

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E AS CONSTRUÇÕES EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Camila Morais Alvares

RESUMO

A Constituição Federal brasileira de 1988 é repleta de direitos e garantias, os quais são denominados direitos fundamentais. As conquistas destes direitos foram através de lutas, em que os consolidou, tornando-se indispensáveis para a vida em sociedade. Os direitos tutelados que serão abordados por este trabalho é o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em meados da década de 60 com a urbanização, pessoas saíram do campo em busca de melhores oportunidades, gerando assim, um êxodo rural sem precedentes, interferindo no dinamismo das cidades. Com o rápido aumento populacional, as cidades não progrediram com as políticas públicas, estas não foram eficazes para atender toda a demanda, explicando assim, as interferências em áreas ambientalmente protegidas, como se observa casas em topos de morro, mais conhecidas como favelas. Contudo, atento às normas constitucionais, estabelecer moradia nestas áreas em comento é inconstitucional, ferindo os dois princípios fundamentais. Através do método dedutivo, metodologia com respaldo de instrumentos teóricos como artigos científicos, livros e dissertações, sobre o referido questionamento do conflito de direitos, é claro o entendimento de que há conflito de normas. Pois, de um lado tem-se garantido um direito de ter um lugar para exercer moradia, contudo que seja digna, e em contrapartida tem-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado responsável por gerar qualidade de vida e bem-estar a todos os cidadãos. Qual deverá prevalecer? Como o Estado garantidor se responsabiliza pelo fato? Devendo assim, serem aplicadas as regras de ponderação e proporcionalidade, a fim de trazer a melhor solução jurídica ao conflito de normas.

Palavras-Chave: Direito Fundamental. Moradia Digna. Meio Ambiente. Área de Preservação Permanente. Conflito de Normas.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution, 1988, is full of essential rights and safeguards, which are denominated as fundamental rights. The achievement of those rights was through fights, leading to a consolidation of themselves and making them indispensable for a society life. The protected rights which will be addressed below are the housing rights and the right to an ecologically balanced environment. In the mid-60s with the strong urbanization, people left the countryside looking for better opportunities, thus generating an unprecedented rural exodus, interfering with the dynamism of cities. With the quickly urban population growth, their government were not able to properly attend this huge demand with public policies, saying there is not enough places for people to live, which consequently led people to start dwelling at environment protected areas like mountains, as known as *favelas*. However, establish habitations at those areas violates two fundamental principles of the Constitution. Finally, through deductive method, a methodology with the support of theoretical tools as scientific articles, books and dissertations, about the referred article questionings, it is clearly understood that there are conflicting rules. On the one hand, it has been granted the right to have a place to live, although if it is worthy, people has the right to an ecologically balanced environment responsible for generating quality of life and well-being, what should prevail? How responsible is the guarantor State? For the fact, it should be applied the rules of balance and propotionality, in order to have the best legal solution of the conflict rules.

Keywords: Fundamental Right. Decent Housing. Environment. Permanent Preservation Area. Conflict Rules .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS.....	8
2.1 Direito fundamental à moradia, à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..	8
3 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	15
3.1 Dificuldades de implementar o direito fundamental à moradia no Brasil e a complexidade de se fazer valer o direito real de uso e habitação.....	16
3.2 O direito à moradia em zonas seguras e o dever de agir do Estado na preservação dos danos e riscos.....	19
4 OS RISCOS PROVOCADOS PELAS CONSTRUÇÕES ILEGAIS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES	22
4.1 O que são as Áreas de Preservação Permanente sob a análise do código florestal lei 12.651/2012 e análise sobre a proibição de edificações nestas áreas.....	22
4.2 Estudo de casos concretos.....	24
5 A PONDERAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39
ANEXOS	

1 INTRODUÇÃO

A luta para assegurar direitos é observada desde o começo das grandes civilizações. De lá adiante, houveram conquistas e aquisições de um conjunto de direitos essenciais, o qual denominamos de direitos fundamentais. Neste contexto, encontra-se a Constituição Federal de 1988, que garante a todos, indistintamente, direitos na forma da lei, incluindo entre estes direitos, o direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado, as Áreas de Preservação Permanente (APPs) merecem atenção, pois com o objetivo de estabelecer suas moradias pessoas às deterioraram, em especial, pessoas de baixa renda que usam estas áreas que são mais afastadas para construir suas moradias. Levando a questionamento: Como serão estabelecidas moradias a indivíduos carentes sem desrespeitar o meio ambiente? Diante disso, surgem divergências sobre qual será a melhor solução para o conflito de normas fundamentais perante a sociedade.

Em meados da década de 60, moradores de áreas rurais se sentiram atraídos pelos grandes centros urbanos, vieram em busca de melhores oportunidades, estes, imaginavam que com o forte avanço econômico nas cidades iriam adquirir melhores condições e qualidade de vida. Porém, o rápido crescimento populacional ocasionou uma ocupação desenfreada, sem precedentes, e também não amparada por políticas públicas de planejamento de todo o espaço urbano.

Aos indivíduos que, a princípio, não têm sequer um local para estabelecer moradia, restaram áreas afastadas, dotadas de informalidade, gerando assim, desigualdades sociais. Todavia, vale lembrar que são cidadãos e que a Constituição Federal garante a todos indistintamente direitos fundamentais e deveres na sua devida proporção.

Por serem áreas afastadas, é necessário lembrar que são áreas de importante valor e equilíbrio ecológico, de estabilidade hídrica e geológica, sendo necessário reportar que são áreas ambientalmente protegidas e que estão sendo degradadas pela ocupação com objetivo de servir de moradia, infringindo, assim, o direito de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Mostra-se presente aqui um conflito de normas fundamentais e garantias constitucionais, ambas com respaldo em seus devidos artigos 6º e 225 da Carta Magna Nacional.

Nesta incompatibilidade de direitos fundamentais, resta à este trabalho demonstrar qual o meio mais eficaz e seguro para a garantia da soberania destes dois direitos, sem deixar de lado a preocupação com a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente essencial à qualidade de vida.

Através do método dedutivo, metodologia abordada neste trabalho com respaldo de instrumentos teóricos como bibliografias nacionais e internacionais, artigos científicos, livros e dissertações, sobre o referido questionamento do conflito de direitos, é claro o entendimento de que há conflito de normas quando se refere aos dois direitos fundamentais, o direito de ter onde morar e o direito ao meio ambiente preservado.

Para a demonstração da resolução desta problemática, no primeiro capítulo será feita uma análise dos direitos fundamentais envolvidos, bem como, a breve explanação do conceito dos direitos fundamentais, sua perspectiva histórica e a origem dos movimentos sociais em busca de efetivar a garantia destes direitos a todos, como manda a Constituição Federal.

Já no segundo capítulo, será conceituado o que é o direito fundamental à moradia garantido pela Constituição, analisando, o porquê existe dificuldade de implementar este direito no Brasil, e como é complexo fazer valer o direito real de uso e habitação, abordando o direito à moradia em zonas seguras, e o dever de agir do Estado na preservação dos danos e riscos, atento as manifestações jurisprudenciais.

No terceiro capítulo, a abordagem será no sentido de entender quais são os riscos provocados pelas construções ilegais em Áreas de Preservação Permanente, delimitando o conceito destas áreas segundo o Código Florestal Lei n. 12.651/2012, e analisando como a Lei trata a proibição de edificar nestas áreas, através casos concretos.

Por fim, no último capítulo, fará um paralelo da ponderação e o princípio da proporcionalidade para solução deste conflito de direitos fundamentais.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS

A atual Constituição Federal, em seu título II, classifica o gênero direito e garantias fundamentais em importantes agrupamentos, dentre eles destacam os direitos sociais e fora deles, mas não menos importante, no artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (LENZA, 2012, p.957).

Para melhor análise faz-se necessário, o estudo sobre a perspectiva histórica destes direitos fundamentais, buscando entender como se deu os movimentos sociais em busca de garantir estes direitos a todos.

2.1 Direito fundamental à moradia, à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A Constituição Federal de 1988 traz direitos e princípios fundamentais, que servem de fundamentação para a aplicação de vários preceitos constitucionais, sendo importante respeitar, sob pena de descumprir o que foi imposto pelo legislador (ANTUNES, 2011, p.23). Estes princípios são direitos humanos positivados reconhecidos e conquistados ao longo de gerações, em que, no começo da civilização o povo buscava seus direitos perante a sociedade em que se encontravam, tinham como objetivo a luta para defender-se das imposições e arbitrariedades do Estado. Com isso, houve a conquista de um conjunto de valores, direitos e liberdades, denominados de direito fundamental, e a Constituição Federal é um dos meios mais eficazes de resposta que lhes asseguram direitos a todos indistintamente. No pensamento de Jorge Miranda:

A evolução dos direitos fundamentais acompanha um processo histórico de lutas sociais, de controles políticos, bem como um progresso técnico-científico, e são designados pela doutrina e pelos textos constitucionais como expressão adequada para nomear os direitos das pessoas frente ao Estado (MIRANDA, 1994, p.48).

A partir da positivação, em que assina uma norma constitucional, tem que se fazer valer este direito humano positivado, que dá origem aos direitos e garantias fundamentais. Pedro Lenza afirma categoricamente que “Os direitos são bens e vantagens prescritos nas normas constitucionais” (LENZA. 2012 p.961), Gomes Canotilho fala ainda que:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídica constitucional, os direitos do homem são esperança, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (CANOTILHO, 1993, p.461).

Como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental "É o mínimo necessário para a existência da vida humana. Ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a

existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana” (FILHO 2002, p. 66).

Os direitos fundamentais são divididos em dimensões, no sentido de que uma nova dimensão não abandonaria a conquista das dimensões anteriores, e que as dimensões estão vinculadas as transformações de necessidades básicas da sociedade (SARLET, 1998, p.37). Estes direitos estão divididos em cinco dimensões, porém, para este trabalho destacaremos duas por trazerem mudanças significativas na classificação de nossos direitos e garantias fundamentais estudados, que são as 2ª e 3ª dimensões.

Os direitos fundamentais da segunda dimensão são aqueles que conferem ao Estado uma conduta positiva na realização da justiça (MEDEIROS, 2004, p.71). Surgem após a primeira guerra mundial na revolução francesa europeia e no início do século XX (LENZA, 2012, p.959), sob influência da sociedade de massa e da forte industrialização, ocasionando assim, graves problemas sociais e econômicos, em que classes desfavorecidas de poder econômico passam a cobrar o Estado um valor de igualdade. “Para efetivá-los surgem os direitos de cunho social, econômico e cultural, que por serem de natureza prestacional, passam a exigir uma atuação positiva do Estado” (BAHIA, 2006, p.22). Inserido dentro desta dimensão encontra-se o direito à moradia. Bonavides afirma ainda que estes:

[...] São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 1993, p.476).

Os direitos fundamentais da terceira dimensão segundo Portanova, não são possíveis instituir um marco inicial exato para a sua emergência, em virtude de possuir características difusas (PORTANOVA, 2002, p. 686), no entanto, são estudadas por terem trago mudanças significativas nas comunidades e alterações nas relações econômico-sociais, sobre a natureza, acelerados depois do segundo pós-guerra (SARLET, 2003, p.53). Segundo Fernanda Luiza Medeiros:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão têm por destinação primordial a proteção ao gênero humano. [...]. Estes direitos caracterizam se por possuir a titularidade coletiva, sendo assim, algumas vezes, até mesmo, indefinida ou indeterminável (MEDEIROS, 2004, p.73).

Contido nesta classificação, encontra-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Estes direitos são denominados direitos transindividuais que independem dos interesses individuais e passam a preocupar com a proteção do gênero humano como um todo. (LENZA, 2012, p.960).

É importante ainda mencionar uma classificação que é abordada como subdivisões dos direitos fundamentais, o direito de defesa e o direito a prestação. Os direitos fundamentais como direito de defesa, são os direitos dos cidadãos perante o Estado, na busca de impedir a interferência do Estado em sua liberdade pessoal e de sua propriedade (MEDEIROS, 2004, p.87). No pensamento de Fernanda Luiza Medeiros:

Esse dever de abstenção se consolida na ideia de que o Estado possui o dever de não interferir, não agir e/ou de não intervir no tocante às liberdades propriamente ditas. É na realidade uma abstenção do Estado de prejudicar o indivíduo (MEDEIROS, 2004, p.87).

Já os direitos fundamentais como direito a prestação, são os direitos de o particular obter algo através do Estado (MEDEIROS, 2004, p.88), “no sentido de que, este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)” (SARLET, 1998, p. 185-6).

Depois de entender a classificação destes direitos fundamentais, é importante saber o porquê estão em discussão. O caput do artigo 5º da Constituição Federal Nacional, fala que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade à propriedade e no artigo 225 ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Estas normas definidoras têm aplicação imediata, porém não são absolutas, havendo conflitos de interesses entre estes dois direitos fundamentais comentados acima, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que foi agravado ainda mais com o êxodo rural da década de 60 (LENZA, 2012, p.962, 963).

Atualmente é viável a discussão de problemas que se tem visto com frequência no cenário nacional, dentre eles se destacam a preocupação com o meio ambiente chamando atenção da população para os cuidados com o meio que vivem. A vasta degradação ambiental e problemas relacionados às ocupações irregulares de áreas ambientais são o ponto principal de problemas habitacionais nas grandes cidades, tornando-se indispensável a sua discussão na contemporaneidade (SOUZA, 2010, p.02).

Estes problemas foram-se intensificando a partir do início do século XX, onde grandes partes da população brasileira que se encontravam nos campos, desenvolvendo a agricultura e pecuária para subsistência, foram deslocando-se para os centros urbanos, um fenômeno conhecido como êxodo rural em busca de melhor qualidade de vida, uma vez que as cidades estavam em desenvolvimento, servindo assim, de atrativo para muitas pessoas (SOUZA, 2010, p.03). Maria Luiza Machado Granziera:

Aproximadamente 80% da população brasileira habitam os centros urbanos hoje, quando em 1970 apenas 30,5%, localizava-se nas cidades. Foi a partir do final da década de 60 que se passou a buscar melhores condições de vida nas cidades. Com o

desenvolvimento da indústria e da falta de condições no meio rural, o país assistiu um êxodo sem precedentes (GRANZIERA, 2007, p.180).

É de se observar, que o grande processo de urbanização brasileiro não foi acompanhado de maneira correta pelas políticas públicas de ordenação e planejamento do espaço urbano, gerando assim, dificuldades para várias famílias terem onde morar e em consequência trouxe vasta degradação ambiental de áreas protegidas conhecidas como Áreas de Preservação Permanentes que foram invadidas irregularmente para servir de moradia (SANTINI; QUINTO, 2007, p.39). Esta ocupação desenfreada gerou uma grande dificuldade, pois esta população mais pobre não tendo condição é levada a viver em lugares não alcançados pela propriedade formal, como morros, e áreas ambientalmente protegidas, gerando um quadro de profundas desigualdades sociais. (SANTIAGO, 2010, p.616).

Estes dois pontos retratados acima como a degradação ambiental e a falta de ter onde morar é o ponto primordial da discussão que será retratada nos demais capítulos. Estes dois direitos são de suma importância para a vida em sociedade, vida esta com a devida qualidade que está dentro dos limites dos interesses pessoais. São eles o direito à moradia prevista pelo artigo 6º da Constituição Federal 1988 *in verbis*: “São direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, o trabalho, à moradia, o lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, e o direito ao meio ambiente equilibrado no artigo 225 *in verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O direito à moradia digna foi implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e foi recebida e propagada na Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º (SANTIAGO, 2010, p.620):

Em especial o direito à moradia, pois ao lado da alimentação, à habitação, figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano e, é também, um direito fundamental desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos fundamentais para a vida das pessoas. Contudo, é necessário a moradia ser digna (SANTIAGO, 2010, p.620).

As populações de baixa renda, maioria proveniente destas migrações rurais possuem restrito poder de acesso à propriedade, interferindo assim no seu direito à moradia, pois na procura de um teto para morar, buscam por ocupar áreas afastadas das cidades, na qual, montam sua casa sem a devida infraestrutura, por ser viável economicamente, e sem a

presença de fiscalização do Estado. No entanto, estas áreas são ambientalmente protegidas, e reconhecidas pela Lei brasileira como Áreas de Preservação Permanentes (APPs), tuteladas pelo código florestal brasileiro pela Lei nº 12.651, de 25 de Maio de 2012 no seu artigo 3º, inciso II (SANTIAGO, 2010, p.631).

Atualmente pelo menos um milhão de pessoas vivem nas áreas das APPs, a maioria são populações de baixa renda, que não conseguem ter acesso à moradia nas áreas urbanas, com infraestrutura adequada e preço acessível (Villa, 2004, P.60 apud SANTIAGO, 2010, p. 631), por isso, as administrações municipais têm enfrentado sérios problemas relativos a ocupações das APPs, em função dos impactos socioambientais que comprometem drasticamente todo ecossistema do qual ela é parte integrante (RUTKOWSKI, 2007, p. 78).

Este ecossistema no qual as APPs fazem parte é denominado de meio ambiente, protegido pela Constituição, e também segundo a Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, inciso I, “Entende-se por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. O Professor José Afonso da Silva conceitua meio ambiente como: “(...) a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, (SILVA 1994, p. 02).

O grande marco do direito fundamental do ser humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em 1972, conhecida como a conferência de Estocolmo. A partir desta conferência começa a visualização dos direitos da humanidade como gênero humano incluindo também as futuras gerações (LEMOS 2008, p. 57-58).

As áreas de preservação permanente são áreas que são conceituadas pelo artigo 3º da Lei 12.651/2012 segundo o atual Código Florestal *in verbis*:

Área de Preservação Permanente- APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

As Áreas de Preservação Permanente têm como principal característica ser intangível, intocável, com rígido limite de exploração. Porém, há exceções das quais em áreas urbanas normalmente este limite de exploração restrito é desobedecido, seja por ocupações irregulares em áreas periféricas, ou até mesmo em áreas centrais, onde loteamentos de pessoas hipossuficientes e grandes mansões de pessoas com alto poder aquisitivo, avançam sobre as APPs.

A Constituição brasileira de 1988 foi a primeira a tratar de maneira deliberada a questão ambiental, conforme Silva, podendo ser retratada como uma Constituição “eminente ambientalista” (SILVA, 1994, p.26). Além do mais, é necessário se importar com a premissa, pois, levando em consideração, realmente não há vida sem o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo verdadeira a tese de que, o meio ambiente deve ser tratado como um direito fundamental.

Porém, vale lembrar, que as APPs estão sendo danificadas por construções irregulares para estabelecer moradia aos indivíduos hipossuficientes, mas também, para mero usufruto de pessoas com alto poder aquisitivo, infringindo assim, o meio ambiente. Como se tem este problema, de um lado o direito à moradia sendo exercido por pessoas avançando sobre estas áreas protegidas ambientalmente, fica evidenciado o conflito das normas constitucionais fundamentais.

Segundo Canotilho e Moreira os direitos fundamentais se conflitam quando um direito fundamental, estando no seu exercício colide com o exercício do mesmo ou até de outro direito fundamental de outro titular, ou também quando, este conflito se dá entre o direito fundamental de defesa e proteção de bens da coletividade e do Estado tutelado constitucionalmente (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 135 apud BAHIA, 2006, p. 43).

Portanto, para os autores já mencionados no decorrer do texto, há um conflito existente entre estes dois direitos fundamentais, o direito à moradia digna que atenda as necessidades para uma melhor qualidade de vida e função social das cidades, respeitando o “interesse social”, “utilidade pública” e “baixo risco ambiental”, e em contra razão se conflitando, o direito ao meio ambiente equilibrado. Assim, a legislação apenas estabelece limites para a condição de existência das áreas ambientalmente protegidas, mas não cria vínculo com a população que invade estes locais.

Hely Lopes Meirelles em sua doutrina fala o que seria necessário para cumprir a função social das cidades, na qual foi citada acima, porém esta não é amparada legalmente, sendo consideradas assim, como áreas de risco.

Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo, a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação e recreação. Desempenhada essas funções, a cidade estará cumprindo sua função social, propiciando ambiente saudável a seus habitantes (MEIRELLES, 2006, p.511).

Logo, não se pode ignorar o artigo 4º da Lei 12.651/2012 que estabelece os critérios de delimitação do que seriam essas Áreas de Preservação Permanentes, explicando assim, que

nestas áreas não se pode edificar, não só em função da proteção ao meio ambiente, mas também para a proteção das próprias pessoas.

Com todos estes conceitos trazidos ao longo do texto, é claro que há um conflito de direitos presentes na sociedade atual, e a mídia sempre como um meio de disseminar a informação a todos é clara ao mostrar grandes casos que vieram à tona por expor o dano ambiental, o dano patrimonial e até mesmo o dano na saúde, quando não se respeita estes direitos fundamentais.

Na região serrana do Rio de Janeiro em 2011 ocorreram diversos deslizamentos, entre eles, o município de Nova Friburgo foi o mais afetado pela tragédia ocorrida, as enchentes e milhares de pontos de deslizamentos provocaram 420 mortes, além de grande número de desabrigados e desalojados.

O mais recente é o caso da mineradora Samarco que rompeu a barragem na cidade de Mariana (Minas Gerais- MG) no dia 05 de novembro de 2015, deixando 19 mortos, atingindo milhares de moradias, deixando pessoas desabrigadas, levando a evidência à irresponsabilidade do Estado em fiscalizar as construções irregulares e fazer valer o direito à moradia como direito fundamental destas pessoas.

Por fim, é importante mencionar também, que a ONU possui o objetivo de até 2030, garantir que todos os homens e mulheres, particularmente os pobres e vulneráveis, tenham direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a serviços básicos, propriedade, controle sobre a terra e aos recursos naturais, estipula ainda, que até 2030, seja reduzido a exposição e vulnerabilidade de eventos extremos relacionados com o clima, outros choques e desastres econômicos, sociais e ambientais aos pobres e aqueles em situação de fragilidade, (Cartilha da ONU- Objetivos globais para o desenvolvimento sustentável). Diante de todo o exposto, nos dizeres de Caçado Trindade “[...] de que vale o direito à vida sem o provimento de condições mínimas de uma existência digna, senão de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário)? De que vale o direito à liberdade de locomoção sem o direito à moradia adequada? [...]” (CAÇADO TRINDADE, 2000, p.24 apud BAHIA, 2006, p.31).

Portanto, cabe aqui, a análise do magistrado de se observar a melhor forma quando confrontam estes dois direitos fundamentais, sem prevalecer um em detrimento do outro, garantindo a todos um lugar digno para morar e um meio ambiente equilibrado, cobrando do Estado uma política igualitária para se fazer valer estes direitos reais.

3 A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

O mundo mudou como já dito no capítulo anterior, com o avanço da industrialização pessoas saíram do campo em busca de qualidade de vida nas cidades, sendo necessária uma demanda maior de residências, escolas, hospitais e outras necessidades básicas, para atender a todos indistintamente.

Segundo Alex Santiago que leva em consideração números, “o déficit habitacional representa 7.222.645 domicílios, 82,5% destes pertencem às pessoas carentes, que vivem com até três salários mínimos, sendo inadequados no critério de regularização da propriedade” (SANTIAGO, 2010, p.627). Existem diversos domicílios com ausência de banheiros, e milhares sem infraestrutura básica como serviços de água, luz, esgoto e até iluminação pública, e todos estes domicílios estão concentrados em áreas urbanas, já que a maioria da população brasileira vive nas cidades, quando o Brasil com o processo de saída do campo perdeu seu aspecto primordialmente rural na década de 1960 (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2005. p.37-56 apud SANTIAGO, 2010,p.627). Confirmando assim, a grande contradição, em que estas pessoas que vieram atrás de qualidade de vida, só encontraram propriedades dotadas de informalidade. E por meio do que foi dito, por serem direitos fundamentais garantidos a todos, é necessário buscar e efetivar os direitos resguardados pela Constituição, como o direito fundamental á moradia.

O direito à moradia digna como já foi iniciado um breve estudo no capítulo anterior, foi reconhecido como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, foi recebido e propagado na Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º (SANTIAGO, 2010, p.620).

Não obstante, mesmo demorando ser incorporado no texto constitucional, desde a sua promulgação, o direito à moradia já estava resguardado, no texto do artigo 23, inciso IX: “todos os entes federativos têm competência administrativa para promover programas de construção de moradias, e melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico” (LENZA, 2012, p.1078).

Ainda assim, levando em consideração à dignidade da pessoa humana (artigo 1º; III), à intimidade e à privacidade (artigo 5º; X) e de ser a casa asilo inviolável (artigo 5º; XI), não há duvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o artigo 23, inciso IX estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater causa de pobreza e os fatos de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (LENZA, 2012, p.1078).

3.1 Dificuldades de implementar o direito fundamental à moradia no Brasil e a complexidade de se fazer valer o direito real de uso e habitação

O direito à moradia presente em nossa Carta Magna, não foi totalmente consolidado na forma da letra da lei, e ainda está distante da realidade de muitos brasileiros, embora possuam leis e decretos que o fundamenta, à moradia como um direito fundamental, tornou-se, entretanto o sonho de muitos que ainda lutam por um lugar digno de se viver. Segundo Maurício Henárias:

A Constituição Federal brasileira conferiu à União a competência para instituir diretrizes para a habitação (artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal de 1988) e estabeleceu a competência comum da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construções de moradias e melhoria das condições habitacionais de saneamento básico artigo 23, inciso IX (HENÁRIAS, 1999. p. 1286).

Embora seja a vontade de muitos indivíduos, o direito à moradia não pode ser concretizado de uma hora para outra, ainda mais em um país subdesenvolvido com grandes desigualdades sociais, no entanto, não se pode perder tempo esperando este se concretizar, visto que, depende como qualidade de vida para muitas pessoas. Para tornar-se mais dramático, há uma divergência quando este próprio Estado, a princípio o garantidor reconhece junto ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que (SANTIAGO, 2010, p.626).

Pelo menos 42% das famílias vivem atualmente em moradias inadequadas, sem abastecimento de água suficiente, sem instalações de saneamento nem coleta de lixo. [...] e que 50% da população das principais cidades vivem em comunidades urbanas não estruturadas (assentamentos, e casas ilegais, como se assinala no § 512 do informe do Estado – parte) (COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 2004, p. 57).

Não sendo o bastante, observando a dificuldade de implementar este direito, notou-se o comitê ainda que o Estado brasileiro: “não facilitou o acesso ao crédito nem aos subsídios para moradia as famílias de baixa renda, nem os previu, sobretudo no caso dos grupos mais desvalidos e marginalizados”(COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 2004, p. 57 apud SANTIAGO, 2010, p.626). Posto isso, existem moradores que iniciam uma invasão em busca de lotes e até mesmo, terminam comprando um barraco em áreas desprotegidas, em morros que não oferecem nenhuma garantia, onde buscam a demanda por habitação e nem sempre por segurança, pois como há um mercado informal, esta é a alternativa encontrada para uma moradia mais acessível á estes pobres urbanos (SOUZA, 2003, p. 150- 153).

Nos artigos 182 e 183 do capítulo II da Constituição Federal, o legislador dispõe sobre as Políticas Urbanas, delegando ao poder público Municipal a função de executar medidas para o desenvolvimento urbano. No artigo 182 prevê que a política urbana tem o objetivo de

garantir o desenvolvimento das funções aos habitantes como à garantia do bem-estar, valendo de instrumentos como o plano diretor e o Estatuto da cidade (SOUZA, 2010, p.58).

Artigo 182 Constituição Federal 1988: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

As políticas urbanas podem ser definidas como aquelas ações em que o poder público ordena as cidades, arrumando os territórios para produzir e distribuir espaços com infraestrutura e serviços urbanos. Tem como objetivo, o arranjo do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, para garantir o bem estar de seus habitantes (ALVIM, CASTRO, ZIONI, 2010, p.14). Este planejamento urbano subentende a intervenção do Estado, logo nos pensamentos de Tapalov:

O planejamento urbano constitui uma forma de regulação social da formação de efeitos úteis de aglomeração no nível da operação de urbanismo: suas características e seus limites, em cada período, podem ser analisados com base no estudo das contradições que fazem necessária intervenção do Estado. (TAPALOV, 1979, p.34 apud ALVIM, CASTRO, ZIONI, 2010, p.14).

De acordo com Toshio Mukai para implementar o direito seria necessário estudos sobre a natureza da ocupação, avaliações geográfica de locais com capacidade de suportar a demanda populacional informal, sem causar danos ao meio ambiente e permitindo melhor condição de vida à todos. Fala ainda que: “[...] necessário se faz um planejamento urbanístico, objeto precípua do Direito Urbanístico, permitindo, desse modo, o desenvolvimento saudável e integrado das comunidades” (MUKAI, 2004, p. 29).

Para Daniella dos Santos Dias essa dificuldade de implementar o direito acontece pelo fato de que, “é preciso a realização de gestão municipal que consiga compatibilizar atividades, econômicas em espaços urbanos, que viabilizem o crescimento e progresso em bases sustentáveis [...] compreendidos na expressão direitos humanos” (DIAS, 2002, p. 40).

É notório, que como toda esta dificuldade de implementação causada pela falta de certas políticas públicas urbanas de habitação, programas assistenciais do governo e até mesmo falta de subsídios para construção de moradias, mostra assim, a consequência de como é complexo fazer valer o direito real de uso e habitação no sentido de atender a função social da cidade.

A função social das cidades nada mais é a garantia de todos os meios para uma melhor qualidade de vida a seus habitantes, estabelecendo moradia, lazer, trabalho, ou seja, viver adequadamente. Nas palavras de Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

A função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade (constituição federal, artigo 5º, caput), bem como quando garante a todos um piso vital mínimo,

compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, entre outros encartados no artigo 6º (FIORILLO, 2005, p.261).

No artigo 182 como já foi dito acima, em seus parágrafos estabelece quais os planos para desenvolver as funções sociais da cidade, em busca do bem-estar de seus habitantes afim de que, possa diminuir a dificuldade de implementar o direito à moradia. No primeiro parágrafo aparece uma figura denominada de plano diretor, e em lei esparsa a figura do Estatuto da Cidade.

O plano diretor é o instrumento mais importante por meio do qual, busca este fim, como estabelece o §1º do artigo 182 ele é considerado instrumento básico para a política de desenvolvimento urbano, obrigatório em cidades com mais de vinte mil habitantes (SOUZA, 2010, p.73). Para José Afonso da Silva:

O plano diretor é nos termos da Constituição e do Estatuto da cidade, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. [...]. É plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município (SILVA, 2006, p.139).

O plano diretor sendo como um complexo de normas para o desenvolvimento do Município sob vários aspectos sociais, econômicos e até físicos, é um meio técnico garantidor, tendo poder de administrar as realizações públicas e particulares que englobam a coletividade. Portanto, o plano diretor é muito importante, sendo muito mais que um mero plano de obras, “[...] não é um fim em si mesmo, seu objetivo é a melhoria da qualidade de vida da população”. É o que exprime o destino do Município, pois, administrar a cidade em crescimento é necessário elaborar planos, prevenindo crescimento desordenado e situações caóticas (FERRARI, 2005, p. 236).

Já citado acima também como um plano para desenvolvimento da função social da cidade, encontra-se o estatuto da cidade. Através deste estatuto busca-se uma melhor organização do espaço urbano para atender aos efeitos de modo rápido e indireto, sempre em busca do bem-estar dos indivíduos e melhor qualidade de vida (SOUZA, 2010, p.67). Por advento da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, foi editada para regulamentar os artigos 182 e 183 da constituição federal. Ela estabelece as diretrizes gerais da política urbana.

Estatuto da cidade (no artigo 1º, parágrafo único), institucionalizou, como normas gerais de Direito Urbanístico, um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para a intervenção urbanística, possibilitando ao poder público uma atuação vigorosa e eficaz nesse setor, viabilizando a concretização do princípio da função social da propriedade (MEIRELLES, 2005, p. 157).

É necessário que todo o planejamento feito pelo plano diretor ou pelo estatuto da cidade cumpra com a função social das cidades, respeitando o interesse social e a necessidade dos indivíduos, de modo que, não é reconhecida mais propriedade se esta não for utilizada em favor do bem comum (SOUZA, 2010, p.67). Por isso, no § 2º do artigo 182 da constituição federal de 1988 dispõe que: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa pelo plano diretor.” Santini e Quinto reforçam ainda a importância destes planos, pois, “quem vai dizer se a propriedade está ou não cumprindo a sua função social é o plano diretor” (SANTINI; QUINTO, 2007, p.47).

Assim, o Direito Urbanístico, a partir de um regime de urbanizações para a construção de casas populares, com a desfavelização e a contenção de invasões, atenderia inclusive os direitos fundamentais à privacidade e da função social da propriedade, e também o direito à habitação, promovendo a dignidade da pessoa humana, e a erradicação da pobreza (HANÁRIAS, 1999, p.1285). Todavia, é difícil fazer valer o direito, por não ter políticas suficientes, ou até mesmo, por não conseguirem ser implantadas para garantir o devido direito à moradia, a lei não está sendo obedecida de forma correta.

3.2 O direito à moradia em zonas seguras e o dever de agir do Estado na prevenção dos danos e riscos

Após entender que são necessários planos para melhor organização das cidades, deve-se interpretar o dever de agir dos Estados para garantir essas moradias amplamente retratadas ao longo deste capítulo para todos, resguardando os indivíduos hipossuficientes de não exercer seu direito de moradia em áreas de danos e riscos.

Na ausência de políticas públicas com capacidade de atender a demanda habitacional de baixa renda do país, auto construíram suas moradias em terrenos vazios que foram ocupados para que pudesse exercer o mais elementar dos direitos humanos: o direito de morar. (ALFONSIN, 2003, p. 168- 169).

Contudo, este direito à moradia não é absoluto, existem restrições quanto ao modo de se construir, uma vez que, é preciso assegurar a melhor interação da coletividade na busca de qualidade de vida, sob pena de haver desordem, como apresenta as grandes cidades, com altos índices de favelização e pessoas sem terem onde morar. Levando em conta o julgado da desembargadora Matilde Chabar Maria¹, estas restrições são consideradas de ordem pública,

¹ Apelação Civil nº 70008134405, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatora Desembargadora Matilde Chabar Maria.

na própria ordem urbanística, devendo-se observar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade (SOUZA, 2010, p. 172).

Para garantir que o direito de construir não seja modificado, é reconhecido o poder de polícia, “através do qual o poder público protege, fundamental e precipuamente, o meio ambiente” (MUKAI, 2005, p. 42). Existem cidades brasileiras como no caso de Uberlândia no estado de Minas Gerais, que possui plano local de habitação de interesse social estabelecendo estratégias de ações que fiscalizem e coíbam ocupações habitacionais irregulares em áreas inadequadas como: áreas de preservação ambiental, áreas de risco, áreas contaminadas e áreas de bem de uso comum (PLANO LOCAL DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL, PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, 2010, p. 7).

Logo, o dever de agir do Estado mencionado no título deste tópico, deveria ser realizado através de fiscalizações de construções, e criação de planos habitacionais, impondo assim, seu poder de polícia para aquelas construções que não estivessem de acordo com a lei, porém na maioria das vezes, este mesmo Estado em tese o garantidor de direitos, sequer averigua deixando a vontade os desamparados financeiramente, restando apenas conseguir a casa mediante a alternativa mais próxima as suas condições financeiras.

O direito à moradia em zonas seguras é o dever do Estado, sempre buscando afastar a população de moradias em áreas desprotegidas e inseguras.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL ERGUIDO EM ÁREA DE RISCO. MEDIDA LIMINAR QUE CONDICIONOU A DEMOLIÇÃO À CONCESSÃO DE AUXÍLIO-MORADIA. DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. RECURSO DESPROVIDO.²

1. Recurso manejado diante de decisão monocrática que manteve a determinação de demolição da construção irregular, cominando, contudo, ao agravante o dever de promover abrigo para as pessoas retiradas do imóvel.

2. Pode o magistrado, imbuído do poder geral de cautela, determinar ao município o dever de promover abrigo para as pessoas retiradas do imóvel a ser demolido, em nítida defesa do direito constitucional à moradia, e da dignidade da pessoa humana, sem que esta decisão mostre-se extra petita.

3. Não há qualquer evidência de que a promoção de abrigo à família, cuja moradia está em vias de ser demolida, irá causar, neste momento processual, lesão grave e de difícil reparação ao recorrente, a ponto de justificar a reforma da decisão vergastada.

4. Recurso de agravo a que se nega provimento.

5. Decisão unânime

Encerrando, o direito à moradia está garantido pela Constituição Federal de 1988 a todos sem distinção de qualquer forma, porém como dito a todo este capítulo, observa-se que desde quando ele surgiu, há dificuldades de se implementar e fazer valer para a população carente, pois são pessoas desprovidas financeiramente, em que o Estado tem o dever de agir

² Agravo: AGV 3700374 PE. Relator: Itamar Pereira da Silva Junior.

ajudando a criar políticas para os usar e desfrutar de moradia digna sendo também requisito para atender a função social da cidade. Porém, não é o que acontece na realidade, restando a eles somente buscar áreas “baratas” em que conseguem comprar, sem saber ou até mesmo sem importar que sejam áreas com altos riscos à saúde e à segurança. Concluindo assim, que mesmo em várias jurisprudências o Estado tendo este dever, no entanto, não o enfatiza, gerando desigualdades e acabando também com as áreas ambientalmente protegidas através do uso irregular, no qual não é destinado para o fim que se encontra atualmente.

4 OS RISCOS PROVOCADOS PELAS CONSTRUÇÕES ILEGAIS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A busca por um desenvolvimento sustentável é um dos grandes anseios do mundo moderno. Isto decorre, pela grande dificuldade de conciliar o progresso econômico, populacional e a preservação do meio ambiente em todas as suas peculiaridades.

Os seres humanos têm a constante necessidade de modificar os objetos que estão ao seu redor, seja na casa em que moram, seja no seu local de trabalho, sempre à procura de inovações. E o meio ambiente em que ele vive não fica excluído, pois, para atender o seu próprio interesse o modifica (DOURADO, 2003, p.469). Com todas estas modificações, José Afonso diz que o meio ambiente “é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2000, p.20).

Atualmente, muito tem se falado sobre a importância da preservação do meio ambiente, de maneira que, com a má preservação há uma interferência na qualidade de vida em todos os seus aspectos.

Este meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado, é garantido pela Constituição no artigo 225, nele prevê que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tornando assim, um direito fundamental de ampla importância e discussão ao longo de todo este capítulo, e para melhor compreensão é necessário o estudo individualizado do tema.

4.1 O que são as Áreas de Preservação Permanente sob a análise do código florestal Lei 12.651/2012 e análise sobre a proibição de edificações nestas áreas

As Áreas de Preservação Permanentes são tuteladas pelo capítulo II, do código florestal 12.651/2012. São áreas ambientalmente protegidas, com territórios cheios de vegetações nativas que propiciam um ambiente sadio. É regulamentada de acordo com o inciso III, § 1º do artigo 225 da Constituição Federal.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

E também segundo o Código Florestal 12.651/2012 no seu artigo 3º, inciso II in verbis:

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

As Áreas de Preservação Permanente abreviada como APPs, não possui apenas a característica de preservar a vegetação nativa, sua preservação se estende a vários elementos incluindo assegurar o bem-estar da população (SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011, P. 09).

O Código Florestal prevê ainda faixas e parâmetros diferenciados para as distintas tipologias de APPs, no capítulo II do referido código, mais precisamente em seu artigo 4º, estes parâmetros diferenciados para estabelecer as faixas que diferem as APPs são realizadas de acordo com a característica de cada área que deve ser protegida (SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011, p. 09).

É importante destacar, que na década de 1980 houve uma ampliação das faixas de APPs, trazida pela Lei no 7.803. A proposta de ampliação das faixas foi apresentada ao Congresso Nacional pelo então Deputado Artenir Werner, uma das cidades do Vale do Itajaí em Santa Catarina, atingidas pelas grandes enchentes de 1983 e 1984. Naquela época, levantamentos realizados na região mostraram que as pessoas e infraestruturas mais atingidas pelas cheias e deslizamentos de terra foram aquelas que ocupavam as áreas muito próximas aos rios, riachos e encostas com grande declividade. Cálculos da época apontaram que os prejuízos econômicos e perda de vidas teriam sido significativamente menores se as faixas de APPs fossem maiores. Tais argumentos, entre outros, sensibilizaram o Congresso Nacional (numa época que não havia ainda comissões de meio ambiente) a ponto de a Comissão de Agricultura ter aprovado por unanimidade a ampliação da faixa de 5 para 30 metros, da APP nos rios com largura inferior a 10 metros, assim como a ampliação de outros parâmetros. Ou seja, a ampliação das faixas das APPs de cursos d'água na década de 80 do século passado, considerou, além dos aspectos ambientais, a garantia do bem-estar das populações humanas (SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011, p. 13).

As Áreas de Preservação Permanente possuem diversas funções. A função ambiental de preservar os recursos hídricos é a que as APPs servem de sombra, cobertura e até mesmo de filtros para preservação das águas, controlando a temperatura, filtrando os agrotóxicos, portanto, a ocupação destas áreas prejudica o curso dos rios, podendo haver poluição, dificultando assim o fornecimento de água, interferindo diretamente na vida da população. A

função ambiental de preservar a paisagem, mantém a vegetação nativa, preservando as áreas verdes, servindo para amenizar a temperatura e mantendo a umidade do ar, melhorando assim, o visual das cidades que, via de regra, se caracteriza por ser um meio excessivamente adensado com construções em toda parte, garantindo o direito da população a cidades sustentáveis, aclamado pelo Estatuto da Cidade. Já a função ambiental de preservar a estabilidade geológica, trata-se de uma das atribuições mais importantes das APPs de encostas com declividade superior a 45° e topos de morro, montes, montanhas e serras. São em geral áreas frágeis e sujeitas a desbarrancamentos e deslizamentos de solo ou rochas, principalmente quando desmatadas e degradadas ambientalmente. Desse modo, a proteção das APPs destinadas a proteger a estabilidade geológica e o solo também previne o assoreamento dos corpos d'água e a ocorrência de enxurradas e deslizamentos de terra, contribuindo para a garantia da segurança das populações residentes. Por fim, a função ambiental de preservar a biodiversidade é de fundamental importância para a preservação da fauna e da flora (SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011, p. 13-21).

Áreas de Preservação Permanente são áreas que devem ser protegidas por possuírem inúmeras funções, que no final sempre buscam melhores condições de vida a todos como foi imposto pela Constituição Federal, reforçando ainda Servilha:

(...) um sistema socioambiental aonde as pessoas podem encontrar, no convívio social, tranquilidade pública, fundamento da ordem pública. Nesta perspectiva, a proteção e/ou recuperação das APP podem permitir também a recuperação das relações sócias desde que sejam estabelecidas a integração entre as várias políticas públicas que interferem como a constituição do lugar (SERVILHA, 2007, p.99).

Exposto todos os fatos, conclui-se que não se deve construir nestas áreas, pois a proteção destas promovem tranquilidade ao convívio social e evita catástrofes naturais que são noticiadas nos meios de comunicação todos os anos.

4.2 Estudo de casos concretos

Com a passagem dos anos, as notícias vinculadas nos vários meios de comunicações já não são mais nenhuma novidade, tragédias ambientais e pessoas que ficaram sem suas casas por fatores climáticos, físicos e biológicos sempre aparecem nos noticiários. Embora regulamentado no código florestal a proibição de edificação nestas áreas, muitos infringem a lei e que infelizmente trazem desastrosas consequências.

Um dos casos mais conhecidos foi às fortes chuvas torrenciais na região serrana do Rio de Janeiro no ano de 2011, um forte desmoronamento dos topos de morro que trouxeram centenas de vítimas mortas, desaparecidas e milhares desabrigadas, assim como aquela que se abateu sobre a região do Vale do Itajaí em Santa Catarina no final do ano de 2008 (com mais de 130 mortos), são exemplos contundentes desses problemas, incluindo prejuízos econômicos e perdas de vidas, que decorrem ou são potencializados pela ocupação de tais áreas (SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011, p. 31).

Em 1987 deslizamentos em Petrópolis e Teresópolis mataram 282 pessoas. Um ano após, Petrópolis teve sua pior enchente, com 277 mortos e 2 mil desabrigados. Em 2000, Friburgo, Petrópolis e Teresópolis foram devastados pela chuva, resultando em 5 óbitos. No ano seguinte, Petrópolis voltou a sofrer, registrando 48 mortes e 793 desabrigados. Em 2003, foram 33 mortos. Em 2007, 10 morreram em Friburgo, 8 em Sumidouro, 3 em Petrópolis e 2 em Teresópolis. Petrópolis registrou mais 9 mortes em 2008. Segundo o Departamento Geral de Defesa Civil do Rio de Janeiro a tragédia de janeiro de 2011 aponta 910 mortos e 662 desaparecidos até o dia 18 de fevereiro. Nova Friburgo com 426 mortos, Teresópolis 382, Petrópolis 74, Sumidouro 22, São José do Vale do Rio Preto, Santo Antônio de Pádua e Bom Jardim 2 mortos em cada município. Segundo a Defesa Civil estadual, as chuvas deixaram 23.315 desalojados (momentaneamente impedidos de voltar para casa) e 12.768 desabrigados (quem perdeu suas casas) em 15 cidades. Se mostradas de forma dramática, antecipando situações que tendem a se generalizar em outras regiões. Em 1974, chuvas fortes na região sul do Estado provocaram uma tragédia na cidade de Tubarão, contabilizando-se a época, 199 mortos e 65.000 desabrigados. Em 1983, dessa vez na cidade de Blumenau, as cheias provocaram 8 mortes e 197.000 desabrigados. O mesmo fenômeno voltou a assolar a cidade no ano seguinte, 1984, dessa vez deixando um saldo de 16 mortes e 155.000 desabrigados. Florianópolis e outras cidades da região sul, em 1995 contabilizaram 69 mortes em decorrência das cheias. Em 2004 o inédito furacão Catarina deixou um rastro de destruição na região sul do Estado, com saldo de 11 mortes e 35.000 desabrigados. A tragédia mais recente, com as cheias de 2008, afetou mais de 1.500.000 pessoas, causando a morte de 135 catarinenses e deixando mais de 33.000 desabrigados. Só nesse último caso o governo Federal precisou, emergencialmente, repassar ao estado 2 bilhões de reais para o atendimento às vítimas e auxílio na reconstrução. Somente o reparo na infraestrutura de distribuição elétrica exigiu o repasse de 60 milhões de reais da Eletrobrás para a CEIESC, a agência de eletricidade do Estado de Santa Catarina (SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011, p. 31).

Contudo, observando a todos estes dados, não se pode ignorar que o Brasil é um país com uma enorme área territorial, isso faz pensar que em tese não existem problemas, pois há espaços suficientes para todos como estipula a Constituição para estabelecer moradia em áreas seguras longe do risco. Mas por que será que é diferente na realidade, onde pessoas carentes constroem suas moradias em áreas desprotegidas?

A única forma de não ter mais este cenário todos os anos deveria ser a proibição destas construções irregulares, porém a situação é ignorada por todos inclusive pelas próprias autoridades. Benjamim diz que: “o simples cumprimento do Código Florestal é a melhor e mais efetiva ação para prevenir os prejuízos causados por enchentes e deslizamentos de terra e rochas [...]”, (BENJAMIM, 2010 apud SCHÄFFER; ROSA; AQUINO; MEDEIROS, 2011,

p. 31). Sendo assim, o papel das autoridades fiscalizarem e encontrarem um meio eficaz de garantir moradia a todos, estabelecendo programas de habitações em áreas públicas inutilizáveis, para evitar o fim trágico á muitas famílias.

5 A PONDERAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ponderação e o princípio da proporcionalidade que será abordado neste capítulo, para a autora Carolina Medeiros Bahia, terão que valorizar as circunstâncias fáticas do caso concreto a fim de, que possa ser aplicada a melhor solução aos conflitos normativos (BAHIA, 2006, p. 74), presente nos capítulos anteriores, como o conflito entre prevalecer o direito à moradia, ou, prevalecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sociedade atual, sempre procurando instituir uma solução que melhor atenda aos interesses coletivos prejudicados.

Posto isto, a autora relata ainda que:

A relevância da proporcionalidade está em dar destaque ao problema, sem desprezar a importância normativa da Constituição e em pretender solucionar a colisão de direitos fundamentais a partir do levantamento de diversos argumentos presentes no caso concreto (topoi argumentativos), que irão contribuir para a fundamentação jusfundamentalmente adequada da decisão (BAHIA, 2006, p.78).

Para solucionar o conflito de normas fundamentais entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, amplamente debatido nos capítulos anteriores. É necessário fazer um questionamento, para entender que se afastar o direito ao meio ambiente ecologicamente, ainda assim, o direito à moradia será satisfeito? Atualmente, seja por falta de agir do Estado, seja por falta de políticas públicas, o meio ambiente está sendo degradado com o objetivo de servir para moradia, porém esta moradia não está sendo realizada de forma correta, tornando assim, um desgaste dos dois princípios sem chegar a uma solução que atenda a todos indistintamente.

Sob análise comparativa, se retirar o direito à moradia, prevalecendo assim o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, este será totalmente atendido? Suas áreas estarão intactas para garantir qualidade de vida e bem-estar a todos os cidadãos como impõe a Constituição Federal? Ou a situação inversa, se prevalecer o direito à moradia, ainda assim, será totalmente atendido como reconhece a lei? Como ficará a preservação ambiental?

As respostas para estes questionamentos acima, deverão ser dadas de forma comparativa sob a análise dos dois princípios fundamentais.

Logo, se o direito à moradia prevalecer, teremos uma baixa qualidade de vida, que acarretará o aumento das doenças ocasionadas por acúmulo de lixo, acúmulo de água das chuvas e demais fatores que favorecem o surgimento dos vetores que transmitem doenças. Da maneira que, não existe qualidade de vida se está for interferida por doenças. Ademais teremos uma baixa preservação ambiental, podendo em certos lugares nem existir

preservação, visto que, como solução pensada por pessoas carentes é o avançar sobre áreas protegidas ambientalmente para estabelecer suas moradias, estas áreas são invadidas sem a preocupação que não existirá preservação ambiental, havendo assim, um crescimento sem preceitos da degradação ambiental. Contudo, mesmo ainda obedecendo a esta situação, não haverá desabrigados, pois em regra todos terão lugares para estabelecer suas moradias, mesmo que sejam barracos em topos de morros, porém, em consequência, estes moradores viverão em condições precárias, pois o direito à moradia não estará totalmente realizado como estabelece a lei se for permitida a construção nestas áreas protegidas, visto que na própria Constituição fala que a moradia tem que ser digna livre de riscos e que seja para o bem da população, e construindo nestas áreas não se tem nada desta forma, uma vez que são áreas dotadas de informalidades, áreas com altos riscos geológicos, não trazendo segurança aos que necessitam, já que o direito à moradia não retrata apenas um lar para morar, mais sim abrange “disponibilidade de serviços, materiais, facilidades, infraestrutura, saúde” (SANTIAGO, 2010, p. 639).

Sob a outra perspectiva, o meio ambiente é um direito coletivo, ou seja, um direito de todos, em que todos devem cuidar, através do qual se tem melhor bem-estar, seja para a respiração, seja pela alimentação e até mesmo o lazer. Logo, se o meio ambiente prevalecer terá sem dúvida qualidade de vida, com riscos mínimos de doenças, uma enorme preservação ambiental, diminuindo assim, os riscos de desastres ecológicos. Porém, haverá uma enorme quantidade de desabrigados, que vieram para as cidades e não têm onde ficarem, ocasionando assim um problema social da atualidade. Pois, a desvantagem ocasionada pelo desrespeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não será satisfeito com a prevalência do direito à moradia.

Ademais é necessário dar prioridade na solução que seja a menor lesão ao princípio que se restringiu e a mais alta tutela ao princípio protegido, ocorrendo no caso com a preservação do meio ambiente. (SANTIAGO, 2010, p.637). Frisando o pensamento Alex Santiago:

Neste ponto, imprescindível recordar, com o perdão do jogo de palavras, que o sacrifício da área de preservação conduz á indignidade permanente, em moradias inadequadas, que somente contribui para a eternização da omissão do Estado, ao preço do sacrifício também permanente de outro direito fundamental. Sustentar que a dignidade da pessoa acarreta a prevalência do direito á moradia para o caso em análise é raciocínio demais simplista e que carrega consigo iniludível hipocrisia, ao expor pessoas à indignidade e riscos de tragédias. O dano ambiental somente teria efeito de gerar a ilusão- para aqueles que querem ser enganados. (SANTIAGO, 2010, p. 637).

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu que irá prevalecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como manda a Constituição Federal brasileira de 1988, por tratar das presentes e futuras gerações por meio do Recurso Especial (REsp 403.190/ SP – Relator. Ministro João Otávio de Noronha que : “No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele que em detrimento deste quanto impossível a conciliação de ambos”.

A grande quantidade de casas em áreas ambientais, pessoas desabrigadas, meio ambiente degradado, mesmo sendo de forma majoritária e pacífica nas doutrinas e jurisprudências o entendimento que prevalece o meio ambiente em detrimento ao direito à moradia não é efetivado.

O Estado deveria estabelecer políticas públicas que atendessem a todos e realizar fiscalizações nas construções a fim de evitar danos ambientais, mortes e milhares de desabrigados por catástrofes ambientais. Porém o Estado abstém-se do seu dever de agir deixando de lado os dois princípios.

Para se fazer valer o entendimento dado é necessário entender porque ainda se vê tanta degradação ambiental e pessoas desabrigadas, sendo que o entendimento majoritário é claro, alegando que o Estado tem o dever de assegurar o meio ambiente preservado. Como já foi falado, o Estado deveria criar políticas públicas que resguardassem os indivíduos, ajudando-os a construir suas moradias, liberando áreas adequadas para atingir este fim. Contudo, o Estado em tese o garantidor alega que não tem condições de promover um atendimento integral e eficiente a todos que dependem de sua ajuda, justificando com a reserva do possível quando se trata esta problemática, mantendo assim os problemas e mostrando a ineficácia judicial.

O termo reserva do possível teve origem por volta dos anos 70 na Alemanha, pode ser chamada também de reserva do financeiramente possível, ou ainda de reserva de consciência. Ela nasceu com o julgamento do caso “Numerus Clausus I”, julgado pelo tribunal Constitucional da Alemanha, pois em razão da enorme quantidade de estudantes interessados nas áreas de medicina, direito e farmácia, foram impostos certos limites à quantidade de vagas para ingressar nestes cursos nas universidades públicas alemãs. Segundo Fernando Mânica, o objetivo dos estudantes teve como embasamento o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo: “todos os alemães têm o direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (MÂNICA, 2007, p. 169). A Reserva do possível nesse caso, portanto, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil (OLSEN, 2006, p. 06).

Ao interpretar e introduzir esta teoria transformou em uma teoria da reserva do financeiramente possível, considerando como limite à efetividade dos direitos fundamentais. Ou seja, ela depende das possibilidades financeiras dos cofres públicos. Para o autor, pode-se desdobrar a ideia da teoria da “Reserva do Possível” em dois elementos: um fático e outro jurídico. O fático refere-se à disponibilidade de recursos financeiros suficientes à satisfação do direito prestacional, e o jurídico à existência de autorização orçamentária, para o Estado liberar os respectivos recursos (KRELL, 2002, p.30 apud SARLET, 2003, p.286) Esta possibilidade distorce a teoria Alemã, com essa posição Ingo Sarlet sustenta:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que institui tarefa cometida precipuamente ao legislador originário a de se decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente em potencial.[...] (SARLET, 2003, p.286).

Neste sentido, essa reserva do possível vem sendo usada como desculpa para o Estado não cumprir com o seu papel como Constituição Federal assegura os direitos fundamentais ali descritos. Quando cobra-se uma posição quanto ao conflito dos direitos ambos essenciais, a resposta obtida é que deve observar a reserva orçamentária que está disponível, ou seja, o Estado só realiza o que está dentro de sua capacidade financeira. É imprescindível ressaltar, que jamais esta impossibilidade financeira alegada em oferecer o mínimo existencial aos indivíduos poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais garantidos, devendo estar atento à dignidade da pessoa humana. (NASCIMENTO, 2013)

Até quando o Estado vai alegar essa reserva do possível? Não há limites, não há critérios, dificultando a cobrança da sua efetividade.

No entendimento de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo quando se trata de direitos que se relacionam com o mínimo existencial como é o caso destes direitos retratados, a reserva do possível não pode servir de fundamento para impedir sua satisfação:

“... em matéria de tutela do mínimo existencial (...) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 42-43).

Mesmo sendo garantido, existem milhares de pessoas sem terem onde morar, mesmo o Estado alegando a reserva do possível ele é o garantidor, logo tem o dever de retirar as

peças e colocá-las em zonas segurando, impedindo que possa construir em áreas protegidas, e se mesmo assim não conseguir, tem que fiscalizar e retirá-las, por ser o grande responsável.

Daniel Sarmento fala que cabe ao Estado provar suas alegações que não tem condições de tais atos. “não obstante, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais. [...]. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação” (SARMENTO, 2008, p. 572).

Entretanto, diante de todos os fatos expostos para efetivar o direito e resolver o conflito em destaque, seria necessário uma intervenção judicial que estaria aliançada com os objetivos dos indivíduos hipossuficientes a fim de, resguardar seus interesses sem avançar sobre o meio ambiente, cujo entendimento seja prevalecido intacto.

Todavia, quando referimos aos limites da intervenção judicial à questão é controversia. Segundo Maria Paula Bucci trata-se em tese da chamada “Judicialização das Políticas Públicas”, remete a dois grandes questionamentos: há possibilidade de busca de provimento jurisdicional, pelo cidadão ou pelo Ministério Público para obter a execução efetiva das políticas públicas? E, qual ou quais os instrumentos à disposição do Judiciário para provocar a execução dessas políticas?(BUCCI, 2006, p. 273).

No Brasil, a criação e execução de leis que cuidam do orçamento da União são de competência privativa do Poder Executivo. Diante disso ocorre que a definição das políticas públicas e a escolha das prioridades que serão dadas no orçamento cabem exclusivamente a este poder, não podendo assim o judiciário interferir. Assim, o Poder Executivo limita constitucionalmente ao definir as prioridades orçamentárias impondo obstáculos para à intervenção do poder Judiciário quanto à definição da política orçamentária. Nesse sentido a decisão jurisprudencial (ÁVILA, 2013):

[...] Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada [...] (STJ, REsp 208893 / PR ; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004).

Não obstante, existem limites a essa atuação do Executivo, quer formais, quer materiais, e nesse ponto residiria à competência do Judiciário para fazer impor o desejo das pessoas hipossuficientes. Mostrando assim, a divergência de pensamentos, com fundamento nas jurisprudências sempre em busca pela máxima efetivação dos direitos fundamentais.

[...] 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas [...] (STJ, REsp 493811 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 15.03.04).

Além disso, o Ministro do STF Celso de Mello em decisão de Agravo Regimental nº 47, fala que as políticas públicas inseridas na constituição também cabe ao poder judiciário a obrigação de se fazer implementá-las, mesmo que excepcionalmente, nas palavras dele:

Impende assinalar, contudo, que a incumbências de fazer implementar as políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...].

Assim, o princípio da precaução, importante para compreender a proporcionalidade na resolução do conflito de normas constitucionais por falta de efetivar o entendimento que deve prevalecer o meio ambiente pode ser suscitado judicialmente, uma ferramenta importante, capaz de evitar sérios danos à saúde e ao meio ambiente.

Ressalta, ainda, na oportunidade, a posição de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em seu livro “Políticas Públicas:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado, às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação das políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. Nesse diapasão, modernamente, graças ao forte posicionamento da jurisprudência pátria, a “teoria do financeiramente possível” tem sido constantemente afastada, abrindo espaço para se ver o Estado obrigado a desempenhar o papel que lhe conferiu a própria Constituição Federal (FRISCHEISEN, 2000, p. 59- 95 e 97- 200).

O Estado tem que fazer valer o direito de todos garantidos pela constituição, visto que sua desculpa com o termo reserva do possível não o impede de realizar meios necessários para alcançar o fim destinado amplamente debatido neste trabalho, nesse sentido o Supremo Tribunal Federal se posicionou, in verbis:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).

Portanto, a autora Carolina Medeiros Bahia, em seu livro estabelece princípios que devem ser aplicados para ser efetivada a regra da proporcionalidade na resolução deste conflito de normas constitucionais entre o direito à moradia, e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cobrando assim do Estado políticas públicas que o efetive, cabendo, seguir estes princípios da proporcionalidade para fazer valer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que ainda não encontra totalmente protegido como manda a lei, pois o Estado permanece inerte mesmo existindo decisão unânime que cobra uma atitude eficaz para preservação o meio ambiente elemento essencial à qualidade de vida.

O primeiro princípio fala da equidade intergeracional:

A questão emerge da percepção de que tantos os modelos de desenvolvimento acolhidos pelos Estados quanto as próprias instituições incumbidas da preservação ambiental não levam em consideração o dever da presente geração de legar o planeta em situação adequada para que as futuras gerações também possam usufruir do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à saúde e à vida.

Logo, a solução para estes problemas que atendem as necessidades básicas da população, constitui verdadeira condição a efetivar a equidade entre a geração atual e as gerações que virão (BAHIA, 2006, p.137).

Pelo princípio da prevenção, a construção nestas áreas como topos de morros, tem um risco certo, de modo que é evidente que nas primeiras chuvas ocorrerá desabamento, deslizamentos, causando impactos sobre a saúde humana (BAHIA, 2006, p.136), em que, portanto, deveria ser proibida e bem como, retirar estas pessoas antes de qualquer movimentação de construções, pois e se houver uma morte em decorrência de um desabamento, pode-se atribuir ao Estado a responsabilização por essas mortes? Ele devendo agir para impedir e prevenir, não o fez claro que será responsabilizado através da responsabilidade objetiva.

Já pelo princípio da participação popular:

Questões como a proteção do meio ambiente e a efetivação de melhorias sociais para a população encaram problemas como a busca cega pelo crescimento econômico, à industrialização irracional, a lógica excludente do capitalismo, a introdução de novas substâncias no mercado se a observância do princípio da precaução e os próprios padrões de consumo da população atual. Por conta disso, a luta ecológica enfrenta setores bastante fortes da sociedade (BAHIA, 2006, p. 139-140).

Por fim, pelo princípio do poluidor-pagador e da responsabilização, Bahia em seu livro fala que:

[...] o princípio do poluidor-pagador adquire um outro alcance que se relaciona estreitamente como a prevenção de danos ambientais e, subsidiariamente, com a reparação e repressão dos danos ambientais. Ele procura, assim, compelir o poluidor a pagar pela poluição que pode ser ou que já foi causada (MACHADO, 2001, p. 48, apud BAHIA, 2006, p.142).

Assim, a proporcionalidade é um mecanismo eficaz para a concretização do direito a um meio ambiente equilibrado, princípio-essência da Constituição, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo necessário aplicar os subprincípios como adequação, necessidade e proporcionalidade nos casos concretos para atingir a decisão ambiental de melhor qualidade e mais protegida contra a ineficácia estatal (BAHIA, 2006, p.146).

Nesse quadro, a proporcionalidade passa a ser indispensável para a construção de um novo padrão, onde as decisões sejam tomadas com base no princípio da precaução e a atividade de regulação jurídica deva produzir conhecimento para a tomada de decisões. Ela atuará, sobretudo, como importante ferramenta para avaliar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade das medidas requeridas para evitar a concretização de incertos riscos ambientais (AYALA, 2002, p. 230- 232 apud BAHIA, 2006, p. 147).

Concluindo, a proporcionalidade é indispensável para que se determine, no caso concreto, o alcance de um princípio constitucional diante de outro, entendo que o argumento da reserva do possível não serve como desculpa para impedir a implementação de políticas públicas e programas assistenciais para habitação.

Sendo inúmeras as necessidades por demandas habitacionais, e os recursos para supri-las escasso, é necessário um melhor estudo, organização dos governantes, uma melhor preparação orçamentária, diminuindo despesas desnecessárias, necessitando também impor sanções aos indivíduos que descumprem a lei, criando assim, um fundo de reserva ambiental, para que possam ser depositadas quantias que foram arrecadas por infrações cometidas.

Este fundo de reserva ambiental serviria de subsídios para construções populares, pois pessoas com alto poder aquisitivo também infligem à lei construindo suas mansões em áreas ambientalmente protegidas. Diminuindo assim, os problemas de cunho social e ambiental, sempre cobrando do judiciário a assistência para os desamparados na forma da lei e cabendo ao Ministério Público a intervenção para assegurar o direito coletivo, com a devida qualidade de vida e o meio ambiente preservado andando juntos com o crescimento populacional, sem um sobressair ao outro, resolvendo assim o conflito, cabendo ao Estado instituir diretrizes orçamentárias eficazes ano pós ano para atender a todos, sob pena de medidas judiciais danosas como inúmeras indenizações lesando os cofres públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo estimativas do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população brasileira atual é de aproximadamente 205.907.454 habitantes, e cerca destes 33 milhões de pessoas estão sem moradia. Ainda, segundo o relatório lançado pelo Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, cerca de 24 milhões que não possuem habitação adequada ou não têm onde morar vivem, nos grandes centros urbanos (IBGE, 2016).

O déficit habitacional no país chega hoje a 7,7 milhões, das quais 5,5 milhões estão em centros urbanos. Se incluir moradias inadequadas (sem infraestrutura básica), o número chega a uma faixa de 12,7 a 13 milhões de habitações, com 92% do déficit concentrado nas populações mais pobres. A população favelada no Brasil aumentou 42% nos últimos 15 anos e alcança quase 11 milhões de pessoas, segundo análise do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) com base na PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do IBGE, 2016).

Este problema social por falta de habitação a todos, acarretou desastrosas consequências, desencadeando problemas de toda ordem.

O avanço populacional foi intensificado por um processo que é conhecido como êxodo rural, moradores rurais viam nas cidades a esperança de encontrar melhores oportunidades financeiras e bem-estar social, apesar disso não foi à situação que encontraram, sendo desamparados na forma da lei, pois o direito fundamental consolidado no artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988, que estabelece moradia a todos não é satisfeito, pois, sem terem um local para estabelecer sua moradia, sem acesso à educação, saúde, lazer e segurança acarretaram diversos problemas sociais.

Sem condições para voltar ao campo, estes indivíduos buscam meios alternativos para criar uma “nova vida”, através de possibilidades paralelas sem observar os preceitos constitucionais, onde necessitam estabelecer moradias, não podendo simplesmente morar em baixo de pontes ou marquises de construções.

O direito à moradia é implantado como pressuposto da dignidade da pessoa humana, mesmo sendo incorporado tardiamente na Carta Magna, o artigo 23, inciso IX já estabelecia a competência administrativa de todos os entes federativos promoverem programas de construções de moradias e melhoria nas condições habitacionais e de saneamento básico (LENZA, 2012, p. 1078). No entanto, mesmo sendo previsto legalmente é difícil sua

consolidação, todos os dias encontram-se centenas de brasileiros desabrigados, sem a proteção do Estado, tornando assim, um mero sonho de quem almeja tanto um local para se viver.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e culturais notou ainda que o Estado brasileiro: “não facilitou o acesso ao crédito nem aos subsídios para moradia às famílias de baixa renda, nem os previu, sobretudo no caso dos grupos mais desvalidos e marginalizados” (COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 2004, p. 57 apud SANTIAGO, 2010, p.626).

Com toda esta realidade o “jeitinho brasileiro” se faz presente, quando não possuindo um local para morar estes indivíduos carentes procuram por áreas afastadas dos centros urbanos, nas quais, em tese conseguem adquirir com seu próprio esforço e dinheiro, esta comercialização trata de um mercado informal a estes pobres urbanos (SOUZA, 2003, p. 150-153).

Previstas em lei, estas áreas afastadas são as Áreas de Preservação Permanente, que não oferecem garantias, além de apresentarem diversos riscos. Por falta de políticas públicas a alternativa encontrada pelos cidadãos hipossuficientes está em adquirir áreas “baratas” sem medir consequências quanto aos riscos trazidos à saúde e segurança.

As áreas retratadas acima são ambientalmente protegidas pelo artigo 4º da Lei N. 12.651/2012. Consideradas como um direito fundamental difuso é direito de todos, e por isso há uma preocupação com questões ambientais ligadas ao desenvolvimento sustentável, na realidade mundial, que visa conciliar o crescimento populacional e as invasões de áreas ambientalmente protegidas, como foi amplamente debatido nos capítulos deste trabalho.

O desrespeito provocado por invasões em áreas de APPs acarreta desabrigado e mortes todos os anos noticiados pelos meios de comunicação. Inúmeros riscos não são levados em consideração por pessoas que constroem suas moradias em topos de morro, encostas com alta declividade que é propícia a desmoronamentos gerados pelos fatores climáticos, físicos e biológicos.

À frente do todo embasamento teórico é evidente o conflito de direitos fundamentais, uma vez que, de um lado há o direito fundamental à moradia, e de outro o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Jurisprudências e entendimento do STJ (Supremo Tribunal de Justiça), demonstram que o direito fundamental que prevalecerá será o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por tratar de um bem coletivo.

Logo, o direito à moradia sofre o desamparo das decisões e acarreta a falta de ter onde morar de várias pessoas caso a decisão judicial seja cumprida. Assim, o Estado não cumpre

com seu dever de agir deixando de lado, tanto o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto ao direito fundamental à moradia, alegando a reserva do possível quando é questionado, e informando que não possui recursos financeiros suficientes para construções de casa, nem tão como retirar as pessoas destas áreas, contudo, já esclarecido não cabe mais a desculpa dada, autorizando assim, o judiciário a interferir e fazer valer estes dois direitos fundamentais a todos indistintamente. Cobrando a efetiva realização de políticas públicas, previsão em leis orçamentárias e construções de programas habitacionais, seja por meio de subsídios ou sorteios de residências pegando áreas abandonadas juntando ao patrimônio público da União, impondo sanções ao descumprimento.

Dessa forma sendo contribuintes dos tributos fiscais arrecadados pela União esses indivíduos carentes tem mais que um simples direito, eles têm a prerrogativa de poder usar e gozar do que a Constituição Federal estabelece, sendo assim o Estado o principal garantidor da manutenção e resolução deste conflito, deverá tutelar o meio ambiente que é essencial à qualidade de vida, e não se eximir de garantir moradias dignas e livre de riscos ao patrimônio e a vida destes habitantes de baixa renda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Betânia. **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. 3 Ed. Porto Alegre: Del Rey, 2003.

ALVIM, Angélica Tanus Benatti; CASTRO, Luiz Guilherme Rivera de; ZIONI, Silvana. **Avaliação de políticas urbanas- contexto e perspectivas**. São Paulo: Romano Guerra, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas protegidas e propriedade constitucional**. 13 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **[Teoria da reserva do possível](#)** . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, **ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 16 maio 2016.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Princípio da Proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna**. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL STF Nº 45, Relator. Ministro Celso de Mello, julgamento. 29.04.04. Disponível em:<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> acesso em 17 de maio de 2016.

_____. **Emenda constitucional nº 26/00**, de 14 de Fevereiro de 2000. Alteração do artigo 6º constituição federal de 1988. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103848/emenda-constitucional-26-00>> Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>> acesso em: 18 de maio de 2016.

_____. **Lei 12.651**, de 25 de Maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.ht> Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. Recurso Especial nº 403. 190- SP, 2ª Turma, relator. Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em 27.07.2006. Disponível em: <

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147866/recurso-especial-resp-403190-sp-2001-0125125-0/inteiro-teor-12864025>> acesso dia 17 de maio de 2016.

_____. Recurso Especial 208.893- PR, 2ª Turma, STJ, relator Ministro Franciulli Netto, Julgado em 19.12.2003. DJ 22.03.2004 Disponível em: <
<http://www.radaroficial.com.br/d/6382704593469440>> acesso dia 17 de maio de 2016.

_____. Recurso Especial 493.811- SP 2ª Segunda Turma, relatora. Ministra. Eliana Calmon, julgado em 11.11.2003 , DJ 15.03.04 Disponível em: <
http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_129.pdf > acesso dia 17 de maio de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Danielle dos Santos. **Desenvolvimento urbano: princípios Constitucionais**. 1 Ed, Curitiba: Juruá, 2002.

DOURADO, Sheilla Borges, **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano** 3 Ed. Porto Alegre: Del Rey, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito municipal**. 2. Ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2005.

FILHO, Vladimir Braga. **Direito fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. 1 Ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público** , São Paulo: 1 Ed. Editora: MAX LIMONAD, 2000

GRANZIERA, Maria Luiza. **Meio ambiente urbano e sustentabilidade**. In: **Revista de direito ambiental**, São Paulo: Revista dos tribunais, v. 48, out/ dez. 2007.

HENÁRIAS, Maurício de Almeida. **O direito urbanístico como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana**. Volume III. São Paulo: Revista dos tribunais, Revista de direito constitucional e internacional. RDCI. 26/227. Janeiro- março/1999.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente**. 2 Ed. São Paulo, revista dos tribunais, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169 186, jul./set. 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente direito e dever fundamental**. 1 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito de construir**. 9 ed. São Paulo, malheiros, 2005.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 14 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. **A constituição e o direito do ambiente**. INA 1994. Direito do ambiente Lisboa: principia ,Lisboa, 1994.

MUKAI, Toshio. **Temas atuais de direito urbanístico e ambiental**. 1 Ed. Belo horizonte, fórum, 2004.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. Disponível em: <<http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>>. Acesso em 17 de maio de 2016.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 17 de maio de 2016.

PERNAMBUCO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO Estado, **DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL**. Agravo n.3700374 PE, Relator: Itamar Pereira da Silva Junior. Data do julgamento 16/10/2015, 4ª câmara de Direito Público. Publicação: 03/11/2015. Disponível: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253052396/agravo-agv-3700374-pe>> acesso dia : 10 de abril de 2016.

PORTANOVA, Rogério. **Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI**. in: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 6, 2002. Anais do 6º congresso internacional de direito ambiental IMESP: São Paulo, 2002.

Plano Local de Habitação de Interesse Social. Estratégia de Ação. Prefeitura Municipal de Uberlândia. Junho de 2010.

RIO GRANDE DE SUL, Tribunal de Justiça do Estado, **Ação demolitória**. Apelação Cível n. 70008134405, Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maria, Data do Julgamento: 04/11/2004, 3ª Câmara de direito civil, Data da publicação: 09/04/2014. Disponível: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118528476/apelacao-civel-ac-70048649693-rs/inteiro-teor-118528480>> Acesso em: 10 de abril de 2016.

RUTKOWSKI, Emília. **As áreas de preservação permanente, as cidades e o urbano**. Volume 46. São Paulo. Revista dos tribunais, revista de direito ambiental, 2007.

SANTIAGO, Alex Fernandes. **O direito à Moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Volume 60. São Paulo: Revista dos tribunais, revista de direito ambiental, 2010.

SANTINI, Janaina Rigo, QUINTO, Ricardo. **Direito urbanístico e estatuto das cidades.** Volume 63. São Paulo: Revista dos tribunais, revista de direito imobiliário, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 1 Ed e 3 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 e 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SERVILHA, Elson Roney. **As áreas de preservação permanentes, as cidades e o urbano.** Revista de direito ambiental. RDA 46/67. abr-jun 2007.

SCHAFFER, Wigold Bertoldo; ROSA, Marcos Reis; AQUINO, Luiz Carlos Servulo de; MEDEIROS, João de Deus. **Áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação & Áreas de Risco. O que uma coisa tem a ver com a outra?** Relatório de Inspeção da área atingida pela tragédia das chuvas na Região Serrana do Rio de Janeiro - Brasília: MMA, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 4 Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito urbanístico brasileiro.** 4. Ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

SOUZA, Demétrius Coelho. **O meio Ambiente das cidades.** 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Flávio A. M. De. **Esta casa é minha: posse (in)segura e mercado habitacional informal em Recife, e Maceió Brasil.** (LIVRO: a lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano- Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin coordenadores e coautores . 3 Ed. Porto Alegre: Del Rey, 2003.

ANEXOS

ANEXO – 1
RECURSO ESPECIAL Nº 403.190-SP RELATOR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECURSO ESPECIAL Nº 403.190 - SP (2001/0125125-0)

RELATOR	: MINISTRO JOAO OTÁVIO DE NORONHA
RECORRENTE	: ALBERTO SRUR
ADVOGADO	: FLÁVIO AUGUSTO CICIVIZZO E OUTROS
RECORRENTE	: MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
PROCURADOR	: RENATA CRISTINA IUSPA E OUTROS
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATA ATLÂNTICA. RESERVATÓRIO BILLINGS. LOTEAMENTO CLANDESTINO. ASSOREAMENTO DA REPRESA. REPARAÇÃO AMBIENTAL.

1. A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório Billings que serve de água grande parte da cidade de São Paulo, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região.
2. Não se trata tão-somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível à conciliação de ambos.
3. Não fere as disposições do art. 515 do [Código de Processo Civil](#) acórdão que, reformando a sentença, julga procedente a ação nos exatos termos do pedido formulado na peça vestibular, desprezando pedido alternativo constante das razões da apelação.
4. Recursos especiais de Alberto Srur e do Município de São Bernardo do Campo parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, conhecer parcialmente de ambos os recursos e, nessa parte, negar-lhes provimento. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 27 de junho de 2006 (data do julgamento).

MINISTRO JOAO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 403.190 - SP (2001/0125125-0)

RELATOR	: MINISTRO JOAO OTÁVIO DE NORONHA
RECORRENTE	: ALBERTO SRUR
ADVOGADO	: FLÁVIO AUGUSTO CICIPIZZO E OUTROS
RECORRENTE	: MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
PROCURADOR	: RENATA CRISTINA IUSPA E OUTROS
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOAO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando a reparação de danos ao meio ambiente, sob a alegação de que foram erguidas construções em loteamento clandestino fixado no local indicado pelo autor, o que comprometeu a mata atlântica local, apesar das restrições legais e os recursos hídricos da Represa Billings.

A sentença julgou a ação improcedente, considerando que a tutela específica não era mais possível de ser concedida em face da consolidação da ocupação do local, o que inviabilizaria o retorno ao *status quo ante*.

O Ministério Público recorreu da sentença, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dado provimento ao recurso para julgar a ação procedente. O acórdão restou assim ementado:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA: 1) Loteamento clandestino em região de proteção da Mata Atlântica e de mananciais da Represa Billings Alienação de imóvel a adquirente com objetivo declarado e exclusivo de loteamento Alienante com pleno conhecimento da

ilegalidade do loteamento, quando a alienação da área Consequência ilegal assumida Responsabilidade por intermédio de ato de terceiro Nexo de causalidade configurado; 2) Responsabilidade também da empresa que realizou trabalhos de abertura de ruas sem prévia aprovação de projeto pela Prefeitura e sem os menores cuidados técnicos; 3) Aplicação do art. 1º, I e II, da Lei Municipal n. 1.409/80 e Lei n. 6.938/81; 4) Responsabilidade do Poder Público Municipal, resultante de irrecusável inércia ao não coibir indevida devastação ambiental Apelação provida e reforma da sentença Condenação dos réus à restauração da área, ao estado anterior, com completa recomposição do complexo ecológico atingido, demolição das edificações realizadas, recomposição da superfície do terreno, recobrimento do solo com vegetação, desassoreamento dos córregos e demais providências a serem indicadas em laudo técnico de reparação dos danos ambientais 5) Imposição de pagamento de quantia suficiente no caso de descumprimento da obrigação de reparação dos danos no prazo estabelecido Apuração por liquidação; 6) Condenação solidária ao pagamento de custas e despesas processuais, observadas as isenções de que goza a ré Poder Público; 7) Apelação do Ministério Público.”

Foram opostos embargos declaratórios pelos réus Município de São Bernardo do Campo e Alberto Srur, recursos que foram acolhidos para correção de erro material e prestação de outros esclarecimentos, sem modificação do resultado.

Subsequentemente, os mesmos réus que opuseram embargos aviaram os recursos abaixo indicados.

a) Alberto Srur interpôs recursos especial e extraordinário, os quais foram admitidos.

No especial, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, alega vulneração dos seguintes dispositivos: a) art. 267, VI, do **Código de Processo Civil**, sob a assertiva de que o recorrente não teve participação nos atos indicados como ilícitos e que perpetraram a condenação à reparação ambiental; b) art. 515, *caput*, do mesmo código, afirmando que não houve, na inicial, pedido de reparação do meio ambiente, mas somente de indenização pecuniária; c) art. 160, I, do **Código Civil**, por ter sido penalizado apenas porque exerceu um regular direito seu, consubstanciado na venda da propriedade que posteriormente veio formar o loteamento clandestino.

b) Município de São Bernardo do Campo aviou recurso especial com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, indicando ofensa aos artigos 130, 131 e 515 do **Código de Processo Civil**, sob o fundamento de que a apelação julgou além do pedido, e, ainda, contra as provas produzidas nos autos.

O recurso foi admitido na origem.

Contrarrrazões ofertadas pelo recorrido.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1.021/1.029, opinou pelo parcial conhecimento e improvimento dos recursos.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 403.190 - SP (2001/0125125-0)

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATA ATLÂNTICA. RESERVATÓRIO BILLINGS. LOTEAMENTO CLANDESTINO. ASSOREAMENTO DA REPRESA. REPARAÇÃO AMBIENTAL.

1. A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório Billings que serve de água grande parte da cidade de São Paulo, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região.
2. Não se trata tão-somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a conciliação de ambos.
3. Não fere as disposições do art. 515 do [Código de Processo Civil](#) acórdão que, reformando a sentença, julga procedente a ação nos exatos termos do pedido formulado na peça vestibular, desprezando pedido alternativo constante das razões da apelação.
4. Recursos especiais de Alberto Srur e do Município de São Bernardo do Campo parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOAO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Recurso especial interposto por Alberto Srur:

A) Alega o recorrente ofensa ao art. 267, VI, do **Código de Processo Civil**, sob o fundamento de que não teve participação nos atos apontados como ilícitos e que perpetraram a condenação à reparação ambiental. Sustenta que a venda que fez do terreno loteado foi legal, atendendo aos requisitos da Lei Paulista n. 1.172/76. Conclui, então, que sua responsabilização pelo dano causado foi inadequada.

Como se percebe da narrativa engendrada nas razões do recurso especial, o inconformismo do recorrente posta-se na questão relativa à responsabilidade civil ambiental, pela qual foi condenado a arcar em regime de solidariedade com os demais requeridos indicados pelo Ministério Público.

Todavia, o inciso VI do art. 267 refere-se à extinção do processo sem apreciação do mérito da ação em decorrência de falta de condições, tais como a possibilidade jurídica do pedido (que são os pedidos que podem ser apreciados pelo judiciário), interesse de agir (que se refere à relação de utilidade entre a tutela pedida e a lesão sofrida) e legitimidade *ad causam* (relativo à titularidade da ação).

Houve, então, um desencontro entre o inconformismo manifestado e a atribuição de violação legal, o que atrai as disposições da Súmula n. 284 do STF.

Não fosse por isso, a condenação do recorrente deu-se em razão do entendimento deque houve intermédio de ato ilícito de terceiro, de modo que a questão atinente à norma processual em questão sequer foi objeto de abordagem pelos acórdãos recorridos.

Dessa forma, não conheço do recurso quanto a esse ponto.

B) A segunda questão levantada no recurso especial diz respeito ao julgamento *extrapetita*, porque teria o Ministério Público requerido apenas a condenação em perdas e danos, e não à reparação ambiental. Afirma o recorrente que foi vulnerado o art. 515 do **Código de Processo Civil**.

Com relação a esse ponto, reporto-me ao voto proferido no julgamento dos embargos declaratórios no Tribunal *a quo* (fl. 946):

Não está violado o disposto no art. 515 do **Código de Processo Civil** pela condenação à restauração da área. Esse pedido constou, com todas as letras, da inicial, (fls. 22, item 2) e, com a apelação da sentença de improcedência, foi devolvido inteiramente ao julgamento da apelação do autor.”

Compulsando os autos, verifica-se à fl. 22 que o Ministério Público formulou pedido de restauração do meio ambiente, nos exatos termos em que determinado pelo Tribunal *a quo*. Na apelação, o *Parquet* requereu a reforma da sentença para que fosse

provido o pedido formulado na inicial, ou, alternativamente, que se determinassem outras providências para assegurar o resultado prático buscado.

Portanto, o julgamento proferido limitou-se ao requerido pelo *Parquet*, tanto nas razões da apelação como na peça vestibular.

Fica, portanto, improvido o recurso nessa parte.

C) Por fim, o recorrente alega ofensa ao art. 160, I, do **Código Civil**, na medida em que foi penalizado por ter exercido um direito seu, consubstanciado na disposição, ou seja, na venda de seu imóvel à Associação do Bairro do Planalto.

Novamente, trago o voto-condutor do acórdão do julgamento dos embargos declaratórios, no qual decidiu-se o seguinte (fl. 947):

“Não foi invalidado o direito de dispor de patrimônio, mas apenas declarado que é responsável pela infração ambiental que, sob color de exercer esse direito, o excede, realizando negócio jurídico que, para a finalidade ilegal para a qual efetivado, não poderia realizar. Não há infringência ao disposto no art. 160, I, do **Código Civil**.”

Tal questão restou bem delimitada também no voto-condutor do acórdão embargado(fl. 913):

“... O que se firma é que, neste caso específico, a exemplo de outros, inclusive do precedente lembrado, o alienante tinha pleno conhecimento do objetivo ilegal e que se alienou para esse objetivo e também assumiu a consequência ilegal. Não se trata de presunção de responsabilidade, mas de responsabilidade por intermédio de ato ilícito de terceiro.”

Em que pese o prequestionamento do artigo 160, I do **Código Civil**, as razões do recurso especial não se direcionaram à questão fulcral, qual seja: a realização do negócio jurídico para fins ilícitos. De forma que, a teor da Súmula n. 283 do STF, o recurso é inadmissível, porque sobejou fundamento suficiente à manutenção do acórdão não atacado por meio do recurso especial.

Portanto, não conheço do recurso nesse ponto.

Recurso especial no Município de São Bernardo do Campo:

Aponta o Município que houve afronta ao art. 515 do **Código de Processo Civil**. Alega que o Ministério Público, na apelação, não requereu o provimento da ação, mas

apenas que fosse assegurado o resultado prático equivalente, mediante outras providências, já que a prova produzida nos autos indicou a impossibilidade de restauração ambiental.

Como afirmado anteriormente, o *Parquet*, nas razões de seu recurso ao Tribunal *a quo*, requereu a reforma da sentença para que fosse provido o pedido formulado na inicial, ou, alternativamente, que fossem determinadas outras providências para assegurar o resultado prático buscado. Assim, acolhendo o Tribunal um dos pedidos, evidentemente que não haveria de se manifestar sobre o outro, não decorrendo daí nenhuma omissão, muito menos julgamento além do pedido, até porque o provimento jurisdicional foi consentâneo ao objeto da ação.

De outro lado, a alegação de violação dos artigos 130 e 131 do Código de Rito está embasada no fato de que a prova produzida nos autos não autoriza o provimento do recurso para determinar obrigação de fazer, consubstanciada em restauração ambiental.

No entanto, é de se adotar as razões do acórdão, perfeitamente factíveis e razoáveis, às quais me reporto (fl. 943):

“Evidentemente, o argumento de que a instalação de loteamento irregular torna irreversível o descumprimento da lei não pode ser acolhido. Conceda-se que a execução seja difícil e custosa, sem dúvida, o que exigirá criatividade fática e prudência na execução do julgado, o que, é bom frisar, é, em primeira etapa, de obrigação de fazer, a cargo dos quatro réus deste processo, e não de remoção judicial pura e simples de pessoas humildes adquirentes. Não há nada irreversível na questão fática, embora a reparação seja custosa. Tal dificuldade devia ter sido considerada pelos réus, quando, por ação ou omissão, causaram à consequência fática.”

Verifica-se que tem sustentado a municipalidade, sem o dizer abertamente, que o acórdão deveria se não mantida a sentença, ter acolhido o pedido alternativo, que, na verdade, representa menos do que foi postulado pelo Ministério Público.

Há um precedente nesta Turma, julgado na sessão realizada no dia 16 de março de 2006, o REsp n. 332.772-SP, em que fui relator, tratando da mesma questão aqui sustentada, mesmos fatos, mesmo local, todavia, com partes distintas, sendo a associação responsável pelo loteamento clandestino a Sociedade Amigos do Parque Ideal. O pedido visava medidas tais como a retirada das pessoas da área, demolição de eventuais construções e recuperação da mata derrubada. Todavia, a sentença, atendendo ao pedido de proteção ao meio ambiente, concedeu o menos, mantendo no local as pessoas, sem

demolição das edificações, mas determinando a recuperação do que é possível, e compensando com a aquisição de nova área aquilo que não pode ser recuperado.

Todavia, neste caso específico, trouxe o acórdão uma importante informação, a de que o “Reservatório Billings” serve de água parte da Grande São Paulo (fl. 911). Diante disso, o dano ambiental aqui denunciado avulta de importância, não só pela destruição da Mata Atlântica, mas principalmente, em razão da represa, que, segundo dados constantes do processo, está sendo assoreada, o que evidentemente, comprometerá o abastecimento de água de São Paulo, que já tem sofrido com racionamentos em determinadas épocas do ano.

Evidente que há um fator social que muito pesa na decisão de restauração, a de remoção das famílias instaladas de forma clandestina no local, considerando que, não fosse o loteamento irregular, as edificações foram construídas em descumprimento de ordem judicial, pois, quando do início da presente ação, foi determinada a paralisação das obras de edificações, o que não foi sequer acatado pelo Poder Público, resultando na quase completa ocupação do local, mesmo antes de se proferir a sentença.

No caso, não se trata de querer preservar algumas árvores em detrimento de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores do projeto de loteamento na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as instaladas na área de preservação. Assim, deve prevalecer o interesse público em detrimento do particular, uma vez que, *in casu*, não há possibilidade de conciliar ambos a contento. Evidentemente, o cumprimento da prestação jurisdicional causará sofrimento a pessoas por ela atingidas, todavia, evitar-se-á sofrimento maior em um grande número de pessoas no futuro; e disso não se pode descuidar.

Ademais, há de se ter em conta a determinação de que a restauração seja precedida de laudo técnico, no qual deverá ser contemplada a real necessidade de demolições, frente à restauração ambiental pretendida, também associada à possibilidade de legal loteamento da região, mensurada nos autos na ordem de 7.500m², e exploração adequada dentro dessa área.

Ante o exposto, **conheço parcialmente de ambos os recursos e, nessa parte, nego-lhes provimento.**

É como voto.

**CERTIDAO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0125125-0	REsp 403190 / SP
Números Origem: 668005 96493	
PAUTA: 20/06/2006	JULGADO: 27/06/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOAO OTÁVIO DE NORONHA**
 Presidente da Sessão
 Exmo. Sr. Ministro JOAO OTÁVIO DE NORONHA
 Subprocurador-Geral da República
 Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS
 Secretária
 Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ALBERTO SRUR
ADVOGADO	:	FLÁVIO AUGUSTO CICIVIZZO E OUTROS
RECORRENTE	:	MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
PROCURADOR	:	RENATA CRISTINA IUSPA E OUTROS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

CERTIDAO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente de ambos os recursos e, nessa parte, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de junho de 2006.

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

Documento: 635284	Inteiro Teor do Acórdão	- DJ: 14/08/2006
-------------------	-------------------------	------------------

ANEXO – 2

**APOSTILA DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E UNIDADES DE
CONSERVAÇÃO X ÁREAS DE RISCO – O QUE UMA COISA TEM HAVER COM A
OUTRA?**