cf.*: CHEMERIS, 2002, p. 70-1; TEPEDINO, 2009, p. 183.

⁵⁵⁰ BARROSO, 2009, p. 1.

⁵⁵¹ TEPEDINO, 2009, p. 188.

propriedade do solo, do solo rural e a propriedade agrária⁵⁵². Assim, o direito de propriedade e o princípio da função social estão inseridos dentre os princípios gerais da ordem econômica (art. 170, II e III CRFB/88), dentre a ordenação das cidades (art. 182, parágrafo 2º CRFB/88), dentre a política agrícola e fundiária e da reforma agrária (art. 186 da CRFB/88), na lei 8.629/1993 que dispõe sobre a reforma e agrária e vários outros dispositivos legais.

Para esta pesquisa ponto relevante é relacionar o princípio da função social da propriedade com a propriedade agrária. O imóvel agrário também foi influenciado pela atual perspectiva do direito de propriedade. Inúmeras são as discussões sobre a conceituação do imóvel agrário que iniciam abrangendo temário já discutido na presente dissertação que é a diferenciação entre os termos rural e agrário. Conforme já explicitado no tópico 3.1 da presente, adotamos a tese de que, atualmente, apesar de considerarmos a distinção entre rural e agrário, defendemos que esta discussão não é relevante vez que os preceitos rural e agrário andam paralelamente e se completam convivendo, em regra, num mesmo imóvel. Na presente utilizaremos a denominação propriedade (imóvel) agrária sempre que formos relacionar o exercício da atividade agrária com uma propriedade, seja esta rústica ou não, localizada na zona rural ou na zona urbana. Para a devida conceituação da propriedade agrária é necessário traçar algumas considerações.

A propriedade rural pressupõe os princípios constitucionais do Direito Agrário e do Direito Ambiental e a inter-relação destas disciplinas colaboram para a devida compreensão da atual concepção de propriedade vez que o espaço rural, atualmente, é composto pela terra que é submetida ao processo produtivo imposto por seu titular passando, a agricultura, a desempenhar o papel de garantidora das funções sociais, econômicas e da proteção do meio ambiente⁵⁵³. No Brasil, o conceito legal da propriedade agrária foi inicialmente traçado pela lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), no seu art. 4º inciso I, que definiu o imóvel chamado “rural” sendo, posteriormente, atualizado tal conceito pela Constituição Federal de 1988 e pela lei 8.629/93, no seu art. 4º inciso I, como o “*prédio rústico de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine ou possa se destinar à atividade agrária*”.

A denominação “rústico” foi inserida no conceito citado, conforme afirma Olavo Acyr Lima Rocha⁵⁵⁴, “*mais em razão da tradição de nosso direito, que frequentemente se refere aos prédios rústicos quando se trata de imóveis rurais*”, ou seja, atualmente, para a

⁵⁵² BARROSO, 2009, p. 3.

⁵⁵³ ROCHA, 2010, p. 218.

⁵⁵⁴ ROCHA *apud* REZEK, 2008, p. 47.

caracterização da propriedade agrária, a característica “rústico” não é essencial para sua denominação, mas sim a potencialidade agrícola deste imóvel o caracterizará como agrário⁵⁵⁵. O imóvel agrário será assim caracterizado pela sua destinação podendo existir, tanto no perímetro urbano do Município, quanto no perímetro rural do mesmo. É claro que não ignoramos o fato de esta espécie de imóvel estar presente, em sua maioria, na zona rural dos Municípios, entretanto, conforme pondera Gustavo Elias Kallás Rezek⁵⁵⁶, a atividade agrária, em decorrência das exigências do mercado de consumo ganharam tanta tecnificação que, em alguns estabelecimento, a produção se aproxima mais de laboratório que de um prédio rústico formalizado numa fazenda, sítio ou estância.

No que tange à expressão “área contínua”, também concordamos com o pensamento de Gustavo Elias Kalás Rezek⁵⁵⁷ quando este pondera que o texto legal não trata de continuidade física, mas econômica da atividade agrária, ou seja, o legislador ponderou pela existência de uma continuidade físico-econômica. O fato de existir um rio ou uma rodovia no imóvel como um todo não é suficiente para descaracterizar a agrariedade do imóvel em estudo desde que tais fatores não influenciem no desempenho da atividade econômica da propriedade agrária.

Por fim, resta claro que o exercício da atividade agrária na propriedade é que caracteriza-o como agrário. O cerne da agrariedade está no fato de existir um terreno fértil no qual sejam desenvolvidas atividades ligadas ao cultivo de vegetais ou criação de animais podendo estar localizado tanto na zona rural quanto na zona urbana do Município⁵⁵⁸. Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não utilizou em seu texto as expressões propriedade agrária ou imóvel agrário, mas propriedade rural e imóvel rural. Entretanto, tal nomenclatura não ignorou a existência da atividade agrária em nosso ordenamento e, muito menos, excluiu os imóveis agrários do cumprimento da função social expressa no art. 186 do texto constitucional vez que o destino das coisas é que influencia a construção e utilização da regra jurídica⁵⁵⁹.

De acordo com este artigo, construído na esteira do art. 2º parágrafo primeiro da Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra), o cumprimento integral da função social da propriedade agrária possui três dimensões: 1) econômica, 2) ambiental e 3) social⁵⁶⁰. Em parecer emitido

⁵⁵⁵ REZEK, 2008, p. 47.

⁵⁵⁶ Idem, p. 47-8.

⁵⁵⁷ Id, p. 53.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 54.

⁵⁵⁹ AZEVEDO *apud* REZEK, 2008, p. 123.

⁵⁶⁰ BARROSO, 2009, p. 8.

por Eros Roberto Grau⁵⁶¹ este, comentando o princípio da função social da propriedade, afirma que o princípio citado impõe comportamentos positivos do proprietário titular do domínio, ou seja, prestações de fazer (e não meramente de não fazer) sendo que, este, somente possui a situação jurídica de proprietário pelo fato de que a lei a concede e, por tal motivo, deve agir estritamente nos termos desta para ter seu direito resguardado. Assim, a propriedade agrária somente cumprirá sua função social quando der efetividade às três dimensões expostas no texto constitucional.

O elemento econômico está relacionado com o fator “aproveitamento do solo deve ser racional e adequado” (art. 186, inciso I da CRFB/88) que significa que o proprietário sempre deverá buscar utilizar a melhor técnica agrícola no trabalho do solo para melhor aproveitar este sem agredi-lo, ou seja, *“é utilizar na terra o tratamento técnico e científico apropriado, pois se a técnica é cientificamente correta, a terra produz satisfatoriamente”*⁵⁶². A técnica agrícola correta não é suficiente para o cumprimento da função social da propriedade, deverá, também, ser considerada a qualidade e aptidão do solo, obtendo o melhor rendimento⁵⁶³. Para a Lei 8.629/93, no seu art. 9º, o racional e adequado aproveitamento do solo ocorre quando a utilização da terra e a eficiência na exploração estejam de acordo com os padrões fixados para a caracterização da propriedade produtiva nos termos publicados e delimitados pelos órgãos governamentais competentes vez que estes padrões são quantitativos e calculáveis sendo medidos através do GUT⁵⁶⁴ (Grau de Utilização da Terra).

O elemento ambiental está relacionado com “a utilização adequada dos recursos naturais” (art. 186, inciso II CRFB/88) que significa, nos moldes traçados para o “aproveitamento racional e adequado do solo”, o uso adequado da natureza vez que esta contribui, diretamente, para o cultivo da terra. Atualmente, a questão ambiental ganha relevância vez que assuntos como desenvolvimento sustentável e preservação da qualidade do meio ambiente para as gerações futuras estão sendo discutidas em agendas políticas nacionais e internacionais bem como nos debates acadêmicos e científicos. Podemos dizer que é imprescindível a compatibilização entre o uso da propriedade e a preservação do meio ambiente⁵⁶⁵ devendo, o proprietário, utilizar técnicas agrícolas que mantenham o meio

⁵⁶¹ GRAU, 2000, P. 198-200.

⁵⁶² PEREIRA, 2000, p. 116.

⁵⁶³ Idem, 2000, p. 116.

⁵⁶⁴ O Grau de Utilização da Terra – GUT será levantado por perícia técnica levando-se em conta fatores da área (arts. 8, 9 e 6 parágrafos 1 e 7 da Lei 8.629/93).

⁵⁶⁵ TEPEDINO *apud* BARROSO, 2000, p. 3.

ambiente equilibrado a fim de evitar a sua destruição com foco no aumento da produtividade a qualquer custo.

Para a Lei 8.629/93, art. 9º, a preservação do meio ambiente ocorrerá quando houver o uso da propriedade e, ao mesmo tempo, forem mantidas as características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida em que mantenha, também, o equilíbrio ecológico da propriedade, a saúde e qualidade de vida da população envolvida. Além da lei infraconstitucional citada, também a nossa atual Carta constitucional buscou compatibilizar os princípios da função social da propriedade com a sadia qualidade de vida da população no seu art. 225 ao justificar e legitimar a utilização da propriedade através da proteção ao meio ambiente, fator essencial quando se concilia desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente⁵⁶⁶.

Por fim, quanto ao aspecto social da propriedade, está relacionado com a “observância das disposições que regulam as relações de trabalho” e com o fato de que a “exploração deve favorecer o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores”, ou seja, para que a propriedade agrária cumpra sua função social é necessário que seu proprietário cumpra todas as obrigações trabalhistas perante os trabalhadores que nela atuam e se preocupe com a qualidade de vida tanto destes trabalhadores quanto de sua própria qualidade de vida e com a qualidade de vida dos trabalhadores em geral sendo atendidas necessidades básicas àqueles que trabalham a terra evitando conflitos e tensões sociais no imóvel (art. 9º da Lei 8.629/93).

Analisando os elementos supra expostos como exigências para o cumprimento da função social da propriedade, observamos que o elemento ambiental ganha relevância. A tutela ao meio ambiente gera um direito superior ao direito de propriedade devendo, sua titularidade materialmente considerada, ceder lugar à representatividade social⁵⁶⁷. Além disso, não podemos deixar de considerar que, nos termos dos incisos I e II do art. 186 da Constituição Federal, ficam justapostas a função social e ecológica da propriedade rural (agrária) sendo importante relevar que existem propriedades rurais que, apesar de cumprirem sua função ecológica nos termos legais, não cumprem sua função social (como, por exemplo, as Áreas de Preservação Permanente, Reservas florestais, dentre outras vez que um dos elementos da função social é a produtividade⁵⁶⁸. Por tais motivos concordamos com a doutrina⁵⁶⁹ que prefere a denominação função socioambiental da propriedade em detrimento da denominação função da propriedade. Atualmente, não basta que o proprietário condicione

⁵⁶⁶ BARROSO, 2000, p. 3.

⁵⁶⁷ Id, p. 4.

⁵⁶⁸ ROCHA, 2010, p. 217.

⁵⁶⁹ Cf.: ROCHA, 2010, 216-8; BARROSO, 2009, p. 4; CATALAN, 2009, p. 56-9.

o uso da propriedade com fulcro, apenas, no bem estar da coletividade, é necessário que o proprietário garanta a utilização adequada do meio ambiente para a garantia de existência das gerações futuras.

3.4. Transversalidade e interdisciplinariedade do Direito Agrário

O estudo da transversalidade e interdisciplinariedade de qualquer ramo do conhecimento é tarefa árdua sobre a qual poucos ousam tratar. Para iniciar a discussão desta temática no Direito Agrário (Ambiental) citaremos o autor Enrique Leff⁵⁷⁰ que fez proposições relevantes para a temática. Concordamos com o Autor citado quando este afirma que o conhecimento, durante toda a história humana, tem sido desenvolvido condicionado a três realidades: espaço geográfico, ecológico e cultural. Tal fato dar-se-á por uma justificativa simples: *“as práticas produtivas, dependentes do meio ambiente e da estrutura social das diferentes culturas, geraram formas de percepção e técnicas específicas para a apropriação social da natureza e da transformação do meio”*⁵⁷¹. Assim, todo objeto de trabalho transformar-se-á em um objeto do saber vez que as relações entre o conhecimento teórico e a prática foram aceleradas com o estabelecimento do capitalismo, com o surgimento da ciência moderna e com a racionalidade econômica.

O capitalismo contribuiu muito para a formação da idéia de interdisciplinariedade e transversalidade dos conhecimentos teóricos na modernidade. Quando da formação das ciências, no início, tinha-se um ideário de criar ramos do conhecimento isolando-os em paradigmas distintos (formação de diferentes domínios do saber⁵⁷²). Com a formação do capitalismo, a realidade social influenciou diretamente no conhecimento tecnológico e, assim, no mundo dos conhecimentos teóricos. O fim do sistema feudal e o estabelecimento do capitalismo com objetivo de acúmulo de capital e necessidade de aumento da mais valia resultou em transformações ideológicas que influenciaram diretamente a ciência moderna. Nesse sentido explana Enrique Leff⁵⁷³:

A articulação funcional do conhecimento à produção deu um impulso importante ao desenvolvimento das ciências, e as inovações do conhecimento responderam à necessidade de vencer a lei tendencial para a

⁵⁷⁰ LEFF, 2001, p. 21.

⁵⁷¹ Idem, p. 21.

⁵⁷² Id, p. 23.

⁵⁷³ Ibidem, p. 30.

redução da taxa de lucro, devido ao aumento na composição orgânica do capital. Nesse sentido, a acumulação do capital integra em sua dinâmica as histórias diferenciadas da ciência (...)

O acúmulo de capital necessário ao sistema capitalista inclinou todos os conhecimentos teóricos a seu favor, isto fez com que cada ciência, apesar de ter seu paradigma de estudo, analisasse os mesmos objetos que compunham a realidade fática. A partir daí, foram surgindo formas de unificação do conhecimento que não representa um problema interno do conhecimento, mas um imperativo ideológico-tecnológico. Paralelamente foram sendo criadas teorias ideológico-tecnológicas para unificação do conhecimento denominada Teoria Geral de Sistemas e as práticas interdisciplinares. A crítica a estas teorias era no sentido de que propunham um paradigma transdisciplinar e integrador que visava a fusão dos objetos teóricos das ciências, o que geraria a confluência de duas ou mais ordens de materialidade com objetos distintos de diferentes ciências sendo um caso denominado de transcienceficidade teórica sem articulação científica⁵⁷⁴.

Entretanto, a interdisciplinariedade, nos dizeres de Enrique Leff⁵⁷⁵, foi uma necessidade prática decorrente de proposições ideológicas que fundamentou a articulação teórica. A interdisciplinariedade tem o fim de “*promover intercâmbios teóricos entre as ciências e de fundar novos objetos científicos*”⁵⁷⁶. A interdisciplinariedade é um intercâmbio de conhecimentos dentre duas ou mais ciências transformando os paradigmas teóricos destas, permitindo uma prática de experimentação vez que não cria novas teorias ou ciências, mas permite um intercâmbio de informações que influenciam os paradigmas estabelecidos.

Esta necessidade prática de promover intercâmbios teóricos com o fim de fundar novos objetos científicos, denominada interdisciplinariedade, gerou uma outra necessidade prática: a de aplicação de metodologias de uma ciência em outro ramo científico, denominada transdisciplinariedade. A transdisciplinariedade⁵⁷⁷, nos dizeres de Enrique Leff, pode ser definida como um “*processo de intercâmbio entre diversos campos e ramos do conhecimento*

⁵⁷⁴ LEFF, 2001, p. 30-2.

⁵⁷⁵ Idem, p. 35-6.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 70.

⁵⁷⁷ Quanto a transdisciplinariedade vale fazer alguns esclarecimentos. Ao contrário do pensamento apresentado e desenvolvido por Enrique Leff, há Autores como André-Jean Arnaud que defendem ser a transdisciplinariedade uma utopia. Para este Autor, a transdisciplinariedade implica em produzir um saber autonomo vez que a utilização de vários pontos de vista particulares de cada disciplina resultaria em novos objetos e novos métodos. Entretanto, interessante é a análise de Enrique Leff ao defender a transdisciplinariedade. Para este Autor, uma das soluções para o estudo dos problemas ambientais gerados pela racionalidade econômica é o estudo do meio ambiente de forma transdisciplinar vez que existe uma necessidade de se analisar a relação meio ambiente-sistema econômico como sistema socioambiental complexo gerando a necessidade de integração entre derivados ramos do conhecimento. Isto se daria pelo fato de que através do processo transdisciplinar poderíamos apreender e resolver problemas ambientais concretos. Cf.: LEFF, 2000, p. 82-6; ARNAUD, 1999, p. 11.

*científico, nos quais uns transferem métodos, conceitos, termos e inclusive corpos teóricos inteiros para outros que são incorporados assimilados pela disciplina importadora (...)*⁵⁷⁸.

Os ideários traçados cada vez mais são estudados e aplicados no conhecimento jurídico vez que o Direito possui um corpus teórico e uma prática social⁵⁷⁹. No corpus teórico a ciência do direito⁵⁸⁰ se apresenta como um sistema formado por um conjunto de proposições articuladas que implicam na aplicação de uma metodologia que supõe a obtenção de conhecimentos comunicáveis e suscetíveis de concordância racional. A prática social supõe um sistema institucional de pesquisa ou de ensino traduzido na interação com interesses, valores e ideologias dominantes, na sociedade científica e, posteriormente, na sociedade global. Assim, a ciência do Direito é suscetível de apresentar e realizar níveis bastante diversos com respeito aos paradigmas admitidos e aos critérios de cientificidade motivo pelo qual existem objetos de estudo do direito que não são delimitados, de forma exata, dentro de um único ramo do Direito.⁵⁸¹

O Direito Agrário visto como ramo autônomo do Direito que regulamenta e discute matérias relacionadas com a terra, o homem e o meio ambiente é disciplina que, se não engloba, ao menos reflete em vários outros ramos do Direito, principalmente, no Direito Ambiental. A partir do momento que se passou a pensar o Direito com fulcro nas presentes e futuras gerações sendo criados os denominados “direitos coletivos”, várias paradigmas jurídicos foram questionados, inclusive, a noção de propriedade e de produtividade. A partir da metade do século XX, o mundo passou a observar que apesar de a produção de alimentos ser essencial à própria sobrevivência do ser humano, este, também, teria que manter a biodiversidade pela preservação do meio ambiente. É nessa junção produtividade-meio

⁵⁷⁸ LEFF, 2001, p. 83.

⁵⁷⁹ ARNAUD td. BARRETO, 1999, p. 7.

⁵⁸⁰ Há várias discussões sobre a natureza juridical do Direito no sentido de delimitar se este é ou não ciência. Concordamos com a tese para qual é possível a ciência do Direito. Fulcrado na concepção do Autor André-Jean Arnaud traduzido por Vicente de Paulo Barreto, concordamos que é possível uma ciência do Direito quando admitimos a interdisciplinariedade como forma de fazer ciência. Não devemos pensar na possibilidade de uma ciência juridical como aquela que, necessariamente, possui total autonomia quanto a seu objeto de estudo tornando possível explicar os fenômenos jurídicos a si mesma (monismo epistemológico), mas devemos pensar no Direito como uma ciência que possui diversos paradigmas admitidos nos critérios de cientificidade a que estão submetidos (pluralismo epistemológico). Entendemos que a cientificidade pode ter graus e que a dogmática juridical se traduz em teorias gerais e setoriais consistentes em descrever e racionalizar as regras jurídicas e, no caso do Direito, este possui como objetivo a interpretação e sistematização das regras, e por objeto o instrumento normativo, sendo possível a admissão de uma ciência interdisciplinar e puramente teórica. Considerando que qualquer ciência está inserida numa certa visão de mundo e num conjunto de valores (pressupostos ontológicos e axiológicos da ciência), não teríamos como negar cientificidade ao Direito, que é a externalização dos elementos políticos e axiológicos de cada sociedade em cada época. Cf.: ARNAUD td. BARRETO, 1999, p. 90-6.

⁵⁸¹ ARNAUD td. BARRETO, 1999, p. 91.

ambiente que está fulcrada a noção de (in)dissociabilidade entre o Direito Agrário e o Direito Ambiental.

Desde sua criação, conforme afirma Carlos Frederico Marés Filho⁵⁸², o Direito Agrário passou por algumas fases. Na primeira, a propriedade era tida, simplesmente, como a provedora de alimentos. Numa segunda fase, a propriedade agrária passou a ser produtivista, ou seja, o objetivo era produzir o máximo possível independentemente do dano ambiental. Na terceira fase passa a ser determinante à propriedade agrária o cumprimento de sua função social sendo incorporada a questão ambiental a esta passando, a questão socioambiental, ser o núcleo do Direito Agrário. A questão ambiental sempre esteve diretamente relacionada com o Direito Agrário, entretanto, foi por influências das discussões⁵⁸³ sobre os riscos de degradação do meio ambiente dos últimos 30 (trinta) anos, tornando a sociedade e os governos sensíveis a estes riscos, que o reconhecimento da necessidade de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado vai influenciar positivamente este ramo do Direito implicando no seu fortalecimento conceitual e axiológico⁵⁸⁴. Conforme explicitado supra, o ponto central da propriedade agrária é a terra fértil agricultável; a exigência do cumprimento da função socioambiental da propriedade é requisito essencial para a própria existência da propriedade agrária.

Discutir este temário é fundamental para a própria efetivação das funções federativas de cada ente no Brasil. A Constituição Federal de 1988 no art. 22, inciso I, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Agrário e, o mesmo texto constitucional, no art. 23, incisos VI e VIII estabelece que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção do meio ambiente e o fomento à produção agropecuária, a organização e abastecimento de alimento. Além das competências citadas, o texto constitucional, no art. 30, incisos I e II, ainda estabelece que é competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

⁵⁸² FILHO *apud* ROCHA, 2010, p. 215-6.

⁵⁸³ Nas últimas décadas várias foram as conferências e relatórios publicados sobre a questão ambiental no mundo influenciando, no Brasil, a interpretação e aplicação do Direito em todos os seus ramos. A primeira foi a Conferência da Biosfera, realizada em 1968 em Paris. A segunda foi a Conferência de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano) realizada em 1972. Esta conferência foi relevante vez que foi a primeira vez que problemas políticos, sociais e econômicos do meio ambiente foram discutidos em escala global gerando o Relatório Brundtland, um trabalho da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que apresentava um conceito de desenvolvimento sustentável. Posteriormente, também de grande relevância, ocorreu a II Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro em 1992 (Eco-92) na qual foram publicados vários documentos, dentre eles a Agenda XXI que defende o equilíbrio entre agricultura e mercado. *Cf.*: ROCHA, 2010, p. 213-4.

⁵⁸⁴ ZELEDON *apud* ROCHA, 2010, p. 213-4.

A partir do século XX o Direito passou a ser visto por vários doutrinadores como “contemporâneo”, denominação reflexa da alteração e flexibilização de vários paradigmas que antes eram tidos como dogmas basilares. A criação do princípio da função social da propriedade influenciou diretamente o Direito Agrário fazendo com que este ramo do Direito, que antes era visto sob o enfoque principal da Reforma Agrária, passasse a ser estudado e analisado como um ramo fundamental do Direito voltado para a proteção do meio ambiente. A concepção integrativa do Direito Agrário com o Direito Ambiental (proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações) possui como um dos estandartes o princípio da função social da propriedade⁵⁸⁵. Relacionar produtividade e preservação ambiental é o grande desafio da atual geração para assegurar uma qualidade de vida às gerações futuras.

Este estudo da função social da propriedade relacionada ao meio ambiente fez com que a dicotomia clássica que dividia os ramos do direito em direito privado e direito público fosse quebrado. A superação do individualismo clássico no século XX deu-se com o estabelecimento dos textos constitucionais como normas supremas de cada país, as quais passaram a dar relevante significado à tutela da pessoa humana repercutindo diretamente em institutos tradicionais do direito privado como o direito de propriedade. A partir dos textos Constitucionais e do reconhecimento dos princípios como norma jurídica, passou-se a ter a noção de que o ordenamento jurídico é uno (por força da aplicação da supremacia do texto constitucional) refletindo nas situações jurídicas subjetivas que tiveram que adaptar-se à concepção de desenvolvimento econômico-social.⁵⁸⁶ Assim, todos os ramos do direito passaram a subjulgar-se a premissas como a solidariedade e a igualdade, fazendo com que os vários ramos do Direito se entrelacem no que denominamos de interdisciplinariedade e/ou transversalidade. Com o Direito Agrário não foi diferente.

O Direito Agrário, desde o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), está voltado para a defesa do meio ambiente atrelada à produção agrária. Toda a legislação envolta ao Direito Agrário, inclusive a Constituição Federal de 1988, tenta criar um estado de harmonia entre o homem e o meio ambiente, entre a busca da preservação do meio ambiente e a produção de alimentos, sendo, inclusive, denominadas como atividades agrárias vinculadas a preservação e conservação do meio ambiente⁵⁸⁷, comportamento positivo requisitado pela concepção contemporânea do Direito Ambiental⁵⁸⁸. O meio ambiente, a partir desta visão, passa a ter

⁵⁸⁵ HIRONAKA, 1997, p. 104.

⁵⁸⁶ TEPEDINO, 2009, p. 175-81.

⁵⁸⁷ HIRONAKA, 1997, p. 99.

⁵⁸⁸ O Direito Ambiental, quando de sua criação, cingia-se a imposições negativas centradas na noção de não poluir, concepção que não pode ser considerada atualmente. Cf.: BENJAMIN, 1993, p. 67.

conexão com todas as atividades humanas. No Direito, o Direito Ambiental passa a relacionar-se com todos os ramos do Direito, dentre eles, o Direito Agrário. Isso se dá pelo fato de que o meio ambiente passa a ser visto como macro-bem distinto dos bens ambientais (águas interiores, atmosfera, terra, saúde, dentre outros) denominados como micro-bem⁵⁸⁹. Assim, o meio ambiente passa a ser visto como um direito difuso não se confundindo com os bens ambientais, ambos, bens de uso comum de interesse para as presentes e futuras gerações. A terra e seu uso, ponto central do Direito Agrário, passa a ser considerada bem essencial da humanidade vez que não há como se falar de critérios no uso e manejo dos recursos naturais na relação homem-natureza sem citar a forma de utilização da terra⁵⁹⁰.

Nesse sentido, superada está a discussão antes existente no Direito Agrário sobre as relações recíprocas da garantia da propriedade e da proteção ao meio ambiente. A propriedade agrária, de acordo com o tônus constitucional, deverá compatibilizar exploração econômica e a proteção dos interesses socioambientais no sentido de estruturar o próprio direito de propriedade sendo o seu fim principal a manutenção dos “*serviços ecológicos prestados pelos recursos naturais renováveis existentes na propriedade*”⁵⁹¹. Concordamos com o posicionamento de Ibraim Rocha quando este afirma que a efetivação da função socioambiental da propriedade deve seguir duas limitações de cunho ambiental ao direito de propriedade. A primeira, seria regulamentada pela legislação agrária incidindo sobre o uso e aproveitamento econômico da terra e dos recursos naturais renováveis. A segunda, seria regulamentada pela legislação ambiental, buscando proteger o meio ambiente, suas qualidades naturais e o manejo dos recursos florestais.

3.5. A ordenação municipal do solo rural e agrário

A ordenação do solo está diretamente relacionada com o direito de propriedade vez que também será uma limitação ao uso da propriedade por seu proprietário em pró do cumprimento da função social da propriedade (urbana e rural), nos termos do art. 182, parágrafo 2º e 186, ambos, da Constituição Federal, e da garantia da qualidade de vida da população local, nos termos do art. 225 também do texto constitucional. A propriedade é um

⁵⁸⁹ BENJAMIM, 1993, p. 53-60.

⁵⁹⁰ FILHO *apud* HIRONAKA, 1997, p. 100.

⁵⁹¹ ROCHA, 2010, p. 215.

dos direitos nucleares de todo o ordenamento jurídico vez que é através dela que o homem poderá produzir e inserir-se no atual sistema econômico capitalista. Este direito integra um valor fundamental da sociedade e deve ser compatibilizado com a tutela do meio ambiente, suporte da vida dos seres vivos⁵⁹².

O meio ambiente está relacionado com tudo aquilo que circunda a vida do homem sendo que o legislador infraconstitucional tratou de defini-lo no art. 3º inciso I da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) como sendo 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”. Vale ressaltar que podemos afirmar ter sido este conceito recepcionado pela Constituição Federal de 1988 vez que este texto constitucional, no art. 225⁵⁹³ *caput* relaciona este direito à “sadia qualidade de vida” tutelando a qualidade do meio ambiente e a saúde, bem estar e segurança da população tratando do meio ambiente natural, do artificial, do meio ambiente cultural e do trabalho⁵⁹⁴. O meio ambiente, visto como macrobem, na Constituição Federal de 1988, é tido como direito fundamental que será instrumento para o cumprimento do tão falado princípio da dignidade da pessoa humana através da garantia da qualidade de vida da população.

Este princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado com o que Celso Antônio Pacheco Fiorillo denominou de piso vital mínimo⁵⁹⁵, que pode ser relacionado com a idéia de componentes básicos integrantes da vida. Esse piso vital mínimo, no Brasil, de acordo com comentário do Autor Rizzatto Nunes sobre a tese defendida por Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁵⁹⁶, somente seria respeitado quando todos os direitos sociais expostos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, atrelados aos preceitos do art. 225 *caput*, também do mesmo texto constitucional, fossem efetivados, ou seja, para estes Autores, o princípio da dignidade da pessoa humana somente seria respeitado quando direitos como a proteção a maternidade e infância, saúde, educação, segurança, lazer, trabalho, previdência social, assistência aos desamparados, juntamente com a garantia de uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações fossem efetivados.

Este ponto de vista é essencial para problematização sobre a relação da ordenação do solo no Brasil. Atualmente, somos denominados “país em desenvolvimento”, no qual, a

⁵⁹² CATALAN, 2009, p. 58.

⁵⁹³ Art. 225. “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”.

⁵⁹⁴ FIORILLO, 2012, p. 76.

⁵⁹⁵ Idem, p. 849.

⁵⁹⁶ NUNES *apud* FIORILLO, 2012, p. 849.

infra-estrutura é precária, a indústria ainda não consegue desempenhar suficiente papel econômico e, ao mesmo tempo, possuímos 90,3% (noventa vírgula três por cento) da nossa população na zona urbana⁵⁹⁷ e a agricultura como meio fundamental de manutenção do superávit da balança comercial⁵⁹⁸. O solo, nos termos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 2º inciso IV da Lei 9.605/98), é a terra entendida como recurso ambiental. A ordenação do solo é diretamente proporcional à garantia da qualidade de vida da população e, assim, ao cumprimento da dignidade da pessoa humana. Tratar desta temática num país como o Brasil, que tem na agricultura ponto essencial da sua economia mas que, ao mesmo tempo, possui a maioria de sua população na zona urbana, releva a importância do localismo pensado numa estrutura global, ou seja, do interesse da população local como meio de efetivação dos direitos sociais descritos no texto constitucional, juntamente com a tratativa da sadia qualidade de vida vinculada ao meio ambiente, também expostos no texto constitucional.

Os Municípios possuem competências privativas, exclusivas, comuns e supletivas, que deverão ser exercidas nos moldes traçados pela Constituição Federal de 1988. A supremacia e unidade sistemática dos dispositivos constitucionais, para o cumprimento dos preceitos traçados no parágrafo supra, deverão ser compreendidos numa linguagem jurídica que foge ao modelo de tradicional. Somente uma explicação das competências municipais estruturada na linguagem juspublicística pós-positivista e dialogal do Estado Democrático de Direito pode precisar o alcance constitucionalmente adequado das competências municipais no campo da regulação sócio-ambientalmente racional das atividades desenvolvidas nas espacialidades agrárias. Aqui, defendemos a competência do Município não apenas para regular sobre Direito Urbanístico no seu Plano Diretor, mas a sua competência para regulamentar toda sua circunscrição territorial (perímetro urbano e rural), sendo lastimável a omissão que observamos, dos Municípios, quanto a devida regulamentação do espaço rural.

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, possui no texto constitucional sua norma suprema devendo, toda a sua legislação infraconstitucional, ser lida a partir da Constituição Federal. E a nossa Constituição Federal é clara ao estabelecer a autonomia dos Municípios como entes federativos autônomos capaz de legislar sobre uma extensa gama de temas desde que obedeça a nossa Carta Constitucional e não vá de encontro com as

⁵⁹⁷

Id.

Disponível

em:

<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=go&tema=indicisoc_mun_censo2010#>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

⁵⁹⁸ No ano de 2011, 47,8% (quarenta e sete vírgula oito por cento) dos produtos exportados pelo Brasil eram produtos primários, sendo que 14,1% (quatorze vírgula um por cento) equivale a produtos semimanufaturados e apenas 36,1% (trinta e seis vírgula um por cento) corresponde a produtos manufaturados. Cf.: Id. Disponível em: http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1331125742.pdf. Acesso em 3 de setembro de 2012.

legislações dos Estados e da União Federal publicadas legitimamente. Nessa perspectiva, os princípios da subsidiariedade, prevalência do interesse e da máxima proteção ao meio ambiente enfatizam o poder instrumental do Município para efetivar direitos garantidos no texto Constitucional. O Município através da regulamentação de Plano Diretor próprio e utilização de seu Poder Normativo, poderá efetivar políticas públicas que garantirão o cumprimento dos direitos sociais expostos no texto constitucional e, assim, poderá garantir o mínimo existencial à população e o cumprimento da tão falada dignidade da pessoa humana.

Através do Plano Diretor o Município regulará todo o seu território (§ 2º do art. 40 da Lei 10.257/01) e não apenas a sua área urbana⁵⁹⁹ garantindo a qualidade de vida da população local. O Plano Diretor será o instrumento de gestão do Município sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local, como expressão das aspirações desta quanto ao progresso de todo o território municipal, no seu conjunto cidade-campo. A política de desenvolvimento urbano efetiva-se de forma ordenada através do Plano Diretor definido pelo art. 182, § 1º da Constituição Federal devendo ser complementado pelo ideário regulamentado no § 2º do mesmo art. 182 da Constituição Federal no sentido de que a propriedade urbana somente cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor devendo constar neste, inclusive, formas de garantir a proteção ao meio ambiente.

A relação cidade-campo influencia diretamente a população local sendo a expansão urbana uma das grandes preocupações da sociedade contemporânea. Cada dia mais o homem está deixando o campo e se concentrando nas cidades as quais não foram preparadas para receber tamanha densidade populacional. De acordo com o IBGE⁶⁰⁰ entre os Censos de 1940 e 2000, a população brasileira aumentou quatro vezes, tornando-se, o Brasil rural, em Brasil urbano vez que a taxa de urbanização passou de 31,3% para 81,2%. No Censo/2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE foi constatado que, atualmente, residem no Estado de Goiás um total de 6.003.788⁶⁰¹ (seis milhões três mil setecentos e oitenta e oito) pessoas sendo que 90,3% (noventa vírgula três por cento) destas estão domiciliadas na zona urbana e, apenas, 9,7% (nove vírgula sete por cento), estão

⁵⁹⁹ Cf.: MEIRELLES, 2003, p. 518-20; MACHADO, 2010, 404; ANTUNES, 2011, p. 100.

⁶⁰⁰ IBGE. Brasil, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=892&id_pagina=1>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

⁶⁰¹ Id. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=go&tema=indicisoc_mun_censo2010#>. Acesso: em 15 de fevereiro de 2012.

domiciliadas na zona rural⁶⁰². Esta aglomeração populacional no meio urbano do município gera transtornos como insuficiência e ineficiência do trânsito, problemas sanitários e de saúde pública, criações de bolsões de pobreza, aglomeração de lixo urbano e falta de aterros sanitários, dentre vários outros aspectos que convivem, atualmente, não apenas com os grandes centros urbanos, mas com os municípios em geral.

O legislador brasileiro, desde 1930, se preocupa com a regulamentação dos espaços urbanos criando, por exemplo, o Decreto-lei n. 25/1937, que cuida da proteção ao patrimônio histórico-cultural, o Decreto-lei n. 58/1937, que estabeleceu normas sobre o parcelamento do solo urbano para venda de lotes a prestações, o Decreto-lei n. 3.365/1943, que trata da desapropriação por utilidade pública, a Lei 4.132/1962, que trata da desapropriação por interesse social, publicou o Código Civil de 1916, que dava caráter absoluto à propriedade, dentre várias outras. Mesmo com uma vasta legislação, os problemas da cidade surgiam e aumentavam a cada dia.

A partir de estudos sobre o crescimento desordenado das metrópoles, que desafiam o Poder Público pelo êxodo rural e pela concentração humana nos grandes centros urbanos, criando uma situação de miséria nos centros rurais, Ricardo Pereira Lima⁶⁰³, com o livro *“Cidades-Jardins do Amanhã”* (obra de 1898 reeditada em 1902), suscitou o desejo da cidade utópica esmagada pela voragem dos fatos e advertiu: *“Dessa forma, dizemos nós, de tanto querer a cidade utópica podemos, quem sabe, salvar a cidade perdida, para criar a cidade viável”*.

A visão holística de mundo estabelecida pela sociedade contemporânea, que deixou de ter o homem como seu centro e passou a ver este mundo como uma teia da vida, da mesma forma que passou a pensar no meio ambiente não mais como apenas o meio natural, mas todo o meio no qual o ser humano convive (natural e cultural), deverá passar a ter uma nova concepção de urbanismo. Tanto do ponto de vista técnico⁶⁰⁴, quanto do ponto de vista jurídico⁶⁰⁵, existem vários conceitos para o termo “urbanismo” vinculando este à zona urbana do município, ora preocupando-se com a disposição sistemática de ruas, edifícios, obras públicas, etc. ora se preocupando com a ordenação dos espaços habitáveis no que se refere a atividades urbanísticas.

⁶⁰² Id. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=go&tema=indicisoc_mun_censo2010#>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

⁶⁰³ LIMA *apud* CASTRO, 1999, p. 291-2.

⁶⁰⁴ MAZAROLLI *apud* MUKAI, 2010, p. 23.

⁶⁰⁵ Cf.: CASTRO, 1999, p. 292; SSILVA, 2006, p. 31.

A partir dessa sociedade contemporânea, o urbanismo deixou de ser apenas estético para ser, também, social, preocupando-se com o desenvolvimento integral da sociedade em busca da unidade e simbiose entre o homem e a natureza. Assim, o urbanismo começa a desvencilhar-se apenas da zona urbana do município e passa a abranger também o campo, e, além disso, deixa de preocupar-se apenas com os aspectos físicos do território. O conceito de urbanismo evoluiu do estético para o social o urbanismo, sob o prisma prático, passou a oferecer soluções para problemas decorrentes da existência e extensão das cidades⁶⁰⁶.

O urbanismo passa a ser o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os denominados “espaços habitáveis”, ou seja, o urbanismo passou a se preocupar com todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer de suas funções sociais (habitação, trabalho, circulação, recreação)⁶⁰⁷. O urbanismo passou a se preocupar em propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade, tornando-se, o meio de organização do espaço para além das restritas fronteiras da antiga denominação de “meio urbano”⁶⁰⁸, se estendendo a todas as áreas da cidade e do campo onde as realizações humanas e/ou a preservação do meio ambiente natural possam contribuir para o bem estar individual e coletivo⁶⁰⁹.

Com a expansão urbana, o “meio urbano” passou a ser visto como um meio diretamente influenciado pelo “meio rural” integrando o meio ambiente de todo o município com foco na qualidade de vida da população local (e, assim, da população nacional)⁶¹⁰. A preocupação com a integração homem-natureza e, ao mesmo tempo, desenvolvimento econômico, gerou no município a preocupação com o desenvolvimento de cidades sustentáveis, que garantam a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. O Plano Diretor é um dos instrumentos que o poder público municipal utilizará para efetivação da cidade sustentável. O Plano Diretor, ao estabelecer regras que regulamentam os espaços urbano e rural (agrário), necessariamente, deverá traçar normas para o planejamento

⁶⁰⁶ MEIRELLES, 2003, p. 490-1.

⁶⁰⁷ Idem, p. 491.

⁶⁰⁸ “A escola racionalista ou funcional, representada por Le Corbusier, Garnier Pieter Ond, Van de Rohe e Walter Gropius, responsáveis pelos “Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna” (CIAM) e pela famosa “Carta de Atenas”, e da escola sociológica ou organicista (PATRICK GEDDES, LE PLAY, LEWIS MUNFORD), a “ciência da organização do espaço, para além das restritas fronteiras das cidades”, noção esta “bem diferente do seu entendimento de há cem anos, abarcando a organização global do espaço, ou seja, a organização de todo o território do país”. Cf.: MUKAI, 2010, p. 24-5.

⁶⁰⁹ MEIRELLES, 2003, p. 492.

⁶¹⁰ Vale ressaltar que há autores que defendem não ser o Município ente federativo, adotam o conceito tradicional de cidade, sendo, esta, composta apenas do meio urbano e da expansão urbana, ou seja, para estes autores, o Plano Diretor deve regulamentar apenas a área do Município vinculado ao meio urbano e à expansão urbana. Cf.: CASTRO, 1999, p. 299.

ambiental⁶¹¹. Atualmente fala-se que há uma complexa cadeia para a proteção ambiental, sendo o Município o elo fundamental para a sua garantia de proteção⁶¹². Tratando o meio ambiente como além do meio ambiente natural e considerando o meio urbano como qualquer espaço habitado pelo ser humano, no exercício do interesse local, o Município poderá traçar normas para regulamentação de atividades agrárias que influenciam diretamente o meio ambiente e a qualidade de vida da população local como meio de efetivar uma cidade sustentável.

Grande problemática vivida pelos Municípios é o exercício da competência comum para defender o meio ambiente e combater a poluição. Os Municípios, apesar de possuírem competência comum para defender o meio ambiente e combater a poluição (art. 23 da CRFB/88), não estão arrolados dentre os entes federativos capazes de legislar sobre o meio ambiente⁶¹³. Isto não significa que o Município não possui competência legislativa em matéria ambiental, mas que o Município, com fulcro no art. 30 da Constituição Federal, através do interesse local e da competência para suplementar legislação federal ou estadual, utilizando-se do Estatuto da Cidade (através do Plano Diretor), e do seu poder normativo, terá competência legislativa para tratar de matéria ambiental. O Município deverá exercer a competência legislativa para tratar de matéria ambiental sendo este, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

EMENTA: Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. 1. Lei estadual que confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por exclui, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União incluídas na competência comum dos entes da Federação, a qual substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (...) cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarrega-los ilimitadamente sobre os Municípios. (...).⁶¹⁴ (grifou-se)

Instituído através de lei municipal, é no Plano Diretor que o Município deverá traçar normas em matéria ambiental para dar legitimidade às políticas públicas a serem

⁶¹¹ PRESTES, 2006, p. 219.

⁶¹² ANTUNES, 2011, p. 100.

⁶¹³ Idem, p. 101.

⁶¹⁴ BRASIL. STF. ADI 2544 MC/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento. 12/06/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJU: 08-11-2002. P. 00021.

efetivadas para garantia de uma cidade sustentável, garantia da qualidade de vida da população local e exigência do cumprimento da função social da propriedade. Nessa perspectiva, o Poder Público municipal poderá tratar de matérias agrárias sem que adentre à competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Agrário. As atividades agrárias serão exercidas dentro da área do Município e deverão ser regulamentadas no Plano Diretor que, conforme já dito, é o instrumento capaz de ordenar o solo municipal incluindo os perímetros urbanos e rural. O fato de existir ou não imóveis agrários na zona urbana do Município e de se limitado ou não o uso da propriedade na zona rural do Município é decorrência do Plano Diretor que, para garantir o bem estar de seus habitantes, poderá ordenar o uso solo para que a propriedade, tanto urbana quanto rural, cumpra sua função social com fundamento no princípio da máxima proteção ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

Durante todo o estudo apresentado na presente dissertação, buscamos demonstrar as relações existentes entre as competências municipais expostas na Constituição Federal de 1988, o sistema de governo adotado no Brasil após a promulgação deste texto constitucional, o constitucionalismo na visão contemporânea e a relação entre o Direito Agrário, Direito Ambiental e o tão falado (e discutido) desenvolvimento sustentável para além de uma visão simplista elaborada pelo senso comum. A partir deste ideário, focamos nosso trabalho no estudo do desenvolvimento ecologicamente equilibrado e na qualidade de vida da população local para fins do desenvolvimento de uma cidade sustentável concluindo que o governo local, atualmente, é o governo que melhor poderá efetivar direitos fundamentais para o cumprimento da tão falada dignidade da pessoa humana.

A partir de tais preceitos, analisamos o sistema federativo desde uma introdução histórica, passando pelo atual sistema federativo e chegando ao sistema federativo adotado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Esta análise evolutiva do sistema federativo até sua implementação (tida como “anômala”) adotada pela Constituição Federal de 1988 foi essencial para a compreensão do tema vez que passamos a visualizar conceitos como soberania, autonomia, democracia, constitucionalismo para além de seus conceitos tradicionais e para o cumprimento de um federalismo do tipo cooperativo (em contraposição ao tradicional federalismo dual) adotado, inicialmente, nos Estados Unidos no início dos anos 30 após a Grande Depressão⁶¹⁵.

Atualmente, percebemos que existe uma crise de legitimidade que circunda a institucionalização do Estado de Direito. A globalização teria potencializado a denominada “crise do Estado Nacional” por ter criado uma nova concepção de soberania na medida em que realocou as fontes de decisões políticas. Nessa sistemática, criou-se também um novo paradigma à democracia, que passou a ser vista para além de ser, meramente, o direito de votar e ser votado, mas para ser instrumento de realização dos valores essenciais de convivência humana que se traduzem na efetivação dos direitos fundamentais do homem.

⁶¹⁵ ALMEIDA, 2010, p. 21.

Tais mudanças de paradigma corroboraram para que o Estado de Direito deixasse de ser um “Estado Legal” e passasse a ser um “Estado Constitucional”.

A evolução do Estado de Direito para este Estado Constitucional denominado, “contemporâneo”, o qual passou a ter o texto constitucional como o centro do seu sistema jurídico sobrelevando a força normativa desta, fez cair o prestígio do positivismo jurídico, da própria lei, relevando os princípios como normas constitucionais. Nessa perspectiva de Estado, a democracia foi efetivada através da criação de canais de comunicação entre a sociedade e o poder estatal criando o que denominamos de Estado Democrático de Direito. Ao consolidar a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito no qual são entes federativos autônomos a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios, a Constituição Federal de 1988 deu relevância ao poder local como meio de instrumentalizar a legitimidade do poder político e, assim, consolidar um dos fundamentos da nossa República, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

A partir desta perspectiva, pensamos ser necessário interpretar a Constituição Federal de 1988 como uma Constituição Jurídica que tem como objetivo possibilitar a integração entre o espaço local e o nacional a partir da cooperação e da subsidiariedade como meios de descentralização do poder estatal. A atuação do governo local influenciará no resultado final da globalidade da federação atendendo melhor aos interesses e necessidades dos cidadãos. Reconhecemos que, atualmente, no Brasil, não existe, de fato, uma federação do tipo cooperativa na qual o governo local ganha relevância. Reconhecemos que, atualmente, existe uma grande concentração da arrecadação pública centrada na União, fazendo com que os Municípios, estejam impossibilitados de efetivar políticas públicas que garantam a qualidade de vida da população local. Entretanto, pensamos que o debate sobre este tema e a atuação do Poder Judiciário, como Poder controlador da constitucionalidade das leis e atos normativos, é essencial para que a nossa atual Carta Constitucional torne, de fato, uma Constituição Jurídica. O texto constitucional de 1988 é suficiente para dar garantia e efetividade aos novos paradigmas desenvolvidos no Estado contemporâneo.

A Constituição Federal de 1988 traçou um sistema complexo de distribuição de competências tornando difícil a delimitação sobre alcance e limites destas competências regulamentadas no texto constitucional criando relações de interdependência entre União, Estados e Municípios, entre o global e o local pautada não numa mera distribuição de poder, mas numa associação de competências. Prezando pela máxima efetividade dos direitos fundamentais (os quais estão no topo da pirâmide para interpretação de quaisquer normas estabelecidas), entendemos que tanto as decisões legislativas (exercício do Poder Legislativo)

quanto as administrativas (exercício do Poder Normativo) deverão ser tomadas no nível mais baixo possível⁶¹⁶ (poder local) núcleo onde as decisões são definidas, efetuadas e executadas.

Especificamente para os Municípios, o Constituinte regulamentou competências explícitas e implícitas determinando competir aos Municípios promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano, bem como executar a política de desenvolvimento urbano e elaborar o Plano Diretor (arts. 30, VIII e 182 da CRFB/88). Além destas competências privativas, caberá ao Município, também, proteger o meio ambiente e combater a poluição além de fomentar a produção agropecuária e o abastecimento alimentar (arts. 182 e 23 VI e VIII da CRFB/88).

Utilizando de tais preceitos constitucionais, o Município, através do Plano Diretor (além de outras normas como as Lei de Uso e Ocupação do Solo), poderá regulamentar o uso do solo municipal fazendo com que este cumpra sua função social, além de efetivar o direito a uma cidade sustentável através da organização e desenvolvimento da relação cidade/campo como meio de garantir a qualidade de vida da população local bem como a dignidade da pessoa humana. Será através do exercício de seu Poder Normativo que o Município poderá regulamentar questões agrárias relacionadas com a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e com a qualidade de vida da população local.

Entendemos que o art. 21, inciso I da Constituição Federal, não pode ser interpretado literalmente. Defendemos que o Direito Agrário é um transversal e interdisciplinar que tem como objeto regulamentar e discutir matérias relacionadas com a terra, o homem e o meio ambiente sendo disciplina que, ao menos, reflete em vários outros ramos do direito, dentre eles o Direito Ambiental. Tal posicionamento é reforçado quando pensamos no exercício do Direito como meio de defender os interesses das presentes e futuras gerações. Com a criação dos denominados “direitos coletivos” vários paradigmas jurídicos foram questionados, inclusive, a noção de propriedade e de produtividade passando, tais questões não mais serem restritivas a um ramo específico do Direito. Atualmente, com a degradação do meio ambiente nos últimos 30 anos⁶¹⁷, é essencial pensarmos não na função social da propriedade, mas na sua função socioambiental; é essencial pensarmos não na questão “propriedade” como núcleo do Direito Agrário, mas na questão “socioambiental” da propriedade.

⁶¹⁶ Posicionamento defendido por José Alfredo de Oliveira Baracho ao discorrer sobre o princípio da subsidiariedade e sobre o processo de descentralização política e administrativa. Cf.: BARACHO, 1996, p. 1-2.

⁶¹⁷ FILHO *apud* ROCHA, 2010, p. 215-6.

O Município utilizará de suas competências privativas, exclusivas, comuns e supletivas, a serem exercidas nos moldes traçados na Constituição Federal para fins de ordenar o solo municipal, limitando o uso da propriedade em pró do cumprimento da função social desta, garantia da qualidade do meio ambiente da população local prezando pelo desenvolvimento local sustentável através da efetivação de uma cidade sustentável. A relação cidade-campo influencia diretamente a população local devendo ser pensado, o desenvolvimento sustentável, como um tripé formado desenvolvimento social, ambiental e econômico relacionando-se com princípios constitucionais como o da proteção ao meio ambiente, inclusão social, desenvolvimento econômico, preservação da memória cultural, gestão pública participativa dentre outros⁶¹⁸.

O Município, nos termos expostos na Constituição Federal de 1988, como ente federativo mais próximo do cidadão, é o ente federativo detentor de instrumentos capazes de garantir o cumprimento da função social da propriedade, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado preservando-o para as presentes e futuras gerações garantindo o bem estar da população local/global e, assim, efetivando a tão falada dignidade da pessoa humana. Para a efetivação de tais normas-princípios, o Município poderá exercer de seu poder normativo regulando questões agrárias. Entretanto, como já relevado neste trabalho, sabemos que, de fato, ainda há grande concentração de poderes na União impedindo que os Municípios exerçam os poderes-deveres expressos no Corpo Constitucional e garanta uma efetiva qualidade de vida para as presente e futuras gerações numa perspectiva glo-cal.

⁶¹⁸ ALEXY *apud* COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 282.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALVARENGA, Octavio Mello. *Direito Agrário e Meio Ambiente*. Na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Direito Ambiental*. 8 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARROSO, Lucas de Abreu. *A função sócio-ambiental da propriedade agrária*. In.: Revista Eletrônica de Direito Ambiental. N. 19 de julho de 2009. ISSN 1576-3196. Link: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/> acessado em 21 de agosto de 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIN Antônio Herman V. Função Ambiental. In.: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. In. JUNIOR, Jarbas Soares, GALVÃO, Fernando (org.). *Direito Ambiental. Na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. *O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa*. In.: Revista Jurídica. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 1-18, abr./maio, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 4 ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 1983.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, 5 de outubro de 1988.
- _____. IBGE. Brasil, 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=go&tema=indicoc_mun_censo2010#>. Acesso: em 15 de fevereiro de 2012.
- _____. IBGE. Disponível em: <[HTTP://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=892&id_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=892&id_pagina=1)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

- _____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001.
- _____. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Disponível em: http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1331125742.pdf . Acesso em: 3 de setembro de 2012.
- BRAZ, Petrônio. *Direito Municipal na Constituição*. 4 ed. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
- CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. *Competências Constitucionais dos Municípios para Legislar sobre Meio Ambiente*. Curitiba: Letra da Lei, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 6ª ed. rev. atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- _____. José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 4ª ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.
- CATALAN, Marcos. Limitações ao Direito de Propriedade no Código Florestal e a Recepção da Matéria pelo Código Civil. In.: *Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente*. ISSN 2176-848X. v. 14. nov. 2009.
- CLARK, Giovani. *O Município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. *A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo*. In.: *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. V. 9: 261-291, 2011.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. *A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinariedade do direito*. In.: *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 9-24. Janeiro/Junho de 2011.
- COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; JUNIOR, Nelson Nery; MEDAUAR, Odete. *Políticas Públicas Ambientais. Estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 4 vl. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FARIA, Elisa Teixeira de. *Globalização e Autonomia Municipal*. *Revista de Direito Municipal – RDM*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 47-63, abr/jun. 2003.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- FERNANDES, Jeferson Nogueira. *O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RDA 50, abr.-jun./2008.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- _____. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. Porto Alegre: UE/Porto Alegre, 1997.
- FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. *Direito Agrário e Meio Ambiente*. In.: LARANJEIRA, Raymundo. *Direito Agrário Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 507-19.

- _____. *Direito Agrário e Meio Ambiente*. In.: LARANJEIRA, Raymundo. *Direito Agrário Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 507-19.
- FILHO, Robério Nunes dos Anjos. *A função social da propriedade na Constituição Federal de 1988*. Artigo publicado no site www.juspodium.com.br acesso em: 20 de setembro de 2010.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREITAS, Wladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. Equilíbrio Ambiental no Espaço Urbano. In.: *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*. n. 8, mar. 1995.
- _____. Parecer. In.: *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRAZIERA, Maria Luiza Machado. *Meio Ambiente Urbano e Sustentabilidade*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RDA 48, out.-dez. 2007.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local*. Uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Rio Grande do Sul: EDUNISC, 2007.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JUNIOR, Vítor de Azevedo Almeida; CAMPELHO, Livia Gaigher Bósio. *O princípio da subsidiariedade e a efetividade jurídica das normas ambientais: repercussões e convergências no Estado brasileiro*. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. ISBN nº 978-85-87995-80-3. Manaus, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo*. In.: *Revista Trimestral de Direito Público-26*. Santos, 1999.
- LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do Direito Agrário*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1981.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Enrique Leff; tradução de Sandra Venezuela; revisão técnica de Paulo Freira Vieira. São Paulo: Cortez, 2001.
- LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 22, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18 ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.
- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 8 ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. *Desenvolvimento Sustentável. Estudo de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança*. Curitiba: Paraná, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10 ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 1973.

- MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 4. ed. rev. ampl. Belo horizonte: Editora Forum, 2010.
- NETO, Manoel Carlos de Almeida. *O novo controle de constitucionalidade municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- OLESKOVICZ, Carlos Henrique. *Direito Agrário*. 2. ed. Brasília: Fortium, 2011.
- OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito Agrário na Constituição Vigente*. Curitiba: Juruá, 2004.
- PATARO, Gustavo. *O Município com Lugar Ideal para Estabelecimento de uma Relação Dialógica entre o Poder e o Povo: Experiências Concretas e Novas Perspectivas*. In.: Revista de Direito Municipal. n. 08. Abril/junho. 2003.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Estado Democrático de Direito. In: GOMES, Alexandre Travessoni (org.). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTR, 2011.
- PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. A Teoria da Função Social da Propriedade e seus Reflexos na Acepção Clássica de Propriedade. In.: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- POPPER, Karl Raymund. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1975.
- PRESTES, Vanêscia Buzelato. Municípios e meio ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: PRESTES, Vanêscia Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 19-50.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel Agrário*. Agrariedade, ruralidade e rusticidade. 1 ed. 1 reimp. Curitiba: Juruá, 2008.
- ROCHA, TRECCANI, BENATTI, HABER, CHAVES, Ibraim, Girolamo Domenico, José Heder, Lilian Mendes, Rogério Arthur. *Manual de Direito Agrário Constitucional*. Lições de Direito Agroambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vl. 5. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RYAN, Alan. *A propriedade*. Lisboa: Estampa, 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed rev e atual São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio. Efeitos da Lei de 1850*. São Paulo: Editora da Unicamp, 1996.
- SILVEIRA, Patricia Azevedo da. *Competência Ambiental*. Curitiba: Juruá, 2002.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Novos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *O papel do Município no Federalismo Brasileiro*. In: MAGALHÃES, ROCHA, José Luiz Quadros de, Carlos Alberto Vasconcelos. *O Município e a Construção da Democracia Participativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VIEGAS, Thaís Emília de Sousa. *Zoneamento Ambiental e Colisão de Direitos no Espaço Urbano de São Luís*. In. LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (org.). *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri/SP: Manole, 2004.