

O DIREITO DE PAISAGEM E SUA COMPROVAÇÃO NO AMBIENTE URBANO POR
MEIO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE DE IHERING: INSERÇÃO
INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO E O URBANISMO

THE LANDSCAPE LAW AND ITS PROOF IN THE URBAN ENVIRONMENT THROUGH
THE APPLICATION OF THE IHERING'S INTEREST THEORY: INTERDISCIPLINARY
INSERTION BETWEEN LAW AND URBANISM

Elcio Nacur Rezende¹

Adriano Mendonça F. Duarte²

Resumo

Objetivou-se com este trabalho, analisar o problema pertinente ao reconhecimento da proteção da Paisagem Urbana como um Direito Subjetivo, bem como dos seus instrumentos regulatórios e de tutela. O método dedutivo, amparado pelo instrumental da revisão bibliográfica interdisciplinar entre o Direito e o Urbanismo, levou à conclusão de que o Direito de Paisagem possui um sistema próprio no meio ambiente urbano, com características e elementos singulares, não se diferenciando somente por sua denominação. Valeu-se também como marco teórico principal da Teoria do Interesse de Ihering para a delimitação do Direito de Paisagem como um Direito Subjetivo Difuso.

Palavras-chave: Direito de Paisagem; Direito Subjetivo; Paisagem; Cidades; Urbanismo.

Abstract

The objective of this work was to analyze the problem pertinent to the recognition of the protection of the Urban Landscape as a Subjective Law, as well as, its regulatory and guardianship instruments. The deductive method, supported by the instrument of the bibliographic interdisciplinary review among law and urbanism, led to the conclusion that the analyzed institute is different, presenting its own systems, with characteristics and unique

¹ Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutoramento em Messina/Itália. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito Ambiental da Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: adrianobmadvocacia@gmail.com

elements, not differing only in their denominations. It was also used as the main reference the Ihering's Interest Theory for the delimitation of Landscape Law as a Diffuse Subjective Right.

Keywords: Landscape Law; Subjective Law; Landscape; Cities; Urbanism.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A paisagem faz parte do imaginário humano e do seu processo de formação social e cultural desde os seus primórdios, mais precisamente no século V a.C. na China³, apresentando em diferentes épocas contornos e características diversas.

O Direito de Paisagem é o ramo da Ciência Jurídica responsável por estabelecer e restabelecer as relações entre a paisagem e os indivíduos que dela participam e a transformam, apresentando assim como seu objeto, um livro aberto sobre a natureza e a cultura que contam a história do seu tempo.

O Direito de Paisagem possui um inexpressivo número de pesquisas e abordagens acadêmicas no Brasil, sendo que em meio a diversos estudos científicos, o instituto possui sua existência relacionada a outros direitos como o de Moradia e o das Cidades, logo sua autonomia e realidade são questionadas.

Inúmeros são os casos em que há conflitos de interesses na sociedade envolvendo o Direito de Paisagem no meio ambiente urbano, em que a falta de reconhecimento do mesmo, impede seu exercício através de uma representação adequada e sua defesa através de meios regulares de tutela (Conforme se verá no caso dos Dois Morros/RJ).

De forma a refutar a negativa da existência do Direito de Paisagem, ao responder se o mesmo é um direito e de qual natureza, o presente trabalho através de uma abordagem metodológica dedutiva e interdisciplinar, pretende comprovar a existência do Direito de Paisagem, através de supostos e elementos advindos da Teoria Geral do Direito e do Urbanismo.

A teoria do interesse de Ihering que encontra suas fontes na Teoria Geral do Direito será utilizada como referencial teórico, com seus *Standards* revisados para a justificação dos interesses coletivos, entre eles o de Paisagem, já que primeiramente sua teoria foi embasada em interesses meramente individuais.

Do Urbanismo serão revisados autores como Berque e Jorge Wilhein, esse último um raro defensor do Direito de Paisagem em meio à Escola Urbanística do Brasil. Por último e não menos importante, os trabalhos de Maraluce Maria Custódio que representarão o instituto na Doutrina Jurídica Brasileira.

³ O presente trabalho utiliza a teoria paisagística de Berque que reconhece uma sociedade paisagística como aquela em que “haja uma ou mais palavras para dizer paisagem; que possua literatura oral ou escrita sobre paisagem; que exista representação *pictural* da paisagem e que possua jardins cultivados por prazer” (CUSTODIO, 2014, p. 12).

A relevância do trabalho está exatamente em seu enfoque interdisciplinar por ter identificado um problema comum, conceitual e doutrinário entre o Direito e o Urbanismo que versa sobre a existência ou não de um Direito de Paisagem no meio ambiente urbano e sua respectiva natureza.

1- A PAISAGEM COMO FENÔMENO HUMANO

As considerações referentes à paisagem não são exclusivas da contemporaneidade, pois possuem referências mesmo nos primórdios⁴ da história humana, com as retratações do meio natural, em sua maior parte relacionadas às noções de beleza.

Com o desenvolvimento da humanidade e o progresso das inferências humanas no meio em que vive, tão logo, as relações da sociedade com a paisagem se tornaram diversas e complexas, como aquelas pertinentes ao meio criado, em que a cidade elemento natural de convivência dos homens, passou a integrar as noções de paisagem.

Segundo Fábio Christiano Gonçalves:

Compreende-se então que a paisagem se constitui em uma forma de ver o mundo, sendo agenciada a partir de um conjunto de valores que o indivíduo traz consigo e lhe atribui. Então, a paisagem reflete os valores do indivíduo e assim os da sociedade que integra, e assim evidencia no contexto atual, em geral, a lógica individualista que caracteriza desde então o apartamento do ser humano em relação à natureza, quando sobrepõe suas vontades aos demais seres viventes.

Diante do exposto, consideramos que a noção de “paisagem” pode ser uma chave importante para refletir sobre a relação “natureza-ser humano-cidade” na contemporaneidade, por ser um meio de revelação de uma forma de vida calcada em determinados valores socialmente estabelecidos (2015, p.103).

Portanto, assim como o próprio instituto, o conceito de paisagem mudou com o tempo, incorporando novas formas, mas mantendo elementos comuns para sua caracterização. Elementos por bem expressados na obra: “Uma Introdução ao Direito de Paisagem” de Maraluce Maria Custódio (2014), são eles: o elemento espacial, o observador (humano) e a percepção (subjativa).

A autora distingue os elementos da seguinte maneira: o elemento espacial está na realidade física a par da percepção do observador, como um sítio natural ou artificial; o elemento humano é representado pelo observador que está inserido em determinado contexto

⁴ Há referências sobre as primeiras noções de paisagem na sociedade chinesa, já no século V a.c., na dinastia de Han, onde a paisagem surge fundada nas noções de religião e moral (CUSTÓDIO, 2014, p.14).

sociocultural e temporal e, sobretudo, deve ter alguma ligação com a paisagem; o elemento subjetivo também reconhecido como percepção (*Stimmung*) é aquele representado pela representação que o indivíduo oferece ao local percebido (CUSTODIO, 2014, p. 81-).

O elemento mais expressivo e conformador da paisagem é a percepção, o que além de determinar sua subjetividade, representa também um elemento anímico. Segundo Georg Simmel:

A paisagem, dizemos, nasce quando, no solo, uma ampla dispersão de fenômenos naturais converge para um tipo particular de unidade, diferente daquele com que o sábio no seu pensamento causal, o adorador da natureza com o seu sentimento religioso, o agricultor com o seu propósito teleológico ou o estrategista apreendem justamente este campo visual. O suporte mais relevante desta unidade é, sem dúvida, o que se rotula de disposição anímica (*Stimmung*) da paisagem (2013, p. 13).

Importante salientar que o instituto da Paisagem (interesse a ser protegido) não se confunde com o Direito de Paisagem, problema muitas vezes enfrentado por juristas⁵ que tendem a confundir o objeto de proteção (interesse) com o próprio direito ou sua prestação, o que muitas vezes comprova uma atecnia considerável, pois tal diferença está nas notas introdutórias da ciência jurídica.

A TEORIA CLÁSSICA DA DOUTRINA DA VONTADE E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE PAISAGEM COMO UM DIREITO SUBJETIVO

Segundo a visão relacional de André Franco Montoro (1999, p.461) o objeto imediato (prestação) não se confunde com o mediato (bem ou pessoa), portanto o “objeto imediato de todo direito subjetivo⁶ é sempre uma prestação” entendida por um dar, fazer ou se abster, e ainda, “esta prestação refere-se a algum interesse que é o objeto mediato do direito subjetivo”.

A identificação do objeto e da prestação na relação jurídica surgiu com os estudos de Ihering que compõe a escola da doutrina da vontade⁷. Para este autor, o cerne do Direito

⁵ No Direito Ambiental esse erro é bastante comum pelas dificuldades encontradas pela doutrina em diferenciar os bens ambientais dos seus direitos correlatos, bem como seus elementos de tutela. Para melhor explanação ver a obra “Bem ambiental” de Rui Carvalho Piva, Editora Max Limonad, São Paulo, 2000.

⁶ Para autores como Bekker e Brinz, os direitos difusos são espécies de direitos subjetivos, classificados como direitos sem sujeitos. Discordamos dos renomados autores, assim como André Franco Montoro que afirma que tais direitos clamam pela determinação de um sujeito, logo possuem sujeitos indeterminados (MONTORO, 1999, p.457).

⁷ Ihering, Windscheid e Jellinek são expoentes dessa doutrina, contudo cada um estabeleceu um elemento diferente da relação jurídica para qualificar o direito subjetivo, sendo que para o primeiro

Subjetivo não está na vontade, mas sim no interesse que pode ser de ordem econômica e patrimonial, como também um interesse axiológico como a liberdade e a vida e entre esses se encontra a paisagem. Esses denominados interesses nada mais são que os denominados objetos mediatos da relação jurídica, realidade corrigida e entendida dessa forma por Jellinek.

Dhenize Maria Franco Dias ao citar Vicente Ráo assim leciona:

Opondo-se à teoria da vontade de Savigny, Ihering não nega à vontade o caráter de elemento do direito, na verdade, o reconhece. E difunde a denominada Teoria do interesse. Para Ihering os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos. Dois elementos, diz ele, formam este conceito: um, substancial, que consagra o fim prático do direito e é a utilidade, vantagem ou proveito, que o direito assegura; outro, formal, que com o primeiro se relaciona como meio e consiste na ação, ou proteção jurisdicional do direito (RÁO apud DIAS, 2012 p. 235).

Portanto, para Ihering, a formação do Direito ocorreu sempre conforme a luta, os conflitos de interesses que coexistiam em determinada época, ao justificar então sua oposição à obra de Savigny⁸, o autor afirma que não há direitos sem exceções, aqui entendidas como lutas e crises.

O próprio Rudolf V. Ihering sobre a oposição à obra de Savigny.

A Teoria de Savigny aplicar-se-ia somente à época pré-histórica sobre a qual, entretanto, não dispomos de maiores dados. Se, porém, a respeito, me fosse permitido formular hipóteses, oporei a minha teoria à de Savigny, que caracterizou essas priscas eras como cenários de formação calma e pacífica de um direito formado pela consciência popular (IHERING, 2008, p.39).

A então defendida “luta pelo direito” de Ihering ocorre quando da lesão, subtração, ou mesmo ameaça dos mesmos direitos subjetivos, que são objeto do conflito.

estaria um interesse (tese adotada no presente trabalho), para o segundo no sujeito e o terceiro trouxe uma solução mista. Cabe lembrar que a existência dos Direitos Subjetivos foi negada pela escola formalista de Kelsen.

⁸ Ihering criticou avidamente as influências historicistas de Savigny, contrapondo-as aos interesses atuais a serem perquiridos em prol da busca pelo real objeto do Direito. Nas palavras do autor: “O regresso à história é a palavra de ordem deste século e permanecerá como a grande conquista da chamada Escola Histórica. Esta mesma verdade que Hegel acentuou como nenhum outro na filosofia do Direito, aquela a expressou para a cultura do Direito positivo à qual tentei, neste sentido, dar validade. Mas, com a volta à base e ao solo histórico não está tudo feito; depende de que e como se busca. Será suficiente para vocês citar todas as transformações que experimentou alguma instituição jurídica ao longo dos tempos (IHERING, 2005:72-73). Ainda, “A escola histórica, diz Savigny, ao formular o seu programa, admite que a substância do Direito seja dada por todo o passado de uma nação, não certamente de um modo arbitrário e determinado tão somente pelo acaso, mas sim saindo das próprias entranhas dessa nação e de sua história. Como se vê, é a condenação do próprio Direito romano. Que há de comum entre o Direito romano e todo o passado, as próprias entranhas e a história das nações modernas?”(IHERING, 1943, p.13).

Há um conflito real de interesses, presentes em uma sociedade em que não há calma e paz, conforme equivocadamente defendido por Savigny, portanto não existe um direito formado pela consciência (vontade) coletiva e sim pela “luta” entre interesses diversos. Daí a importância de se reconhecer não somente a origem, mas a delimitação dos interesses envolvidos a serem protegidos ou excluídos.

Afirma o jurista que.

Nenhum direito, quer o do indivíduo, quer os dos povos, está livre desse risco, porque o interesse do titular do direito em defende-lo sempre se contrapõe, na sua esfera, o interesse de outrem em desrespeitá-lo, do que decorre que a luta se repete em todas as esferas do direito, tanto nas regiões inferiores do direito privado como na altura do direito público e de seus agentes (IHERING, 2008, p.39).

Logo, entre os direitos subjetivos, há de se reconhecer aqueles que são de ordem pública, onde os indivíduos se relacionam com o próprio Estado, portanto este último compõe um dos polos da relação jurídica com um particular.

O poder de exigir inerente ao direito público subjetivo é reconhecido pelo próprio Estado e em face deste, além de pressupor a pré-existência de uma relação jurídica entre o Estado e o particular, agora visto como sujeito de direito, o que resulta numa limitação do poder estatal. Para nós, o direito público subjetivo configura-se como o ponto de intersecção jurídico entre a autonomia privada e a autonomia pública. É justamente no direito público subjetivo que há o enlace entre o interesse público e o interesse privado (DIAS, 2012, p. 239).

Ao citar Léon Michoud, Montoro (1999, p.446) observa a seguinte definição de Direito Subjetivo: “O interesse de um homem ou de um grupo de homens, juridicamente protegido, por meio do poder reconhecido a uma vontade para representá-lo ou defendê-lo”, sendo que no interesse, no elemento de representação e na defesa são encontrados os elementos substanciais, todos responsáveis pela conformação de um Direito Subjetivo Público.

A definição apresentada pelo autor possui fortes influências da Teoria do Interesse de Ihering, principalmente no que concerne à relação existente entre o interesse e seu respectivo Direito, o próprio Rudolph afirma que:

Cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección. Los derechos se transforman a medida que cambian los intereses de la vida (IHERING *apud* LAUDA, 2009)

Sem maiores dificuldades, são identificáveis todos os elementos do Direito de Paisagem no conceito elevado por Michoud, tais como a identificação de um interesse de um indivíduo ou de um grupo, a proteção jurídica e os elementos de representatividade e tutela, conforme se verá em linhas abaixo.

Segue então a proposta do presente trabalho que é identificar cada um dos elementos comprobatórios de um Direito Subjetivo Público, para o Direito de Paisagem, conformando assim sua existência jurídica à Teoria Geral do Direito.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PAISAGEM (ELEMENTO SUBSTANCIAL)

O Direito de Paisagem possui uma normatividade esparsa, sendo seu marco principal a Convenção Europeia de Paisagem assinada em Florença no ano de 2000, em que surgiu um movimento de conscientização para reconhecer a importância da Paisagem enquanto elemento configurador da cultura e do patrimônio histórico de um povo, bem como responsável pela criação de sua identidade (CUSTODIO, 2014, p. 08).

As primeiras referências normativas no Direito Brasileiro surgiram na Constituição de 1937, sem delimitar bem o instituto, levando a crer que o mesmo se relacionava somente ao meio natural, noção aqui já discutida em linhas introdutórias sobre o instituto, mas que foi abandonada pela Constituinte de 1988⁹.

A legislação brasileira desde a década de 30 tratou de forma esparsa a paisagem, em diversos diplomas legais todos de competência federal, apesar da Constituição Brasileira estabelecer como concorrente o poder para legislar sobre a matéria, sendo poucos os estados e municípios que trataram da matéria, com as exceções das simetrias de algumas constituições estaduais e da legislação municipal paulista e carioca como se verá adiante¹⁰.

Em específico, o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01, tratou de forma programática sobre o Direito de Paisagem, estabelecendo em seu artigo 2º, como uma de suas diretrizes gerais, a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”.

Mesmo tratando o Direito Brasileiro sobre a matéria, a definição legal sobre o instituto não restou estabelecida, portanto ficou a cargo do judiciário e da doutrina estabelecerem o que é paisagem. Quando relegado aos juízes, autores como Maraluce Maria Custódio (2014, p. 14)

⁹ Em seu artigo 216, inciso V, a Constituição traz a Paisagem como elemento de proteção diverso do meio natural, cultural e histórico. A paisagem não se restringe ao meio natural ou somente ao criado ou a ambos, paisagem é paisagem. Contudo, em seu artigo 23, a Carta afirma ser de competência comum a proteção da paisagem natural notável somente, o que é um equívoco, pois se interpretado literalmente, ela descarta outros exemplos de paisagem, como a urbana e a histórica.

¹⁰ Em excelente trabalho, “Introdução ao Direito de Paisagem: Contribuições ao seu reconhecimento como ciência no Brasil”, Maraluce M. Custódio elenca todos os diplomas legais que tratam sobre a Paisagem (CUSTODIO, 2014, p. 221-).

entendem ser uma afronta ao Princípio Democrático, pois os magistrados brasileiros não passam pelo crivo popular para exercerem suas atividades, logo criam normas sem serem verdadeiros titulares do poder de novação normativo, maculando assim o devido processo democrático.

Apesar dos problemas apresentados, a proteção jurídica da paisagem como elemento configurador do direito subjetivo público se faz presente, tanto no direito interno como no externo, vezes que, mesmo se caracterizando como um conceito jurídico indeterminado se apresentou como um interesse a ser defendido.

Vários são os casos em que tal interesse precisou da proteção do Direito, ao se colocar como objeto de conflitos, tanto em relação ao meio natural, como ao meio criado, conforme será apresentado adiante.

O INTERESSE JURÍDICO ENVOLVIDO (ELEMENTO SUBSTANCIAL): A CONTRIBUIÇÃO DO URBANISMO

Ao abordar uma temática interdisciplinar, o presente trabalho buscou na obra do paisagista Jorge Wilhelm, a explanação da Arquitetura e Urbanismo para o instituto da Paisagem.

A obra do autor reafirmou as dificuldades de definição do instituto, contudo por outra razão, que é a natureza espontânea e não planejada da urbanização brasileira, o que levou a uma ausência de estudos na área de paisagem, vezes que em tal forma de urbanização não se é esperada a proteção da paisagem (WILHEIM, 2000, p. 6).

O que é bem justificado frente à sede empreendedora nos grandes e médios centros urbanos, aliada à busca incessante de maior arrecadação por parte dos Municípios, que fez com o que responsáveis pela execução de Planos Diretores se preocupassem somente com “o quanto posso construir” e abandonassem assim as noções de espaços públicos, paisagem e bem-estar.

Afirma o autor sobre a cidade de São Paulo:

“Em outros termos: porque não projetar o ambiente que se deseja para uma rua, para uma praça, adequando a este projeto de espaço público a altura, o volume dos prédios e talvez até mesmo o conteúdo programático (uso) das atividades neles desenvolvidos? Queremos crer que tal procedimento – privilegiando sempre a ótica do espaço público – permitiria a gradual melhora da paisagem urbana de São Paulo” (WILHEIM, 2000, p. 06).

Vários problemas ocorreram frente essa forma de urbanização, principalmente aqueles relacionados ao desrespeito aos elementos de bem estar das cidades, como o livre acesso a bens públicos e à saúde urbana, provocados pela limitação de espaços livres, equipamentos públicos e à própria paisagem e sua contemplação.

Surgiu então o interesse e a necessidade de se desenvolver estudos voltados para a proteção da paisagem como elemento garantidor do bem estar dos homens; e conjuntamente aos esforços urbanísticos, também a criação de elementos de proteção como se verá a seguir.

Na tentativa de construção de um conceito¹¹, o autor afirma ser a paisagem, “uma realidade física, composta por edificações e equipamentos, por elementos da natureza e por espaços entre construções; paisagem complexa que é percebida, em conjunto ou em detalhe, pelos moradores e pelos usuários de uma cidade” (WILHEIM, 2000, p. 6)¹².

Elementos importantes são encontrados no texto do autor, tais como o espacial (realidade física), o humano (moradores e usuários) e o subjetivo (paisagem complexa que é percebida). Sendo que, o papel dos moradores e usuários na transformação e criação da paisagem toma grande relevo, pois desta relação, surgem os primeiros elementos para caracterizar o interesse a ser vinculado a um determinado direito.

O autor apesar de urbanista realiza uma inteligente digressão ao tentar delimitar quais seriam os objetos do Direito de Paisagem e em qual sistema jurídico eles se encontram, tratando então do interesse envolvido.

Começa então a fazer uma diferença entre as necessidades básicas e os fatores de qualidade de vida (QV) dos cidadãos e estabelece uma relação entre eles. Para Jorge Wilhelm (2000, p. 7) as necessidades básicas se relacionam aos direitos sociais expressos na Constituição, como a moradia, a educação, saúde, trabalho e alimentação, sendo que todos não representam fatores de qualidade de vida (QVs), mas “permitem ou impedem, propiciam ou dificultam a possibilidade de uma pessoa ingressar, como cidadão pleno, no caminho de obtenção de fatores de QV cada vez mais satisfatórios”¹³.

¹¹ Para uma diferenciação entre conceito e definição ver micro aula do professor José Sergio Carvalho, livre docente da USP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=apG-eY3sAu4>.

¹² A definição apresentada pelo urbanista possui elementos semelhantes, aos apresentados por Maraluce M. Custódio, quais sejam o espacial, o humano e os subjetivos, contudo o autor não referencia esta sistemática (CUSTODIO, 2014, p. 81-).

¹³ O autor também introduz a idéia de “regiões de oportunidade” que são alcançadas pelos indivíduos a partir do momento em que os mesmos possuem acesso definitivo aos direitos sociais ou não. Quanto mais acesso (*score*) maior a região de oportunidade.

Alcançadas as necessidades básicas, o cidadão amplia sua região de oportunidade, passando então a evocar melhores padrões de qualidade de vida, influenciando o meio em que vive para os alcançar¹⁴. Entre os fatores de qualidade de vida está a Paisagem Urbana que pode se caracterizar tanto entre os modelos físico-fisiológicos como entre os sociopsicológicos (culturais) a depender do fator que se qualifica.

O que autor pretendeu reafirmar foi a importância do elemento observador e seu vínculo com o sítio a ser observado, portanto não houve pretensão de se criar uma teoria elitista, em que somente para aqueles que possuem acesso às necessidades básicas se reafirmaria a existência de um Direito de Paisagem¹⁵.

Os elementos básicos de formação de uma “região de oportunidade” podem ser acessados em qualquer seio comunitário, garantindo assim o direito à manutenção de qualquer paisagem urbana, logo a teoria não mais se vincula ao conceito de belo e sim aos elementos subjetivos e humanos. Um exemplo foi o do conflito ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, mais especificamente no Morro da Providência, sítio em que surgiu uma das primeiras favelas brasileiras (CAVALAZZI, 2011, p. 98).

O Direito de Paisagem está para todos e perpassa pelas relações humanas conforme o homem observador interage, modifica e percebe a paisagem. Como se verá a seguinte não é o sítio (objeto da percepção) que importa, mas sim o momento e o grau de inserção do observador que o percebe e o transforma através dos conflitos de interesse que participa.

Dos conflitos ocasionados pelo desrespeito à paisagem, surgiu a necessidade e o interesse social frente ao Estado de buscar sua defesa, conformando assim o elemento substancial para a caracterização de um direito subjetivo público.

¹⁴ A teoria abordada pelo autor em muito se assemelha à lógica do socioambientalismo brasileiro, em que “atenta também à necessidade de corrigir o quadro de desigualdade e de degradação humana em termos de acesso a uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado e seguro”, aqui consideramos o ambiente em sentido amplo, não só o natural, mas também o criado (KALIL e FERREIRA, 2017).

¹⁵ Por ser um direito difuso, o Direito de Paisagem está para todos, mas a relação entre seus sujeitos e regida pela indeterminação, logo dispostos a qualquer cidadão à espera de seu reconhecimento através da educação (no caso paisagística). Para tanto ver Hugo Nigro Mazzilli em A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. Editora Saraiva, 1995.

A REPRESENTAÇÃO E A TUTELA DO DIREITO DE PAISAGEM (ÚLTIMO ELEMENTO SUBSTANCIAL): O CASO DOS “DOIS MORROS” NO RIO DE JANEIRO

Um exemplo de tutela à paisagem no Brasil ocorre no “caso dos dois morros” na cidade do Rio de Janeiro, reconhecidamente o Morro da Providência e o Morro da Conceição, duas formações urbanas com aspectos sociais e de formação bastante diversos.

As formações então citadas sobreviveram a um processo específico no início do século XX, responsável pela planificação da cidade do Rio de Janeiro, então a Capital do país. Ao passo que o Morro da Conceição foi ocupado pela classe média, o da Providência foi pela população de baixa renda, advinda de outras comunidades sitiadas nos morros removidos (Senado e Castelo), bem como de vários cortiços demolidos na “reforma urbanística” (CAVALAZZI, 2011, p.98).

A importância histórica da paisagem em questão levou com que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que através de ato normativo específico¹⁶ conferiu proteção especial a determinadas áreas do Morro da Conceição, contudo o Morro da Providência, apesar de sua importância cultural e urbanística por representar uma das primeiras favelas do Brasil, não passou pelo mesmo processo. Realidade que deve ser objeto de críticas doutrinárias e políticas, pois vai de encontro à lógica de uma cidade plural e seus direitos correlatos como a paisagem¹⁷.

O Direito de Paisagem foi evocado em diversos momentos na execução dos planos de tutela no Morro da Conceição, pois a valorização imobiliária levou a uma tendência de dignificação do belo e não do resguardo histórico e cultural da paisagem, principalmente por parte daqueles que a construíram.

A participação da população local foi excluída, o que representa o elemento humano da paisagem responsável por sua conformação durante anos. Em consequência o efeito

¹⁶ A Portaria nº02 de 1986 do IPHAN estabelece parâmetros e limitações ao Direito de Construir na região por considerar alguns sítios como integrantes do Patrimônio Histórico Nacional e não faz menções diretas à paisagem. Apesar de respeitar a posição dos autores, este trabalho não reconhece o ato normativo como um elemento de tutela do direito do Direito de Paisagem por se tratar de um ato específico de salvaguarda do patrimônio histórico e cultural. Sua utilização na verdade provoca o engessamento do instituto da paisagem ao criar para o mesmo uma proteção estanque, o que não é sua característica própria, nem dos seus meios de tutela correlatos advindos do sistema de proteção dos Direitos Difusos.

¹⁷ Em excelente artigo Rosângela Lunaderlli Cavallazzi demonstra como a ausência de educação paisagística e urbanística prejudicou os processos de análise da paisagem urbana do Morro da Conceição na cidade do Rio de Janeiro, comparando o caso com o ocorrido na dominação espanhola e os maias, em que foi necessário um interlocutor, não só conhecedor de ambas as culturas, mas também da linguagem (CAVALAZZI, 2010, p. 104).

esperado da gentrificação¹⁸ ocorreu, fazendo com que alguns moradores abandonassem a comunidade.

Como esse espaço está carregado de significação construída pela população ao longo dos anos, de relevância cultural na cidade, seu valor simbólico protegeu sua paisagem por muito tempo, mas é agora capitalizado e transformado em valor paisagístico mais amplo, em ativo econômico para futuros empreendedores que enxergam ali a oportunidade de criar um novo ambiente de consumo do estilo de vida internacional da “burguesia pósmoderna” um circuito “cultural”, no caso: ateliês de artistas que começam a ocupar o morro; restaurantes, cafés... (CAVALLAZZI, 2011, p.104).

A situação do Morro da Providência, mais uma vez se mostrou diferente frente à vulnerabilidade simbólica¹⁹ da população e a precariedade da situação jurídica protetiva para a comunidade que não possuiu instrumentos de participação, durante o processo de urbanização e consolidação da paisagem²⁰, o que muitas vezes leva a população a acionar o Judiciário.

A realidade em questão distorce a lógica do Direito de Paisagem e esvazia seus instrumentos de tutela, pois dispensa o aspecto humano que é fundamental para o reconhecimento de tal direito. Contudo, a crise tutelar do Direito de Paisagem não o descaracteriza no caso do Morro da Providência, pois a ineficácia da medida não faz com o que o direito em questão, difuso por sua natureza deixe de existir.

Os elementos de tutela específicos do sistema jurídico dos direitos difusos são aplicados à defesa do Direito de Paisagem em sua integridade, tanto em ordem difusa propriamente dita (ação civil pública), como na ordem dos homogêneos individuais (demanda particular), o que comprova o elemento da tutela da teoria de Michoud.

As ações judiciais específicas e a atuação do IPHAN, apesar de parcial, no caso citado, demonstram que há elementos de tutela e representatividade, previstos no Direito Brasileiro para o Direito de Paisagem, sendo a representação realizada pelo Estado através do IPHAN e o amparo exercido pelo Judiciário.

¹⁸ O processo de Gentrificação é criticado por diversos autores de diferentes áreas (Arquitetura, Sociologia e o Direito) que chegam a comparar o fenômeno aos instrumentos e técnicas de conquista territorial dos pioneiros norte-americanos durante a expansão para o oeste. Tem-se uma lógica de dominação da terra, uma invasão de propriedade pautada em um deslocamento de fronteiras, contudo, no século XX uma delimitação de setores mais abastados (pioneiros) em meio aos bairros ocupados pela classe trabalhadora (SMITH, 2007, p. 16).

¹⁹ Sobre vulnerabilidade simbólica ver o artigo “A vulnerabilidade e a mente: conflitos simbólicos entre o diagnóstico institucional e a perspectiva de jovens em cumprimento de medida socioeducativa” de Paulo Artur Malvasi (MALVASI, 2014).

²⁰ O processo de demarcação dos barracões para a futura retirada representou uma afronta a direitos dos moradores, especificamente à paisagem urbana formada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho levou em consideração o problema referente ao reconhecimento do Direito à Paisagem Urbana como um direito próprio, bem como as dificuldades da doutrina em estabelecer um marco doutrinário para paisagem no mesmo contexto.

Foi importante estabelecer um contexto histórico de surgimento da paisagem urbana e reconhecer seus elementos, através de dois referenciais teóricos de áreas diversas, do Direito, a obra de Maraluce M. Custódio e do Urbanismo, os estudos de Jorge Wilhein.

Dessa análise interdisciplinar, pode-se constatar que os autores estabelecem elementos comuns ao reconhecimento da paisagem e ambos contribuem de forma expressiva para a construção de um sistema jurídico próprio, qual seja o Direito de Paisagem.

Reconhecer o Direito de Paisagem, como um direito próprio, não foi tarefa simples, para tanto, foi utilizada a teoria do interesse de Ihering e sua releitura feita por Michoud e Vicente Ráo que estabeleceram supostos básicos para o reconhecimento de um direito público subjetivo: um interesse de um homem ou de um grupo, a proteção jurídica e os elementos de tutela ou representatividade, frente ao Estado.

O interesse restou comprovado pela análise da teoria urbanística desenvolvida por Jorge Wilhein, onde o autor caracteriza a paisagem com um dos fatores de qualidade vida, portanto interesse que deve ser protegido em prol do bem estar, saúde e da garantia de boa qualidade de vida da população urbana.

A proteção jurídica foi apresentada e confirmada pelo aparato normativo, presente em normas internacionais, bem como no Direito Brasileiro que apesar de apresentar leis esparsas sobre o assunto, trata da paisagem urbana como no exemplo do Estatuto da Cidade.

Para a comprovação do elemento da representatividade ou tutela, o trabalho valeu-se da análise do caso concreto dos “Dois Morros” no Rio de Janeiro, analisado por Rosângela Lunardelli e Cláudio Rezende.

O Direito de Paisagem apresentou elementos de representatividade no *case*, frente à proteção específica do IPHAN, bem como sua tutela. Contudo, questões de ordem econômica e social determinaram limitações ao seu exercício o que é comum à efetividade de outros direitos no Brasil, criando conflitos de interesses entre os envolvidos.

A conclusão foi que o Direito de Paisagem possui inexorável valoração científica, tanto sob o aspecto jurídico quanto urbanístico, mormente sob a luz do socioambientalismo, vezes

que se constatarem substanciais elementos à luz da doutrina de Rudolf Von Ihering, sem olvidar, de questões sociourbanísticas e ambientais.

REFERÊNCIAS

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; RIBEIRO, Cláudio Rezende. Entre dois morros: disputa simbólica na paisagem urbana carioca. *Revista OABRJ*, v. 27, n. 2, p. 95-113, 2011.

CUSTODIO, Maraluce Maria. *Introdução ao Direito de Paisagem: contribuições ao seu reconhecimento como ciência no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CUSTODIO, Maraluce Maria. Paisagem: Subsídios para a Construção de um Conceito Democrático no Direito Brasileiro. 3º Colóquio Ibero-Americano Paisagem Cultural, Patrimônio e Projeto-Desafios e Perspectivas, p. 1-16, 2014.

DE CARVALHO, Ivan Lira. *Estética Urbana e Patrimônio Cultural: Preocupações do Direito Ambiental*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26860-26862-1-PB.pdf>. Acesso em 26 set. 17.

DIAS, Dhenize Maria Franco. O direito público subjetivo e a tutela dos direitos fundamentais sociais. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 102, p. 233-250, 2012.

GONÇALVES, Fábio Christiano Cavalcanti. A paisagem como fenômeno e objeto de interesse público: com que direito? *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 34, 2015.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

IHERING, Rudolf Von. *É o direito uma ciência?* São Paulo: Rideel, 2005.

IHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Alba, 1943.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 14, n. 28, p. 329-359, 2017.

LAUDA, Bruno Bolzon. INFLUÊNCIAS EM IHERING: investigação dos fundamentos de seu pensamento em sua fase madura. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 4, n. 3, 2009.

MALVASI, Paulo Artur; ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. A vulnerabilidade e a mente: conflitos simbólicos entre o diagnóstico institucional e a perspectiva de jovens em cumprimento de medida socioeducativa. Saúde e Sociedade, v. 23, n. 1, p. 30-41, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 25ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PIVA, Rui Carvalho. Bem ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SIMMEL, Georg. A filosofia da paisagem. Tradução de Simone Carneiro, 2013.

SMITH, Neil. Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano. GEOUSP: Espaço e Tempo (Online), n. 21, p. 15-31, 2007.

QUEIROGA, Eugenio Fernandes. Razão pública e paisagem: reflexões e subsídios teóricos-conceituais para o entendimento para a qualificação da urbanização contemporânea. Paisagem e Ambiente, n. 34, p. 11-34, 2014.

WILHEIN, Jorge. Intervenções na Paisagem de São Paulo. Instituto Florestan Fernandes. Estudo Completo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/gilberto/pa.rtf>, 2000.

Trabalho enviado em 05 de junho de 2018

Aceito em 08 de agosto de 2018