



Recebido em 21 abr. 2015

Aceito em 09 maio 2015

O PROBLEMA DO LICENCIAMENTO DE GRANDES EMPREENDIMENTOS PRIVADOS EM FACE DO DIREITO URBANÍSTICO: ANÁLISE DE UM CASO EMBLEMÁTICO NA PERIFERIA DA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO

*Alex Ferreira Magalhães**

*Laura Marques dos Santos Fernandes Alves***

*Angel Costa Soares****

*Juliana Leite de Araújo*****

RESUMO: O presente artigo apresenta reflexões a respeito de um caso de licenciamento de grande empreendimento privado no município de Duque de Caxias (RJ), tomado como exemplo ilustrativo das disputas em torno do planejamento das cidades brasileiras e do que se costuma definir como *direito à cidade*. Com base na análise da legislação, dos processos de licenciamento e de dados empíricos, discutem-se problemas envolvidos no caso, como o grau de compatibilidade do empreendimento com o Plano Diretor, as deficiências da avaliação de impactos, as irregularidades nos processos de licenciamento, a não observância do devido processo legal, a judicialização do conflito, e o papel do movimento social de resistência à implantação desse empreendimento.

Palavras-chave: Grandes projetos urbanos. Licenciamento. Direito à cidade. Devido processo legal.

* Professor do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional (IPPUR), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e coordenador do grupo de pesquisa “Transformações estruturais do Direito Urbanístico brasileiro contemporâneo”; Correio eletrônico: alexmagalhaes@ippur.ufrj.br

** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – RJ e bolsista do grupo de pesquisa “Transformações estruturais do Direito Urbanístico brasileiro contemporâneo”; Correio eletrônico: laurecaalves@gmail.com.

*** Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal Fluminense e bolsista do grupo de pesquisa “Transformações estruturais do Direito Urbanístico brasileiro contemporâneo”; Correio eletrônico: angelcosta@id.uff.br

**** Advogada. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico, Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Mestranda em Planejamento Urbano e Regional pelo IPPUR-UFRJ. Correio eletrônico: jullyuff@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Em maio de 2014, o movimento social intitulado *FORAS – Fórum de Oposição e Resistência ao Shopping*, composto de mais de 20 entidades sindicais e populares atuantes no município de Duque de Caxias, trouxe ao grupo de pesquisa (e à universidade, de modo geral) uma demanda de prestação de esclarecimentos técnicos acerca de um projeto de construção de um shopping Center – e outros estabelecimentos a ele associados – na área central daquele município.

Segundo a notícia trazida pelo movimento, trata-se de um empreendimento de grande porte, que coloca em risco a última área verde que restou no Centro duquecaxiense, além de ameaçar produzir impactos negativos significativos à vizinhança, resultantes do brutal adensamento que o mesmo acarretará, caso seja implantado. Entre esses impactos, mencionaram aqueles relacionados ao trânsito na área central desse município, à visibilidade e à segurança de edificações de relevância histórico-cultural, como a Igreja Matriz de Santo Antônio e a Escola Municipal Doutor Álvaro Alberto, ao agravamento dos problemas já existentes com o abastecimento de água, além de afetar o tradicional “comércio de rua” do calçadão de Duque de Caxias. Isto sem falar no malogro de um projeto de criação de um parque urbano na aludida área, à semelhança do que ocorre no Rio de Janeiro, que dispõe de espaços como o Campo de Santana e o Passeio Público, dentre outros, equipamentos públicos tidos como “intocáveis” no contexto da capital.

A partir daí, o grupo de pesquisa dedicou boa parte de suas atividades do 2º semestre de 2014 ao estudo do projeto em questão, além de participar de inúmeras atividades de discussão do mesmo, tendo respondido à demanda do movimento através da organização e entrega de um estudo técnico, além de contribuir com uma apresentação em audiência pública de iniciativa do mesmo FORAS e com a propositura de ações judiciais que questionam o aludido projeto.

Assim, o empreendimento aqui debatido consiste no que se pode chamar de um “*complexo de multiatividades*”, constituído por um shopping, duas torres comerciais, um hotel-residência e um estacionamento para quase 1.300 veículos. Segundo o respectivo projeto, estima-se que contará com um mix de 303 lojas, voltadas ao segmento socioeconômico da chamada “classe C”, distribuídas em quatro pisos, além de espaço para lazer (cinema, rинque de patinação, etc.). O volume de investimentos anunciado é de cerca de R\$ 218 milhões e inúmeras grandes lojas e marcas já teriam manifestado interesse em alocar-se no futuro shopping, que se situaria na Avenida Presidente Kennedy, uma das principais vias que cruza o centro da cidade caxiense, conforme ilustra a imagem abaixo, figurativa da construção projetada.

Através de análise dos documentos apresentados pela empresa ABL Shopping, responsável pelo projeto do empreendimento, pelo movimento FORAS, e pela Prefeitura de Duque de Caxias, pudemos destacar alguns pontos para reflexão e problematização a respeito do caso. Assim, o presente artigo visa analisar as vicissitudes do processo do licenciamento do empreendimento aqui identificado, bem como discutir os meios e as técnicas utilizadas pela empresa

construtora, a fim de concretizar o empreendimento, além de considerar o papel desempenhado pela chamada “sociedade civil”, no conflito suscitado pela tramitação dos pedidos de licença ambiental e edilícia para sua instalação. Trata-se de um conflito que consideramos bastante representativo dos atuais dilemas que envolvem o desenvolvimento das cidades brasileiras, tema que alcançou status constitucional em 1988, quando a carta magna brasileira, pela primeira vez, recepciona um capítulo destinado à política urbana, sendo seguida, nos anos seguintes, pelas cartas estaduais e municipais.

2 IMPACTOS ECONÔMICOS E URBANÍSTICOS DO PROJETO SOB ANÁLISE

2.1 Impactos sobre atividades econômicas

Criado em 31/12/1943, o município de Duque de Caxias tornou-se um dos mais importantes do estado do Rio de Janeiro. É um dos 21 municípios que integram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (cf. imagem abaixo), numa de suas sub-regiões conhecida como *Baixada Fluminense*, situada na fronteira norte do município do Rio de Janeiro, objeto de acelerada conversão de rural em urbana ao longo do período áureo da industrialização da região sudeste brasileira, que situaríamos entre as décadas de 1930 e 1970. A Baixada Fluminense concentra grande percentual de população oriunda do nordeste brasileiro, bem como dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, que migrou para lá no período acima assinalado, por força das transformações socioeconômicas e territoriais pelas quais o país passava no período.

A formação dessa região apresenta, até os dias de hoje, um padrão de urbanização com grandes deficiências de infraestrutura, de acesso a serviços públicos e de adequação da moradia. De outro lado, concentra enorme contingente populacional,¹ composto em geral de trabalhadores com baixo grau de qualificação, muitas vezes inserido em postos de trabalho precarizados, o que faz com que predomine na região um perfil socioeconômico que oscila entre classes médias inferiores e classes pobres, que foram fortemente impactadas, em termos de incremento de poder de compra, pelas políticas de transferência de renda do período 2003-2014.

Em que pese o fato de sua população ser tendencialmente pobre, o município de Duque de Caxias ostenta o posto de 2º maior orçamento municipal do estado do Rio de Janeiro, somente superado pela capital.² Cortado pela Rodovia Washington Luís (a BR-040), que liga o Rio de Janeiro a Brasília, e também favorecida por sua relativa proximidade em relação a capital fluminense, o município caxiense tem recebido expressivos investimentos industriais, públicos e privados, desde sua origem, passando pelas indústrias automobilística, petroquímica e mo-

1 Calculada em mais de 3 milhões de habitantes, sendo que mais de 800 mil destes residem em Duque de Caxias (o que corresponde a mais de 5% da população do estado), conforme dados do Censo / IBGE de 2010.

2 O ORÇAMENTO fiscal de 2013, da Prefeitura Municipal de Duque de Caxias, estimou a receita bruta desse município em quase 2 bilhões de reais. Capital: mercado e negócios, São Paulo, 10 jun. de 2013. Disponível em: <<http://www.jornalcapital.jor.br/materias/3970-arrecadacao-de-duque-de-caxias-ja-passou-de-r-1-bilhao.html>>. [acesso em 1º/03/2015]

veleira. A Refinaria de Duque de Caxias (REDUC), unidade da Petrobrás instalada em 1961, converteu o município em um dos mais importantes polos industriais do país. No entanto, seja em termos de acesso ao mercado de trabalho, seja em termos de acesso a serviços públicos e a equipamentos de educação, cultura e lazer, o município ainda depende fortemente da capital, o que permite a conclusão de que entre eles ainda vigora a clássica relação centro-periferia, não obstante as transformações que esta vem sofrendo.

O Centro de Duque de Caxias, onde se pretende implantar o empreendimento em questão, é conhecido por sua grande área comercial, que atende não só aos moradores dessa região, como também aos de vários bairros vizinhos, e até mesmo de bairros do subúrbio do município do Rio de Janeiro, em busca das variedades e do bom preço.

Muito próximo ao sítio destinado ao empreendimento encontra-se o *Calçadão*, uma área exclusiva para pedestres, cercada de lojas e galerias comerciais, composto por segmentos da Avenida Nilo Peçanha, Rua Manuel Correia, Rua José de Alvarenga e Rua André Rebouças, e que tem como principal atrativo as atividades de serviços, alimentação e vestuário.

A preocupação dos comerciantes locais, com a chegada de um grande Shopping Center localizado tão próximo do Calçadão e das outras diversas ruas de lojistas, e ainda com a proposta de atingir o mesmo público – ou segmento socioeconômico – é que os consumidores se voltem em sua maioria para o Shopping, já que fatores “óbvios”, como o calor e o excesso de pessoas nas ruas do Calçadão, tornem o novo empreendimento mais agradável e atrativo. A desvantagem competitiva dos lojistas tradicionais tende a se agravar em função de outros fatores como a propaganda, que inexistente para esse grupo, de forma unificada, ao contrário do shopping, diariamente *glamourizado* nos grandes veículos de marketing.

Um estudo realizado pelo Professor Marcelo Gomes Ribeiro (RIBEIRO, 2014),³ levantou uma breve caracterização do perfil regional do município de Duque de Caxias, a partir da participação populacional, número de domicílio, renda média e renda mensal total, de modo a demonstrar o potencial econômico desse município. Nele, os grupos (ou as classes) de renda mais frequentes dentre a população são: C1 (26,5%), C2 (23,3%) e D (22,9%), cuja renda é apontada no quadro abaixo.

Classe	Intervalo de renda (R\$)	Renda média domiciliar mensal (R\$)
C1	De 1.709 a 3.416	2.425,00
C2	De 1.142 a 1.708	1.412,00
D	De 652 a 1.141	943,00
E	Até 651	538,00

Há um total de 2.829 estabelecimentos distribuídos nos 9 diferentes polos comerciais que compõem o Calçadão, sendo que as atividades de serviços, alimentação e vestuário con-

³ Professor Adjunto do IPPUR/UFRJ.

centram 61% das atividades existentes. Tais atividades também são o foco do novo empreendimento, que também oferecerá atividades de lazer e hotelaria.

Ainda de acordo com o estudo de Ribeiro (2014), seria possível a implantação de um shopping Center de pequeno porte, porém deve-se revisar a análise mercadológica apresentada pela empresa construtora, por ela ter desconsiderado estudos mais consistentes sobre o potencial construtivo, como:

- O município de Duque de Caxias participa com apenas 4,6% da renda total da Região Metropolitana, mesmo concentrando 7,3% de sua população;
- A taxa de crescimento anual da população de Duque de Caxias é de apenas 0,98%, abaixo, portanto, da taxa de reposição.

Como a análise do potencial de mercado não deixa clara a metodologia utilizada, fica difícil avaliar se a inserção desse empreendimento potencializa a dinâmica econômica da região onde se pretende que seja instalado ou se isso acarretará em fechamento de lojas e comércios de rua já existente, tal como já se verificou com relação a algumas atividades “de rua” na cidade do Rio de Janeiro, como é o caso emblemático dos cinemas.

2.2 Impactos sobre o sistema viário

Há uma situação de saturação do uso do espaço onde se propõe construir o empreendimento em tela, tendo em vista a precariedade das infraestruturas existentes, o que é assaz verificável quando consideramos a situação do sistema viário em toda a área central de Duque de Caxias, cuja avaliação de encontrar-se em estado de saturação é bastante antiga.

O edifício que abrigaria o empreendimento seria construído no perímetro definido pelas seguintes vias: Av. Presidente Kennedy, Rua 25 de Agosto, Rua Deputado Romeiro Júnior e Rua José de Alvarenga. No respectivo projeto, apresentam-se dois estudos de tráfico, porém, de acordo com análise realizada pelo Professor Jorge Antônio Martins (MARTINS, 2014),⁴ nos estudos apresentados observa-se grande disparidade de resultados. Tais como:

“Entre os três modelos de veículos adotados como referência para o estudo, a empresa consultora, alegando ser o modelo mais recente, preferiu considerar tão somente as estimativas do modelo da CET-SP (2011). Ressalte-se que o modelo escolhido foi desenvolvido para a capital paulista, cujos shoppings centers apresentam características distintas dos shopping centers cariocas, sobretudo no que concerne aos hábitos das populações das duas cidades.”

O estudo de autoria da empresa *M2A - Engenharia e Consultoria*⁵ foca apenas na entrada dos veículos no estacionamento do Shopping, não levando em consideração os congestionamentos que serão causados pela descida de carros da Rua Belisário Pena para a Av. Presidente

4 Professor Adjunto da UFRJ e pesquisador-líder do laboratório Mobile-LAB.

5 Responsável por um dos estudos de impacto viário submetidos à Prefeitura de Duque de Caxias, no âmbito do processo de licenciamento do estabelecimento.

Kennedy, que, como facilmente percebido pelos usuários que circulam no local, já tem uma movimentação normalmente muito lenta, mesmo sem o shopping.

A empresa apresenta o fluxo de carros do local e propõe uma mudança do mesmo, contudo nenhum deles estabelece uma solução para a absorção desse impacto negativo. Em ambas as opções ilustradas abaixo o fluxo vai para a Av. Presidente Kennedy.

Além dos problemas com congestionamentos, também deve ser considerada a alteração da qualidade do ar, pelo excesso de lançamento de monóxido de carbono (CO), gerado pela grande quantidade de veículos automotores retidos por longos períodos no entorno do empreendimento, alterando o clima e originando ilhas de calor.

2.3 Impactos sobre a morfologia urbana

No estudo de Martins (2014), ele concluiu que, do ponto de vista morfológico, o empreendimento se revela com uma volumetria que contrasta significativamente com o seu entorno.

Por exemplo, a lateral do empreendimento voltada para a Rua Belisário Pena, apesar de consumir *quase todo o quarteirão*, será ocupada por empena cega da fachada principal, não contendo sequer vitrines voltadas para o passeio público. Desse modo, não manterá nenhuma relação com seu entorno imediato e, logo, o espaço público perde a função de acesso lindeiro (ao longo de sua extensão), concentrando-se o acesso de pedestres a dois únicos pontos do edifício, pontos esses distantes entre si.

Isto tende a diminuir a percepção de segurança pública ao longo da via por parte da população, não servindo o empreendimento para valorizar a vida comunitária em seu próprio perímetro.

2.4 Impactos sobre o patrimônio edificado

Um dos vizinhos e confinantes do estabelecimento questão consiste na Escola Municipal Dr. Álvaro Alberto, estabelecida na mesma quadra em que se prevê a instalação daquele.

Essa escola foi vistoriada no dia 12/11/2014, devido ao recente aumento das rachaduras existentes na quadra de esportes localizada nos fundos do terreno. Estima-se que tais rachaduras estejam sendo provocadas pelas intervenções de preparação do terreno para a execução da obra, no âmbito das quais foi promovido corte de mais de uma centena de árvores que permeavam o imóvel indicado para abrigar o empreendimento, realizado em junho de 2014, e com evidências de irregularidade.

O que ocorreu foi um progressivo afundamento do piso, verificado pelos buracos na quadra, que chegavam a aproximadamente 25 a 30 cm de profundidade. Da mesma forma, apareceu na extremidade de um dos muros, junto à quina dos fundos do terreno, uma trinca horizontal. A origem dessas rachaduras, assim como o “piso oco”, deve-se, provavelmente, ao rápido e recente afundamento do solo. Tanto a quadra quanto o muro estão perdendo sustenta-

ção. Acredita-se que a poda da vegetação do terreno vizinho expôs o solo, que é de topografia inclinada, e agora há uma nova erosão, que não existia devido à proteção arbórea.

Na extremidade oposta do terreno encontra-se a Igreja Matriz de Santo Antônio, que também é outra edificação que provavelmente sofrerá danos físicos e paisagísticos, em função do tamanho desproporcional do empreendimento em questão, já que também ficará contígua a ele e que, em sua lateral também será erguida parede com empina cega, de altura superior ao topo da Igreja, o que bloqueará toda a sua visibilidade, oriundas de simulação elaborada a partir dos parâmetros construtivos de ambas edificações.

3 O GRAU DE COMPATIBILIDADE DO EMPREENDIMENTO COM O PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO

A Lei Complementar municipal nº 01, de 31/10/2006, instituiu o 1º Plano Diretor de Duque de Caxias, já nos estertores do prazo fixado pelo Estatuto da Cidade, que vencera em 10/10 daquele mesmo ano.

Cumprindo uma das tarefas elementares dessa peça legislativa - e de planejamento urbano - o Plano fixa, em seus artigos 38 e seguintes, um *macrozoneamento* do território municipal, fracionando-o, basicamente, em três macrozonas (desconsiderando-se, aqui, as zonas especiais e áreas de reserva), a saber: Zona de Ocupação Controlada – ZOC, Zona de Ocupação Básica – ZOB e Zona de Ocupação Preferencial – ZOP.

A partir desse Plano, a região central do município, integrante do que se convencionou chamar de “1º Distrito” - isto com base no diploma legal que o criou (o Decreto Lei nº 1.055, de 31/12/1943) - passa a ficar contida no que ele define como ZOC, conforme, inclusive, é atestado no *certificado de zoneamento*, expedido pela municipalidade em favor dos responsáveis pelo empreendimento objeto de análise.⁶

No dizer do Plano Diretor, as “*Zonas de ocupação controlada são as que apresentam restrições a uma ocupação mais intensiva do solo*” (art. 41). As diretrizes para essa macrozona, estabelecidas no artigo seguinte, determinam: a *reversão de processos acentuados de adensamento urbano*; a instalação de infraestruturas (em especial *sistema viário, macrodrenagem, esgotamento e abastecimento d’água*) antes da ocupação do solo e a *gradação da intensidade da ocupação em áreas limítrofes de paisagens notáveis*.

À luz dessas premissas, parece-nos forçoso reconhecer que o projeto de edificação pretendido pelo empreendedor situa-se na contramão da disciplina do macrozoneamento estabelecida no Plano Diretor, que, nunca é demais recordar, constitui “o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, conforme prescreve a Lei Maior brasileira. Isto porque:

6 Secretaria Municipal de Planejamento, Habitação e Urbanismo, Processo administrativo nº 018.363/13, fls. 10, certidão nº 650/2013, expedida a requerimento de Julio Cesar Vieira França.

1. representa forma ultra-intensiva de aproveitamento do solo, com área edificada equivalente a quase sete vezes a área do terreno;
2. agrava o adensamento de área indiscutivelmente saturada, conforme tacitamente reconhecido no Plano Diretor;
3. substitui as poucas casas térreas - ou, no máximo, com sobreloja - e centenas de árvores existentes no terreno por uma edificação de mais de 20 pavimentos;
4. promove fortíssimo adensamento sem que tenham sido previamente ampliadas as redes de macrodrenagem, esgotamento e abastecimento d'água, além do sistema viário;
5. instala edificação de altíssima intensidade precisamente ao lado de uma das edificações mais emblemáticas do município - a Catedral de Santo Antônio - sobre cujo valor histórico, cultural, religioso, paisagístico e afetivo para o município e região também já foi reconhecido no Plano e na legislação municipal, e que restará inevitavelmente “escondida”, “diminuída” e “encurralada” por uma estrutura de volume excepcionalmente maior do que ela (e do que todo o entorno), tal como nas simulações apresentadas nesse estudo.

Tal ordem de coisas impõe a compreensão das licenças urbanísticas demandadas pelo empreendedor jamais como ato jurídico vinculado da administração, e, logo, direito líquido e certo do empreendedor, em função, por exemplo, da já certificada compatibilidade do uso pretendido com a legislação municipal que estabelece o zoneamento, mas sim como ato discricionário. Isto porque há um conjunto de outras circunstâncias, de hierarquia superior, a serem consideradas no processo decisório a cargo do município, tais como as diretrizes estabelecidas pelo Plano Diretor para as macrozonas em que se dividir o território do município, além daquelas outras sistematizadas no presente estudo. Nesse sentido, cabe invocar o magistério de diversos autores, desde o seminal – e já clássico! – estudo de José Afonso da Silva (SILVA, 1998) até a recente monografia de ROCCO (2009).

Tratam-se de normas que adquirem prevalência sobre as vetustas concepções do “*direito de construir*”, concebido aos moldes civilistas, uma vez que constituem “*exigências fundamentais de ordenação da cidade*”, estabelecendo o modo como “*a propriedade urbana cumpre a sua função social*” (art. 182, § 2º, da Constituição da República). O procedimento administrativo de licenciamento do empreendimento permite ao administrador público aferir os elementos de oportunidade e conveniência da obra no seu mister constitucional de regular e direcionar a ocupação urbana adequada, em especial quando a nova atividade pode gerar impactos significativos em sua vizinhança.

No entanto, mesmo se adotada uma concepção reducionista do licenciamento de obras e empreendimentos, vendo nele um puro e simples exame da adequação do projeto aos índices e parâmetros de uso e ocupação do solo definidos na legislação municipal - hipótese que admitimos apenas por amor ao debate - ainda assim o projeto em questão não poderia atenderia aos requisitos para a sua aprovação, face aos dispositivos do mesmo Plano Diretor que visam

estabelecer o controle do adensamento urbano.

Nesse sentido, há que se atentar para o seu Anexo IX, que admite o coeficiente máximo de aproveitamento do terreno de 2,4 na área do empreendimento em questão. Considerando-se que a área do imóvel que abrigará o referido estabelecimento é de 11.718,72 m², o máximo de área construída licenciável nessa macrozona seria de 28.124,93m², resultante da multiplicação da área do terreno pelo coeficiente máximo admitido no Plano. No entanto, observamos que o projeto de edificação do shopping, nos termos da licença de construção outorgada em 23/08/2012,⁷ possui uma A.T.C. de 71.880,69m², área que excede em mais de duas vezes e meia (255,6% para ser exato) o limite legalmente estabelecido, configurando um aproveitamento bruto do terreno de incríveis 6,13.

Como é de comum conhecimento, o coeficiente de aproveitamento máximo definido no Plano Diretor é insuperável, não podendo ser ultrapassado mesmo mediante pagamento de contrapartida por parte do interessado, limite acima do qual o espaço aéreo adquire a característica de área *non aedificandi*. Admitir o oposto, seria flexibilizar todo o planejamento da cidade e ensejar a sua compra pelos agentes com poder econômico.

Por todas essas razões, parece inescapável a adequação do projeto em questão às normas do Plano Diretor referentes ao controle do adensamento urbano excessivo, o que, aliás, é uma das diretrizes do próprio Estatuto da Cidade - art. 2º, VI, alíneas “b”, “c” e “d”.

4 AS DEFICIÊNCIAS DA AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS

Já houve tempo que causava certa estranheza, senão resistência, falar em avaliação de impactos ambientais no âmbito do processo de instalação de empreendimentos inseridos em áreas urbanas, visto que, em geral, tais áreas já se encontram bastante antropizadas, tomadas por construções e com pouquíssimas áreas verdes. As exceções ficavam por conta, logicamente, dos casos onde houvesse algum aspecto natural (como o relevo ou a existência de cursos d’água, por exemplo) que atraísse a proteção das normas ambientais “puras”, se é que assim podemos classificá-las.

Esse aparente afastamento, ou ao menos subsidiariedade, das normas ambientais em relação às atividades e relações desenvolvidas no meio urbano há muito já foi superado pela legislação, doutrina e jurisprudência, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, que criou as condições que, eventualmente, estariam ausentes, no sentido de que a tutela ao meio ambiente permeasse também toda a regulação da construção e desenvolvimento dos espaços urbanos e das relações de convivência social nas cidades.

Em outras palavras, a partir da Constituição Federal de 1988, *a cidade passa a ter natureza jurídica ambiental*, deixando de ser observada, pelo plano jurídico, tão somente com

⁷ Conforme Secretaria Municipal de Planejamento, Habitação e Urbanismo, Processo administrativo nº 35.803/2012, p. 107 e 108, alvará de licença nº 126, solicitado por Luis Carlos Jorge Romeiro.

base nos regramentos adaptados aos bens privados ou públicos, para ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental de forma mediata, *e de forma imediata*, tudo isto em decorrência das determinações constitucionais contidas nos arts. 182 e 183 da CF (FIORILLO, 2010, p. 445).

A cidade hoje é compreendida dentro do próprio conceito de meio ambiente. É o meio ambiente artificial, que abrange o espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e equipamentos públicos (FIORILLO, 2010, p. 72). Pode-se dizer que o ambiente construído consubstancia ainda os esforços e as conquistas da população e suas condições de vida e de trabalho, onde o desperdício ou mau aproveitamento do espaço, da matéria e da energia constitui um desajuste ambiental (FIORILLO, 2010, p. 347 e 355).

Nesse contexto, a variável ambiental vem sendo cada vez mais introduzida na realidade municipal, a fim de assegurar a sadia qualidade de vida para o homem e o desenvolvimento de suas atividades produtivas. Exemplo disso é a inserção de princípios ambientais em Planos Diretores e leis de uso do solo, bem como a instituição de Sistemas Municipais de Meio Ambiente e a edição de Códigos Ambientais municipais (MILARÉ, 2011, p. 351).

Em relação ao cabimento e abrangência do licenciamento ambiental, a regra geral é que a implantação de qualquer atividade ou obra efetiva ou potencialmente degradadora do meio ambiente deve submeter-se a análise e controle prévios, para efeitos de autorização/licenciamento, onde serão verificados possíveis riscos e impactos ambientais a serem prevenidos, corrigidos, mitigados e/ou compensados.

O meio ambiente urbano, no entanto, tem sua dinâmica própria, de modo que as exigências ambientais que lhe são aplicáveis não são as mesmas que gravam os empreendimentos e as outras interferências do homem nas áreas com fortes características de elementos naturais (MILARÉ, 2011, p. 507). Da mesma forma, o licenciamento ambiental das principais atividades observadas nas cidades terá que observar e atender às particularidades intrínsecas a essa dinâmica, que é bem própria.

Isso não significa, porém, que, nas cidades, não possa haver empreendimentos com potencial de causar impactos ao meio ambiente de magnitude igual, ou mesmo superior, à instalação de uma unidade industrial, por exemplo. É o que ocorre justamente quando estamos diante da instalação de um grande shopping center, como no caso em comento, o qual não causa apenas uma alteração visual no local, mas traz outros importantes impactos ambientais agregados, tais como corte de vegetação, aumento da demanda por abastecimento de água potável, geração de grande quantidade de resíduos sólidos, impactos viários, etc.

A avaliação ambiental de empreendimentos próprios do meio urbano é um ponto no qual os órgãos licenciadores ainda têm muito a evoluir, posto que seu corpo técnico em geral é capacitado com foco na avaliação de impactos causados por atividades industriais, que não são muito comuns nos centros urbanos, até mesmo por questões de logística e segurança técnico-operacional.

Nesse contexto, a Avaliação de Impactos Ambientais (AIA) se destaca como impor-

tante instrumento de planejamento e controle que decorre do *princípio jurídico da consideração do meio ambiente na tomada de decisões*, comunicando-se com a elementar obrigação de obrigação de se levar em conta o fator ambiental em qualquer ação ou decisão que possa causar sobre ele qualquer efeito negativo. Vale destacar que a Avaliação de Impactos Ambientais, enquanto instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), não se confunde com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que é uma ferramenta do licenciamento ambiental e uma modalidade de Avaliação de Impactos Ambientais (MILARÉ, 2011, p. 464-5).

Um desdobramento ou modalidade de Avaliação de Impactos Ambientais, e que tem papel fundamental na avaliação de impactos ambientais de empreendimentos desenvolvidos nos centros urbanos, consiste precisamente no *Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV)*, que também é um instrumento associado à PNMA (embora não conste explicitamente no texto legal com esse nome). O Estudo de Impacto de Vizinhança, então, se aplica para o estudo de impactos ambientais urbanos, cujos efeitos podem ser estritamente localizados no tecido urbano ou, ainda, podem se estender para um âmbito maior, impactando também sistemas viário e de tráfego urbano, por exemplo.

A elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança é fundamental no âmbito do licenciamento ambiental e urbanístico de empreendimentos urbanos, não apenas como alternativa de avaliação de impactos, mas também por seu caráter pedagógico e por ser um instrumento para a mobilização e a participação comunitária (MILARÉ, 2011, p. 507).

Seguindo a mesma lógica do Estudo (prévio) de Impacto Ambiental (EIA), que certamente é o mais conhecido dos instrumentos de Avaliação de Impactos Ambientais, os documentos relativos ao Estudo de Impacto de Vizinhança deverão ter publicidade e permanecer disponíveis para consulta de qualquer interessado, de modo a suscitar e possibilitar a mobilização da comunidade e a participação democrática desejada pelo Estatuto da Cidade (MILARÉ, 2011, p. 676).

Feita esta breve contextualização acerca da importância e, mais que isso, da imprescindibilidade de uma avaliação de impactos ambientais adequada ao se analisar a viabilidade socioambiental de determinado empreendimento proposto para área urbana, serão apresentados a seguir alguns pontos do processo de licenciamento ambiental do empreendimento objeto deste estudo que, ao menos à primeira vista, se mostraram deficientes nesse fundamental aspecto.

O empreendimento em comento está sendo licenciado pelo órgão ambiental municipal em virtude de seu enquadramento como atividade de impacto ambiental baixo e local pela legislação vigente. Na forma do disposto no art. 1º, da Resolução CONEMA nº 42/2012, considera-se impacto ambiental de âmbito local qualquer alteração direta ou indireta das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que afetem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e/ou a qualidade dos recursos ambientais, dentro dos limites do Município.

Nos termos da mesma norma, não se considera de âmbito local o impacto ambiental quando: (i) sua área de influência direta ultrapassar os limites do Município; (ii) atingir ambiente

marinho ou unidades de conservação do Estado ou da União, à exceção das Áreas de Proteção Ambiental; (iii) a atividade for listada em âmbito federal ou estadual como sujeita à elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA).

Referido processo de licenciamento ambiental foi instaurado em outubro de 2012, mediante requerimento direto de Licença de Instalação (LI), sendo apenas posteriormente convertido em requerimento de Licença Ambiental Prévia (LP), que é a licença adequada para a fase preliminar do planejamento do empreendimento, aprovando sua localização e concepção, atestando sua viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação, nos termos da Resolução CONAMA nº 237/97.

Pela previsão contida no art. 28 da Lei Municipal nº 2.022/2006, o executivo municipal somente pode expedir alvará de localização e licença de construção e de funcionamento, ou quaisquer outras licenças solicitadas por atividades potencial ou efetivamente poluidoras, mediante apresentação das licenças ambientais. Essa disposição, ao que parece, não foi observada no caso em tela, uma vez que o Alvará de Licença para construção do empreendimento foi concedida ao interessado quase dois anos antes da emissão da Licença Ambiental Prévia.

Pelo histórico de análise registrado no processo de licenciamento ambiental, até a concessão da Licença Ambiental Prévia, também não se verifica muita importância à efetiva avaliação dos impactos ambientais relacionados à instalação do Shopping Center, muito embora o mesmo pretenda ocupar área central do município de Duque de Caxias, onde já são observados graves problemas de mobilidade urbana, abastecimento de água e grande fluxo populacional.

A dificuldade relatada pelo FORAS para ter acesso ao conteúdo do processo de licenciamento ambiental do empreendimento e a outros documentos que, a rigor, deveriam ser de acesso público, como o Estudo de Impacto de Vizinhança, por exemplo, bem como a não realização/convocação de audiência pública pelo ente municipal licenciador, igualmente sinalizam deficiências no cumprimento da legislação, agora quanto à participação da comunidade na discussão e análise do projeto de instalação do empreendimento em questão.

Importante notar que a própria Secretaria Municipal de Meio Ambiente, em parecer elaborado por sua equipe técnica em março de 2013, aponta diversos impactos do empreendimento que deveriam ser considerados na análise de sua viabilidade socioambiental. Nesse parecer, por exemplo, há registro de realização de vistoria onde foi constatada grande extensão ocupada por vegetação bastante densa e característica de sucessão média ou média avançada, o que demandaria a realização de vistoria confirmatória conjunta com o INEA, que não ocorreu até aqui.

Foi também observado no parecer que os danos ambientais relacionados à implantação do empreendimento podem vir a ser de média magnitude regional, tendo em vista que a supressão de vegetação interfere no microclima da região e o volume de resíduos a serem gerados pelo corte do terreno. A equipe técnica do órgão municipal destacou ainda o impacto viário na região a ser causado pela movimentação do solo, com previsão de constantes congestionamen-

tos, sendo registrado que, após a conclusão do empreendimento, o impacto será causado pelo aumento de veículos.

Também vale mencionar a preocupação registrada no parecer em relação à drenagem pluvial e ao esgotamento sanitário da região do empreendimento, sendo destacado que a rede existente não suportará a vazão da água de chuva relacionada à área de impermeabilização, o que demandará um “forte investimento na área do Centro”, para macrodrenagem e até mesmo inclusão de caixa de retardo no projeto do Shopping; etc.

Em relação à área de grande extensão ocupada por vegetação (também citada no parecer), reside nesse aspecto uma das principais deficiências observadas quanto à avaliação dos impactos ambientais do projeto em questão. Isso porque a referida cobertura vegetal, que configurava um espaço de área verde sem similar no centro do município de Duque de Caxias, já foi suprimida pelo empreendedor durante o período da Copa do Mundo de 2014, de forma ilegal e praticamente clandestina.

Pode-se de dizer que a supressão dessa vegetação se deu de forma ilegal e ilegítima em razão dos diversos vícios verificados no processo onde foi emitida a respectiva Autorização de Supressão de Vegetação. Dentre os vícios verificados, destacamos os seguintes: 1) a data do parecer de supressão é posterior à data de emissão da autorização; 2) o próprio órgão municipal emitiu Auto de Notificação, determinando a suspensão da Autorização de Supressão de Vegetação, embora posteriormente tenha voltado atrás nessa decisão.

Alem disso, não consta no processo qualquer registro de que tenha sido solicitada a anuência prévia do INEA (órgão ambiental estadual) para a emissão da Autorização de Supressão. Tal anuência prévia se fazia necessária no caso em razão de haver indícios da presença de resquício de Mata Atlântica no local, segundo os levantamentos de dados realizados na área antes da supressão. Nesse caso, a legislação vigente prevê que a supressão somente pode ser autorizada pelo órgão municipal mediante anuência prévia do INEA, fundamentada em parecer técnico, na forma do art. 5º, do Decreto Estadual nº 42.050/2009, com a alteração trazida pelo Decreto Estadual nº 42.440/2010, e do art. 14 da Resolução CONEMA nº 42/2012.

Outro ponto que merece atenção é a diferença de diagnóstico entre o primeiro *Relatório Técnico de Inventário Florestal*, apresentado em agosto de 2012 pela empresa idealizadora do empreendimento, e o *Censo Florístico – Parecer Técnico*, contratado pela mesma empresa, datado de agosto de 2013. Tais documentos possuem inconsistências em aspectos importantes para a adequada caracterização e análise da relevância ambiental da área objeto do pedido de supressão de vegetação, tais como o tamanho da área afetada (de 9.722m² passa para 11.587,73m²), a quantidade de espécimes arbóreos (de 124 passa para 167), e a avaliação fitossanitária do material vegetal (no *Relatório* esse aspecto foi classificado como “bom”, enquanto que no *Censo* foi apontado que cerca de 26,3% dos exemplares foram classificados em estado “ruim” ou “mortos”).

É importante destacar que o estado fitossanitário da vegetação foi um ponto crucial para a conclusão final alcançada no parecer técnico que embasou a emissão da Autorização de

Supressão, de modo que a inconsistência de diagnóstico anteriormente relatada, sem dúvida, pode ter comprometido, também nesse aspecto, a avaliação realizada pelo órgão ambiental municipal quanto aos impactos ambientais do empreendimento.

5 AS IRREGULARIDADES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE LICENCIAMENTO: A NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A legislação em vigor não se contenta com a mera exigência de apresentação do Estudo de Impacto de Vizinhança, tal como já exposto, e de que este atenda ao conteúdo mínimo por ela fixado. Uma vez satisfeitas essas exigências, há que se seguir *o devido processo de análise desse estudo / relatório*, que, com base no art. 10 da Resolução CONAMA nº 237/1997, deve obedecer, *no mínimo*, às seguintes etapas:

- a. publicidade do EIV;
- b. abertura de prazo para que qualquer interessado apresente objeções;
- c. análise do EIV e das manifestações populares, por parte dos órgãos municipais;
- d. realização de vistorias técnicas, por parte dos órgãos municipais, quando necessárias;
- e. solicitação de esclarecimentos e complementações, por parte do órgão licenciador;
- f. atendimento da solicitação, por parte do empreendedor;
- g. realização de audiência pública (ou, ao menos, abertura de prazo para que os entes legalmente legitimados requeiram a sua realização), na forma estabelecida na legislação;⁸
- h. solicitação de esclarecimentos e complementações, por parte do órgão licenciador, decorrentes da audiência pública;
- i. emissão de parecer jurídico, por parte do órgão municipal competente;
- j. emissão de parecer técnico conclusivo;
- k. apreciação do pedido de licença, deferindo-o ou não, de maneira fundamentada;
- l. publicidade da decisão administrativa e abertura de prazo para recurso;
- m. apreciação do recurso, caso tenha sido apresentado;
- n. emissão das licenças.

Tais são as etapas a serem seguidas, sem falar em exigências específicas, contidas na legislação municipal. É o caso, por exemplo, da Portaria SMMAA nº 011, de 17/12/2012, cujo art. 2º, I, exige autorização do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente (CONDEMA)

⁸ Com relação à exigibilidade de audiência pública no caso concreto em questão, não há como deixar de levar em consideração, na esfera tanto jurídica quanto de gestão pública, o fato da coleta de quase 6.000 assinaturas de moradores de Duque de Caxias, que se declararam contrários ao empreendimento em questão, comprovadas em juízo e junto ao MP/RJ pelo movimento FORAS. Trata-se de fato determinante da realização de audiência pública por iniciativa do próprio município, independente de qualquer solicitação expressa, uma vez que incontestável que não se trata de projeto consensual entre a população a ser impactada por ele, sem falar no caráter pedagógico, informativo e preventivo de futuros conflitos que a referida audiência pode desempenhar.

para “*supressão igual ou superior a dez indivíduos arbóreos, dentro dos limites do 1º distrito*”, devendo, ainda, a compensação dessa supressão dar-se a uma distância de no máximo 300 metros do local onde ocorreu a supressão.

É o caso, ainda, do Plano Diretor de Duque de Caxias, cujo art. 9º, acima citado, acresce a exigência de *oitiva do Conselho Municipal de Desenvolvimento da Cidade de Duque de Caxias (CONCIDADE)*, que deve ser notificado para manifestar a respeito da licença requerida, no âmbito do processo administrativo, antes da tomada de decisão por parte do órgão licenciador. Trata-se de providência inarredável, dados os termos do Plano Diretor, o caráter cogente de suas normas, o seu status constitucional, bem como a relevância constitucional dos princípios da transparência e da participação popular, que regem toda a gestão da coisa pública e que encontram nessa exigência uma das formas de sua satisfação.

Reforça-se a exigibilidade de tal etapa do licenciamento na medida em que o Plano Diretor - art. 130, I - delegou poderes ao Prefeito para compor e instalar o CONCIDADE por meio de Decreto, bem como assinou-lhe, para tanto, um prazo de 90 dias, a contar da vigência do Plano, prazo já ultrapassado há mais de sete anos, sem que tenha sido atendido, induzindo-se à hipótese do não comprometimento do Poder Executivo municipal com a implementação do Plano Diretor, repita-se, “*o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*”, nos termos da carta republicana de 1988, e reiterada pela Constituição Estadual de 1989.

Em face da ausência desse Conselho, em virtude da injustificável mora do Poder Executivo quanto à sua instalação, a única conclusão que se nos afigura possível, diante dos fatos, é a da *inviabilidade jurídica da concessão de licença ambiental pelo município*, ao menos na hipótese prefigurada no art. 9º do Plano Diretor, que se aplica ao caso concreto sob exame, que, como já dito, é a das operações de movimentação de terra - tais como aterro, desaterro e “*bota-fora*” - para execução de obras públicas ou privadas. Nesse caso, a competência para o licenciamento se deslocaria para o Estado do Rio de Janeiro, em caráter supletivo, solução preconizada pelo art. 15, II da Lei Complementar Federal nº 140/2011.

Aliás, este é outro ponto em que resta ferido o devido processo legal no caso em questão, uma vez que, em nenhum momento, foram ouvidos os órgãos ambientais dos demais entes federativos - Estado do Rio de Janeiro e União Federal - que não têm competência originária para o licenciamento em questão, podendo, no entanto, manifestarem-se no processo de maneira não vinculante (art. 13, § 1º, da LC 140/2011), o que a doutrina majoritária tem entendido como *poder-dever* do órgão licenciador competente, e não como faculdade discricionária, dada a relevância do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao princípio da cooperação federativa.

Em síntese, constata-se, nos processos administrativos relacionados ao caso,⁹ o não atendimento dos procedimentos acima elencados, incidindo em grave violação da cláusula constitucional do devido processo legal, uma vez que em todos se encontra patenteada a emis-

9 O já citado processo 35.803/2012, além daqueles de nº 35.802/2012 e 39.393/2012.

são de diversas licenças - de construção, prévia, de supressão de vegetação, de escavação e terraplanagem - antes da conclusão de todas as etapas inerentes e obrigatórias ao processo de licenciamento.

Isto sem falar a outros problemas dessa mesma ordem, como o não acesso público à integra dos processos em curso¹⁰, a não abertura de oportunidade para que a coletividade possa se manifestar formalmente no âmbito dos mesmos, além da inconsistência da numeração dos processos, que possuem folhas faltantes e em duplicidade, como verificado a partir da documentação entregue aos representantes do movimento FORAS.

5.1 Irregularidade na regulamentação e no recolhimento da outorga onerosa do direito de construir

Outro aspecto do caso sob exame, que também consideramos atentatório à cláusula do devido processo, diz respeito ao modo como foi aplicado o instrumento da outorga onerosa do direito de construir.

Trata-se de instrumento previsto no Plano Diretor - artigos 79 a 81 - e regulamentado pelo Decreto nº 6.200, de 30/05/2012. Desde logo, diga-se que tal formato é incompatível com o disposto no Estatuto da Cidade, em especial em seu art. 30, que exige que tal regulamentação - *rectius*, o regramento das condições da outorga, definindo fórmula de cálculo, modos de pagamento, casos de isenção e destinação dos recursos, o que, a rigor, excede o que costuma se definir como o exercício do mero “*poder regulamentar*” - se dê forçosamente mediante *lei municipal específica*. Assim, fica o Decreto municipal nº 6.200/2012, a despeito de seu conteúdo, exposto a ser arguida a sua ilegalidade, em face da lei nacional de desenvolvimento urbano.

Já no que tange ao conteúdo desse decreto, registre-se, apenas *ad argumentandum*, a obscuridade da fórmula de cálculo adotada em seu art. 5º, que não permite ao intérprete entender, com clareza, como se objetivam cada um dos seus respectivos componentes, sem falar no fato de que a definição de um deles fica delegada a ato da Secretaria Municipal de Obras, agravando ainda mais o problema que antes assinalamos, relacionado à violação do princípio da legalidade.

No entanto, no caso em questão, paradoxalmente, é um outro aspecto que mais nos causa espécie. Conforme informações extraídas do processo administrativo 17.113/2012, o empreendedor solicitou o licenciamento do empreendimento em 14/05/2012 e, menos de um mês depois, em 06/06/2012, foi assinado um termo de recolhimento da outorga onerosa, no valor de R\$ 3.100.000,00, termo esse redigido pela Procuradoria Municipal e assinado pelo Prefeito.¹¹ O valor da OODC foi recolhido aos cofres públicos e, em 23/08/2012, foi expedido o alvará de licença para construção.

Trata-se de situação, em nosso sentir, absolutamente inusitada, na qual a outorga one-

¹⁰ Nos documentos repassados ao movimento FORAS faltam várias páginas dos processos em curso.

¹¹ Abstrairamos, aqui, da complementação de valores que ocorreu *a posteriori*, por irrelevante para o argumento ora desenvolvido.

rosa foi recolhida antes mesmo da regular tramitação e apreciação dos competentes pedidos de licença urbanística e ambiental. Ora, em nossa compreensão, a legislação determina que suceda precisamente o oposto: o recolhimento da outorga onerosa pressupõe processo de licenciamento concluído, com decisão favorável e condicionantes atendidos, do contrário não há projeto viável a ser executado. Em não havendo projeto viável a ser executado, nada justifica o recolhimento da contraprestação devida à municipalidade pelo exercício da faculdade de edificar. Em outras palavras, antes que se constitua juridicamente um direito de construir em favor do empreendedor, resta indevido o pagamento de qualquer contraprestação a administração a pretexto dessa mesma causa.

A outorga onerosa seria comparável, nesse sentido, à obrigação do loteador em transferir ao município uma certa parcela da gleba objeto do projeto de loteamento, o que deve fazer, do mesmo modo, a título de contraprestação à coletividade, exigível em nome da qualidade de vida na cidade e como captura parcial da valorização que decorre do aproveitamento do terreno, tal como facultado pela legislação. Ora, o loteador somente perde as áreas objeto de doação compulsória a partir do momento em que não somente o projeto de loteamento é licenciado pelo município, mas, também, levado a registro. Assim, não há hipótese do pagamento de qualquer contraprestação antes da regular análise e aprovação do projeto de loteamento e emissão de licença em favor do empreendedor.

Não há como suceder de modo diferente no caso da outorga onerosa. Somente após a conclusão, com êxito, do licenciamento poderia o empreendedor ser regularmente notificado a recolher a contraprestação devida, sendo possível, aí sim, atribuir à sua eventual mora o efeito de revogação automática da licença. Admitir a possibilidade de subversão dessa ordem - como, concretamente, o fazem os artigos 2º e 3º, *caput*, do Decreto 6.200/12 - seria solução incompatível com a finalidade e a função do licenciamento, no qual, como antes sustentamos, não há direito líquido e certo em favor do empreendedor à obtenção da licença requerida, a não ser que partamos de ultrapassadas noções de gestão da cidade em moldes privatistas, nos quais o ente público não passa de mero “carimbador” dos projetos privados de uso do espaço público urbano, como é o caso de seu espaço aéreo. A legislação brasileira em vigor, sabiamente, vai em outra direção, mandando, inclusive, aos órgãos licenciadores que considerem a chamada “opção zero”, isto é, a hipótese de não execução do projeto para o qual se requer a licença - vide art. 5º, I, da Resolução CONAMA nº 1, de 1986.

O recolhimento da outorga onerosa logo no início do licenciamento, como sucede no caso em exame, não somente fragmenta a análise do projeto de empreendimento, que se requer integrada sob os pontos de vista urbano e ambiental, admitindo que ele esteja licenciado numa esfera e não na outra, como também gera uma espécie de “*fato consumado*” a favor do empreendedor, que já pagou *ab initio* aquilo que devia a título de contraprestação, restando apenas no aguardo do mero cumprimento do ritual burocrático de outorga das respectivas licenças ambientais.

As preocupações acima relatadas veem-se reforçadas à medida que se percebe que o

Decreto 6.200/12, ora questionado, foi editado poucos dias após o requerimento de licença por parte da ABL, induzindo-se à crença de que foi feito à vista especificamente do caso desse empreendimento, vulnerando-se o crucial princípio da impessoalidade na gestão da coisa pública.

Em outras palavras, o procedimento institucionalizado pelo Decreto 6.200/12 sugere um processo de compra de licenças por parte do empreendedor ou, no mínimo, de substituição concreta do licenciamento pelo recolhimento da outorga onerosa, que acaba valendo como se fosse licença urbanística e ambiental. Ocioso arrematar que isso atinge as próprias noções de moralidade e de finalidade públicas, além de reafirmar o esvaziamento concreto do processo de licenciamento em sua função de avaliação e decisão, à luz do interesse público, a respeito de empreendimentos de impacto ambiental significativo.

6 A JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO EM TORNO DO LICENCIAMENTO

Uma das estratégias políticas de atuação do FORAS foi a de buscar levar ao judiciário os questionamentos de ordem jurídica que tinha a respeito do projeto em questão. Neste sentido, encontram-se em tramitação, na data da conclusão do presente estudo, três processos que judicializam o conflito.

A primeira medida tomada foi representar junto ao Ministério Público estadual, através do seu órgão de tutela coletiva, a fim de que se instaurasse um Inquérito Civil. Essa representação notificava a intenção de construção do Shopping e as irregularidades de que se tinha conhecimento no processo de licenciamento. Deu-se mais ênfase à falta de publicidade dos atos administrativos, à concessão de uma licença e ao recolhimento de pagamento relacionado ao exercício do direito de construir (“*outorga onerosa do direito de construir*”, nos termos do Estatuto da Cidade) sem a apresentação dos estudos urbanos e ambientais previstos em lei e à necessidade de proteção da Escola Municipal Dr. Álvaro Alberto, edifício vizinho à futura construção, que é prédio de interesse histórico e tem sobre si pedido de tombamento em tramitação há algum tempo junto à Prefeitura de Duque de Caxias, porém, ainda não apreciado.

Ainda sem notícias de real providência por parte do *Parquet* estadual, ajuizou-se, através de uma associação integrante do FORAS, uma vez que este não possui personalidade jurídica, uma Ação Cautelar Inominada, com pedido de liminar, distribuída em 16/06/2014 para a 1ª Vara Cível de Duque de Caxias,¹² em desfavor do Município de Duque de Caxias e da empresa ABL Shopping. A ação pede, em sede de antecipação de tutela, a suspensão da eficácia da Licença de Construção até a decisão do processo de tombamento da Escola Municipal Dr. Álvaro Alberto e até que sejam apresentados o Estudo de Impacto de Vizinhança, o Estudo de Impacto Ambiental e seus respectivos Relatórios. No mérito, o pleito é pela anulação da Licença de Construção. A ação aponta, como causa de pedir, os mesmos problemas relatados na Repre-

12 Processo nº 0034147-96.2014.8.19.0021, que pode ser acompanhado através do link: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.021.033071-5&acessoIP=internet&tipoUsuario=>

sentação. Intimado o Ministério Público Estadual, para atuar no processo como fiscal da lei, este entendeu ser o caso de abrir um Inquérito Civil Público para analisar melhor a existência das irregularidades ventiladas no processo judicial. Quanto à Ação Cautelar, determinou o juízo que o pedido liminar somente será apreciado quando da resposta de ambos os réus e de nova promoção ministerial, o que ainda não ocorreu.

O alhures citado Inquérito Civil (nº MMPRJ 2013.00467420) discutiu bastante o procedimento de concessão da licença e a validade dos estudos prévios, sem, no entanto, chegar a qualquer conclusão. Importante citar que este IC mistura uma investigação já feita sobre um outro projeto de shopping que se pretende construir, diverso do empreendimento questionado pelo FORAS e localizado em região completamente diversa do município de Duque de Caxias, às margens da Rodovia Washington Luís.

Como mais um instrumento para tentar evitar o avanço das obras, o FORAS, novamente através de uma das associações que o integram, impetrou um Mandado de Segurança com pedido de liminar.¹³ A autoridade coautora apontada foi o Secretário do Meio Ambiente, Agricultura e Abastecimento, e o ato impugnado foi a supressão total de 167 (cento e sessenta e sete) árvores no terreno onde se pretende construir o shopping, sendo algumas destas árvores, espécies nativas da Mata Atlântica. A ilegalidade da supressão é latente e transparece nos aspectos já elencados no capítulo anterior.

Assim, o *mandamus* distribuído no dia 07/11/2014 para a 6ª Vara Cível de Duque de Caxias,¹⁴ objetiva, liminarmente, a suspensão das próximas etapas de instalação do Shopping, pedido este a ser confirmado quando da apreciação do mérito. O juízo limitou-se, em um primeiro momento, a requerer comprovação dos requisitos necessárias à concessão da gratuidade de justiça e, uma vez atendida essa exigência, a remeter os autos ao Ministério Público, sem se manifestar sobre a medida liminar requerida. O *Parquet* devolveu o processo com uma manifestação que o juízo determinou que se atenda. No entanto, como este despacho não foi ainda publicado, não se sabe o teor da promoção ministerial¹⁵.

O processo (até aqui) mais eficaz, no sentido de ter permitido, ainda que timidamente, alguma apreciação do mérito do conflito, talvez seja a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual através de seu órgão de Tutela Coletiva.¹⁶ O objeto dessa Ação é a proteção da Escola Municipal Dr. Álvaro Alberto. Advoga-se que esta, mesmo sem ser um bem tombado, merece proteção. É que a Lei Orgânica duquecaxiense prevê, de maneira inovadora, proteção integral aos bens de valor histórico, mesmo que não haja processo de tombamento. Uma das medidas protetivas que então seria automaticamente estabelecida consistiria, precisamente, na preservação do entorno desse bem, num raio mínimo de 50m (cinquenta metros),

13 O acompanhamento do processo pode ser feito através do link: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.021.066569-5>

14 Processado sob o nº. 0068441-77.2014.8.19.0021.

15 Dado atualizado em 15/12/20014.

16 Esta ação corre sob o nº 0061989-51.2014.8.19.0021, perante a 7ª Vara Cível de Duque de Caxias.

o que impediria, portanto, a construção de um grande edifício, que violaria o entorno do bem tombado e a ambiência cultural aí concebida.

Cabe ressaltar que um dos grandes motivadores da propositura desta Ação foi a pressão popular liderada pelo FORAS, que insistiu para que o órgão estatal, na qualidade de fiscal da lei, se posicionasse diante deste conflito urbano. Uma vez marcada a data para a primeira audiência de conciliação no âmbito desse processo, envolvendo Ministério Público, ABL Shopping e o Município, o FORAS diligenciou no sentido de que outro de seus integrantes demandasse o ingresso no feito como terceiro interessado, habilitando-se assim a intervir no deslinde da ação. No entanto, para surpresa de todos, antes mesmo da audiência de conciliação, as partes se reuniram, sem a presença do FORAS ou de qualquer representante da sociedade civil, e firmaram acordo com o propósito de encerrar a lide.

Tal acordo, feito na forma de um *Termo de Ajustamento de Conduta*, prevê, em apertada síntese, que a ABL Caxias Empreendimentos e Participações S.A.: (1) reparará qualquer dano que seja causado à Escola durante a construção; (2) custeará as obras de manutenção, restauração e conservação da Escola e; (3) submeterá ao Ministério Público o projeto de engenharia do Shopping. Já o Município de Duque de Caxias se comprometeu a não conceder qualquer nova licença – urbanística ou ambiental – que acarrete impactos negativos à preservação da Escola. Tendo em vista a Transação feita pelas partes, o processo foi retirado de pauta e o juízo determinou que as partes se manifestassem acerca do pedido de ingresso no feito do SEPE, estando os autos remetidos ao *Parquet* estadual. As petições do FORAS questionando a validade do Termo de Ajustamento de Conduta, por falta de oportunidade para que ele, e a sociedade civil em geral, se pronunciasse sobre a Transação, antes de sua homologação, ainda não foram juntadas aos autos.¹⁷

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de avaliação preliminar, os autores deste estudo entendem que o caso sob exame é bastante ilustrativo das grandes dificuldades e obstáculos à efetividade da política urbana traçada em sede constitucional, em que pese o fato de estar em vigor há mais de um quarto de século.

Muito embora tenha sido “*decantada em verso e prosa*” por juristas, juízes, autoridades governamentais, lideranças políticas, etc., os seus resultados efetivos, no âmbito das políticas urbanas atualmente praticadas, ainda se mostram significativamente limitados, no sentido da realização de suas pautas fundamentais: o direito à cidade (amplamente compreendido), a função social da propriedade e a gestão urbana em bases justas, democráticas, transparentes, participativas e sustentáveis.

À luz do caso estudado, pode se afirmar que, no “*frigor dos ovos*” da tomada de deci-

¹⁷ Dado atualizado em 15/12/20014.

sões, acabam falando mais alto interesses não condizentes com os princípios e valores que vêm sendo consagrados no âmbito do “*novo direito urbanístico brasileiro*”, emergente no período pós-88. Os apelos relacionados ao desenvolvimento econômico, ao aumento de arrecadação, à geração de empregos, mesmo quando de muito discutível factibilidade e confiabilidade (como nos parece ser o caso!), acabam funcionando como imperativos absolutos. Ganham muito mais força quando a eles se articulam os símbolos de modernidade, progresso e “urbanidade” vendidos pelo mercado capitalista contemporâneo. E aqui não chegamos sequer a falar dos aspectos criminógenos que ainda envolvem a operação da administração pública, tais como os benefícios ilícitos oferecidos aos gestores de todos os níveis, pelos detentores do poder econômico interessados em grandes empreendimentos privados. Não é de se descartar a possibilidade da atuação desse fator, primeiramente, em função de sua generalização, e, em segundo lugar, em face das suspeitas que emergem do cipoal de graves irregularidades encontradas no caso estudado.

No dia-a-dia de muitas administrações públicas, ainda hoje, reproduz-se – lamentavelmente! – a clássica relação autoritária entre Estado e sociedade, agravada quando, do lado da sociedade, apresentam-se movimentos populares, representativos de segmentos sociais subalternizados, com baixo capital político e/ou econômico.

Reproduz-se, também, a violação sistemática da ordem jurídica, que se mostra sem força suficiente para coibir os abusos de poder praticados pelos encarregados da gestão da coisa pública. Tais violações – insistimos, lamentavelmente! – não têm encontrado controle adequado por parte dos órgãos encarregados de sua fiscalização e sanção, desde órgãos do chamado “controle interno”, ou do poder legislativo (e órgãos de contas incumbidos de lhes auxiliar), chegando até o próprio poder judiciário, passando pelo Ministério Público. No caso aqui estudado, observa-se que, nem mesmo após a instauração de diversas medidas judiciais e/ou de apuração dos fatos, se pôs cobro às inúmeras e graves irregularidades vislumbradas nos processos administrativos em andamento, que constituem a face visível da legitimação dos grandes empreendimentos, tais como aquele objeto do presente estudo. Ao contrário de coibir as irregularidades aqui escaneadas, e de exigir as respectivas responsabilidades, os aludidos órgãos parecem ratifica-las e legitimá-las, desestimulando a população a resistir aos interesses que movem o Estado e os agentes econômicos, de cuja articulação emerge um bloco hegemônico que parece desconhecer qualquer tipo de limite. Mais do que nunca, parecemos estar diante de evidências eloquentes do que há algum tempo vem sendo estudado sob o conceito de *estado de exceção* (cf. AGAMBEN, 2004).

Em que pese o cenário não muito alvissareiro vislumbrado pelo grupo de pesquisa, há que se reconhecer o fundamental papel do movimento social de resistência à implantação do empreendimento aqui debatido, o que nos suscita uma tênue esperança de ver concretizadas ao menos algumas das promessas de nossa constituição, outrora dita “cidadã”, nos idos da década de 1980. Não fosse a oportuna “provocação” trazida ao grupo de pesquisa por esse movimento, o presente artigo jamais teria sido possível, bem como todo o trabalho de pesquisa perderia uma oportunidade ímpar de vislumbrar os problemas, limites e contradições tanto da ordem

jurídica quanto do aparelho do Estado, o que alguns designam como “mundo institucional”. Ao longo das atividades realizadas em parceria com o movimento FORAS, pudemos testemunhar o crucial papel pedagógico que este vem exercendo no município duquecaxiense – e, hoje, até mesmo fora dele! – servindo como canal para fazer despertar na população a percepção tanto da gravidade da questão urbana contemporânea, quanto dos direitos urbanos – e humanos! – que vem sendo violados.

Assim, se algum papel a universidade pública tenciona desempenhar no sentido da realização do projeto constitucional, ao menos naquilo que ele tenha de efetivamente democrático e de justiça socioespacial, não nos resta dúvida de que o seu caminho é o de estreitar os seus laços com movimentos dessa natureza, desenvolvendo e repensando, a partir de uma interlocução renovadora com esses agentes sociais, os seus projetos de ensino, pesquisa e extensão.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Jorge. **Estudo preliminar de Impactos de Vizinhança de projeto de complexo multiatividades da ABL Shopping Empreendimentos e Participações S.A. para Duque de Caxias/RJ**. Rio de Janeiro, UFRJ, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Marcelo G. **Parecer da pesquisa mercadológica sobre estudo de viabilidade mercadológica: Shopping Duque de Caxias**. Rio de Janeiro, UFRJ, 2014.

ROCCO, Rogério. **Estudo de impacto de vizinhança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.