

Mariana Fittipaldi

**Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o
direito à moradia e o direito ao meio ambiente**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rio de Janeiro
Maio de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Mariana Fittipaldi

**Direito à Cidade: diálogo de eqüidade entre o
direito à moradia e o direito ao meio ambiente**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Rio de Janeiro
Maio de 2006



Mariana Fittipaldi

**Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o
direito à moradia e o direito ao meio ambiente**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Florian Hoffmann

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Ricardo-César Pereira Lira

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. João Pontes Nogueira

Coordenador Setorial do Centro
de Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 25 de maio de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e da orientadora.

Mariana Fittipaldi

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – São Paulo (PUCCAMP). É advogada e membro dos Grupos de Pesquisa “Direito e Urbanismo nas Práticas Sociais Instituintes”, sob coordenação da Profa. Rosângela Lunardelli Cavallazzi, e “Teoria da Mudança Constitucional”, sob coordenação do Prof. José Ribas Vieira, ambos cadastrados no CNPq.

Ficha Catalográfica

Fittipaldi, Mariana

Direito à cidade : diálogo de eqüidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente / Mariana Fittipaldi ; orientadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. – Rio de Janeiro : PUC, Departamento de Direito, 2006.

247 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Direito constitucional. 3. Direito urbanístico. 4. Direitos humanos. 5. Direito à cidade. 6. Estatuto da cidade. I. Cavallazzi, Rosângela Lunardelli. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Aos meus pais, Vera e José Antônio,
pela confiança, amor e incentivo.
E ao meu irmão, Luís Augusto,
pela companhia e amizade.

Agradecimentos

À minha família, pelo amor incondicional e porque me oferecem, sempre, total apoio e segurança, dando sentido a todo trabalho a que me dedico.

À minha orientadora, professora Rosângela Lunardelli Cavallazzi, por diversas razões, nem todas possíveis de serem expressas em algumas poucas palavras aqui, mas especialmente, pela competência, paciência e total dedicação na orientação deste trabalho; por ter aberto os meus horizontes para a pesquisa, pelo carinho com que me recebeu em todos os momentos, inclusive naqueles em que precisei de uma palavra de amizade e incentivo.

Aos professores Florian Hoffman e Ricardo Pereira Lira, por aceitarem o convite para participar da banca examinadora.

A todos os professores da PUC-Rio, que de um modo ou outro contribuíram para a minha formação durante o mestrado, em especial, a José Ribas Vieira.

À CAPES e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, essenciais para a realização dessa dissertação.

Aos funcionários da Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, Anderson Torres, Carmem Barreto e Marcos de Sousa, pela atenção dedicada sempre que necessário.

Aos colegas do mestrado, Fernando Bentes, Priscila Maddalozzo Pivatto e Teresa Robichez, pelo apoio, pelos conselhos e, principalmente, pela amizade, sem a qual essa etapa não teria sido vencida.

A Caio Barbieri pelo carinho e pela paciência, mesmo à distância.

Aos colegas do grupo de pesquisa da OAB/RJ, PUC-Rio e UFRJ/PROURB, por terem proporcionado momentos de interlocução acadêmica e contribuído para o amadurecimento da compreensão da dinâmica entre Direito e Urbanismo.

Resumo

Fittipaldi, Mariana; Cavallazzi, Rosângela Lunardelli. **Direito à Cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente.** Rio de Janeiro, 2006. 247 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação busca sobre refletir sobre o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais da moradia e do meio ambiente. Os referidos direitos, em situação de conflito nos discursos leigos e acadêmicos, leva-nos a indagar sobre as possibilidades e obstáculos do direito à cidade. O crescimento acelerado das áreas urbanas, a pobreza generalizada, a ausência de políticas públicas, entre outros fatores, têm inviabilizado a moradia digna e situada em área regularizada com infra-estrutura adequada de muitos habitantes, os quais passam a se instalar em áreas de ocupação restrita, como as de preservação ambiental. Buscando a compreensão de tão complexo tema o trabalho privilegia o alcance do direito à cidade, direito humano, considerado um feixe de direitos constitucionalmente garantidos. No sentido da função social da cidade, em sintonia com os marcos institucionais da Constituição Federal, Estatuto da Cidade e Planos Diretores dos municípios, a questão foi encaminhada sob a ótica da preservação do meio ambiente e a questão da habitação popular. No âmbito da ordem constitucional e do campo do direito urbanístico o estudo visou equacionar os desafios teórico-metodológicos no sentido da eficácia social da norma. À luz do método do *diálogo das fontes*, identificou pontos de equilíbrio entre os dois direitos fundamentais, complementares e compatíveis, pois necessários para a plena realização do direito à cidade. O processo da nova interpretação do conflito contou com extensa pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial incluindo o levantamento da literatura recente no campo do direito e áreas afins, além da análise da jurisprudência pertinente nos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo.

Palavras-chave

Direito Constitucional - Direito Urbanístico – Direito à Cidade – Direitos Humanos – Estatuto da Cidade – Moradia – Meio Ambiente

Abstract

Fittipaldi, Mariana; Cavallazzi, Rosângela Lunardelli (Advisor). **Ther right to the City: a dialogue of equity between the right to housing and the right to environment.** Rio de Janeiro, 2006. 247 p. MSc. Dissertation - Law Department, *Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*.

This dissertation intends to reflect on the contemporary debate concerning the fundamental rights to housing and to environment. The aforementioned rights, conflicting in the discourses of both the academia and the laymen, conduct us to question the possibilities and barriers to the right to the city. The rapid growth of urban areas, the generalized poverty and the absence of public policies have, among other factors, made impracticable for many inhabitants to live in a worthy housing, with the adequate infra-structure and the required documentation. They end up moving to restricted places, often environmental preservation areas. In a quest to understand such a complex subject, this work privileges the reach of the right to the city, a human right, considered a beam of constitutionally granted rights. Given the social function of the city – in accordance with the institutional landmarks brought by the Federal Constitution, the City Statute and the Zoning Regulations of the municipalities – the matter was developed from the standpoint of the environment preservation and the popular housing issue. In the scope of the constitutional order and the urban law, this study goal was to equate the theoretical and methodological challenges posed by the social effectiveness of the norm. Using the *dialogue of sources* method, it was able to identify equilibrium between the two fundamental rights, complementary and compatible, because necessary to the complete realization of the right to the city. The course of the new interpretation to the referenced conflict counted on extensive doctrinal, legal and jurisprudential research, including state-of-the-art literature on the field, besides the analysis of Courts of Appeal rulings from the states of Rio de Janeiro and São Paulo.

Keywords

Constitutional Law - Urban Law – Right to the City – Human Rights – City Statute – Housing - Environment

Sumário

1. Introdução	14
2. A tutela do direito à moradia e do direito ao meio ambiente na cidade	21
2.1. O Direito à Moradia no cenário brasileiro	21
2.2. Direito à moradia e direito ao meio ambiente: o conflito situado no tempo e no espaço. Os casos-referência no “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro” e no entorno das Bacias Hidrográficas da Represa de Guarapiranga e Represa Billings na região metropolitana de São Paulo	24
2.3. Direito à Moradia como direito humano, social e coletivo	41
2.4 O Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado	55
2.5. Política Urbana e o Estatuto da Cidade: o direito à cidade	61
3. Dos princípios na tutela jurídico-urbanística	72
3.1 A institucionalização do Direito Urbanístico	72
3.2 Identificação de obstáculos e possibilidades na tutela jurídico-urbanística do direito à cidade	77
3.3 Princípios de Interpretação normativa	80
3.4 A identificação dos princípios de interpretação normativa no Direito Urbanístico Brasileiro	84
3.4.1 Princípio da Equidade	84
3.4.2 Princípio da Função Social da Posse e da Propriedade Pública e Privada	84
3.4.3 Princípio da proteção do meio ambiente	88
3.4.4 Princípio da gestão democrática da cidade	88
3.4.5 Princípio da supremacia do interesse público e do espaço público	89
3.4.6 Princípio da Precaução	90
3.4.7 Princípio da Sustentabilidade das Cidades	91
4. Marcos normativos	95

4.1. Marcos nacionais e internacionais.....	96
4.1.1 A Constituição Federal.....	96
4.1.2. Código Civil de 2002.....	98
4.1.3.Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01.....	101
4.1.4.Concessão de uso especial para fins de moradia – Medida Provisória 2.220/01.....	102
4.1.5. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	104
4.1.6. A Carta Mundial do Direito à Cidade.....	104
4.1.7 Código Florestal - Lei Federal 4.771/65.....	105
4.1.8. Projetos de Lei Federal que visam alterar o Código Florestal: Projeto de Lei Federal 6001/2005; e Projeto de Lei Federal 5683/2005.....	107
4.1.8.1. Projeto de Lei Federal 5107/05.....	108
4.1.9. Lei de Uso e Ocupação do solo urbano - Lei Federal 6.766/79.....	110
4.1.9.1. Projeto de Lei Federal 3057/00.....	112
4.1.10. Resolução n. 303/2002 do CONAMA.....	116
4.1.11. Projeto de Resolução do CONAMA – Processo n. 02000.002382/2003-92.....	117
4.2. Marcos normativos estaduais e municipais.....	118
4.2.1. Estado do Rio de Janeiro.....	118
4.2.1.1 Constituição do Estado do Rio de Janeiro.....	118
4.2.1.2. Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 2393/95.....	121
4.2.1.3. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.....	122
4.2.1.4. Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro.....	125
4.2.1.5. Projeto de Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro.....	127
4.2.1.6. Lei Municipal do Rio de Janeiro 1197/88.....	129
4.2.2. Estado de São Paulo.....	130
4.2.2.1 Constituição do Estado de São Paulo.....	130
4.2.2.2. Lei Estadual de São Paulo 898/75.....	131
4.2.2.3. Lei Estadual de São Paulo n. 1172/76.....	132
4.2.2.4. Lei Estadual de São Paulo n. 9866/97.....	133

4.2.2.5. Decreto Estadual de São Paulo 43022/98.....	134
4.2.2.6. Lei Estadual de São Paulo n. 11.216/02.....	135
4.2.2.7. Lei Estadual de São Paulo n. 12.233/06.....	136
4.2.2.8. Lei Orgânica do Município de São Paulo.....	138
4.2.2.9. Plano Diretor do Município de São Paulo.....	142
4.2.2.10. Lei Municipal de São Paulo 13.558/2003 com alteração dada pela Lei Municipal 13.876/2004.....	145
5. Interpretação das decisões judiciais à luz do direito à cidade.....	146
5.1. Importância do Judiciário no equacionamento de conflitos envolvendo o direito à moradia e o meio ambiente.....	146
5.2. Metodologia da Pesquisa Jurisprudencial e Categorias Analíticas adotadas como palavras-chaves.....	149
5.3. Quadro dos acórdãos levantados no TJRJ segundo a incidência das palavras-chaves.....	152
5.3.1. Principais casos selecionados no TJRJ.....	158
5.3.2. Análise dos principais acórdãos do TJRJ.....	163
5.3.2.1. TJRJ, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1995.002.02200, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Martinho Campos, julgamento em 09.04.96.....	163
5.3.2.2. TJRJ, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1998.002.0781, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Roberto Wider, julgamento em 26.05.98.....	166
5.3.2.3. TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2001.002.04085, Comarca de Niterói, Relator: Desembargador Milton Fernandes de Souza, julgamento em 10.10.2001.....	168
5.3.2.4. TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, Relator: Desembargadora Mariana Pereira Nunes, julgamento em 26.04.2002.....	169

5.3.2.5. TJRJ, 15ª Câmara Cível, Mandado de Segurança n. 2002.004.01892, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Nilton Mondego de Carvalho Lima, julgamento em 06.08.2003.....	171
5.3.2.6. TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.11576, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgamento em 24.08.2004.....	173
5.3.2.7. TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.18744, Comarca de Niterói, Relator: Desembargadora Helena Belc Klausner, julgamento em 06.10.2004.....	176
5.3.2.8. TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2004.002.04292, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador José Carlos de Figueiredo, julgamento em 16.02.2005.....	181
5.3.2.9. TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação n. 2005.001.03660, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Antonio César Siqueira, julgamento em 07.06.2005.....	184
5.4. Quadro dos acórdãos levantados no TJSP segundo a incidência das palavras-chaves.....	186
5.4.1. Principais casos selecionados no TJSP.....	190
5.4.2. Análise dos principais acórdãos do TJSP.....	197
5.4.2.1. TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 49.576.5/4, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 30.11.98.....	197
5.4.2.2. TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 125.688-5/9-00, Comarca de São Bernardo do Campo, Relator: Paulo Travain, julgamento em 21.06.2000.....	198
5.4.2.3. TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 188.792-5/4-00, Comarca de Cubatão, Relator: Paulo Travain, julgamento em 8.11.2000.....	204

5.4.2.4. TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 06.08.2001.....	206
6. Direito à cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente.....	209
7. Conclusão.....	225
8. Bibliografia.....	233

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos”.

M. Proust

1

Introdução

Na presente dissertação, escolheu-se pesquisar dois aspectos do problema da regularização fundiária: a tutela do direito à moradia e a tutela do meio ambiente. Isso porque são muito constantes os conflitos que as envolvem nos centros urbanos, o que é facilmente detectado desde a leitura de notícias de jornais até a compilação de jurisprudência e doutrina sobre o tema.¹

Edésio Fernandes define algumas das razões que levam ao conflito, dando destaque para o fato da “agenda verde” vir sendo essencialmente naturalista e a “agenda marrom” estar restringindo a sua discussão e excluindo o impacto socioambiental ocorrido nas áreas urbanas.²

O grande desafio será fazer uma reflexão sustentável entre a tutela do direito à moradia e a tutela do meio ambiente à luz do direito à cidade, demonstrando que as cidades também podem constituir um espaço em que meio ambiente e moradia se complementam e são tutelados plenamente, afastando qualquer hipótese de conflito.

Nesse sentido, é preciso fazer, desde logo, uma ressalva acerca da utilização da palavra conflito. Conforme é possível observar, recorrentemente, encontramos

¹ De acordo com Ermínia Maricato, “a falta de alternativas habitacionais, seja via mercado privado, seja via políticas públicas sociais, é evidentemente o motor que cria o pano de fundo dessa dinâmica de ocupação ilegal e predatória de terra urbana”. In MARICATO, Ermínia. *Metrópole periférica, desigualdade social e meio ambiente*. In VIANA, Gilney; SILVA, Marina e DINIZ, Nilo (org). *O Desafio da Sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil*, p. 225.

E, Edésio Fernandes completa: “Conduzido principalmente por forças do mercado e pela ação elitista e excludente do Estado, particularmente no que concerne às condições de acesso à terra urbana e de produção de moradia, a urbanização no Brasil resultou em cidades fragmentadas e no que tem sido chamado de “urbanismo de risco”, onde, por força do processo de especulação, a vasta maioria dos grupos pobres tem sido condenada a viver em favelas, cortiços, loteamentos irregulares e loteamentos clandestinos – em suma, em condições habitacionais precárias em assentamentos informais inadequados do ponto de vista das condições urbanísticas e ambientais, em áreas centrais e em áreas periféricas”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 295.

² FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 311.

sua incidência nos discursos leigos e acadêmicos no que se refere às questões que envolvem o direito à moradia e o direito ao meio ambiente.

No entanto, os conflitos não são passíveis de serem resolvidos, pois eles se transformam, segundo lição de Tércio Sampaio Ferraz³. Dessa forma, consideramos que, no campo da ciência do Direito, não há que se falar em conflito, mas numa tensão entre direitos.

Tal afirmação, em relação aos direitos à moradia e ao meio ambiente, comprova-se porque, sob a ótica do direito à cidade, não se pode admitir a existência de conflito, uma vez que o feixe de direitos que compõem o conceito do direito à cidade, sendo direitos convergentes, que se destinam a garantir a qualidade de vida humana, inviabilizam qualquer hipótese de conflito.

Pretende-se, assim, trazer conceitos, princípios e diretrizes do Direito Urbanístico que possam contribuir para embasar esse posicionamento, destacando-se a normativa do Estatuto da Cidade que, após a Constituição Federal de 1988 e, juntamente com ela, representa importante marco para o Direito Urbanístico no Brasil.⁴

Para desenvolver o tema, dada a sua complexidade e pluralidade de aspectos, será utilizada uma abordagem interdisciplinar, que contará, especialmente, com a contribuição do Direito e do Urbanismo.⁵

A dissertação também se propõe a

“interpretar a dinâmica do espaço urbano através de análise crítica do instrumental jurídico e suas interfaces com práticas sociais instituintes,

³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, p. 313. Segundo o autor: “(...) se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre, implícita entre as alternativas. Decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o transformam”.

⁴ Nesse sentido, vale a pena trazer as palavras do Professor Ricardo Pereira Lira: “O que importa considerar, no momento, é que o Direito, contemporaneamente, não é apenas um singelo instrumento de composição de conflitos intersubjetivos, mas sim um significativo e relevante instrumento de transformação social”. In LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

⁵ “Com respeito ao urbano, não se trata evidentemente de avançar uma teoria e, menos ainda, um método exclusivo de abordagem interdisciplinar. Trata-se simplesmente de admitir que a complexidade do fenômeno urbano não cabe nos “compartimentos” usados pelas disciplinas”. TSIOMIS, Yannis. *O meio ambiente e a questão urbana*. In RAYNAUT, Claude e ZANONI, Magda (editores científicos). *Cadernos de Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Sociedades, Desenvolvimento, Meio Ambiente, p. 131 a 136.

procurando alterar o alcance do direito instituído a fim de atingir o direito à cidade”.⁶

Esse objetivo será possível por meio da utilização do método sócio-jurídico-crítico, que conta com duas etapas de atividades: o levantamento dos dados empíricos acerca do tema e a análise dos dados obtidos de acordo com um marco teórico.

Para facilitar a compreensão dessa interação das práticas sociais instituintes (fatos) com o instrumental jurídico (doutrina, norma e decisões judiciais) serão utilizados, a título de exemplo e a fim de ilustrar o conflito que tem se estabelecido no campo fático entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, dois relevantes casos ocorridos, respectivamente, no município do Rio de Janeiro – Instituto de Pesquisas do Jardim Botânico - e no município de São Paulo – Bacia da Represa de Guarapiranga e Billings, devido a sua notoriedade e identificação com o objeto de estudo neste trabalho.

A metodologia contará também com a compilação de jurisprudência relativa ao tema nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro durante o período de 1995 a 2005, elegendo-se dentre os acórdãos, as decisões mais relevantes que, por seu valor simbólico e real, servem para melhor elucidar as questões acerca do tema e as conseqüências de sua judicialização.

A análise crítica das decisões visa superar a perspectiva “estatista, formalista e dogmática” do Direito, buscando no contexto social “modos de composição de interesses não incorporados ao direito positivo”, compreendendo-se como “ponto de partida da reflexão o problema tal como se apresenta na vida social”.⁷

Em relação à interpretação e aplicação da legislação referente ao tema, destaca-se a utilização do método do diálogo das fontes, elaborado por Cláudia

⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional. Práticas sociais instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*, 2000. Essa proposição resulta da experiência no grupo de pesquisa interinstitucional coordenado pela Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi com o apoio de órgãos de fomento como o CNPq e a FAPERJ e de instituições de ensino como a UFRJ-PROURB - Mestrado em Urbanismo - e a UERJ - Mestrado e Doutorado em Direito - e, ainda, com o apoio da OAB/RJ através de seu Departamento de Pesquisa e Documentação.

⁷ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Notas Preliminares sobre o Método Sócio-Jurídico-Crítico*, p. 11,12 e 18.

Lima Marques⁸, pois propicia amplo alcance das normas aos variados casos concretos que se apresentam no cotidiano.

Ressalte-se, também, que o trabalho estará pautado na constatação de que o direito à cidade é um direito humano fundamental, haja vista assinatura da Carta Mundial do Direito à Cidade no Fórum Social Mundial realizado em Porto Alegre, em janeiro de 2005, demonstrando uma preocupação internacional com a conciliação das agendas “verde” e “marrom”, conforme palavras de Edésio Fernandes.⁹

Para o estudo do Direito Urbanístico, nesta dissertação, consideram-se marcos teóricos o trabalho de José Afonso da Silva e Ricardo Pereira Lira, no plano nacional, e na doutrina estrangeira adota-se Jean-Pierre Lebreton.

Segundo José Afonso da Silva, o Direito Urbanístico é uma teoria jurídica que visa à composição de conflitos entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço físico para a realização da qualidade de vida e os interesses dos proprietários em que toda a superfície de seus lotes seja aproveitada.¹⁰

Ricardo Pereira Lira, por sua vez, define o Direito Urbanístico como “um conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da cidade, sobre a ocupação do espaço urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer”.¹¹

Dessa forma, ambos apontam no sentido de um campo do Direito que visa, precipuamente, alcançar a satisfação das necessidades humanas por meio da ordenação do espaço urbano, destacando-se a preocupação de Lira com melhores condições de habitação em contraposição à definição de José Afonso que privilegia o interesse dos proprietários.

Jean-Pierre Lebreton, marco teórico estrangeiro, foi escolhido tendo em vista o fato do Direito Urbanístico francês ter grande tradição. Afinal, a primeira lei urbanística francesa é datada de 14 de março de 1919, tendo sido chamada de

⁸ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 45, janeiro. São Paulo. 2003. e MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁹ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 311.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 18 e 19.

¹¹ LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

Loi Cornudet em homenagem ao seu relator na Câmara dos Deputados, tratando do regime de planificação urbana.¹² Desde então, o Direito Urbanístico francês vem evoluindo no sentido de promulgar diversas leis que tratam das questões urbanas, possuindo, desde 1955 um Código de Urbanismo.

Assim, Lebreton destaca não só a importância da compreensão do que vem a ser o Direito Urbanístico, como também define o que é o Urbanismo. Segundo ele a compreensão de que o Urbanismo era a ciência da organização das cidades foi derrubada no curso dos anos sessenta. Isso porque, atualmente, o conhecimento do fenômeno urbano está no cruzamento de uma multiplicidade de abordagens, não somente a geografia; a economia; a demografia e a sociologia; mas também a semiologia, contribuindo para demonstrar a razão simbólica das ocupações; e as etiologias humanas, indispensáveis para compreender-se o fenômeno da apropriação de um lugar pelos habitantes da cidade como seu local de vida. Além disso, o Urbanismo ainda tenta reproduzir as novas formas dos bairros.¹³

Já o Direito Urbanístico nasceu como um novo ramo do direito público, reconhecível ao seu objeto que, de abordagem limitada à organização espacial das cidades, abrangia, ao fim de uma notável expansão, diferentes formas de utilização do solo. Após os anos setenta, porém, o Direito Urbanístico passou por uma mutação, que no seu apogeu começou a levar em conta a organização da ocupação do solo de uma sociedade urbanizada.¹⁴

É interessante também destacar que, atualmente, no direito francês, quando se fala em direito à moradia, nota-se que a organização do espaço urbano se abriu à coletividade de pessoas interessadas pelos projetos urbanos, em especial os moradores, reconhecendo-os como parceiros da Administração Pública e colocando-os na posição de responsáveis, também, pelas decisões e escolhas de interesse público.¹⁵

Destacados os marcos teóricos e normativos; e exposta a metodologia de trabalho a ser utilizada ao longo da dissertação, a seguir consta um pequeno resumo do que será tratado em cada capítulo.

¹² LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 23.

¹³ LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 18.

¹⁴ LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 21 a 23.

¹⁵ LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 280.

Após esta introdução, preocupando-se em oferecer um referencial básico dos conceitos adotados na dissertação, o 2º capítulo cuidará da “tutela do direito à moradia e direito ao meio ambiente nas cidades”. Para tanto, faz-se necessário explicitar qual o cenário brasileiro no que diz respeito ao direito à moradia nas cidades. Em seguida, a fim de exemplificar a tensão que tem se estabelecido entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, são narrados os dois casos-referência selecionados como fatos concretos da discussão sobre o tema. Trabalhando no campo doutrinário, o capítulo traz o conceito de direito à cidade aqui adotado, pois será fundamental para entender toda a argumentação da dissertação, já que ela está totalmente baseada na definição do direito à cidade como feixe de direitos, além de ressaltar a importância do Estatuto da Cidade como recente marco normativo do Direito Urbanístico. Além disso, são analisados o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, esclarecendo qual vem sendo o entendimento da doutrina acerca de suas especificidades.

O 3º capítulo trata da institucionalização do Direito Urbanístico e destaca a importância dos princípios para a interpretação da norma urbanística e dos fatos sociais que envolvem as cidades, colacionando os princípios mais relevantes da disciplina que se adequam à análise que se pretende desenvolver na dissertação.

O 4º capítulo traz os principais marcos normativos nacionais, estaduais e municipais que compõem o campo do Direito Urbanístico, fazendo uma análise crítica de suas disposições.

O 5º capítulo expõe a pesquisa jurisprudencial sobre o tema nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, analisando-se criticamente os resultados gerais da pesquisa, bem como os principais acórdãos encontrados em cada Tribunal.

O 6º capítulo expõe a concepção deste trabalho de que os conflitos entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente são falsos quando interpretados à luz do direito à cidade, e analisa sob o método do diálogo das fontes, a doutrina, a legislação e a jurisprudência colhida anteriormente.

A conclusão da dissertação, por seu turno, visando conjugar os diversos fatores trabalhados no decorrer dos capítulos, busca fazer uma análise conjunta dos resultados obtidos com as pesquisas empírica, doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se dos princípios de interpretação do capítulo 4º para tornar possível a

leitura do direito à moradia e do direito ao meio ambiente sob a ótica do direito à cidade.

2

A tutela do direito à moradia e do meio ambiente na cidade

2.1

O direito à moradia no cenário brasileiro

A avaliação das condições do direito à moradia no cenário urbano brasileiro implica a compreensão da ocupação e crescimento das cidades. Nesse sentido, torna-se relevante destacar que foi a partir da década de 50 que a economia brasileira passou a ser gerada principalmente nas áreas urbanas, sendo que, no ano 2000, segundo o Censo do IBGE, 81,23% do total da população brasileira – estimada em 169.590.693 – vivem nas cidades, o que representa um importante e considerável impacto ambiental.¹

Além disso, os processos de urbanização e industrialização geraram um processo de exclusão política e segregação sócio-espacial da maior parte da população, além de aumentar o desequilíbrio regional e as desigualdades sociais.

O déficit de moradia no Brasil, por sua vez, tem alcançado diversas classes sociais². No entanto, é na faixa de renda até três salários mínimos que se

¹ Disponível em www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/sinopse_preliminar/Censo2000sinopse.pdf. Consulta em 31 de outubro de 2005.

² O Ministério das Cidades divulgou recentemente que o déficit habitacional brasileiro é de 7,2 milhões de novas moradias, cálculo efetuado pela Fundação João Pinheiro. Porém, estudos de pesquisadores do IBGE e do Núcleo de Estudos da População da Unicamp questionam o cálculo efetuado pelo governo federal, considerando que há um exagero derivado da inclusão no cálculo de todos os domicílios em que convive mais de uma família. Para o Ministério das Cidades, onde há duas famílias habitando o mesmo domicílio, já existe a necessidade de uma nova moradia. Porém, segundo o IBGE e a Unicamp o que se observa nesses casos são novas formas de convivência em que há ganhos para todas as gerações, por exemplo, o fato das famílias estarem ficando maiores e os idosos estarem vivendo mais, levando-os a morar na mesma residência. Segundo esses pesquisadores, « se o domicílio comporta esse tipo de arranjo e se a convivência for uma questão de opção, então não há porque considerá-lo déficit habitacional, a não ser que haja densidade excessiva de moradores ». Assim, segundo a pesquisa do IBGE e da Unicamp o número necessário de novas moradias seria de 3,5 milhões. O Ministério das Cidades, embora defenda a metodologia da pesquisa da Fundação João Pinheiro, concorda que não é possível, a partir dos

concentra a maior parte dele: 82,5%.³ Essa constatação torna evidente a razão pela qual, atualmente, nas cidades brasileiras temos visto crescer o número de favelas, loteamentos clandestinos, ocupações de terrenos e imóveis públicos e privados, dentre outras formas ilegais de moradia e, o que é ainda pior, formas indignas e desumanas de habitação.

Acrescido a esse fato, temos a ausência de uma política pública eficaz em favor da moradia desde a extinção do BNH em 1986.⁴ E aliada à expansão irregular da cidade detectamos a falta de infra-estrutura urbana apta a suportar a demanda por serviços públicos.

Mas o problema do déficit habitacional não é fato enfrentado exclusivamente pelo Brasil. Diversos países do mundo enfrentam a carência de moradia. A fim de melhor elucidar essa afirmação há um importante trabalho de Engels⁵ acerca das formas de produção da moradia.

Visando tratar dos impasses da produção capitalista da moradia Engels oferece valiosas informações sobre a situação habitacional da Europa continental durante a segunda metade do século XIX.

A crise da moradia, segundo ele, surgiu numa situação histórica específica: o momento em que se realiza a industrialização da Alemanha e quando a França paga as indenizações decorrentes da guerra de 1871. A destruição da economia manufatureira camponesa também estimulou um processo migratório para as grandes cidades, que necessitam de reestruturação.

A primeira causa da crise das moradias foi a combinação de um rápido aumento da população urbana com a destruição de imóveis do parque imobiliário existente. Cria-se, assim, uma situação de penúria aguda de moradias.

O mercado de criação de moradias torna-se, então, rentável. Porém, os alojamentos continuam precários. Não há investimentos nesse setor. E a isso Engels atribui o fato do desinteresse das classes dominantes em resolver a crise da

dados do Censo, estimar com precisão de quanto é o déficit habitacional no Brasil, admitindo que estão sendo discutidas formas de aprimorar o cálculo. In *Estudo vê exagero em escassez de moradia*. Reportagem do Jornal *Folha de São Paulo*, do dia 19 de dezembro de 2004. Possível acesso também no site <http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u103202.shtml>, em 07 de março de 2006.

³ Dados disponibilizados pelo jornal O Globo, em 30 de outubro de 2005, na reportagem *Habitação em xeque*, p. 01 do suplemento Morar Bem.

⁴ Para uma análise retrospectiva dos programas habitacionais brasileiros, ver CARDOSO, Adauto Lúcio. *Política Habitacional no Brasil: balanço e perspectivas*. In Revista Proposta. Revista Trimestral de Debate da FASE, Ano 30, dezembro/fevereiro de 2002/2003, nº 95, pp. 6 a 17.

⁵ ENGELS, Friedrich. *A Questão da Habitação*. Belo Horizonte: Aldeia Global, 1979.

moradia como estratégia capitalista para manter a classe operária premida pela necessidade constante de vender sua força de trabalho para ter acesso ao direito à moradia.

Outro fator que contribui para agravar a crise da moradia no período é, também, o desequilíbrio entre o valor da moradia e o poder aquisitivo dos trabalhadores.

Dessa forma, fica claro que a crise da moradia na Europa não é decorrente de uma situação conjuntural na qual a população urbana cresce a ritmo superior ao da construção de novas habitações. Ela é consequência dos obstáculos enfrentados pelo capital para se investir na produção deste bem.

Quanto à situação brasileira, a história também parece não ser muito diferente. Isso porque nossas cidades são o retrato de uma ocupação irregular e indiscriminada, provocando um crescimento desordenado e injusto da área urbana que culminou na chamada segregação territorial. Além disso, há que se acentuar a omissão do Estado em promover o direito à moradia, o que se pode comprovar por meio da constatação de que o direito à moradia como um direito social somente fora incluído no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional n.26, de 2000.

Assim, uma das principais características do processo de urbanização no Brasil tem sido a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano. Mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas não têm oferecido condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os pobres, provocando assim a ocupação irregular e inadequada.

Além disso, a ordem jurídica brasileira também contribuiu para a reprodução da informalidade urbana ao passo que a doutrina e a jurisprudência entendem o direito de propriedade ainda de forma meramente individualista; e a ausência de leis urbanísticas – ou sua existência baseada em critérios técnicos falhos – tem tido um papel fundamental na consolidação da ilegalidade e da segregação, alimentando as desigualdades provocadas pelo mercado imobiliário.⁶

⁶ FERNANDES, Edésio. *Introdução*. In *Regularização da Terra e Moradia. O que é e como implementar*. Gráfica da Caixa, 2002.

2.2

Direito à moradia e direito ao meio ambiente: o conflito situado no tempo e no espaço. Os casos-referência no “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro” e no entorno das Bacias Hidrográficas da Represa de Guarapiranga e Represa Billings na região metropolitana de São Paulo

Com o intuito de oferecer exemplos da tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente foram escolhidos dois casos-referência recentes, que por sua notoriedade e identificação com a questão das ocupações em áreas ambientalmente tuteladas merecem destaque neste trabalho.

Não se pretende fazer uma análise aprofundada dos casos narrados a seguir. O que se objetiva é apenas demonstrar como o “conflito” tem se colocado no cotidiano dos habitantes da cidade, dividindo opiniões, chamando a sociedade como um todo para discutir a situação da moradia e do meio ambiente.

A exposição dos casos vem para esclarecer em quais moldes a tensão entre os direitos se revela na sociedade e compõe a dimensão dos “fatos” que estruturam o Direito juntamente com os valores e as normas.

Além disso, pretende-se dar aos casos uma abordagem jurídica que privilegia o direito à cidade, que é recorrentemente esquecido quando nos deparamos com notícias em jornais acerca do tema que envolve a moradia e o meio ambiente.

O primeiro caso-referência escolhido foi o da ocupação com fins de moradia no “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro”, cujo breve histórico e análise consta adiante.

O Jardim de Aclimação, atual Jardim Botânico do Rio de Janeiro, foi criado em 13 de junho de 1808 por D. João, Príncipe Regente da época, para aclimatar as especiarias vindas das Índias Orientais.

Com a vinda da nobreza portuguesa para o Brasil e a instalação da sede do governo no Rio de Janeiro, a cidade ganhou uma Fábrica de Pólvora, construída no antigo Engenho de Cana de Açúcar de Rodrigo de Freitas, hoje localizado dentro do Jardim Botânico.

Em 11 de outubro de 1808, encantado com a exuberância da natureza do jardim, D. João passou a chamá-lo Real Horto. As primeiras plantas que

chegaram ao Jardim vieram das ilhas Maurício, do Jardim La Pamplemousse, por Luiz de Abreu Vieira e Silva, que as ofereceu a D. João.⁷

O Jardim passou a ser aberto à visitação pública após 1822.

Recentemente, em 06 de dezembro de 2001, foi promulgada a Lei n. 10.316, que “cria a autarquia federal Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, e dá outras providências”. A autarquia é vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, ou seja, trata-se de área pertencente à União. Porém, ela possui autonomia financeira, sendo que apenas no caso de sua dissolução, os seus bens e direitos passam a integrar patrimônio da União.

Na área pertencente ao Jardim Botânico e ao Horto, hoje incorporado ao Jardim Botânico, e, portanto, à União Federal, vivem inúmeras famílias, algumas delas há mais de 50 anos, sendo compostas basicamente de descendentes dos antigos empregados do Jardim Botânico, que foram autorizados a morar no local de trabalho pra facilitar o seu acesso, já que na época do Império o Jardim Botânico ainda estava longe da cidade.

Com o tempo, a ocupação do Jardim Botânico foi crescendo, tanto pela construção de residências de outros funcionários e parentes de funcionários, quanto por invasões de pessoas que também construíram sua moradia ali. As ocupações se deram, em especial, em torno do Rio dos Macacos, que nasce no Maciço da Tijuca, Rio de Janeiro, percorrendo os bairros do Horto e Jardim Botânico, desembocando na Lagoa Rodrigo de Freitas. Ao longo do seu percurso, o entorno se modifica, havendo áreas de proteção, como o parque do Jardim Botânico, e outras bastante degradadas, em que o rio recebe esgoto das residências que o cercam.

No Jardim Botânico, as casas operárias da Vila Chácara do Algodão foram os únicos resquícios que sobreviveram à especulação imobiliária e ali, o rio dos Macacos também sobreviveu, apesar das condições desfavoráveis.

O Instituto de Terras do Rio de Janeiro – ITERJ - promoveu o cadastramento das famílias residentes no local durante o período de janeiro a abril

⁷ Fonte: www.jbrj.gov.br/historic/index.htm. Acesso em 08 de junho de 2005.

⁸ CD-ROM *Legislação Urbanística e Ambiental Sistematizada dos Municípios do Rio de Janeiro e Niterói. Casos-Referência: Rio dos Macacos e Orla da Boa Viagem*. Projeto Integrado de Pesquisa. Práticas Sociais Instituintes e sua Tradução Jurídica e Urbanística. Coordenadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. Pesquisa Interinstitucional PROURB/UFRJ – UERJ – OAB/RJ. Rio de Janeiro, 2004.

de 2004, a fim de subsidiar o processo de regularização fundiária das áreas ocupadas pelas comunidades. Segundo eles,

“o equacionamento de conflitos sócio-ambientais que envolvem as famílias de baixa renda, com assentamentos consolidados por anos de ocupação, devem ser solucionados reservando o direito à moradia, de acordo com as normas constitucionais e o Estatuto da Cidade”.⁹

O cadastro concluiu que existem 589 famílias no Jardim Botânico, divididas em doze comunidades, sendo que 550 foram cadastradas. As comunidades são: Caxinguelê, Morro das Margaridas, Estrada do Grotão, Vila São Jorge 1, Vila São Jorge 2, Rua Pacheco Leão, Solar da Imperatriz, Estrada D. Castorina, Jardim Botânico n. 1008, Jardim Botânico n. 1024, Rua Major Rubens Vaz, 64 e Rua Major Rubens Vaz, 122.¹⁰

Em relação à renda familiar, o relatório demonstrou que a maioria dos moradores cadastrados ganha até três salários mínimos. São 232 famílias que correspondem a 42,1% do total. Em seguida, entre três e seis salários encontram-se 192 famílias que correspondem a 35%; de seis a dez salários são 76 famílias que correspondem a 13,8%; acima de dez salários mínimos são 34 famílias que correspondem a 6,2%. Apenas 16 famílias não informaram a sua renda, correspondendo a 2,9% do total.

Em relação ao tempo de moradia, tempo de posse, a pesquisa realizada pelo ITERJ comprovou que grande parte dos moradores vive no local entre 30 e mais de 50 anos. Para melhor visualização, veja-se a tabela:

Tempo	Quantidade de Famílias	Percentual (%)
Até 10 anos	19	3,4
De 10 a 20 anos	27	5,0
De 20 a 30 anos	72	13,1
De 30 a 50 anos	260	47,2
Mais de 50 anos	166	30,2
Sem informação	6	1,1
TOTAL	550	100

⁹ Acesso ao Relatório elaborado pelo ITERJ em 16 de dezembro de 2005, na sede da instituição, localizada à Rua Marechal Câmara, 160, 4º andar, Centro, município do Rio de Janeiro.

¹⁰ Acesso ao Relatório elaborado pelo ITERJ em 16 de dezembro de 2005, na sede da instituição, localizada à Rua Marechal Câmara, 160, 4º andar, Centro, município do Rio de Janeiro.

E sobre a identificação dos moradores como funcionários do Jardim Botânico, ativos ou inativos, ou parente de funcionário, o relatório elaborado pelo ITERJ comprovou que, 460 famílias, correspondendo a 83,6% do total, são compostas por funcionários, ativos ou inativos, ou parentes de funcionários. Apenas 78 famílias nada tem a ver com os funcionários, correspondendo a 14,2%, sendo que 12 famílias não informaram a sua condição de funcionário ou parente, correspondendo a 2,2%.

No entanto, existe uma ampla discussão acerca do direito à moradia dos ocupantes da área do Jardim Botânico, sendo que as opiniões ainda estão bastante divididas.

O Presidente do Instituto de Pesquisas do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, Sr. Liszt Vieira¹¹, alega que os ocupantes estão em situação de ilegalidade há muitas gerações, contrariando as normas ambientais. Assim, ele defende a retirada dos moradores argumentando que ao proteger o direito particular de alguns moradores se está privilegiando o interesse particular em detrimento do interesse público representado pela defesa do meio ambiente. E quanto à concessão de títulos de propriedade aos moradores ele se manifesta totalmente contrário, pois, segundo ele, isso facilitaria a especulação imobiliária, pois os moradores iriam acabar vendendo suas casas ao capital imobiliário.

De acordo com o seu entendimento, “o direito social de um indivíduo, no caso o direito à moradia, não pode prevalecer contra o direito coletivo de toda a sociedade. Desta forma, o direito de dois indivíduos não deve prevalecer em face do direito ao meio ambiente de toda a população.”

O Presidente do Jardim Botânico afirma, ainda, que existem hoje no Jardim Botânico cerca de 600 moradias irregulares que lá estão há décadas e que uma comissão mista dos ministérios do Meio Ambiente e do Planejamento, com participação de representante do Jardim Botânico e do Serviço de Patrimônio da União, discute uma proposta de acordo entre as partes, mediante a transferência

¹¹ O artigo do presidente do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, Liszt Vieira, foi publicado na edição do dia 19 de julho de 2004, no jornal O Globo e está disponível em www.jbrj.gov.br/materias/20_07_2005.htm, acesso em 19 de dezembro de 2005.

de moradores para unidades habitacionais a serem construídas pela Caixa Econômica Federal ou para imóveis já existentes em outros bairros.

Com esse discurso, percebe-se claramente que o Presidente do Jardim Botânico não entende o direito à moradia como um direito humano, fundamental, difuso e coletivo, que também atende ao interesse público, tanto quanto a proteção do meio ambiente. Sendo assim, ele contraria a tese deste trabalho que defende a tutela do direito social à moradia, compreendido como um direito transindividual e humano, pois, conforme será exposto a seguir, são inúmeros os tratados internacionais que garantem o direito à moradia, bem como, no plano interno, a Constituição Federal já consagrou a moradia como um direito social, em seu artigo 6º, sendo que a legislação tem acompanhado essa disposição.

Miguel Baldez, por sua vez, em artigo para o *Jornal do Brasil*, posiciona-se favorável à manutenção dos moradores no Jardim Botânico. Segundo ele,

“moradores do Horto Florestal, uma pequena vila de vida e convívio construída com alma e suor pela própria comunidade, têm sido vítimas de uma teia de omissões, meias verdades e inverdades com o claro objetivo de submeter o cidadão menos informado à crença de que, naquele local, a proteção do meio-ambiente exige a exclusão do já tão excluído mais ainda chamado ser humano”.¹²

E ele se coloca claramente contra a posição adotada pelo Presidente do Jardim Botânico, Sr. Liszt Vieira, de que “gente e meio ambiente são incompatíveis”, defendendo o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Ademais, Miguel Baldez condena a consideração de que os moradores deveriam ser removidos para outros bairros, considerando classista a concepção de direitos humanos e coletivos manifestada pelo Presidente do Jardim Botânico.

Segundo Baldez, o Sr. Liszt Vieira assumiu que os moradores vivem lá há décadas, embora não respeite o seu direito à moradia, confirmando a existência de um “apartheid social”. E a tentativa do Presidente do Jardim Botânico de justificar a não concessão do direito de propriedade aos moradores por poder vir a ser causa de especulação imobiliária no local também é fortemente combatida por Baldez, que a considera um “desrespeito a quem, de geração para geração, vem

¹² BALDEZ, Miguel. *Inverdades no Jardim Botânico*. In *Jornal do Brasil*, 26 de julho de 2005, p. 11.

enfrentando com continuadas vitórias sucessivas tentativas de despejo massivo”.¹³

Por fim, Baldez defende a segurança da posse dos moradores, acrescentando que todos eles estão cientes de que a área não pode ser usucapida, chamando atenção para a integração existente entre a terra e os seus moradores, entre o meio ambiente e os habitantes do Horto.

O Instituto de Terras do Rio de Janeiro, ITERJ, segue a linha de argumentação de Baldez. Segundo o ITERJ,

“descendentes e antigos funcionários do Jardim Botânico estão sendo vítimas da intolerância das autoridades federais e da Diretoria do Jardim Botânico, que mediante diversas ações judiciais individuais se propõem a retirar as famílias de trabalhadores e aposentados humildes que há anos moram no local justificando esta conduta pela necessidade de desenvolver projetos científicos no local”.¹⁴

A respeito das ações que já envolveram a área ocupada, destacamos a atuação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Em pesquisa jurisprudencial efetuada no *site*¹⁵ do TRF da 2ª região, ao utilizar a palavra-chave “Jardim Botânico”, foi indicada a existência de 83 ementas que citavam o termo escolhido. Deste total, 68 se referiam ao conflito envolvendo o direito à moradia dos ocupantes do Jardim Botânico.¹⁶

No entanto, esse número não representa a quantidade real de demandas acerca da questão, pois desde 1987 encontramos ações judiciais que discutem a legalidade e a legitimidade das ocupações do Jardim Botânico. São, ao todo, 385 ações de reintegração de posse movidas pela União em face dos moradores, segundo informação do Instituto de Terras do Rio de Janeiro (ITERJ).¹⁷

¹³ BALDEZ, Miguel. *Inverdades no Jardim Botânico*. In Jornal do Brasil, 26 de julho de 2005, p. 11.

¹⁴ Informação obtida em <http://www.iterj.rj.gov.br/not01.asp?id=66>, acesso em 19 de dezembro de 2005.

¹⁵ Pesquisa em http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jud:v_jur, acesso em 31 de janeiro de 2006.

¹⁶ A análise das ementas encontradas do *site* do TRF da 2ª Região demonstra que este Tribunal não tem levado em consideração o direito à moradia dos ocupantes do Jardim Botânico, apoiando os pedidos de reintegração de posse efetuados pela União Federal.

¹⁷ Informação contida na Ata da Reunião realizada em 21 de outubro de 2004, na Gerência Regional do Patrimônio da União no Rio de Janeiro, com a presença de representantes do ITERJ, Ministério Público Federal e Secretaria do Patrimônio da União (SPU) para discutir sobre a Regularização Fundiária.

A seguir será descrito um acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que decidiu demanda versando sobre a reintegração de posse na área ocupada do Jardim Botânico. A decisão é do ano de 2004 e sua descrição visa dar um panorama da argumentação do TRF da 2ª Região na solução dos casos judicializados.

O acórdão¹⁸ cuida de remessa necessária e apelações cíveis, interpostas por Maria de Lourdes Amorim Pelluci e União Federal, respectivamente, inconformadas ambas as partes com a sentença de 1ª instância, que julgou procedente em parte o pedido formulado em ação de reintegração de posse, determinando que “após indenizar a acessão e as benfeitorias no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), à época do laudo, devidamente corrigidos, seja expedido mandado de reintegração de posse a favor da União Federal do imóvel situado na Rua Pacheco Leão nº 1161, Jardim Botânico, nesta cidade, que está sob seu controle administrativo.”

Em sede de apelação, a recorrente Maria de Lourdes Amorim Pelluci, pretendeu, preliminarmente, o julgamento de agravo retido por entender que a União Federal é parte ilegítima no feito. Ademais, pugna a Apelante pelo “reconhecimento do cerceamento de defesa com a conseqüente anulação do respeitável julgado, e respectiva restituição do processado ao MM. Juiz “a quo” para oitiva de testemunhas”.

No mérito, a recorrente visa a integral reforma da sentença e o julgamento pela improcedência do pedido reintegratório e, ainda, caso improvido o recurso, seja majorado o valor da indenização fixado para R\$ 68.519,00 (Sessenta e oito mil, quinhentos e dezenove reais).

A União Federal apresentou razões de apelação visando reforma parcial da decisão do juiz “a quo”, que, sem amparo legal, determinou a indenização das benfeitorias realizadas no imóvel, alegando que elas são imprestáveis para a Administração, “tendo em vista se tratar de área de preservação ambiental, devendo ser reincorporada ao Parque, o que envolverá até mesmo o custo da demolição”.

¹⁸ Brasil. TRF 2ª Região. Apelação Cível n. 2001.02.01.004627-6. Apelante: Maria de Lourdes Amorim Pelluci e União Federal. Apelados: os mesmos. Relator: Rogério Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106410/1/67/97205.rtf>. Acesso em 22 de março de 2006.

Em contra-razões, a União Federal sustentou estar prejudicada a apreciação do Agravo Retido, em virtude do julgamento do Agravo de Instrumento, rechaçando os argumentos do recurso da ré, pleiteando a manutenção da sentença, no que tange ao pedido reintegratório.

Maria de Lourdes Amorim Pelluci, apresentou contra-razões ao recurso da União, pugnando pelo seu improvimento.

O representante da Procuradoria Regional da República, em parecer, opinou pela confirmação do provimento judicial de primeiro grau.

Segundo o MM. Juiz de 2ª instância, a recorrente é viúva de ex-servidor do Jardim Botânico e a União Federal alega que a recorrente ocupa imóvel nacional, dentro de área de preservação ambiental – Jardim Botânico – e que mesmo tendo sido solicitada a sua desocupação, recusou-se a fazê-lo dentro do prazo previsto na legislação, configurando-se esbulho possessório.

Sendo assim, o Tribunal entendeu que a sentença de primeiro grau não merece qualquer reforma, considerando a decisão justa e jurídica, adotando a fundamentação do juiz “a quo”.

Em relação à ilegitimidade “ad causam” da União Federal, o Tribunal ressaltou que a questão já se encontrada superada com o julgamento do Agravo de Instrumento nº 99.02.20736-7. Isso porque

“(…) em virtude de reorganização de órgãos vinculados à União Federal foi criado o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, expressamente vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, ficando sua representação judicial a cargo da Advocacia Geral da União. Esclareça-se ainda que a medida provisória em comento foi convertida na Lei nº 9.649, de 27.05.98, cujo art. 18, inciso II, “b” reproduz tal reestruturação. Ora o art. 41 do CPC veda a substituição voluntária das partes, na ausência de lei expressa. As razões do agravo não desvelam óbice a presente substituição, decorrente de sucessão ocorrida por força de expresse dispositivo legal. É de se mencionar, ainda, que o IBDF já detinha legitimidade para propor as referidas ações, quando foi sucedido, nos termos da Lei 7.735/89, pelo IBAMA, a quem incumbiu a tarefa de dar continuidade ao trabalho por aquele desenvolvido, não só no aspecto administrativo, quanto no judicial. (Decreto nº 97946/89).”¹⁹

¹⁹ Brasil. TRF 2ª Região. Apelação Cível n. 2001.02.01.004627-6. Apelante: Maria de Lourdes Amorim Pelluci e União Federal. Apelados: os mesmos. Relator: Rogério Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106410/1/67/97205.rtf>. Acesso em 22 de março de 2006.

Assim, não conheceu o agravo retido.

No mérito, sobre a indenização pelas benfeitorias, o Tribunal argumentou que a administração pública sempre teve conhecimento das benfeitorias que eram realizadas no imóvel, e que efetivamente o foram. Assim, não admitiu as alegações da União Federal no sentido da indenização ser indevida. Por outro lado, quanto ao valor fixado, o Tribunal também negou à recorrente seu aumento, mantendo a quantia determinada pelo Juízo de 1º grau.

O recurso foi, então, julgado improvido, negando-se a remessa necessária do recurso da União e não conhecendo o agravo retido interposto pela recorrente, por unanimidade.

Conforme pode ser notado, o Tribunal sequer considerou a questão do direito à moradia da recorrente, deixando de discutir a questão da ocupação em área de preservação ambiental. Apenas os aspectos formais, como a legitimidade da parte, o conhecimento do recurso de agravo e a fixação do valor da indenização pelas benfeitorias foi abordado na argumentação do Tribunal, que se manteve alheio em enfrentar o conflito real que se impõe como base na ação de reintegração proposta pela União, qual seja, a preservação da moradia em áreas urbanas ambientalmente protegidas.

Como marco normativo, foram citadas a Lei 9649/98, pois em seu art. 18, II, “b” previu a criação do “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro”, reestruturando a organização de órgãos da União Federal; o art. 41, do Código de Processo Civil; a MP 1549-29/97, a Lei 7735/89 e o Decreto 97946/89, que se referem, respectivamente, às sucessivas mudanças de organização ocorridas na União Federal que atribuíam a administração do Jardim Botânico a diferentes órgãos.

Não foi utilizado nenhum marco teórico pelo juiz relator do acórdão, que não abordou o mérito da questão de maneira mais profunda, conforme já fora afirmado.

Seguindo o posicionamento adotado na decisão que acabara de ser descrita, no ano de 2005, a fim de cumprir mandado de reintegração de posse expedido pela Justiça Federal em outro processo, a Polícia Federal juntamente com oficiais de justiça dirigiram-se ao Jardim Botânico no intuito de retirar os moradores de

suas casas. Houve, então, um confronto entre policiais e moradores que impediram a passagem dos policiais, obrigando a suspensão da operação.²⁰

Em entrevista realizada com a vice-presidente da Associação de Moradores e Amigos do Horto, Emília Maria de Souza²¹, foi informado que atualmente o que se tenta é chegar num acordo acerca da regularização das moradias localizadas no Horto. Como todas as ações já transitaram em julgado, a União deveria assumir o compromisso de comparecer perante o Poder Judiciário e declarar que não exige o cumprimento das sentenças que determinam a reintegração de posse.

Ocorre que o impasse para a solução da questão está justamente na proposta de regularização oferecida pela União. Isso porque, o Poder Público pretender remover todos os moradores situados à margem esquerda do Rio dos Macacos, na área interna do parque, para prédios a serem construídos na área externa, na Rua Pacheco Leão, mantendo as casas localizadas na margem direita do rio. A Administração Pública alega já ter verba federal para fazê-lo e que, com isso, os moradores receberão o título de propriedade. O projeto foi elaborado pelo Instituto Pereira Passos do Rio de Janeiro.

No entanto, os moradores não concordam com a hipótese de remoção para a área externa, propondo uma reformulação e restauração da área já existente. Em projeto formulado pelo arquiteto Carlos Alberto “Chalo”, apoiado pela comunidade, as famílias permaneceriam em suas residências, que seriam restauradas, mas não teriam os títulos de propriedade. A idéia é utilizar um instrumento de direito urbanístico apto a promover a regularização e a permanência das famílias, que terá todos os seus termos discutidos pela sociedade e pelo Instituto de Pesquisa Jardim Botânico. Apenas aqueles moradores que estivessem em áreas de risco seriam removidos para outro local, ainda assim, dentro do parque.

²⁰ A respeito, ver Jornal O Dia, de 08 de junho de 2005, p. 04; <http://oglobo.globo.com/jornal/rio/168600792.asp>, acesso em 08 de junho de 2005; e Jornal Folha de São Paulo, de 08 de junho de 2005, pág. C5.

²¹ Em 10 de março de 2006, na Sede da Associação de Moradores e Amigos do Horto, localizada no Grêmio dos Funcionários do Horto Jardim Botânico, foi realizada entrevista com a Vice-Presidente da Associação, Sra. Emília Maria de Souza.

A fim de dar andamento a este projeto, a vice-presidente da Associação de Moradores pretende realizar no ano de 2006, conforme informação concedida em sua entrevista, um seminário aberto ao público, aos representantes do Poder Público e aos moradores do Horto para discutir as propostas de ambas as partes.

Conforme se pode perceber existe uma tendência do Poder Público em manter a dicotomia entre meio ambiente e moradia. No entanto, a hipótese de remoção é totalmente rechaçada pela Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, que no seu artigo 429, VI apenas a admite em caso de áreas de risco. Inúmeros são os instrumentos de direito urbanístico que o Poder Público pode se valer para promover a regularização da área ocupada. São exemplos: a concessão de uso especial com fins de moradia, prevista na Medida Provisória 2.220/2001; o direito de superfície, previsto no Estatuto da Cidade e a cessão de uso. Alternativamente, pode ainda ser celebrado Termo de Ajustamento de Conduta, conforme previsão do art. 5º, da Lei 7347/85, e proposta Ação Civil Pública por responsabilidade pelos danos causados à ordem urbanística, consoante o art. 1º, III, da Lei 7347/85 com redação dada pela Lei 10.257/01.

Para promover, no entanto, essa regularização sob a égide do direito à cidade é preciso incorporar preceitos como o respeito aos direitos humanos e fundamentais, reconhecendo, inclusive o direito à moradia como um direito coletivo. Além disso, é preciso admitir que a sustentabilidade das cidades é possível de ser alcançada com um equilíbrio urbano-ambiental, integrando o homem à natureza.

Analisar a questão apenas sob o âmbito do direito ao meio ambiente é adotar um posicionamento maniqueísta, que ignora as necessidades sociais e função sócio-ambiental da propriedade e que se impõe, inclusive, à propriedade pública. A União também deve observar e cumprir os princípios de tutela do direito à cidade, pois no Estado Democrático de Direito o Poder Público também deve subordinar-se às leis que edita, estando vinculado às previsões constitucionais.

O segundo caso-referência utilizado como exemplo vem a ser a ocupação com fins de moradia no entorno das Bacias Hidrográficas da Represa de Guarapiranga e Represa Billings na Região Metropolitana de São Paulo.

A Região Metropolitana de São Paulo conta, para o abastecimento da sua população, entre outras fontes, com a água que é produzida pelos mananciais que

ainda restam na região - em especial a Represa Billings, Guarapiranga e Sistema Alto Tietê.

A represa de Guarapiranga está localizada na região sul da cidade de São Paulo, e sua vasta extensão, 637 quilômetros quadrados, compreende parte dos territórios dos municípios de São Paulo, Embu, Itapecerica da Serra e toda a área de Embu-Guaçu, além de pequenas parcelas territoriais de Cotia, São Lourenço da Serra e Juquitiba. A Bacia Hidrográfica onde se encontra, forma uma das principais áreas de mananciais da metrópole, compreendida também pela Represa Billings, que ocupa o município de São Paulo, Diadema, São Bernardo do Campo, Santo André, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra.²²

No entanto, a área localizada no entorno desses mananciais sofre intenso processo de ocupação, levantando discussões acerca da possibilidade ou não de se exercer o direito à moradia em áreas de preservação ambiental.

Assim, como casos emblemáticos, destacam-se as ocupações com fins de moradia no entorno das Represas Billings e Guarapiranga, analisados sucintamente a seguir.

O atual bairro de São Paulo denominado Santo Amaro, no início do século XIX era município distinto do de São Paulo. Nos primeiros tempos de sua colonização essa região produzia essencialmente gêneros alimentícios para a população que residia no planalto central. A partir da segunda metade do século XIX, o bairro passa a receber famílias para trabalhar em fazendas de café. Essas famílias se fixaram nas margens de rios, o que facilitava a sua locomoção e a irrigação de suas culturas, tendo início a ocupação das margens do rio Guarapiranga.

A ocupação das margens do rio para fins de moradia não apresenta mudanças durante décadas, mesmo após a crise da economia cafeeira, quando os imigrantes passaram a realizar outras atividades, dentre elas a produção de carvão, pois a região possuía uma vegetação rica. As famílias viviam, então, em chácaras de economia familiar muito modestamente.

A partir do final do século XIX, a cidade de São Paulo iniciou um processo de crescimento acelerado, atraindo milhares de pessoas que desejavam encontrar nela uma vida melhor. A energia elétrica necessária para abastecer a cidade era

²² Informação obtida em <http://www.socioambiental.org/inst/sem/billings/documentos.htm>, acesso em 25 de janeiro de 2006.

produzida pela Usina Hidroelétrica de Parnaíba, construída em 1901 no rio Tietê. No entanto, durante a estação da seca a produção de energia não era suficiente, pois havia menos água para movimentar as turbinas. Foi quando, em 1908, a Companhia Light and Power decidiu represar a água do rio Guarapiranga, afluente do rio Pinheiros, que serviria para gerar energia nas épocas de seca.

O Rio Guarapiranga foi transformado em um grande lago – a represa – com a finalidade de gerar energia elétrica.

A partir do começo do século XX, a região de Santo Amaro, em virtude de suas características, passa a ser também ocupada por habitações de veraneio, lazer e recreação, surgindo no local muitas chácaras de famílias abastadas e de especuladores imobiliários. As chácaras das famílias mais humildes foram compradas por especuladores e divididas em lotes para venda.

Até a década de 50 a população da região da represa era muito pequena e composta basicamente pelas chácaras de alto padrão e moradias dos descendentes dos antigos trabalhadores das fazendas de café.

No entanto, a seguir, os loteamentos começaram a surgir por conta da enorme demanda de local de moradia para o afluxo de trabalhadores que em São Paulo chegaram. Sem um plano diretor que regulamentasse a ocupação de áreas importantes para a sustentabilidade da cidade a terra foi parcelada e vendida a preços acessíveis à população que não podia pagar aluguel nas áreas centrais da cidade de São Paulo, desconfigurando a disposição espacial inicial do local.

Atualmente vivem na região cerca de 1,6 milhão de habitantes. Apesar da área de mananciais necessitar de preservação para garantir o abastecimento de água da cidade, a contrario senso é o local que apresenta o maior índice de crescimento das ocupações com fins de moradia no município de São Paulo.²³

Sendo assim, o equilíbrio da região está sendo ameaçado dia a dia. Segundo notícia de um jornal local, a cada dia há 64 novos moradores instalados na região da bacia, a imensa maioria em casas construídas ilegalmente em áreas de preservação e muitas sem rede de saneamento.²⁴

²³ QUEIROZ, Eliane e CHIARATTO, Almir. *A Represa de Guarapiranga*. In http://www.partes.com.br/meio_ambiente/memoria.htm. Acesso em 19 de dezembro de 2005.

²⁴ Notícia do jornal Folha de São Paulo. Informação obtida em <http://www.moradia.org.br/moradia/clipping/VisualizarClipping.php?id=2993>. Acesso em 19 de dezembro de 2005.

Recente diagnóstico²⁵ registra que em 2000, havia 766 mil pessoas vivendo na área da bacia, que engloba a zona sul da capital paulista e outros seis municípios.

Revela também que o crescimento da região é fruto de novas invasões a áreas que deveriam ser protegidas. Segundo Marussia Whately, coordenadora do Programa Mananciais do Instituto Sócio-Ambiental (ISA), as invasões continuam e as pessoas que vivem nessas áreas invadidas não dispõem de uma rede adequada de saneamento básico, portanto todo o seu esgoto é diretamente despejado na água da represa, sem qualquer tratamento.

A principal conclusão do estudo foi a de que a ausência de saneamento, o crescimento urbano e de atividades humanas comprometem mais da metade da Bacia Hidrográfica de Guarapiranga, o segundo manancial mais importante da Região Metropolitana de São Paulo.²⁶

Além disso, consta no diagnóstico que a represa de Guarapiranga está cada vez menor: em 30 anos sua área encolheu em 20%. A bacia da Guarapiranga vem sendo desmatada, alterada, ocupada e urbanizada em ritmo crescente e sem planejamento ou controle algum. Os dados do ISA demonstram, por exemplo, que a população residente na bacia aumentou em 210 mil pessoas no período de 1991 a 2000 (um aumento de quase 40%) e que quase 20% da região já está totalmente urbanizada.

A tendência da ocupação atual, segundo o referido diagnóstico, é o desmatamento de áreas para usos diversos, o surgimento gradual de núcleos de moradia e o adensamento progressivo destes núcleos. 42% do território sofre algum tipo de intervenção humana que dá origem aos núcleos habitacionais que se adensam, muitas vezes em locais proibidos ou perigosos, como encostas ou perto de corpos d'água.

Cerca de 37% das áreas de preservação permanente inseridas na bacia foram invadidas ou ocupadas, demonstrando a gravidade do processo experimentado pela represa.

²⁵ O diagnóstico sobre a represa de Guarapiranga foi realizado pela organização não-governamental Instituto Socioambiental (ISA) e denomina-se “Guarapiranga 2005 – Diagnóstico Socioambiental Participativo” e está disponível no *site* www.socioambiental.org, acesso em 19 de janeiro de 2006.

²⁶ “Diagnóstico Socioambiental revela Guarapiranga cada vez mais degradada”. In <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2167>.

Durante a década de 1990, foi desenvolvido pelo governo do estado de São Paulo a maior intervenção já ocorrida em área de manancial: o Programa de Recuperação Ambiental da Guarapiranga, com investimentos superiores a US\$ 300 milhões financiados pelo Banco Mundial. Eram objetivos do programa: assegurar a qualidade da água do manancial para o abastecimento da região metropolitana de São Paulo, desenvolver a capacitação técnica, financeira e institucional para a gestão da bacia e melhorar a qualidade de vida de seus habitantes, otimizando e expandindo a infra-estrutura urbana e de saneamento, além de executar medidas de recuperação e proteção ambiental, como intervenções em áreas degradadas e implantação de parques.

No entanto, apenas metade dos domicílios da bacia da Guarapiranga conta com algum sistema de coleta de esgoto. E a maioria desse esgoto continua sendo despejada na represa, já que não há redes para transportá-lo até estações de tratamento.

A Represa Billings, por sua vez, reservatório artificial construído na década de 20 pela Light and Power para geração de energia elétrica na usina de Henry Borden no município de Cubatão, passou a ser utilizada como manancial de água potável após mais de 30 anos do início de sua construção, quando em 1958 é inaugurada a Estação de Tratamento de Água - ETA, em São Bernardo do Campo, para abastecer as cidades de Diadema e São Bernardo. Além dos rios da região, o reservatório Billings é alimentado essencialmente por águas da bacia do Tietê, aduzida pelo canal dos rios Pinheiro e Grande.

A Represa Billings é um dos maiores reservatórios de água da Região Metropolitana de São Paulo. Tem aproximadamente 100 Km² e sua bacia hidrográfica estende-se por mais de 500 km², nos municípios de Ribeirão Pires, Diadema, Rio Grande da Serra, São Bernardo do Campo, Santo André e São Paulo.

As ocupações na área já vêm ocorrendo há décadas por atividades extrativistas ou para o lazer, mas foi a partir de 1988 que o processo de ocupação desordenada por loteamentos clandestinos de populações de baixa renda teve início.

Atualmente, aproximadamente 700 mil pessoas vivem no entorno da Represa Billings, gerando problemas ambientais devido ao lançamento de esgotos domésticos e ao desmatamento de áreas verdes.

Estudo realizado pelo Instituto Socioambiental mostra que a Bacia Hidrográfica da Billings perdeu, no período de 1989 a 1999, mais de 6% de sua cobertura vegetal, enquanto a expansão urbana foi de 48%.²⁷

Diante desses problemas envolvendo a área que compreende as Represas Billings e Guarapiranga, foram instituídos programas pelo Governo do Estado de São Paulo.

O Programa Guarapiranga, instituído em 1992, possibilitou que cerca de 22 mil famílias deixassem de viver em favelas, 459 hectares de áreas foram preservados, seis parques foram construídos e novos aterros sanitários inaugurados. Esse conjunto de ações contribuiu de maneira eficaz para a melhoria da qualidade da água. Além da Represa Guarapiranga, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, a Sabesp, desenvolve ações de recuperação e conservação de outros mananciais da Região Metropolitana de São Paulo, como a Represa Billings e o Sistema Cantareira.²⁸

O Programa Guarapiranga é complexo, pois envolve diversos órgãos municipais e estaduais, sendo que a Sabesp se empenha em possibilitar a ampliação do sistema de coleta e afastamento de esgotos que poluem a água, além de desenvolver projetos e estudos tecnológicos para melhorar a qualidade dos serviços na região. O seu objetivo principal é “assegurar a qualidade da água do manancial para fins de abastecimento da Região Metropolitana de São Paulo” e para isso conta, entre outras ações, com a recuperação urbana, a proteção ambiental, visando, principalmente, a melhora na qualidade de vida da população.²⁹

A recuperação urbana da região optou pela permanência da população no local, urbanizando as favelas, pois os custos da remoção seriam elevados, tanto financeira quanto socialmente. Apenas algumas famílias foram removidas, quando o espaço era necessário para a implantação de infra-estrutura

²⁷ Disponível em <http://www.socioambiental.org/esp/agua/pgn/noticias.html>. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

²⁸ Os programas realizados pela Sabesp encontram-se disponíveis em http://www.sabesp.com.br/sabesp_ensina/intermediario/urbanizacao/default.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

²⁹ YAMAZAKI, Dirceu Rioji e outros. *Programa de Saneamento Ambiental da Bacia do Guarapiranga em São Paulo*. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras*, p.116 a 128.

Como resultado das intervenções, além do reordenamento do espaço, houve a integração dos núcleos de favelas à malha urbana da cidade na forma de novos bairros, o que propiciou um maior equilíbrio na paisagem urbana. Por outro lado, com o desenvolvimento de atividades de educação ambiental, o meio ambiente passou a ser preservado pelos próprios moradores, havendo uma “mudança de *status* da condição de habitante para cidadão partícipe”.³⁰

O Projeto Billings, por sua vez, compreende o monitoramento e controle da qualidade da água utilizada para abastecimento público.

Com a experiência que vem sendo adquirida na realização desses projetos, pode-se notar a importância da concepção de que moradia e meio ambiente podem estar em equilíbrio. Além disso, merece destaque a afirmação de que os custos da remoção de moradores são elevados e que a manutenção em seu local de origem acarreta resultados mais benéficos tanto financeira quanto socialmente, afastando a idéia retrógrada de que a remoção é a alternativa para garantir a preservação ambiental.

É nítida a efetivação, no caso do Programa Guarapiranga, do princípio da função social da propriedade, pública e privada, e do princípio da sustentabilidade das cidades.

Ante os casos expostos, tanto do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico quanto o das ocupações em torno dos mananciais da região metropolitana de São Paulo, é incrível perceber a integração existente entre o homem e o ambiente, a consciência da população que ocupa as áreas em relação à importância da sua preservação. Isso demonstra a plena possibilidade de realização do direito à cidade, tutelando-se, simultaneamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente.

Assim, a manutenção dos moradores no local em que se encontram é possível e deve ser a opção adotada, uma vez que atende ao interesse público de realização do direito à cidade.

Nesse aspecto os projetos de regularização implantados nas áreas do entorno das Represas Billings e Guarapiranga são louváveis, pois promoveram a conciliação entre os interesses sociais e ambientais. Houve um encontro das

³⁰ YAMAZAKI, Dirceu Rioji e outros. *Programa de Saneamento Ambiental da Bacia do Guarapiranga em São Paulo*. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras*, p.116 a 128.

agendas “verde” e “marrom”, sem que para isso tivesse que se fazer uma opção entre uma ou outra.

No contexto das cidades contemporâneas, especialmente as grandes metrópoles como o Rio de Janeiro e São Paulo, promover essa integração é uma premente necessidade, deixando cada vez mais clara a relevância do papel do Plano Diretor e do planejamento urbano, que possibilitam a utilização das áreas já existentes e dos serviços já disponíveis para garantir a todos a realização dos seus direitos de cidadãos.

2.3

Direito à Moradia como direito humano, social e coletivo

Os direitos humanos adquiriram grande importância no cenário contemporâneo. Todo interesse humano, toda necessidade ligada ao ser humano, torna-se relevante no mundo atual.

Jack Donnelly, de forma bastante objetiva, entende que direitos humanos

“são, literalmente, os direitos que se têm simplesmente como ser humano. Como tal, tratam-se de direitos iguais e inalienáveis: iguais porque somos todos igualmente seres humanos; inalienáveis porque, não importa quão desumanos nós sejamos em nossos atos ou na forma de sermos tratados, não podemos ser nada além de seres humanos”.³¹

Nessa perspectiva oferecida por Donnelly, em que não se levam em conta os atos dos seres humanos para que eles tenham seus direitos tutelados, é que se percebe o alcance indiscriminado dos direitos humanos, tanto na perspectiva dos seus titulares quanto no extenso rol de direitos que abrange. Isso porque as necessidades humanas são as mais variadas possíveis, ainda mais numa sociedade plural como a que vivemos, em que os anseios sociais tornam-se ainda mais variados dadas as diferentes condições de indivíduos e grupos, devendo todos estar amparados pelo direito.

E dentre o rol de direitos humanos, destaca-se, privilegiadamente, o direito à moradia. Isso porque, tendo em vista os problemas que o atingem, existe uma preocupação internacional no sentido de protegê-lo, que vem se manifestando por

³¹ DONNELLY, Jack. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. In PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI*, p. 174.

meio da promulgação de Tratados Internacionais³² que visam garantir o direito à habitação para todos.

Embora o processo internacional de afirmação dos direitos humanos nos tratados tenha sido iniciado logo após o fim da II Guerra Mundial³³, no Brasil, somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que se começou a ratificar os tratados internacionais de direitos humanos. E, segundo Flávia Piovesan³⁴, esses tratados internacionais³⁵, uma vez ratificados, entram no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de norma constitucional, adquirindo aplicabilidade imediata.³⁶

Com a ratificação dos tratados, passa, então, a existir a responsabilidade dos Estados pelo cumprimento dos preceitos ali dispostos, ainda que o ordenamento jurídico interno não esteja totalmente adaptado e condizente com os tratados internacionais. No entanto, essa adaptação terá que existir, a fim de que os direitos humanos internacionalmente protegidos não se vejam violados dentro dos países que, inclusive, já aderiram aos tratados.³⁷

³² “Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que nasceu como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo”. In PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 22.

³³ Costas Douzinas, defendendo que os direitos humanos entraram no cenário mundial após a II Guerra Mundial, acentua que nesse momento houve uma passagem do direito natural para os direitos humanos devido a reposição de suas bases filosóficas e suas fontes institucionais. Segundo ele, antes desse marco, todo o direito era direito positivo, estando, portanto, determinado exclusivamente pelo legislador e pelas cortes dos vários países. Porém, ficara provado que tentar garantir os direitos humanos por meio somente de atos legislativos não foi eficaz. Isso porque, mesmo diante das leis postas, as pessoas puderam votar em regimes e partidos determinados a violar direitos humanos, como Hitler na Alemanha e Milocevic na Iugoslávia. Assim, Douzinas vê os direitos humanos internacionais como algo determinado pelo povo e que os governantes tem que expressar. A partir do momento que um país assina um tratado internacional de proteção aos direitos humanos, ele assume que aquela lei torna-se universal em matéria de dignidade humana. Assim, foi apenas após a II Guerra que os direitos humanos tornaram-se expressivos no mundo. DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights*. In ibidem. *The End of Human Rights – critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hard Publishing, 2000.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 37.

³⁵ Os tratados internacionais são, dessa forma, a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo “tratado” é genérico e usado para incluir as convenções, os pactos, as cartas e demais acordos internacionais. Os tratados, são, assim, acordos internacionais celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, sendo regulados pelo regime jurídico do Direito Internacional. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 66.

³⁶ A Emenda Constitucional n. 45/2004, embora prevendo procedimento rígido, confirmou esse posicionamento ao acrescentar um §3º ao artigo 5º, da Constituição Federal. Segundo ele: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³⁷ E conforme destaca Antônio Augusto Cançado Trindade, “ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos

É certo, assim, que os tratados de direitos humanos vinculam os Estados que os adotam, obrigando o seu cumprimento a nível nacional, representando, hoje, um dos principais instrumentos de que se vale o Direito Internacional Humanitário para estar presente em grande parte dos países do mundo e formar uma teia internacional de proteção dos direitos humanos.

Está clara, portanto, a importância dos tratados internacionais na proteção dos direitos humanos, não se podendo negar também que é essencial o trabalho dos Estados a nível nacional para garantir o cumprimento desses preceitos internacionalmente adotados, seja por meio de políticas públicas de promoção dos direitos humanos, seja através da adaptação de seu ordenamento jurídico interno às diretrizes internacionais, por meio da atuação tanto do Legislativo quanto do Judiciário.

E tendo sido constatado que o direito à moradia faz parte do rol de direitos humanos, é importante destacar os tratados internacionais que se preocuparam em assegurar-lhe proteção.

Primeiramente, temos os tratados “gerais” que tutelam o direito à moradia. Utiliza-se aqui a expressão “geral”, porque os tratados e declarações compilados se referem à proteção dos direitos humanos como um todo, ressaltando, dentre outros direitos, a necessidade de garantir a moradia. São eles: a Declaração sobre os Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (documento anexo à Convenção nº 80 da OIT)³⁸, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948³⁹, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁴⁰, a

direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em Transformação*, p. 702.

³⁸ O item III, “i” da Declaração assim encontra-se redigido: “A Conferência proclama solenemente que Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem a: (...) obter um nível adequado de alimentação, **de alojamento**, de recreação e de cultura; (...)” (grifos nossos).

³⁹ Em seu artigo XI, a Declaração Americana trouxe a seguinte previsão: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais, relativas à alimentação, roupas, **habitação** e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”. (grifos nossos)

⁴⁰ A Declaração Universal dos Direitos do Homem previu em seu artigo XXV: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (...) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. (grifos nossos)

Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1948⁴¹, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959⁴², a Carta Social Européia de 1961⁴³, a Convenção n° 117 de 1962⁴⁴, a Carta Encíclica *Pacem in Terris* de 1963⁴⁵, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965⁴⁶, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁴⁷ e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

⁴¹ A Carta previu em seu artigo 5º: “Os trabalhadores têm direito de participar na distribuição equitativa do bem-estar nacional, obtendo a preços razoáveis os artigos alimentícios, de vestuário e **habitação** indispensáveis. Para alcançar estas finalidades, o Estado deve aceitar a criação e funcionamento de granjas e restaurantes populares e de cooperativas de consumo e de crédito, e organizar instituições destinadas ao fomento e financiamento daquelas granjas e estabelecimentos, assim como a **distribuição de casas baratas, cômodas e higiênicas** para trabalhadores, empregados e camponeses”. (grifos nossos)

⁴² A Declaração trouxe a previsão da proteção do direito à habitação em relação ao segmento especial da sociedade que são as crianças em seu Princípio 4º: “A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à mãe como à criança serão proporcionados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito à alimentação, **habitação**, recreação e assistência médica adequadas”. (grifos nossos) Esse documento fora ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

⁴³ A Carta Social Européia na sua Parte II, artigo 16 também demonstrou a preocupação em preservar o direito à moradia como direitos humanos: “A fim de realizar as condições de vida indispensáveis para um pleno desenvolvimento da família, célula fundamental da sociedade, as Partes Contratantes se comprometem a promover a proteção econômica, jurídica e social da família, em especial mediante benefícios sociais e familiares, disposições fiscais, de **apoio à construção de moradias adaptadas às necessidades das famílias**, de ajuda aos casais jovens, ou de qualquer outra medida adequada”. (grifos nossos) Esse tratado entrou em vigor em 1965 e foi completada em 5 de maio de 1988, ocasião em que foram adicionados outros direitos em matéria social. Porém, foi em 1966 que a Carta Européia consagrou, dentre outros, expressamente, o direito à moradia.⁴³

⁴⁴ A Convenção n. 117 trata dos Objetivos e Normas Básicas da Política Social e trouxe previsto no item 7 do seu artigo 11: “(...) Nos casos em que a alimentação, **a habitação**, o vestuário e outros suprimentos e serviços essenciais constituam parte da remuneração, a autoridade competente tomará todas as medidas práticas e possíveis para assegurar que os mesmos sejam adequados e seu valor em espécie seja calculado com exatidão”. (grifos nossos)

⁴⁵ No item 11 da Carta Encíclica *Pacem in Terris* consta: “(...) E, ao nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, **a moradia**, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis. Segue-se daí que a pessoa tem também o direito de ser amparada em caso de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, de desemprego forçado, e em qualquer outro caso de privação dos meios de sustento por circunstâncias independentes de sua vontade”. (grifos nossos)

⁴⁶ A Convenção traz no seu artigo V, “e”, III: “De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo II, os Estados-Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: (...) III) **direito à habitação**; (...)”. (grifos nossos) Esta convenção fora ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e promulgada pelo Decreto n° 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

⁴⁷ O Pacto merece aqui grande destaque devido ao fato de ser o primeiro a tratar especificamente dos direitos sociais. Assim, seu artigo 11 prescreve: “1º. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito a toda pessoa a um nível de vida suficiente para ela e sua família, compreendendo a alimentação, vestuário e **habitação** suficientes, assim como a uma melhoria constante das suas condições de existência. Os Estados –Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a realização deste direito e reconhecem para este efeito a importância essencial de

contra a Mulher de 1979⁴⁸.

Existem, ainda, dois documentos específicos de tutela internacional do direito à moradia: o primeiro é resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul (1996); e o segundo é a Carta Mundial do Direito à Cidade, resultado do Fórum Social das Américas realizado em Quito (julho, 2004) e finalmente assinada no Fórum Social realizado em Porto Alegre (janeiro, 2005).

Esses documentos foram escolhidos para análise especial devido a sua atualidade e especificidade, sendo que representam também marcos no direito internacional humanitário no que tange à proteção de direitos sociais e à manutenção da qualidade de vida nas cidades, demonstrando uma recente preocupação das organizações internacionais com a urbanização desregulada.

A Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos foi realizada em junho de 1996 em Istambul. Anteriormente já havia sido realizada uma primeira conferência Habitat, na qual foi criada a Agência Habitat, cujo perfil inicial era o tratamento das situações críticas de habitações ocasionadas por desastres naturais, guerras civis e conflitos urbanos. A sua atuação inicial havia sido focada na necessidade promover um teto, uma moradia para as pessoas refugiadas e desabrigadas. A segunda Conferência, a Habitat II, por sua vez, possuiu como temas globais: “Adequada Habitação para todos” e “O desenvolvimento de assentamentos humanos em um mundo em urbanização”. A conferência teve como principal foco adotar uma agenda, que recebeu o nome de Agenda Habitat, que por sua vez estabelece um conjunto de princípios, metas,

uma cooperação internacional livremente consentida. (...). (grifos nossos). O Brasil somente ratificou este pacto em 24 de janeiro de 1992, conforme dados disponibilizados pelas Nações Unidas. Disponível em www.onu.org. Acesso em 03 de dezembro de 2004. Entretanto, segundo Comparato, o Brasil ratificou este tratado pelo Decreto Legislativo nº 226, 12 de dezembro de 1991, e promulgou-o pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992. In COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 275.

⁴⁸ A Convenção no seu artigo 14, 2, “h”, conta com a seguinte disposição: “Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da **habitação**, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”. (grifos nossos) Esta Convenção fora ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984, segundo www.onu.org. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

compromissos e um plano global de ação, visando orientar os esforços nacionais e internacionais no campo de melhoria dos assentamentos humanos.^{49,50,51}

A Carta segue o seguinte roteiro: primeiramente traz a Declaração de Istambul sobre assentamentos humanos; depois traz o Programa Habitat, que é composto por um Preâmbulo, dos Objetivos e Princípios, dos Compromissos – moradia adequada para todos, assentamentos humanos sustentáveis, habitação e participação, igualdade entre o homem e a mulher, financiamento da moradia e os assentamentos humanos, cooperação internacional e avaliação dos progressos - dos Planos de Ação Mundial (estratégias para a aplicação) – que trata da moradia adequada para todos, do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos num mundo em processo de urbanização, do fomento da capacidade e

⁴⁹ Disponível em www.utp.br em 03 de dezembro de 2004.

⁵⁰ Como a Agenda Habitat possui um texto bastante extenso, não seria prudente descrevê-lo totalmente neste trabalho. No entanto, a seguir, serão destacados alguns aspectos considerados mais relevantes do texto para que se possa ter uma visão um pouco mais esclarecedora sobre o que vem a ser a Agenda Habitat e o que ela tem privilegiado. Primeiramente, pretende-se destacar o item que explicita quais os princípios seguidos pela Agenda Habitat II: “**Capítulo II – Objetivos y principios:** (...) 25. Nosotros, los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), suscribimos una visión política, económica, ambiental, ética y espiritual de los asentamientos humanos basada en los **principios de igualdad, solidaridad, asociación, dignidad humana, respeto y cooperación**. Adoptamos los objetivos y principios de una vivienda adecuada para todos y el desarrollo sostenible de los asentamientos humanos en un mundo en proceso de urbanización”.⁵⁰ (grifos nossos). Quanto aos objetivos seguidos: “(...) 40. Asimismo nos comprometemos a perseguir los siguientes objetivos: (...) b) garantizar la seguridad jurídica de la tenencia y la **igualdad de acceso a la tierra para todos**, incluidas las mujeres y las personas que viven en la pobreza; y emprender reformas legislativas y administrativas para garantizar a la mujer un acceso pleno y equitativo a los recursos económicos, en particular el derecho a la herencia y a la propiedad de tierras y bienes y el acceso al crédito, los recursos naturales y las tecnologías apropiadas; (...) e) **fomentar el acceso amplio y no discriminatorio a servicios de financiación de la vivienda abiertos**, eficientes, eficaces y apropiados para todos, comprendida la movilización de nuevos recursos financieros y de otro tipo -públicos y privados- para el desarrollo de la comunidad; (...) h) **aumentar la oferta de viviendas asequibles fomentando y estimulando la propiedad de viviendas asequibles y aumentando la oferta de viviendas asequibles de alquiler o de propiedad comunal, cooperativa o de otro tipo mediante la asociación de la iniciativa pública, privada y comunitaria, y crear y promover incentivos en el mercado respetando debidamente los derechos y obligaciones de inquilinos y propietarios;** (...) j) **erradicar la discriminación en el acceso a la vivienda y los servicios básicos por cualquier motivo**, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, bienes, nacimiento u otra condición; debe ofrecerse la misma protección contra la discriminación por motivos de discapacidad o edad; y garantizar la protección jurídica contra tal discriminación; (...) n) **proteger a todas las personas contra los desalojamientos forzados que sean contrarios a la ley**, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas”. (grifos nossos)

⁵¹ Edésio Fernandes considera que a Agenda Habitat “clama por ação integrada no sentido de prover moradia adequada para todos, sempre dentro do marco do desenvolvimento sustentável e no contexto de um mundo em crescente urbanização”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 296.

desenvolvimento institucional, da cooperação e coordenação internacionais e da aplicação e seguimento do Programa Habitat.

E conforme precisamente interpretado por Comparato, os objetivos sociais do Programa Habitat são interdependentes,

“de sorte que a não-realização de um deles compromete a realização de todos os outros. A Conferência sobre os Assentamentos Humanos reafirmou como objetivos universais a garantia de uma habitação adequada para todos, e o estabelecimentos de assentamentos humanos mais seguros, saudáveis, habitáveis, equitativos, sustentáveis e produtivos. Declarou que o desenvolvimento urbano e o desenvolvimento rural são interdependentes, salientando que a melhoria do habitat urbano pressupõe uma infra-estrutura adequada, no tocante a serviços públicos de saneamento e transporte, o respeito constante aos ecossistemas, bem como a ampliação das oportunidades de emprego”.⁵²

Outro documento específico de grande importância no estudo do direito à moradia e do direito à cidade na contemporaneidade é a Carta Mundial do Direito à Cidade. Resultado de um movimento que une entidades governamentais e não-governamentais do Brasil e do exterior, a Carta pelo Direito à Cidade tem como objetivo fomentar um novo Direito urbano. A ênfase é na dimensão local e em novas formas de direito coletivo e de gestão democrática dos territórios.

A elaboração da Carta Pelo Direito à Cidade foi iniciada no Fórum Social Mundial de 2001, quando um abrangente conjunto de instituições e entidades organizou o *Seminário Mundial pelo Direito à Cidade contra a Desigualdade e Discriminação*. A iniciativa teve como exemplo a *Carta Européia sobre os Direitos do Homem na Cidade* (Saint-Dennis, maio de 2000). Na ocasião, foram definidas estratégias de aprofundamento e continuidade da iniciativa.

Para entender melhor a Carta Mundial, é preciso compreender o ambiente em que ela surgiu. Assim, parte-se para uma breve exposição acerca do que é o Fórum Social Mundial, um processo em construção, demandando constante planejamento, organização, trabalho, transformações.

Desde a manifestação em Seattle contra reunião da OMC, os Fóruns Sociais Mundiais que seguiram afirmaram-se contra a agenda econômica internacional, voltando as atenções para discussões concernentes a uma agenda social, há muito relegada a segundo plano nas discussões governamentais internacionais.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação História dos Direitos Humanos*, p. 334.

O lema “Um outro mundo é possível”, presente na primeira reunião do Fórum, demonstrou qual o perfil que se queria buscar atingir, admitindo para isso a representatividade e participação de movimentos sociais e da população diretamente nas suas mais diversas atividades, como seminários, conferências, painéis, oficinas, etc.

No entanto, quanto a sua definição propriamente dita, pairam ainda muitas dúvidas, uma vez que podemos encontrar as mais diversas concepções sobre algo que não tem precedentes na história, bem como é possível afirmar que uma eventual conceituação virá, com certeza, carregada de implicações intelectuais e políticas.⁵³

O Fórum Social se autodefine, em sua Carta de Princípios, como um espaço de encontro e intercâmbio de experiências, de debate democrático de idéias e de articulação de propostas de ação de movimentos sociais, ONGs, redes de ativistas e demais organizações da sociedade civil que se opõem a organização neoliberal, ao domínio imperial e a guerra.⁵⁴

Conforme destaca José María Gómez, na realidade, o Fórum Social Mundial não é um “hacedor de movimientos y organizaciones sociales de los más variados tipos y procedências, sino que desempeña, en la mejor de las hipótesis, el papel de facilitador o de cristizador de los mismos”. Por outro lado, acentua também que não se pode negar o seu caráter de “movimento dos movimentos”.⁵⁵

O fato é que o Fórum Social Mundial pela sua heterogeneidade de concepções, interesses, grupos, organizações e representações tem tido um significativo desempenho no movimento contra-hegemônico internacional.

⁵³ GÓMEZ, José María. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECENÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones en el siglo XXI*, p. 173 a 196.

⁵⁴ “Presentándose como un espacio de intercambio, debate y articulación de movimientos y organizaciones de la sociedad civil de todos los países del mundo, el FSM no pretende, sin embargo, erigirse “em instancia de representación de la sociedad civil mundial”. Por eso afirma que sus reuniones no tienen carácter deliberativo y que “nadie estará autorizado a manifestar en nombre del Foro y en cualquiera de sus encuentros, posiciones que fueran atribuídas a todos sus participantes (...)” GÓMEZ, José María. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECENÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones em el siglo XXI*, p. 173 a 196.

⁵⁵ GÓMEZ, José María. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECENÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones en el siglo XXI*, p. 173 a 196.

Voltando à Carta Mundial do Direito à Cidade, entre as instituições e redes signatárias estão o Fórum Nacional de Reforma Urbana, o Fórum Nacional de Luta pelo Saneamento Ambiental, o Habitat International Coalition (HIC), a Secretaria Latino Americana de la Vivenda Popular (Selvip) e o Programa de Gestão Urbana da ONU (PGU).

A importância da Carta reside no fato da cidade ser o espaço político, produtivo e reprodutivo da vida social e do cotidiano mais expressivo no mundo atual. Trata-se de um espaço de construção dos direitos. Uma nova concepção de cidade, ligada à luta pelo direito à cidade e pela justiça socioambiental, se corporifica em uma nova institucionalidade jurídica, que valoriza a participação e a autonomia, discute o direito social da propriedade e promove novos hábitos de convivência cidadã. O desafio é construir uma cidade que seja solidária, democrática, justa e inclusiva.

Entre as questões de interesse, estão a violência urbana e o desenvolvimento local; a elaboração de uma política urbana estruturada que vá além das políticas habitacionais; a criação de novas bases de economia solidária; o habitat social; e a implementação de fóruns de debate e discussão, capacitando novas lideranças e permitindo novas articulações entre instituições do *asfalto* e das favelas.^{56 57}

A Carta Mundial do Direito à Cidade congrega em seu texto a proteção do direito à moradia, instrumentos de proteção ao direito à cidade; declara quais são os princípios do direito à cidade; trata do desenvolvimento urbano equitativo e sustentável; da participação no orçamento da cidade; da transparência na gestão da cidade; do direito à informação pública; da liberdade e integridade; da participação política; do direito de associação, reunião, manifestação e uso democrático do espaço público urbano; do direito à justiça; da segurança pública e a convivência pacífica solidária e multicultural; do acesso aos serviços públicos domiciliares e urbanos; do direito ao transporte público e mobilidade urbana; do direito à educação, ao trabalho, à cultura e ao lazer, à saúde, ao meio ambiente; e finaliza com artigos que tratam de medidas de implementação e supervisão do direito à cidade; lesão do direito à cidade; exigibilidade do direito à cidade e, por fim, dos compromissos provenientes da Carta Mundial do Direito à Cidade.

⁵⁶ Disponível em www.fase.org.br. Acesso em 25 de novembro de 2004.

⁵⁷ A Carta Mundial do Direito à Cidade traz consigo a previsão de proteção e promoção do direito à moradia, conforme consta de seu artigo XIV.

É interessante aqui fazer uma ressalva acerca dos compromissos assumidos na Carta pelas organizações sociais, governos nacionais e locais e organismos internacionais. Isso porque, se a efetividade da Carta poderia ser objeto de dúvidas e questionamentos, os compromissos nela descritos refutam a possibilidade do documento ser inócuo.

Na Carta os compromitentes afirmam que irão difundir amplamente o seu conteúdo e possibilitar a realização de espaços destinados à discussões acerca do direito à cidade e os direitos humanos que ela compreende. Além disso, eles assumem que irão trabalhar no sentido de ver o direito à cidade reconhecido internacionalmente como um direito humano, sendo que os governos nacionais e locais se comprometem a ratificar e aplicar pactos de direitos humanos e outros instrumentos internacionais que contribuam na construção do direito à cidade.

A carta representa um verdadeiro pacto dos mais diversos setores da sociedade e do Estado para a promoção do direito à cidade e da luta pela justiça urbano-ambiental em seus âmbitos local, regional e global.

O documento ainda é bastante recente, pois assinado em janeiro de 2005, porém promete ser promissor no tocante às mais variadas espécies de direitos sociais. Resta-nos contribuir para o sucesso do empreendimento, trabalhando a favor de sua divulgação, estudando suas disposições e reconhecendo a sua notoriedade, tendo em vista a pioneira iniciativa.

Durante a análise dos textos dos tratados internacionais, foi possível depreender que a afirmação dos direitos sociais como direitos humanos não foi simples. Isso porque, as necessidades dos países são as mais diversas possíveis, além da possibilidade dos Estados realizarem esses direitos também ser extremamente variável. Demonstra-se, portanto, que a efetivação dos direitos sociais trazidos nos pactos internacionais tem sua dificuldade principal ligada à atuação dos Estados, que, muitas vezes, apesar de signatários dos tratados, não se vinculam, realmente, a eles.

Em relação ao direito à moradia, especificamente, pode-se observar uma evolução na forma com que os tratados, convenções e cartas passaram a tratá-lo no decorrer do tempo.

Primordialmente, há um tratamento genérico, que apenas menciona o direito à habitação dentre uma série de outros, sem dar-lhe uma atenção especial. Entretanto, a partir da realização das conferências específicas sobre assentamentos

humanos, percebe-se uma preocupação mundial em garantir o direito à moradia dos seres humanos de forma mais efetiva. Com a Conferência, passa a existir uma preocupação não só em enunciar o direito à moradia como parte dos direitos humanos, como também é reconhecida a necessidade de criar programas e instrumentos de garantia para a sua efetivação.

Assim, tendo em vista o crescimento gradativo dos problemas habitacionais no mundo, está perfeitamente adequada a preocupação dos países em discutir a questão da moradia e das cidades. E isso é o que vem sendo feito nos Fóruns Sociais Mundiais realizados em que se discutem questões sociais de grande relevância para o mundo e são publicadas cartas de referência para a ação dos Estados em seus territórios.

Nesse aspecto, torna-se bastante adequada a colocação de Douzinas para quem os direitos humanos devem se realizar nos territórios dos Estados, pois é aí que são violados ou cumpridos.⁵⁸

E muito embora o Brasil não seja signatário de diversos tratados ou ainda não tenha ratificado alguns, é importante que o país tome conhecimento desses diplomas e os tenha como paradigmas para sua atuação em programas sociais relativos não só à habitação, como também em outros setores.

Sendo assim, a materialização do direito à moradia está intimamente ligada à realização da dignidade humana a medida que se concebe tal direito não simplesmente como a existência física de um local para morar, mas também como o lugar onde se realizam diversos outros direitos inerentes aos seres humanos, como o direito à privacidade, à saúde, ao saneamento, ao lazer, aos transportes, entre outros.⁵⁹

Dessa forma, preocupando-se com o conceito do direito à moradia, Perlingieri afirma que se pode falar dele no sentido de relações econômicas ou como aspecto de um unitário valor normativo que é a tutela da pessoa. Assim sendo, trata-se, simultaneamente, de um direito patrimonial e existencial.

⁵⁸ DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights*. In *ibidem*. *The End of Human Rights – critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hard Publishing, 2000.

⁵⁹ Nesse sentido, vale destacar o posicionamento de CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*, p. 25, segundo quem “falar em habitação, moradia, casa, lar, é falar em necessidade vital básica do ser humano, que a Constituição assegura como direito social, impondo-se ao legislador e ao administrador público dar-lhe densidade normativa e implementar políticas que lhe assegurem a mais plena eficácia”.

Concebido como direito ao acesso à propriedade da moradia, ele é um dos instrumentos, mas não o único, para realizar o gozo e a utilização da casa. Como direito existencial não incide apenas sobre a propriedade da moradia, mas também sobre as relações de uso, de moradia e aluguel.⁶⁰

De acordo com o artigo 65, da Constituição Portuguesa interpretada por Canotilho e Vital Moreira, a habitação é um direito negativo, sob o ângulo de que não se poderá privar ninguém arbitrariamente da habitação ou impedi-lo de conseguir uma, abrindo-se, inclusive, a possibilidade de exercício do direito de defesa. Por outro lado, trata-se também de um direito positivo sob o aspecto de direito de obtê-la, traduzido na exigência das medidas e prestações estatais adequadas a realizar tal objetivo. Nesse sentido ele é propriamente um direito social, implicando em obrigações positivas do Estado, cujo não cumprimento pode e deve desencadear os mecanismos da inconstitucionalidade por omissão.⁶¹

Nesse sentido, compreendendo-o como um direito fundamental, constitucionalmente previsto, o direito à moradia deve ser garantido por uma prestação estatal, podendo, em caso de omissão do Estado, ser demandado perante o Poder Público.⁶² Além disso, por derivar de norma constitucional, o direito à moradia tem eficácia direta e imediata.⁶³

A Constituição portuguesa valoriza muito a noção de direito social. E a moradia, como direito social que é, está íntima e horizontalmente vinculada à concepção de dignidade da pessoa humana, sendo que abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, considera-se que as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais. Além disso, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-Constitucional*, p. 198 e 199.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 345 e 346.

⁶² “Na nova concepção de direitos fundamentais, diretamente vinculantes, a Administração deve pautar suas atividades no sentido de não só não violar tais direitos, como também de implementá-los praticamente, mediante a adoção de políticas públicas que permitam o efetivo gozo de tais direitos fundamentais por parte dos cidadãos.” FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 45.

⁶³ SAULE JR., Nelson Saule. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*, p. 179 a 184.

econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos.⁶⁴

A Constituição Federal Brasileira, por seu turno, no art. 6º, previu como sendo direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Cumpre destacar que a consagração do direito à moradia dentre esse rol de direitos sociais somente foi expressamente efetivada no ano de 2000 por meio da Emenda Constitucional nº 26, embora indiretamente a moradia já viesse sendo tutelada nas previsões constitucionais de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF) e direito do trabalhador a um salário mínimo que atenda as suas necessidades vitais básicas, dentre as quais se destaca a moradia (art. 7º, IV, CF).⁶⁵

José Afonso da Silva, considerando os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, os define como sendo

“prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”⁶⁶

Nesse sentido, os direitos sociais são uma das dimensões dos direitos fundamentais do homem, constituindo imposição obrigatória para o Estado que visa garantir a qualidade de vida aos seus cidadãos, especialmente àqueles que se encontram em condições vulneráveis. E sendo direitos fundamentais, reafirma-se que os direitos sociais também são dotados de imperatividade, auto-aplicabilidade e inviolabilidade.

Interessante é também destacar o trabalho de Ingo Wolfgang Sarlet, no qual ele reafirma a importância dos direitos sociais na Constituição, considerando-os elementos essenciais, a identidade da constituição, representando autênticos

⁶⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 471,472, 476 e 481.

⁶⁵ Ricardo Lira já fizera tal afirmação. Cf. LIRA, Ricardo Pereira. *Direito à moradia, cidadania e o Estatuto da Cidade*. In RTDC, Vol. 12, Outubro/ Dezembro 2002, pp. 259 a 291.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 284.

limites materiais implícitos à reforma constitucional e constituindo-se em cláusulas pétreas.⁶⁷

A materialização do direito à moradia é, portanto, condição básica e núcleo essencial da defesa da dignidade da pessoa humana, uma vez que garantir a moradia significa possibilitar o seu exercício num local adequado, com acesso a serviços básicos de fornecimento de água tratada, luz, captação de esgoto, transporte, pavimentação de ruas, escola, creche, centro de saúde e áreas de lazer.

Segundo o entendimento de Edésio Fernandes, “elemento essencial ao direito à vida é o direito de todos de morarem em algum lugar adequado, em condições dignas e com qualidade de vida – o que é um dos temas centrais do direito urbanístico.”⁶⁸

Como direito metaindividual, o direito à moradia pode ser contemplado tanto na categoria dos direitos difusos quanto dos direitos coletivos⁶⁹, dependendo da possibilidade de determinar-se o número de pessoas atingidas.

Quando se trata da previsão constitucional de garantia do direito à moradia, podemos classificá-lo como direito difuso, uma vez que o bem jurídico – moradia – é indivisível e os titulares deste direito não são passíveis de determinação, individualização, pois a tutela do direito à moradia abrange todos aqueles que vivem sob a égide da Constituição Federal.⁷⁰

Trata-se, por outro lado, de um direito coletivo quando se refere a um caso específico de violação do direito à moradia de um determinado grupo de pessoas,

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Os Direitos Fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”*. In Cadernos de Direito. Piracicaba: 2003.

⁶⁸ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 317. Destaque-se, também, o entendimento do Prof. Miguel Baldez: “Negar o direito de morar como um direito do homem e da mulher significaria negar o direito fundamental à própria vida”. BALDEZ, Miguel. *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p 87.

⁶⁹ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III definiu o que são os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente. Segundo a definição legal são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 743.

ligados por uma relação jurídica base, sendo determináveis, portanto, os titulares do direito, como é o caso, por exemplo, de uma associação de moradores.

O direito à moradia tem, portanto, um sentido amplo, pois está intimamente ligado à garantia da manutenção da vida humana com dignidade, englobando o direito individual, o direito das famílias, o direito à intimidade da vida privada e familiar, o direito aos equipamentos sociais adequados, e à saúde. Requer, também, uma política urbana global, que abranja a gestão do território e do ambiente.

2.4

O Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado

A preocupação do homem com o meio ambiente é antiga. Entretanto, as nossas Constituições que antecederam a de 1988 não destinavam nenhum capítulo para o tratamento da matéria.

Ocorre que, hoje, uma das maiores preocupações da população, de qualquer cidadão comum, diz respeito a qualidade da água que bebem, do ar que respiram e dos alimentos que ingerem, além das preocupações que já tinham com as ameaças à sua liberdade. Isso porque, a segurança ambiental, uma vez prejudicada, também pode afetar a própria vida humana.

Espera-se, portanto, que o Estado, através de uma Constituição, assegure aos cidadãos a tutela dos direitos que necessitam ver salvaguardados.

Somente na década de 70, contudo, foi que os sistemas constitucionais começaram, efetivamente, a reconhecer o ambiente como valor merecedor da tutela maior. E, ressalte-se, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apenas surgiu porque houve uma preocupação com a dignidade humana, caracterizando uma fórmula estritamente antropocêntrica que, somente mais tarde, foi gradativamente tomando uma concepção biocêntrica e se afastando dos interesses unicamente ligados ao homem, passando a adquirir caráter autônomo e dedicado ao meio ambiente como um todo, do qual o homem é parte.

Porém, essa dicotomia gerada pelas concepções antropocêntrica e biocêntrica, apenas tem contribuído para acirrar disputas entre ambientalistas e outros setores da sociedade civil, dificultando o processo de composição de

conflitos, uma vez que não compreende o meio ambiente como uno, abarcando no seu conceito o meio ambiente natural, construído e cultural, bem como passa a adotar visão que segrega o homem do meio ambiente, tornando-os elementos incompatíveis.

Ocorre que, na verdade, homem e meio ambiente não precisam estar nessa relação de disputa por direitos, uma vez que necessitam de tratamento harmônico para garantir a manutenção da vida como um todo. É aí que se adota, nessa dissertação, uma visão de meio ambiente que compreende, harmônica e simultaneamente, a tutela da vida humana e de todas as outras formas de vida, bem como dos locais em que elas se manifestam, habitam e exercem suas atividades diárias. Trata-se de um posicionamento socioambiental.

Nesse sentido a proteção da vida representa também a tutela das cidades, que compreendem, ao mesmo tempo, meio ambiente natural, construído e cultural, sendo o local adequado para a tutela do meio ambiente como um todo e da realização do direito à cidade, direito humano, fundamental e metaindividual sob a égide do qual não se admitem conflitos.

Na perspectiva da tutela constitucional do meio ambiente⁷¹, levou algum tempo até que as Constituições dessem o devido tratamento à matéria.

As constituições modernas, orientadas pelo princípio da livre iniciativa, garantem o direito de propriedade privada. Porém, o exagero cometido nesse modelo de domínio foi uma das causas da crise ambiental do Século XX, pois permitiu a exploração predatória e não-sustentável dos recursos naturais, pregando a idéia de que ao proprietário tudo era permitido, até mesmo de destruir aquilo que era seu, respeitando apenas os interesses de seus vizinhos.

Procurando corrigir tal lacuna deixada pelo constituinte em relação à preservação ambiental, a princípio, passou-se a inserir nos textos constitucionais o instituto da função social da propriedade, restringindo a liberdade dos proprietários mediante a intervenção estatal na regulação do trabalho, das relações contratuais e do mercado em geral. O meio ambiente estava, primeiramente, incluído entre um dos objetivos do Estado Social.

⁷¹ Meio ambiente aqui compreendido, conforme já exposto, como o meio ambiente uno que inclui o meio ambiente natural, construído e cultural.

Entretanto, por não ser explícito o texto constitucional a respeito do meio ambiente, era necessária uma interpretação extensiva e profunda da expressão “função social da propriedade” para que se pudesse chegar até o fator ecológico.

Ocorre que, no Brasil, o trabalho de interpretação de uma norma leva tempo, justamente o que não é admissível no Direito Ambiental diante do caráter, muitas vezes, catastrófico ou irreversível de grande parte dos atentados à natureza, que rapidamente evoluem. Cumpre ressaltar, nesse sentido, que a discussão acerca do conceito de função social da propriedade perdura até os dias atuais, pois podemos encontrar os mais diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do assunto.

Essa é, portanto, a razão pela qual as Constituições mais recentes resolveram incorporar expressamente ao seu texto a proteção ao meio ambiente.

Durante um primeiro período, países como Grécia (1978), Portugal (1976) e Espanha (1978), que se libertaram de regimes ditatoriais e deliberaram acerca de suas novas constituições, é que trataram da questão ambiental em sede constitucional. Posteriormente, num período marcado pela influência da Declaração de Estocolmo de 1972, outros países passaram a incluir a matéria dentre os capítulos constitucionais, sendo um deles, o Brasil. Mas apenas após a Eco-92 é que outras constituições foram promulgadas e incorporaram, expressamente, o conceito de desenvolvimento sustentável, mais a frente analisado, passando a, como as citadas acima, tratar do meio ambiente como valor fundamental e não mais como um assunto periférico.

Atualmente, a previsão constitucional de proteção ao meio ambiente num capítulo especial representa, portanto, grande marco. A esse respeito preleciona Edis Milaré:

“marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão “meio ambiente”, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos”.⁷²

Tal preocupação se deve, principalmente, à tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos e coletivos, e, em relação ao meio

⁷² MILARÉ, Edis. *Legislação Ambiental do Brasil*. p. 3.

ambiente, especialmente nos termos da Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, em que se consagrou o direito fundamental do homem de desfrutar condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade que lhe proporcione uma vida digna.⁷³

Tratando-se, portanto, de um interesse difuso a ser tutelado administrativa, legislativa e judicialmente, a Constituição Federal de 1988, além de dar-lhe proteção, também previu instrumentos que poderiam ser utilizados para que tal finalidade fosse alcançada.

É que a característica especial deste tipo de direito, chamado difuso, é justamente o fato de afetar a todos, indiscriminadamente, mas não ser possível alguém corrigir a lesão a um interesse que pertence a uma coletividade, sendo que o ingresso com ação individual traria poucos benefícios ao seu autor e permaneceriam carentes as demais pessoas afetadas.

Assim, para suprir a falta de um instrumento apto e eficaz a fazer valer, efetivamente, a tutela do meio ambiente, a própria Constituição previu diversas regras a fim de possibilitar a sua ampla proteção. São elas: as regras de garantia, que permitem que qualquer cidadão seja considerado parte legítima a propositura de ação popular visando anulação de ato lesivo ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII, da CF); regras de competência, que distribuem entre os entes da federação as responsabilidades de proteção ao meio ambiente em suas mais diversas formas (arts. 23 e 24, da CF), bem como atribui ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF); as regras gerais de proteção ao meio ambiente, as quais se encontram em inúmeros dispositivos constitucionais (arts. 170, VI; 173, par. 5º; 174, par. 3º; 186, II; 200, VIII, 216, V; 231, par. 1º, todos da CF); e, por fim, as regras específicas encontradas no capítulo constitucional especialmente dedicado ao meio ambiente.

Assim, o direito ao meio ambiente integra um dos capítulos constitucionais, parte do título que trata da ordem social. Trata-se de um dos mais importantes e avançados capítulos da Constituição Federal de 1988.

⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 679.

A configuração teórica do Direito Ambiental deve começar e terminar pelo texto da Constituição, daí sua relevância, não sendo cabível considerar desnecessária a busca de explicação teórica para compreender tal campo do direito, uma vez que se trata de matéria de alta complexidade, cuja simplificação no seu estudo pode dificultar seu entendimento e sua aplicação.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o artigo 225 da Constituição,

“estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações”.⁷⁴

Nossa Constituição ultrapassou, portanto, muitas outras na proteção do meio ambiente. Tomou-se consciência de que a qualidade do meio ambiente tornou-se um bem, um patrimônio, sendo imperativas sua preservação, recuperação e revitalização pelo Poder Público a fim de assegurar a saúde, o bem-estar do homem e seu desenvolvimento. Nas palavras de José Afonso da Silva, a proteção do meio ambiente visa, em verdade, “assegurar o direito fundamental à vida”⁷⁵, que deve, portanto, orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.

Essa nova postura firmada pelos constituintes confirmou a importância de se avaliar a exploração econômica dos recursos naturais em contrabalanço com aspectos que envolvem a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas, os efeitos a longo prazo da exploração e os benefícios do uso limitado e do não-uso da natureza.

Assim, as normas constitucionais, compreendendo que o valor do direito à vida prepondera sobre os demais, e considerando a tutela ambiental como parte da proteção deste direito maior, tiveram de assumir que o que se protege, através dela, é um valor maior: a qualidade da vida humana.

⁷⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. p. 29.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 818.

Para que possamos entender o conteúdo do dispositivo constitucional que nos assegura o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é essencial a apreensão do que seria, efetivamente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vladimir Passos de Freitas define a expressão da seguinte forma:

“meio ambiente, na visão moderna, vem sendo entendido não apenas como a natureza, mas também como as modificações que o homem nela vem introduzindo. Assim, é possível classificar o meio ambiente em natural, que compreende a água, a flora, o ar, a fauna, e cultural, que abrange as obras de arte, imóveis históricos, museus, belas paisagens, enfim tudo o que possa contribuir para o bem-estar e a felicidade do ser humano”.⁷⁶

Nesse sentido, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é constituído pela interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que se destinam a criar melhores condições para o desenvolvimento da vida em todas as suas formas, especialmente assegurando a qualidade de vida humana. Assim, as classificações que os doutrinadores costumam atribuir ao meio ambiente possuem apenas caráter didático, uma vez que o meio ambiente concebido no ordenamento jurídico brasileiro é uno.⁷⁷

E como direito fundamental para a garantia da qualidade de vida humana, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da ordem dos direitos sociais e por isso tem eficácia imediata.

No Brasil, são inúmeras as leis que tutelam o meio ambiente⁷⁸. Nelas encontramos definições como a de área de preservação permanente, unidades de conservação e suas espécies, entre outras.

⁷⁶ FREITAS, Vladimir Passos de (organizador). *Direito Ambiental em Evolução*. N° 02, p. 36.

⁷⁷ Acompanhando tal posicionamento encontra-se Sílvia Capelli, pois considera que “o conceito de meio ambiente é único, já que a Constituição Federal não difere o meio ambiente natural, urbano, do trabalho, cultural, etc., ainda que a legislação infraconstitucional valore diferentemente os tipos de meio ambiente, o que se dá por motivos meramente didáticos”. CAPELLI, Sílvia. *Sustentabilidade Urbano-Ambiental*, in Palestra no 8º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 05 de junho de 2003.

⁷⁸ Dentre as leis federais que tutelam o meio ambiente, destacam-se, principalmente, entre outras: Lei 4771/65, que instituiu o Código Florestal, a Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei 8974/95, que estabelece normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, a Lei 9433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos; a Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; a Lei 9795/99, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental; a Lei 9985/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação; Lei 11.132/2005, que acrescenta artigo à [Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000](#), que regulamenta o [art.](#)

Porém, a intenção dessa dissertação não é privilegiar apenas um tipo de meio ambiente natural protegido. Independentemente da classificação ou denominação que receba determinada área ambiental, a leitura que se fará dela em relação ao direito à moradia e ao direito à cidade será a mesma. Isto é, com base nos princípios de interpretação da norma que serão abordados no próximo capítulo e no método do diálogo das fontes, pretende-se demonstrar que, sob a ótica do direito à cidade, não persistirão “conflitos” entre o meio ambiente e a moradia.

2.5

Política Urbana e o Estatuto da Cidade: o direito à cidade

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, autodenominada Estatuto da Cidade, foi promulgada com o fim de regulamentar os artigos 182 e 183, da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a dedicar um capítulo especial à política urbana, tratando a propriedade imóvel urbana como um direito fundamental submetido aos interesses sociais.

O preceito contido no artigo 182, da Constituição Federal abriu campo para que o Estado assumisse a função de ditar diretrizes para o desenvolvimento urbano e convencionou ser da competência do Município legislar sobre a política urbana.

Trata-se de uma competência legislativa especial atribuída aos municípios, que devem assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Nesse sentido, a finalidade precípua dos artigos 182 e 183, da Constituição Federal, é de natureza social, especialmente ligada à promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.⁷⁹

O texto constitucional demonstra, ainda, a preocupação com a integração municipal e com o tratamento da política urbana, sendo que do artigo 182 é ainda possível depreender, através da leitura de seus parágrafos, que para assegurar as

[225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal](#) e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

⁷⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*, p. 22.

metas a que o *caput* comprometeu-se a atingir, deverá o Município que contar com mais de vinte mil habitantes elaborar o seu Plano Diretor, que vem a ser o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que a função social da cidade somente será alcançada quando as exigências contidas no seu plano diretor forem cumpridas, motivo pelo qual ele deve ser elaborado em atenção ao objetivo traçado no preceito constitucional.

Apesar de ser obrigatório apenas para as cidades que contarem com mais de vinte mil habitantes, nada impede que municípios menores elaborem os seus planos diretores, tendo em vista a operacionalidade de tal instrumento, que dá espaço ao poder público para dispor acerca do lazer, da cultura, do esporte, do meio ambiente, da habitação, entre outros elementos.

E não se deve olvidar que o plano diretor está sujeito à aprovação do Poder Legislativo Municipal, assegurado o princípio da legalidade.

A competência para editar a lei que definirá as diretrizes gerais a cuja obediência está sujeita a política de desenvolvimento urbano é da União, o que se afirma com fundamento no artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal, que dispõe ser deste ente federativo a competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. O Estado poderia também legislar sobre normas gerais, desde que suplementarmente (artigo 24, parágrafo 2º; artigo 25, parágrafo 3º, ambos da Constituição Federal). Ao Município caberia desenvolver diretamente as diretrizes fixadas pela União, devendo editar uma lei de implementação.

O artigo 183, da Constituição, por sua vez, instituiu o usucapião pró-moradia, beneficiando aqueles que possuem como sua “área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. E, em observância ao princípio da igualdade, o parágrafo primeiro do artigo prescreveu que o título de domínio ou de concessão de uso será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Contudo, para que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal realizassem plenamente a sua finalidade, era preciso haver uma norma regulamentadora que possibilitasse a completa aplicação ao caso concreto das medidas e sanções que o texto constitucional trouxera.

Ademais, o próprio artigo 182, da Constituição Federal estabelecia que os Municípios, ao elaborarem seus Planos Diretores, deveriam fazê-lo observando as regras gerais fixadas em lei, cabendo, portanto, aos Poderes Executivo e Legislativo Federais elaborarem tal norma. Assim, a legislação municipal estava sujeita a uma prévia legislação federal.

O Projeto de regulamentação dos dispositivos constitucionais ora analisados, foi apresentado em 1989 e, após onze anos tramitando no Congresso Nacional foi definitivamente aprovado por unanimidade no Senado Federal e tornou-se o chamado Estatuto da Cidade.

E levando-se em conta que o nosso país passou por uma urbanização no último século, a importância desta lei inicia-se no fato de que nas cidades vivem 86,5% (oitenta e seis e meio por cento) dos brasileiros, de acordo com o último censo do IBGE.⁸⁰ Além disso, o Estatuto possibilitou, ao trazer a responsabilidade pela ordenação da política urbana aos Municípios, uma maior aproximação, atuação e participação do povo no cotidiano de sua cidade, asseverando o caráter democrático da lei, gerando reflexos diretos sobre o direito de propriedade. Assim, o Estatuto da Cidade entra, nesse contexto, com um cunho eminentemente social, pois visa o melhor aproveitamento da propriedade urbana.

Com ele, a Constituição legou papel fundamental ao Município, tendo em vista que é no seu território que problemas de ordem urbanística despontam e devem ser resolvidos.

A garantia do direito às cidades sustentáveis, razão da política urbana, reafirma que a cidadania é princípio constitucional fundamental do mais elevado valor, sendo que o Poder Público deve empenhar-se na sua realização.

E é o direito às cidades sustentáveis, criado pelo Estatuto, que embasa todos os dispositivos da lei, apresentando quais as diretrizes da política urbana, os limites da normação geral da União e os instrumentos colocados à disposição da Administração Pública Municipal para a efetivação do direito às cidades sustentáveis.

O Estatuto traz, também, a regulamentação dos instrumentos jurídico-urbanísticos disponíveis no ordenamento, a fim de poder finalmente ser

⁸⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. p. 4.

aplicados, bem como trata do plano diretor, que é essencial para a realização da função social da propriedade urbana.

Com a exigência desse planejamento inaugurou-se uma nova concepção em termos de gestão da coisa pública.

Além disso, a gestão democrática da cidade, prevista no Estatuto da Cidade, possibilita a efetiva participação da população na política urbana de sua cidade, demonstrando a harmonização da norma com o pensamento contemporâneo, reconhecido internacionalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II).⁸¹

E, visando garantir que a lei efetivamente funcionasse, o legislador fixou prazos para sua implementação, esclareceu a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao Estatuto, bem como criou figuras de responsabilização dos atos dos Prefeitos Municipais e do Governador do Distrito Federal.

Assim, o Estatuto passou a constituir-se num avançado diploma legal que quer romper com o descaso do Poder Público para com o povo na condução da política urbana. Ele é, nas palavras de Ricardo Pereira Lira, “um dos pilares fundamentais do Direito Urbanístico”.⁸²

E Sílvio de Salvo Venosa, ao definir os propósitos do que, verdadeiramente, tornou-se um “Estatuto do Cidadão”, dispôs: “Toda fundamentação dessa lei da cidade tem em mira colocar o cidadão em um local urbano e meio ambiente eficientes onde possa realizar seus desígnios com sua família, no que se denomina desenvolvimento sustentável”⁸³.

Tais posicionamentos permitem que se conclua acerca da condição de equidade possibilitada pelo Estatuto, uma vez que congrega diversos direitos e interesses num só diploma legal destinado a um mesmo fim: proporcionar o direito à cidade.

⁸¹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. p. 26.

⁸² LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. p. 156.

Edésio Fernandes afirma que o Estatuto da Cidade, bem como a Constituição Federal, propõem uma mudança de olhar, de paradigma, passando do individual para o social.⁸⁴

E isso se torna claro na redação do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 10.257/01, que afirma ser o Estatuto um diploma composto de normas de ordem pública, cogentes e de interesse social que atuam para o bem-estar coletivo.

Tal disposição tem como paradigma a Constituição Federal, que buscou conciliar os interesses individuais e coletivos dando cunho social a normas geralmente vistas como protetoras de direitos individuais.

Dessa forma, vê-se que o Estatuto da Cidade realmente objetiva a consecução da função social da cidade, e o faz expressamente dispondo que as normas públicas e sociais que o compõem regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Para Celso Antonio 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 (CF, art. 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 art. 6º. (...) a função social da cidade é cumprida quando proporciona a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, em consonância com o que o artigo 225 preceitua”.⁸⁵

Assim, tendo-se em conta que a Constituição determinou como princípio a função social da propriedade urbana, e que ela será atendida sempre que cumpridas as exigências do plano diretor, que é uma lei que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, devendo estar em concordância com as diretrizes gerais estabelecidas pela União, o artigo 1º do Estatuto já desdobra o que vem a ser o bem-estar dos habitantes da cidade.⁸⁶

⁸⁴ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 323.

⁸⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. p. 197 e 198.

⁸⁶ Segundo Nelson Saule Jr.: “O Estatuto da Cidade contribui para que haja uma compreensão adequada do princípio da função social da propriedade, de modo a concretizar uma vinculação do

E esse bem-estar também pode ser compreendido como resultado da harmonização da moradia urbana com o equilíbrio ambiental.

Betânia Alfonsin, constatando as diversas formas de irregularidades presentes nos espaços urbanos, conclui que

“(...) Uma das mais nefastas conseqüências desse processo de produção irregular das cidades é a degradação ambiental dos cenários urbanos. A falta de acesso regular a um espaço de radicação nas cidades leva a população carente a buscar alternativas junto ao mercado imobiliário ilegal, que atua quase sempre em áreas ambientalmente vulneráveis (justamente aquelas áreas “excluídas”, por suas características e gravames legais, do mercado imobiliário regular) loteando áreas de preservação ambiental como encostas e topos de morro, matas nativas e margens de mananciais e cursos d’água”.⁸⁷

Ocorre que, até o momento, a compreensão que se tem da situação exposta por Betânia Alfonsin é a de que meio ambiente e moradia são direitos inconciliáveis no espaço das cidades. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade passa a ser um instrumento que viabiliza a apreensão da questão de uma forma mais equilibrada, pois agrega num só diploma legal a possibilidade de inúmeros direitos serem satisfeitos.

E embora o Estatuto da Cidade ainda não tenha sido totalmente implementado, ele possui um valor simbólico e um poder de aprendizagem muito fortes, tendo um novo perfil marcante, que mantém dentro dele um direito que permite que se decida com justiça. Mesmo sem a aplicação de todos os institutos previstos na Lei 10.257/01, ela continua exercendo um poder sobre os sujeitos passivos da norma que veicula, revelando-se uma verdadeira “lei pedagógica”.⁸⁸

Confirmando essa característica do Estatuto da Cidade, que indica melhores maneiras de se proceder, torna-se relevante destacar o seu artigo 2º, que dispõe

exercício do direito de propriedade urbana com o direito à moradia, ao tratar do Plano Diretor, que é o instrumento básico da política urbana nos Municípios”. In SAULE JR., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*, p. 215.

⁸⁷ ALFONSIN, Betânia. *O Estatuto da Cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas*. p. 3.

⁸⁸ CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, p. 152 a 166. Chapitre V - “En sociologie comme en philosophie du droit, il est devenu assez habituel d’attribuer à la loi des qualités pédagogiques. Les auteurs parlent volontiers d’une fonction pédagogique, éducative du droit. (...)L’étymologie inciterait à définir l’effect pédagogique par l’anfance du sujet passif (pas toujours si passif que ça, du reste). (...) On aura observé dès notre titre que seule la loi était visée par nous, la loi dans un sens peut-être sociologique plus que dogmatique, loi écrite ou même non écrite, mais non pas lê droit tout entier, qui eût englobé avec la loi les decisions de justice. (...)”.

sobre as diretrizes necessárias para que a Política Urbana realize a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Dentre as diretrizes, destacam-se:

“I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (...) VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e do território sob sua área de influência; (...) XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; (...) XIV – regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; (...)”.

As diretrizes podem ser consideradas normas gerais nacionais, vinculando todos os entes federativos, em especial, os Municípios. Elas podem ser concebidas como indicações, orientações para a realização de um plano ou atividade.

Assim, assumindo a função de princípio norteador, as diretrizes determinam o alcance e o conteúdo da norma na produção de sentido realizada pelo intérprete.⁸⁹

Segundo Odete Medauar, quando presentes na legislação, as diretrizes significam “preceitos indicadores, preceitos que fixam esquemas gerais, linhas básicas, balizas em determinadas matérias; preceitos norteadores da efetivação de uma política”.⁹⁰

⁸⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005. “(...) É muito importante que as diretrizes do Estatuto da Cidade se tornem realidade, não só em termos de qualidade de vida para as classes abastadas, mas em termos de atendimento efetivo do direito de moradia digna e saudável para todos, como expressão mínima de cidadania, o que aliás decorre dos princípios republicanos fundamentais, consagrando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor.”

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. *A força vinculante das diretrizes da política urbana*. In FINK, Daniel Roberto (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*, p. 17.

Isso significa que as diretrizes, embora concebidas como orientações, possuem uma força que lhes garante obrigatoriedade e impositividade, já que, necessariamente, é preciso levá-las em conta antes de tomar decisões pertinentes ao tema a que se referem.

As diretrizes do Estatuto da Cidade podem ser consideradas verdadeiras “normas narrativas” no sentido expresso por Erick Jayme⁹¹, pois iluminam o processo de interpretação, indicam outros textos para aplicar. Podem, nesse sentido, serem consideradas, ainda, modelos de regras que guiam a elaboração de planos diretores, por exemplo. Há, inclusive, na esteira desse posicionamento, a abertura para uma comparação, ainda que de forma simplificada, das diretrizes do Estatuto com as diretivas européias, pois seriam regras que apenas narram uma finalidade a ser perseguida pelas demais normas do ordenamento.

Importante atentar para o fato de que “ao assentar suas diretrizes gerais, o Estatuto expressa a convicção de que, nas cidades, o equilíbrio é possível – e, por isso, necessário”.⁹² Daí concluir-se que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente poderão ser equitativamente considerados quando se avalia a questão do conflito sob a perspectiva das disposições da Lei 10.257/2001.

Reconhecida a importância da cidade como cenário para a realização dos direitos do homem é que se passou a conceber uma nova espécie de direito social, mais abrangente e de caráter difuso, capaz de agregar em seu conteúdo a mais variada gama de direitos: o direito à cidade.

Conforme acentua Rosângela Lunardelli Cavallazzi,

“o direito à cidade, expressão do direito à dignidade humana, constitui o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos incluindo o direito

⁹¹ JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*, p. 33 a 37. “(...) Normas narrativas neste sentido são normas que trazem valores (*Wertträgernormen*), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklung des Rechts*) com orientações e ajudas. (...) normas que não obrigam, apenas “iluminam”. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são descritos e narrados. (...)”.

⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 54. Acrescenta, o autor: “Deve-se buscar o equilíbrio das várias funções entre si (moradia, trabalho, lazer, circulação etc.), bem como entre a realização do presente e a preservação do futuro (art. 2º, I); entre o estatal e o não-estatal (incisos III e XVI); entre o rural e o urbano (inciso VII); entre a oferta de bens urbanos e a necessidade dos habitantes (inciso V); entre o emprego do solo e a infra-estrutura existente (inciso VI); entre os interesses do Município e os dos territórios sob sua influência (incisos IV e VIII)”.

à moradia - implícita a regularização fundiária -, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos - implícito o saneamento -, ao lazer, à segurança, ao transporte público, a preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado - implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis, como direito humano na categoria dos interesses difusos”.⁹³

O direito à cidade foi uma conquista do cidadão, fruto do movimento da reforma urbana que há muito tempo vinha reivindicando a sua concretização. No plano nacional, podemos dizer que o direito à cidade se materializou através da Constituição Federal, nos seus artigos 182 e 183 que tratam da Política Urbana, e da legislação infraconstitucional com a Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade. Já no plano internacional, após muitos anos de espera, finalmente no V Fórum Social Mundial, realizado em janeiro de 2005 na cidade de Porto Alegre, foi assinada a Carta Mundial do Direito à Cidade pelos movimentos sociais e organizações participantes.

Mas antes mesmo de encontrar sua definição exata no Estatuto da Cidade, o direito à cidade já se encontrava previsto na Constituição Federal de 1988 quando, em seu art. 182, ela previa como um dos objetivos da política urbana o “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”.

A Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, veio, então, esclarecer qual o conteúdo desse direito social à cidade, fazendo-o no inciso I, do art. 2º.⁹⁴ E o próprio legislador, ao definir o que seria o direito às cidades sustentáveis, atribuiu-lhe o cunho de um direito social que vem a exigir da Administração Pública atos no sentido de se obter uma política urbana que privilegie a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o direito à cidade compreende a garantia e a realização de uma série de outros direitos sociais, alcançando a qualidade de direito difuso e humano.⁹⁵

⁹³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. Trabalho apresentado no 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. São Paulo, 03 de junho de 2005.

⁹⁴ Art. 2º, I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

⁹⁵ “A natureza do feixe de direitos que estrutura o direito à cidade, a exemplo dos direitos do consumidor e do meio ambiente, é a sua titularidade indefinida, vez que se desloca da clássica prerrogativa da titularidade individual, de matriz liberal, para alcançar o conjunto da sociedade segundo a perspectiva solidária da justiça distributiva. A tendência crescente no sentido de proteger os interesses difusos torna-se um desafio próprio da sociedade contemporânea. Em sua dimensão simbólica, o direito à cidade configura-se como referência cultural fundamental,

O direito à cidade deve ser entendido, portanto, como um direito de massa, sendo que o feixe de direitos que o compõem deve ser representado por linhas que convergem a um objeto comum e indivisível.⁹⁶

Segundo Carlos Ari Sundfeld, a população “tem o direito coletivo a uma cidade sustentável”.⁹⁷

E seguindo esse entendimento, é preciso admitir que o direito à cidade configura-se como um direito público subjetivo amplo e complexo.

No entanto, uma cidade marcada pela desigualdade social e pela exclusão territorial não é capaz de produzir um desenvolvimento sustentável. Assim, é preciso aproveitar a oportunidade criada pelo Estatuto e pela concepção de direito à cidade para colocar os direitos humanos no centro das preocupações da sociedade e do Estado.

O direito à cidade deve, portanto, ser compreendido como norma e como princípio de interpretação a fim de que seja aplicado na solução de conflitos que se estabeleçam no contexto das cidades.⁹⁸

Além disso, não se pode esquecer, em momento algum, que ao falar em direito à cidade se está falando de um direito humano, metaindividual (difuso ou coletivo), que compreende uma infinidade de indivíduos e grupos, bem como inúmeras demandas sociais, as quais devem estar em harmonia quando colocadas perante a concepção de direito à cidade anteriormente transcrita.

Sob a égide do direito à cidade não se admite mais a existência de inúmeros conflitos, uma vez que a garantia de harmonia e equidade proporcionada pelo conceito deste direito insurgente possibilita a plena coexistência de direitos.

adquirindo sua dimensão mais ampla como bem social de todos.” CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

“O desenvolvimento das funções sociais da cidade, por ser interesse de todos os habitantes da cidade, se enquadra na categoria dos interesses difusos, pois todos os habitantes são afetados pelas atividades e funções desempenhadas nas cidades: proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes e migrantes têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial. Logo, a relação que se estabelece entre os sujeitos é com a cidade, que é um bem de vida difuso”. In SAULE JR., Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 221 e ss.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 725.

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 55.

⁹⁸ Nesse sentido já se manifestou Edésio Fernandes in FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 303.

E é esse entendimento que balizará a discussão acerca da tutela do direito à moradia e do direito ao meio ambiente nas cidades. Assumindo o conceito de direito à cidade como pleno, não serão admitidas contradições dentro de sua própria definição, pois ela compreende, simultaneamente, a realização do direito à moradia e do direito ao meio ambiente num mesmo espaço-tempo.

3

Dos Princípios na Tutela Jurídico-Urbanística

3.1

A Institucionalização do Direito Urbanístico

No plano nacional, o debate da Reforma Urbana, iniciado em 1989, foi o que, principalmente, possibilitou a institucionalização do direito urbanístico.

Entretanto, antes disso, a partir dos anos 30, a legislação urbanística começa a ser aprovada no Brasil, e o paradigma para sua aprovação fora, desde então, o princípio da função social da propriedade, estabelecido pela Constituição Federal de 1934, o qual, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 nunca foi hegemônico em face dos preceitos do Código Civil, não tendo tido, até então, sua noção adequadamente definida.¹⁻²

¹ Os textos das Constituições da República que antecederam a de 1988 e que mencionaram a função social da propriedade encontram-se assim redigidos: **1934, art. 113, n. 17**: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”; **1937, art. 122, n. 14**: é assegurado “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”; **1946, art. 141, §16**: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”, e **art. 147**: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”; **1967, art. 150, § 22**: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, parágrafo 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”, e **art. 157, III**: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) função social da propriedade; (...)”.

Isso quer dizer que, o conjunto de leis urbanísticas promulgado privilegiava a noção ilimitada da propriedade privada, o que ainda é bastante presente e difundido em nossa sociedade, tendo em vista que a maioria das decisões judiciais ainda cultivam a ideologia presente no Código Civil de 1916 acerca dos direitos de propriedade.

A falta de um tratamento constitucional adequado acerca do Direito Urbanístico antes da Constituição Federal de 1988 chegou a criar, até mesmo, problemas quanto à competência legislativa sobre o desenvolvimento urbano, assim como interpretações judiciais conflitantes.³

A legislação dos anos 30 demonstra que, na época, a principal preocupação do governo federal era garantir a modernização do aparato jurídico-institucional vigente, com o objetivo de preparar as cidades para receber o fluxo de imigrantes necessários para a consolidação do novo modelo econômico.

Assim, até 1963, conforme afirma Edésio Fernandes, as várias leis e decisões judiciais relacionadas com o desenvolvimento urbano procuram construir gradualmente uma ordem jurídica sistemática e promover um avanço no campo do controle público do solo urbano, assim como para definir uma nova concepção do direito de propriedade privada.⁴

Merecem destaque nesse período, as seguintes leis: Decreto-lei nº. 25/1937, que rege a proteção jurídica do patrimônio histórico-cultural; o Decreto-lei nº. 58/1937, que estabeleceu regras para o loteamento da terra urbana; o Decreto-lei nº. 3.665/1941, que permitiu a desapropriação de terrenos por razões de “utilidade pública”; e a Lei Federal nº. 4.132/1962, que permitiu a desapropriação de terrenos por razões de interesse social.

Porém, não se deve esquecer que todas as espécies normativas promulgadas estavam convivendo com a vigência do Código Civil de 1916, cuja noção de propriedade privada era essencialmente liberal e determinava a organização político-social do país.

² “O direito urbanístico é o reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das idéias da ciência do urbanismo (como a de plano urbanístico, consagrada a partir da década de 30)”. In SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 48.

³ FERNANDES, Edésio. *Direito e Urbanização no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*, 1998.

⁴ FERNANDES, Edésio. *Direito e Urbanização no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*, 1998.

É o que se pode depreender do artigo 524, do Código Civil de 1916, que previa: “A lei garante ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e recuperá-los do poder de quem quer que os possua injustamente”. As únicas limitações que podiam ser alegadas se referiam ao direito de vizinhança e, também, limitações do direito administrativo.

Assim, mesmo todas as Constituições Federais que seguiram a de 1934 trazendo o princípio da função social da propriedade, ainda prevalecia o entendimento individualista proveniente do Código Civil, tendo em vista que o princípio constitucional carecia de conteúdo consistente e a formação conservadora e positivista dos juristas da época os impedia de interpretar a norma constitucional de maneira ampla, atendendo aos interesses sociais emergentes.

Além disso, a legislação que adveio após o Golpe Militar de 1964 era demasiadamente conservadora e impedia ainda mais qualquer movimento reformista sobre o direito de propriedade.

Somente em 1979, com a promulgação da Lei Federal nº. 6.766, que versa sobre o parcelamento do solo urbano, aumentaram as tentativas de modificar a concepção tradicional até então difundida.

A partir daí, os diplomas legais que surgiram tentavam reforçar o conceito de função social da propriedade. Não é, portanto, coincidência o fato de ter sido a década de 80 o momento que deflagrou a luta pela reforma urbana.

Esse processo de mudança culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, definitivamente, enfrentou o problema da ausência de conteúdo do princípio da função social da propriedade. Além disso, a nova Constituição trouxe um capítulo todo dedicado à Política Urbana; facilitou o tratamento da questão urbana ao permitir que os poderes públicos locais promulgassem leis sobre o uso e desenvolvimento do solo urbano; trouxe a “função social da cidade” como princípio a fim de garantir o bem-estar dos seus habitantes; criou o direito de usucapião nas áreas urbanas de até 250m² depois de 5 anos de posse ininterrupta; e previu a obrigatoriedade da promulgação do Plano Diretor nas cidades com mais de 20.000 habitantes a fim de promover o desenvolvimento urbano. E foi aí que deu conteúdo à função social da

propriedade ao prever que ela somente ocorrerá se obedecer as normas de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor.⁵

Assim, quanto melhor for o Plano Diretor, melhor será realizada a função social da propriedade urbana e melhor atendido será o interesse social.

Papel importante, portanto, hoje, é o do Poder Público Municipal, que está apto a editar leis urbanísticas e está também mais perto da população, podendo, portanto, suprir as carências que possuem nas cidades.

A Constituição Federal é, dessa forma, um inquestionável marco no desenvolvimento da questão urbanística no Brasil. Com ela, o direito à cidade, assim como o direito à moradia, entre outros, tornaram-se direitos difusos, aumentando a sua proteção e garantia, inclusive no acesso ao Judiciário, representando, portanto, uma reafirmação da cidadania daqueles que estavam excluídos do processo de urbanização e que, agora, podem e devem participar mais ativamente e democraticamente das políticas públicas.⁶

Mas foi apenas recentemente, com a promulgação do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil que, em termos legislativos, consagrou-se a importância do Direito Urbanístico para o ordenamento jurídico brasileiro a medida que se institucionalizaram a função social do direito de propriedade e diversos outros instrumentos de realização da política urbana.

Em relação ao Direito Urbanístico como disciplina jurídica, sua autonomia demorou a ser reconhecida. Isso porque somente na Constituição Federal de 1988 é que se deu destaque à disciplina ao prever-se a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a matéria. A destinação de um capítulo específico à política urbana na Constituição de 1988 só vem a confirmar a relevância que o direito urbanístico ganhou na nova ordem constitucional.⁷

⁵ “O direito urbanístico surge, então, como o *direito da política de desenvolvimento urbano*, em três sentidos: a) como conjunto das normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana (exemplo: normas constitucionais); b) como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (os planos urbanísticos, por exemplo); c) como conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (o próprio Estatuto da Cidade, entre outros)”. In SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 49.

⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Gestão de Riscos Ambientais: Licenciamento e outros Instrumentos. São Paulo, junho de 2005. Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado A Paisagem Urbana como patrimônio ,PROURB/UF RJ, Rio de Janeiro. 2004.

⁷ DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico – 2*, 1991.

Conforme se pode concluir, a existência de inúmeras leis tratando das questões urbanas torna a análise da legislação urbanística brasileira bastante árdua. As leis são esparsas, temporárias e com alterações sucessivas, impedindo uma análise sistemática e coerente. Assim, é necessário o desenvolvimento de um estudo amplo e profundo que não pode limitar-se à interpretação literal do texto legal.⁸

Na aplicação da legislação urbanística brasileira aos casos concretos é necessário vislumbrar, a todo momento, a aplicação de seus princípios básicos de interpretação, pois além de facilitar o trabalho com o arsenal legislativo disponível, contribui para a manutenção de um equilíbrio no tratamento das questões urbanas, assegurando a equidade entre os habitantes da cidade.

Nesse sentido é que a legislação urbanística interpretada à luz de princípios é indispensável para a realização do direito à moradia, uma vez que assegura a materialização da justiça social.

No direito francês, por outro lado, há uma tradição normativa no campo do direito urbanístico. Podemos tomar como exemplo o período da Revolução Francesa, pois em 1791 e 1807 encontramos as leis sobre o processo de planejamento das vias públicas. Já o Código de Urbanismo e de Habitação francês data de 1954 (Decreto de 26 de julho), sendo que na década de 70 os Códigos de Urbanismo e de Habitação foram separados.⁹

Finalmente, então, o direito urbanístico pode ser definido, conforme Ricardo Pereira Lira, como “um conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da cidade, sobre a ocupação do espaço urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer”.¹⁰

Assim, dois princípios básicos, segundo ele, estariam embasando o direito urbanístico contemporâneo: o princípio de que a propriedade não é sempre a mesma, uniforme e inalterável; e a consciência de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, a configuração e a magnitude de uma cidade não podem ser realizações privadas.

⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Relatório de Pesquisa para o CNPq*. Rio de Janeiro, 2005.

⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Relatório de Pesquisa para o CNPq*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁰ LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

E considerando o Direito Urbanístico como produto das transformações sociais que vêm ocorrendo nos últimos tempos, José Afonso da Silva divide-o em dois aspectos: o objetivo, composto pelo conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística; e o do Direito Urbanístico como ciência, que busca “o conhecimento sistematizado daquelas normas e princípios reguladores da atividade urbanística”.¹¹

O fato é que atualmente o Direito Urbanístico não é mais um direito relativamente modesto, que trata apenas da ocupação e do uso do solo urbano. O seu campo tem crescido de forma rápida e abrangente, fazendo com que venha a reger a cidade em sua totalidade, incluindo diversas formas de problemas que nela se materializam e que até então não tinham sido apreendidos no campo jurídico, como as questões que envolvem a paisagem urbana e a sustentabilidade urbano-ambiental. É preciso, portanto, consoante Sylvain Pérignon, adotar uma “concepção maximalista do Direito Urbanístico”.¹²

3.2 Identificação de obstáculos e possibilidades na tutela jurídico-urbanística do direito à cidade

No campo jurídico, várias são as possibilidades e os obstáculos a serem observados na interpretação da norma urbanística. A sua identificação visando à política de regularização fundiária e realização do direito social à moradia digna reconhece a complexidade da questão e busca alternativas no sentido da superação dos conflitos.¹³

Entre as possibilidades, pode-se chamar a atenção para a ampliação do alcance do direito instituído, reconhecendo assim, direitos já consagrados nas práticas sociais instituintes, bem como para a ampliação do alcance de direitos que, embora há muito tempo reconhecidos na legislação, somente recentemente passaram a alcançar eficácia social.¹⁴

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 20 a 22.

¹² PÉRIGNON, Sylvain. *Le Nouvel Ordre Urbanistique. Urbanisme, Propriété, Libertés*, 2004.

¹³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

Nesse sentido, destaca-se a institucionalização do direito urbanístico que, conforme destacado no item anterior, se fez lenta e gradativamente, mas alcançou grande amadurecimento nas previsões do Estatuto da Cidade.¹⁵

Além disso, destaca-se a importância do acesso à Justiça, que através da assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, possibilitou a um maior número de cidadãos a busca pelo reconhecimento de seus direitos,¹⁶ bem como a relevância da atuação do Poder Judiciário na decisão de conflitos que envolvem a matéria, criando precedentes para uma nova interpretação e solução que privilegie o direito social à moradia constitucionalmente assegurado, e o direito à cidade consoante sua previsão constitucional e legal contida no Estatuto da Cidade.

E ainda em relação às demandas, é conveniente ressaltar que o caráter metaindividual do direito à moradia, bem como do direito à cidade, tem contribuído para tornar os conflitos judicializados mais articulados entre si, possibilitando alcance amplo das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Também contribui para a tutela do direito à cidade a constitucionalização do Direito Civil, que tem dado um contorno de caráter público a institutos até então considerados estritamente privados.¹⁷

Por fim, não se pode esquecer do reconhecimento dos princípios da função social do direito de propriedade e da função social da cidade, que aumentaram as possibilidades de tutela da moradia e da cidade, permitindo tratamento equitativo entre os proprietários e os não-proprietários e entre o meio ambiente e os moradores.

Constituem obstáculos na tutela, primeiramente, os problemas ligados ao espaço-tempo, pois vivemos um momento de transição, em que os paradigmas vigentes ainda são decorrentes do conhecimento produzido na Modernidade e os conflitos contemporâneos revelam-se mais complexos, plurais e intersubjetivos,

¹⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

demandando um tratamento diferenciado que é incompatível com os antigos paradigmas.¹⁸

Também se destacam os problemas para aplicação da legislação da regularização do solo e da legislação ambiental, tanto nas esferas federal, estadual e municipal,¹⁹ pois as inúmeras leis existentes acerca do tema dificultam a sua interpretação literal e sistemática, sendo necessário buscar elementos extra-legais para solucionar os conflitos.

Os problemas da titularidade do imóvel e questões relativas à competência e a falta de reconhecimento do direito à cidade e do direito à moradia como direitos humanos, fundamentais e difusos por parte do Poder Público e do Poder Judiciário²⁰, também constituem fatores impeditivos da tutela plena do direito à cidade, o que poderá ser observado quando se analisar a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo.

Quanto à interpretação, destacam-se obstáculos metodológicos, uma vez que as possibilidades para a flexibilização da norma em face das práticas sociais instituintes exigem a tradução dos discursos e categorias analíticas.²¹

“A realização da eficácia da norma jurídica passa, portanto, necessariamente, pelo campo da interpretação, ou seja, da capacidade do intérprete para produzir novos sentidos para a norma. Convém lembrar que esse inigualável processo de redefinição do sentido da norma não é infinito, posto que sempre estará adstrito às fronteiras do ordenamento, por certo móveis, mas sem dúvida diretamente submetidas às tensões resultantes do jogo contínuo entre as práticas sociais instituintes e o espaço dos possíveis²² do campo jurídico”.²³

A eficácia social da norma responde pela necessária aplicabilidade da norma jurídica pelos indivíduos destinatários da mesma e, também, pela sua

¹⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²¹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²² BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, 2005.

²³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

capacidade de garantir os direitos da coletividade como um todo, portanto, em estreita articulação com a tutela do direito à cidade.²⁴

3.3

Princípios de Interpretação normativa

Diante desse quadro em que obstáculos e possibilidades para a tutela do direito à moradia se equilibram, é necessário encontrar elementos que contribuam para a solução das demandas sociais que surgem no cotidiano da cidade.

Se o aparato legislativo não se tem mostrado suficiente, porque vasto, muitas vezes contraditório e incoerente, é necessário buscar pontos de convergência para garantir a isonomia de tratamento entre os cidadãos que demandam do Estado uma prestação e uma solução.

Esses pontos de convergência serão, portanto, os princípios de interpretação. Sob a sua égide, pretende-se encontrar o verdadeiro significado expresso pela infinidade de normas disponíveis no ordenamento, mas que por si só, não têm mais um significado decisivo para a resolução dos conflitos reais.²⁵

A discussão acerca dos princípios gerais de direito passa por todos os momentos da história do Direito no mundo. Tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo e pós-positivismo discutiram a influência dos princípios no Direito, tendo cada um tomado uma posição diversa a respeito. O fato é que na contemporaneidade os princípios gerais de direito adquiriram inegável importância. Eles estão nos textos constitucionais e formam a base de todo o ordenamento, sendo verdadeiros guias.

Os princípios gerais de direito têm como primeira função assegurar a continuidade e a estabilidade da ordem jurídica. Mas essa continuidade é uma continuidade flexível, que tolera as modificações e mesmo as exceções, uma continuidade que acolhe a mudança, fornecendo-lhe ao mesmo tempo a estabilidade do seu quadro jurídico, sendo progressiva e relativa, a medida que se modifica de acordo com as necessidades sociais.

Para Reale, princípios gerais de direito são

²⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

“enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de atualização prática”.²⁶

Além disso, ele destaca que os princípios gerais de direito podem ser utilizados concomitantemente com a analogia e os costumes para resolver lacunas, sendo que eles não se resumem à função de apenas atuar no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta um apego a uma concepção legalista do Direito.²⁷

Assim, os princípios são considerados as vigas mestras de todo o sistema jurídico, sendo à sua luz que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente, à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao juiz decidir.

Paulo Bonavides acentua a importância da investigação dos princípios para compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo, afirmando que, os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo, pois são, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.²⁸

Humberto Ávila, após estudar e expor as perspectivas de diversos autores sobre princípios, dentre eles, Dworkin e Alexy, elabora sua teoria dos princípios. Após refutar cada um dos conceitos elaborados por estes e outros autores, em seguida dá a sua definição, dispondo que

“os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção”.²⁹

Enfim, o que se pode concluir de todo o exposto, é que, muito embora alguns teóricos tenham, ao longo da história, divergido acerca da definição dos

²⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 306 e 307.

²⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 306 e 307.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 259.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 70.

princípios, todos passaram a concordar, no pós-positivismo, com a sua característica de normatividade. Além disso, nenhum deles mais nega a importância dos princípios nos ordenamentos jurídicos dos países, os quais absorveram os princípios nas Constituições, deixando de concebê-los como proposições meramente abstratas e separadas totalmente do direito positivo.

Atualmente, é característica determinante do Estado Democrático de Direito a submissão de suas leis à Constituição Federal. Portanto, mesmo os diplomas legais considerados pertencentes ao Direito Privado devem observar as disposições constitucionais, uma vez que a afirmação de que o público e o privado são setores totalmente incomunicáveis no Direito já não conta com muita força. Assim, as normas trazidas nos Códigos e nas leis especiais devem ser elaboradas em observância às previsões constitucionais, sob pena de serem declarada sua inconstitucionalidade e conseqüente ineficácia.

E, conforme visto, dentre as disposições constitucionais encontram-se, conferindo unidade ao sistema jurídico, os princípios. Eles representam verdadeiros pilares do ordenamento, sendo, segundo Ronald Dworkin, razões para decidir, possuindo uma dimensão de peso ou importância.³⁰⁻³¹

Canaris, em 1989, já definia a importância dos princípios para dar coerência ao sistema na Ciência do Direito. Segundo ele, princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si, não têm pretensão de exclusividade, ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, e, finalmente, necessitam, para a sua

³⁰ DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos à Sério*, p. 40 e 42.

³¹ Sobre a discussão acerca da definição de princípios ver, entre outros: ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003; CALSAMIGLIA, A, *Ensaio sobre Dworkin*, In DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Editorial Ariel, 1984; DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999 e *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000; HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; IKAWA, Daniela R., *Hart, Dworkin e discricionariedade*, In Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Número 61, São Paulo, 2004; MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Os Princípios Gerais de Direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*, In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Vol. XII, Direitos Fundamentais, Coordenador: Gustavo Binenbojm, Ed. Lúmen Júris, 2003; SILVA, Virgílio Afonso da, *Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma distinção*, In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, p. 607 a 630; GALUPPO, Marcelo Campos, *Os Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre modo de sua aplicação*, Brasília a. 36 n. 143 jul/set. 1999; e ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 e *Derecho y razón practica*, México: Fontamara, 1993.

realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com o conteúdo material próprio.³²

No plano do direito pátrio, destacamos o conceito de José Afonso da Silva, para quem os princípios são verdadeiros mandamentos nucleares de um sistema.³³

Assim, os princípios vêm, gradativamente, transpondo as fronteiras do texto constitucional e alcançando previsão na legislação infraconstitucional.³⁴

Tanto a Constituição quanto os enunciados infraconstitucionais, estejam estes inseridos em Códigos ou Legislações especiais, trazem no seu texto o tratamento das mais variadas matérias e, muitas vezes, regulam o mesmo instituto simultaneamente. Isso faz com que, atualmente, os institutos dos mais diversos ramos do Direito devam ser compreendidos mediante uma análise do ordenamento jurídico como um todo, não mais se limitando exclusivamente ao diploma legal de que emanam, a fim de alcançarem uma melhor efetivação, coerente com as determinações do sistema e com as orientações dos princípios constitucionais.

O estatuto epistemológico, ou seja, a carta de identidade do Direito Urbanístico brasileiro, por sua vez, “está fundamentado em princípios que reconhecem a complexidade e a imprevisibilidade dos conflitos urbanísticos na sociedade contemporânea”, sendo que sua compreensão contribui para a superação de alguns obstáculos à eficácia social da normativa urbanística brasileira, na perspectiva da tutela do direito à cidade.³⁵

No direito francês, também encontramos grande relevância dos princípios no campo da interpretação jurídica. Dentre os princípios de maior relevância no direito urbanístico francês destaca-se o princípio da função social da cidade, o equilíbrio e gestão econômica do solo, a descentralização da planificação urbana e a tutela pública e participação.³⁶

³² CANARIS, Claus, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 1989.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 95.

³⁴ Como exemplo destaca-se, por exemplo, a presença do princípio da função social do direito de propriedade no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Cidade.

³⁵ CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

³⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Relatório de Pesquisa para o CNPq*. Rio de Janeiro, 2005.

3.4

A identificação dos princípios de interpretação normativa no Direito Urbanístico Brasileiro

3.4.1

Princípio da Eqüidade

Princípio atrelado ao princípio da isonomia e a partir do qual derivam outros dois: 1) afetação das mais-valias do custo da urbanização e 2) justa distribuição dos benefícios e encargos decorrentes da atuação urbanística.

O primeiro desdobramento do princípio objetiva atribuir ao cidadão somente a responsabilidade pelo custeio do benefício que ele obteve com a realização da urbanificação. Pode-se aqui fazer uma analogia com o “princípio do benefício”, decorrente do princípio da igualdade perante a tributação, exposto por José Afonso da Silva. Segundo este princípio, “a carga dos impostos deve ser distribuída entre os indivíduos de acordo com os benefícios que desfrutam da atividade governamental”.³⁷

A eqüidade também está presente no segundo princípio dela derivado uma vez que ele se relaciona com a justiça distributiva. Isso porque o princípio traz implícito em seu conteúdo que a atuação urbanística deve atingir a todos os cidadãos de maneira eqüitativa, tanto em relação aos benefícios auferidos quanto aos ônus decorrentes da prestação estatal.

Trata-se de uma igualdade em matéria social, quando se refere ao amplo alcance dos benefícios da atuação do Estado, e em matéria fiscal, ao atribuir os encargos a todos aqueles que desfrutaram das vantagens obtidas.

3.4.2

Princípio da Função Social da Posse e da Propriedade Pública e Privada

O regime jurídico da propriedade está fundamentado na Constituição, que garante o exercício do direito de propriedade, seja pública ou privada, desde que atendida sua função social.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 224.

Desde logo é possível depreender que a propriedade não pode mais ser considerada como um direito individual nem como mera instituição do Direito Privado. Isso porque a concepção clássica do direito de propriedade trazia a idéia de um direito abstrato de caráter perpétuo, que era usufruído independentemente do exercício desse direito, quer dizer, não se perdia pelo não-uso.

E tal fato é de crucial importância porque, muito embora o direito de propriedade encontre-se disposto dentre os direitos individuais, ele não poderá mais ser considerado um puro direito individual, uma vez que, a inserção do princípio da função social da propriedade dentre as garantias fundamentais relativizou o seu conceito original.³⁸

No Direito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 inovou e representou passo importante na determinação do princípio da função social do direito de propriedade porque lhe conferiu conteúdo. Ademais, fora a primeira Constituição a dedicar um capítulo exclusivo à política urbana, incluindo a função social dentre os direitos fundamentais (art. 5º, CF/88), os princípios da atividade econômica (art. 170, CF/88), e as finalidades da política urbana e rural (arts. 182 a 191, CF/88).

Em relação à função social do direito de propriedade urbana, a Constituição dispôs que ela será cumprida quando “atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, §2º, CF/88)³⁹, e relativamente à função social do direito de propriedade rural dispôs que será cumprida quando atender, “simultaneamente, segundo critério e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho,

³⁸ A respeito podemos destacar o pronunciamento dos civilistas: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*, 2002: “Esse exagerado individualismo perde força no século XIX com a revolução e o desenvolvimento industrial e com as doutrinas socializantes (...) Passa a ser buscado um sentido social na propriedade”; e RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. p. 84: “Talvez se possa dizer que a evolução histórica do direito de propriedade se manifesta, em linhas gerais, no sentido de uma incessante redução dos direitos do proprietário. (...) O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados limites, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito, porque os direitos são concedidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade”.

³⁹ Ver a respeito o seguinte acórdão: TJSP, Apel. Cível 148.409-1, Ubatuba, ementa 34663, julg. em 03.09.91. Nesta decisão o Tribunal considerou que infração ao Plano Diretor do Município, que condiciona o uso do solo e sua função social, pode obstar a construção de prédio em área não permitida, caracterizando restrição ao direito real de propriedade.

e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (art. 186, CF/88)⁴⁰.

Anderson Schreiber reforça o sentido da função social ao afirmar que ela deve ser informada também por valores existenciais e interesses sociais relevantes, ainda que estranhos à literalidade dos artigos 182 e 186, da Constituição Federal. Como exemplo ele menciona as normas municipais de caráter urbanístico, que embora não destacadas pela disposição constitucional devem ser observadas pelo proprietário a fim de realizar a função social de seu direito de propriedade.^{41 - 42}

Contudo, não se pode negar que as previsões constitucionais foram de suma importância, pois se presencia um momento em que as demandas sociais são crescentes e a preocupação com o coletivo tem prevalecido, uma vez que a realização da dignidade humana de cada um de nós depende da atuação cooperativa de todos.

Assim, a função social do direito de propriedade representa para a sociedade também um dever de respeito para com o meio ambiente (art. 225, Constituição Federal), o direito à moradia (art. 6º, Constituição Federal), o direito ao trabalho (artigos 6º e 7º, Constituição Federal), o direito à cidade (artigo 182, Constituição Federal)⁴³ e o próprio direito à vida digna (artigo 1º, III, Constituição Federal).

⁴⁰ Ver a respeito os seguintes acórdãos: TJSP, Apel. Cível 194.578-1, Araraquara, ementa 28751, julg. em 10.11.1993. Nesta decisão o Tribunal considerou que o plantio consoante as condições financeiras do pequeno proprietário, protegido constitucionalmente, atende ao princípio da função social da propriedade. TJSP, Apel. Cível 199.066-5, Jaboticabal, ementa 262330, julg. em 03.12.02. Nesta decisão o Tribunal determinou a demarcação de 20% da propriedade rural para reflorestamento, pois a defesa do meio ambiente emerge da função social da propriedade prevista na Constituição Federal e não fere o direito de propriedade.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Função Social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 159 a 182.

⁴² Sobre esse entendimento vale destacar as seguintes decisões: TJSP, Apel. Cível 74.557-5, 2ª Câmara de Direito Público, julg. em 1.12.98. Segundo este acórdão o direito de construir ou edificar está condicionado pelas normas urbanísticas, em especial pelo princípio da função social da propriedade. Além disso, as restrições urbanísticas convencionais impostas pelo loteador prevalecem sobre as leis urbanísticas em virtude do artigo 39 da Lei 8001/73. STF, Rec. Extr. 178.836/SP, julg. em 08.06.99, publ. no DJ de 20.08.99 e STF, Rec. Extr. 140.436/SP, julg. em 25.05.99, publ. no DJ de 06.08.99. Em ambos os julgados, o Supremo entendeu que o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Lei municipal que não permite ao recorrente construir prédio em determinado local e é anterior à construção deve ser por ele observada.

⁴³ “A função social do direito de propriedade obriga o proprietário a condicionar o seu direito às funções sociais da cidade, devendo, portanto, este titular sofrer as sanções legais pelo não-cumprimento dessa obrigação”.CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística.Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

O propósito de conceituar o princípio da função social do direito de propriedade como atualmente é concebido no ordenamento jurídico brasileiro não pode desprezar o fato de que, ao longo do último século, o direito de propriedade passou por uma reavaliação que, pautada no princípio da solidariedade, atribuiu-lhe conteúdo de caráter público.

Segundo Léon Duguit, “na nova concepção de liberdade, o indivíduo deve exercê-la com o fim de cooperar para a solidariedade social, que é a lei fundamental de todas as sociedades modernas”.⁴⁴

Atualmente a função social é considerada atributo do direito de propriedade, exteriorizando-se também com imposições ao proprietário de obrigações de fazer. Trata-se do dever de agir em prol do coletivo, de dar destinação eficiente ao bem.

Segundo Perlingieri,

“A função social passa a ser mais que o respeito a limites negativos, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e atividades do titular”.⁴⁵

Conclui-se, portanto, que não é a propriedade que possui uma função social, mas sim o direito de propriedade.

O princípio da função social do direito de propriedade é multifacetado, pois contribui para a realização dos mais diversos valores presentes no ordenamento jurídico, dentre eles: a moradia, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o trabalho, a vida, a dignidade da pessoa humana e a segurança da posse.

Em relação à proteção da posse, o princípio da função social do direito de propriedade permitiu que fossem ampliadas as hipóteses de usucapião, bem como fez com que os prazos para obtenção das terras fosse diminuído em algumas hipóteses⁴⁶. Além disso, contribuiu para formação de um novo conceito análogo a ele, o de função social da posse.⁴⁷

⁴⁴ DUGUIT, Léon. *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 21.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-Constitucional*, p. 41-42 e 226.

⁴⁶ Ver artigos 183 e 191, Constituição Federal; artigos 1228, §4º; 1238 a 1244, do Novo Código Civil e artigos 9º a 14, da Lei 10.257/01.

⁴⁷ Sobre a função social da posse: ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse: e a sua consequência frente a situação proprietária*, 2001.

3.4.3

Princípio da proteção do meio ambiente

A definição de desenvolvimento sustentável, que data do Relatório Brundtland de 1987, “desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”⁴⁸, foi consideravelmente ampliada com a concepção da Agenda 21 Brasileira, ao adotar as dimensões ecológica, ambiental, social, política, econômica, demográfica, cultural, institucional e espacial. Parece certo que a dimensão temporal, considerando as necessidades futuras, sempre esteve presente, fato que denota não apenas o espírito solidário da concepção, mas, principalmente, a consciência de uma concepção dialética da história.⁴⁹

A Cidade sustentável, nessa perspectiva, significa a concreção da justiça distributiva, o equilíbrio das relações, de todos os atores sociais. Implica em desenvolvimento econômico compatível com a preservação ambiental e a qualidade de vida dos habitantes, em uma palavra, fala-se de equidade.⁵⁰

Assim, tomar a proteção ambiental como princípio significa realizar as atividades necessárias para a vida humana avaliando antecipadamente quais os efeitos que elas poderão causar ao meio ambiente.

Além disso, atenta-se para a preservação ambiental como um todo, tutelando-se o meio ambiente natural, construído e cultural simultaneamente, apreendendo-se a concepção de que proteger o meio ambiente equivale a resguardar a própria vida humana.

3.4.4

Princípio da gestão democrática da cidade

As cidades contemporâneas, lugar de múltipla e complexa significação, exigem para a compreensão de seus conflitos e a tutela de suas demandas uma

⁴⁸ MOUSINHO, Patrícia. *Glossário*. In TRIGUEIRO, André (coord.). *Meio Ambiente no Século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental em suas áreas de conhecimento*, p. 348.

⁴⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

⁵⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

interpretação autêntica, ou seja, dos seus autores. Os autores são os cidadãos, portanto, gestão participativa significa, antes de tudo, reconhecer o lugar da democracia. Significa democracia participativa, novo paradigma constitucional para as políticas públicas⁵¹, ou seja, concreção da cidadania.

Além disso, permitir a participação dos mais variados segmentos sociais na condução da cidade em que vivem significa possibilitar a realização dos princípios republicanos que embasam a Constituição Federal. De acordo com a interpretação do Prof. Ricardo Pereira Lira, é reconhecer

“a cidadania de toda a comunidade, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.⁵²

3.4.5 Princípio da supremacia do interesse público e do espaço público

A cidade constitui um bem social, espaço público de significação e mediação, historicamente construída que impõe ao proprietário do solo o dever de exercer o seu direito em benefício da sociedade.⁵³

A realização da função social da cidade está na razão direta da concreção do conceito de espaço público como elemento mediador na desejada relação de equilíbrio entre o meio ambiente natural e o construído.⁵⁴

O espaço público deve constituir o lugar privilegiado da pluralidade social, a referência autêntica da forma urbana para os novos traçados, para a definição dos parâmetros urbanísticos.⁵⁵

Nesse sentido, a supremacia do interesse público constitui princípio inerente a qualquer sociedade, especialmente quando se trata da atuação do

⁵¹ FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*, 2003.

⁵² LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

⁵³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

⁵⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

⁵⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

Estado em benefício da sociedade que gerencia. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui “um pressuposto lógico do convívio social”.⁵⁶

3.4.6

Princípio da Precaução

No contexto contemporâneo de conflitos imprevisíveis, de uma sociedade em que a maioria é constituída por vulneráveis e hipossuficientes, com o segmento da pobreza cada vez mais ampliado e segregado, coloca-se de forma relevante a questão e o debate sobre o princípio da precaução.

De acordo com ele põe-se em questão os graus de risco que uma sociedade pode admitir sem conhecer a natureza exata desse mesmo risco. “A precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou do perigo”.⁵⁷

São características do princípio da precaução: a incerteza do dano; a tipologia do risco ou ameaça; a obrigatoriedade do controle do risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; e o custo das medidas de prevenção.⁵⁸

A perspectiva de gestão a longo termo, em especial a gestão das cidades, exige a adoção de um meio de repensar a lógica dominante. O princípio da precaução “visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”.⁵⁹

E, sendo a cidade, o meio ambiente construído artificialmente, o princípio da precaução aplica-se integralmente à ela.⁶⁰

Internacionalmente, a precaução já é uma obrigação necessária dos atores que salvagam a humanidade e o desenvolvimento.

O Princípio 15 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente o Desenvolvimento, reunida no Rio de Janeiro em 1992, já consagrara a precaução, dispondo:

⁵⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 45.

⁵⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 57.

⁵⁸ Mais detalhes sobre tais características podem ser obtidos em: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 64 a 66.

⁵⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 56.

⁶⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito a Cidades Sustentáveis no Âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Artificial*. In FERREIRA, Helene Sivini e LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: Tendências*, p. 271 a 292.

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.⁶¹

O Brasil é, ainda, signatário de duas convenções internacionais, ratificadas e promulgadas, que incorporaram o princípio da precaução: a Convenção da Diversidade Biológica⁶² e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima⁶³.

Assumir, assim, a precaução como princípio é reconhecê-la como valor social maior.⁶⁴

3.4.7

Princípio da Sustentabilidade das Cidades

A terminologia “desenvolvimento sustentável” surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada, em 1972, em Estocolmo e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete princípios.⁶⁵

⁶¹ In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 56, em que consta: Tradução não-oficial, conforme publicada como anexo, *apud* Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Meio Ambiente, Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, *Relatório da Delegação Brasileira*, 1992. Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG / Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais – IPRI, Coleção Relações Internacionais, n. 16.

⁶² Assinada no Rio de Janeiro em 05 de junho de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 2, de 3.2.1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 29 de maio de 1994. No Decreto 2.519/98, em seu Preâmbulo consta: “Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça ...” In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 59.

⁶³ Assinada em Nova York em 9 de maio de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 1, de 3.2.1994, passou a vigorar para o Brasil em 29 de maio de 1994. O Decreto 2.652/98 promulgou-a. O seu art. 3º prevê: “As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível”. In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 59.

⁶⁴ LARCENEUX, André e BOUTELET, Marguerite (direction). *Le Principe de précaution. Débats et enjeux*, 2005.

⁶⁵ Disponível em www.un.org. Acesso em 15 de junho de 2005.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNU-MA), o Fundo Mundial para a Natureza (WWF) e a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), por sua vez, elaboraram uma estratégia minuciosa para o futuro da vida sob o título: “Cuidando do planeta Terra” (Caring for the Earth 1991). Aí estabelecem nove princípios de sustentabilidade da Terra, em que projetam uma estratégia global fundada no cuidado.⁶⁶

Na Constituição Federal Brasileira, podemos dizer o que o desenvolvimento sustentável se encontra esculpido no artigo 225 quando se determina que o Poder Público deve preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, denotando que os recursos ambientais não são inesgotáveis, sendo inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato.

Leonardo Boff, comentando a respeito da mudança no tipo de desenvolvimento, assevera:

“Diz-se que o novo desenvolvimento deve ser sustentável. Ora, não existe desenvolvimento em si, mas sim uma sociedade que opta pelo desenvolvimento que quer e que precisa. Dever-se-ia falar de sociedade sustentável ou de um planeta sustentável como pré-condições indispensáveis para um desenvolvimento verdadeiramente integral.

Sustentável é a sociedade ou o planeta que produz o suficiente para si e para os seres dos ecossistemas onde ela se situa; que toma da natureza somente o que ela pode repor; que mostra um sentido de solidariedade generacional, ao preservar para as sociedades futuras os recursos naturais de que elas precisarão. Na prática, a sociedade deve mostrar-se capaz de assumir novos hábitos e de projetar um tipo de desenvolvimento que cultive o cuidado com os equilíbrios ecológicos e funcione dentro dos limites impostos pela natureza. Não significa voltar ao passado, mas oferecer um novo enfoque para o futuro comum. Não se trata simplesmente de não consumir, mas de consumir responsabilmente.”⁶⁷

A Declaração sobre o Direito dos Povos ao Desenvolvimento, de 18 de outubro de 1993, dispôs à Comissão dos Direitos Humanos da ONU:

⁶⁶ “1. Construir uma sociedade sustentável. 2. Respeitar e cuidar da comunidade dos seres vivos. 3. Melhorar a qualidade de vida humana. 4. Conservar a vitalidade e a diversidade do planeta Terra. 5. Permanecer nos limites da capacidade de suporte do planeta Terra. 6. Modificar atitudes e práticas pessoais. 7. Permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio-ambiente. 8. Gerar uma estrutura nacional para integrar desenvolvimento e conservação. 9. Construir uma aliança global.”

⁶⁷ BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar.*, p. 137.

“O desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante melhoramento do bem-estar de toda a população e de cada pessoa, na base de sua participação ativa, livre e significativa e na justa distribuição dos benefícios resultantes dele”.

O critério do desenvolvimento sustentável vale tanto para as áreas urbanas, quanto para as rurais; para a sociedade, para o povo, enfim, para todo o território nacional, respeitadas as características específicas de cada país.

De acordo com Luiz Roberto da Mata, quando se fala em desenvolvimento sustentável impõe-se “uma dupla relação de equidade: a) a equidade na distribuição dos frutos do desenvolvimento e b) equidade no uso dos recursos naturais pelas presentes gerações e na reserva de tais recursos para as futuras gerações”.⁶⁸

A cidade sustentável, por sua vez, é aquela que oferece, de forma equitativa, qualidade de vida aos seus habitantes, compreendendo, conforme disposição do Estatuto da Cidade, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos e ao trabalho e ao lazer.

Além disso, a cidade que oferece qualidade de vida é uma cidade “multisensorial”, que cria ambientes diversificados, confortáveis, atrativos, incluindo as comodidades necessárias para atender àqueles que sofrem de deficiências.⁶⁹

A sustentabilidade das cidades deve ser, assim, encarada como princípio para que possa nortear a ação do Poder Público e dos cidadãos em prol do bem coletivo e da realização plena da função social da cidade.

Segundo Henri Acselrad, a cidade sustentável atrai investimentos no contexto da competição global, oferecendo

“oportunidade para a legitimação de uma ecocacracia emergente, favorecida em particular pela criação de novas instâncias governativas e regulatórias voltadas para o tratamento da questão ambiental em geral e ambiental urbana, em particular”.⁷⁰

⁶⁸ MATA, Luiz Roberto da. *O Estatuto da Cidade à luz do direito ambiental*, p. 02.

⁶⁹ ASCHER, François. *Les Nouveaux Principes de L'urbanisme*, p. 95 e 96.

⁷⁰ ACSELRAD, Henri (org.). *A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*, 2001.

Dessa forma, conclui-se pela necessidade de uma sustentabilidade voltada para o global e, principalmente, para o local, onde se encontra o campo específico de realização dos direitos sociais.

4

Marcos normativos

A legislação disponível para aplicação em casos que envolvem o direito à cidade, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente é bastante extensa, fato que tem colaborado para acirrar as discussões acerca da hipótese de existência de conflito entre os referidos direitos.

E embora seja insuficiente compreender a questão por meio apenas das leis, não se deve afastar a sua importância, uma vez que a lei é uma das principais fontes do direito e encontra extrema relevância no estudo do Direito como ciência, pois diversos são os autores que adotam o positivismo jurídico na solução de demandas.

Além disso, é preciso compreender a normativa existente para que se possa adequadamente formular uma crítica a ela e utilizá-la dentro das suas possibilidades a fim de oferecer um equacionamento da questão que se analisa.

Dessa forma, apesar da abordagem não se restringir, neste trabalho, ao âmbito normativo, reconhece-se a necessidade de analisá-lo, no que se refere ao direito à cidade, moradia e meio ambiente para, a seguir, mediante a metodologia do diálogo das fontes¹, concluir acerca da melhor forma de interpretação e

¹ O método do “diálogo das fontes” vem sendo utilizado por Erick Jayme e Cláudia Lima Marques. Segundo aquele autor, a “pluralidade de matérias e de textos de lei faz surgir para o seu aplicador a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo” (In JAYME, Erick. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna*. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, 2003). Cláudia Lima Marques, por sua vez, define: “o diálogo das fontes é uma sistemática que permite a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes converge e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo”. (In MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. In Revista do Direito do Consumidor, 2003).

integração do sistema jurídico visando a realização do direito à cidade e da tutela do direito à moradia.

Não se pretende aqui esgotar toda a legislação em vigor que se refere ao tema proposto, mas tenta-se dar um panorama das normas federais, estaduais e municipais existentes. Também não se tem a pretensão de analisar todas as possibilidades de conflitos existentes entre as regras das leis analisadas, bem como não existe a pretensão de esgotar e levantar todas as hipóteses de aplicação ou não do método do diálogo das fontes. A proposta é demonstrar que o método é aplicável ao campo do Direito Urbanístico, conforme se verá a seguir, permitindo ampliar o alcance da tutela do direito à cidade em consonância com a abordagem interdisciplinar a que se propõe esta dissertação.

4.1

Marcos nacionais e internacionais

4.1.1

A Constituição Federal

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo o artigo 1º, III, da Constituição Federal, é a dignidade da pessoa humana, sendo um dos objetivos por ela buscados, de acordo com o inciso III, do artigo 3º, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

O direito à moradia constitui um dos aspectos da realização da dignidade da pessoa humana, sendo a sua materialização importante contribuição na redução das desigualdade sociais.

Nesse sentido, conforme já ressaltado no item que tratou do direito à moradia, antes mesmo de ser incluído no rol do artigo 6º da Constituição, dentre os direitos sociais, o que ocorreu somente com a EC 26/2000, o art. 5º, inciso XI já consagrava a casa como asilo inviolável do indivíduo, determinando também nos incisos XXII e XXIII que a garantia do direito de propriedade estava ligada à realização da sua função social, determinações que contribuem para a afirmação da tutela do direito à moradia.

O § 1º do art. 5º prevê, ainda, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, reforçando a afirmação já

feita anteriormente que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, bem como o direito à cidade, como direitos fundamentais, têm eficácia imediata, sendo que o § 2º do mesmo dispositivo constitucional afirma que também são adotados os direitos e garantias expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Dessa forma, conclui-se que as disposições expressas nos tratados de direitos humanos que tutelam a direito à moradia e o direito ao meio ambiente, e, em especial, o direito à cidade, podendo-se atentar aqui para a importância da Carta Mundial do Direito à Cidade, são incorporadas pela nossa Constituição e totalmente aplicáveis nos casos analisados à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, ainda que já se tenha afirmado repetidas vezes, nunca é excessivo lembrar da relevância do art. 6º, da Constituição, com redação determinada pela EC 26/00, considerando como sendo um dos direitos sociais, a moradia, o que aliás já vinha sendo adotado pela disposição constante do inciso IV do art. 7º, da Constituição, que inclui, dentre as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, a moradia.

A Constituição Federal também deve ser analisada sob a ótica de seus artigos 182 e 183, pois trazem, pela primeira vez, um capítulo especial sobre a Política Urbana, que visa o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

O Plano Diretor ganha destaque a partir da ordem constitucional de 1988, pois segundo o § 1º, do art. 182 ele é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e constitui-se em instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que o §2º do mesmo dispositivo ressalta que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

E segundo a Constituição, aquele que não der destinação a sua propriedade poderá estar sujeito a diversas sanções impostas pelo Poder Público, até mesmo a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Além disso, foi por determinação do artigo 182 que o Poder Legislativo obrigou-se a elaborar uma lei geral para ordenação da cidade, lei esta que veio a constituir o chamado Estatuto da Cidade.

O art. 183, da Constituição Federal, por sua vez, prevê uma hipótese de usucapião que tutela o direito à moradia, pois beneficia aquele que utiliza imóvel para sua moradia ou de sua família.

Na seqüência, o art. 225, da CF/88, prevê a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, internalizando o conceito de sustentabilidade ao prever o dever de preservação e defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

4.1.2

Código Civil de 2002

O novo Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406/2002, resultou do Projeto de lei n. 634/75, denotando, portanto, um grande período de tramitação no Congresso Nacional até sua total aprovação.

O novo Código está estruturado conforme os princípios da socialidade, da eticidade e da dignidade da pessoa humana. A prevalência no Código do princípio da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais sem perder de vista o valor fundante da pessoa humana, segundo Miguel Reale, demonstra que a atualização do direito das coisas no Novo Código Civil não era assunto opcional, mas sim imperatividade de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de função social do direito de propriedade.²

O artigo 1228³ do Código, ao tutelar o direito de propriedade, condiciona no seu parágrafo 1º o exercício do direito de propriedade a suas finalidades

² REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*, 1999.

³ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de

econômicas e sociais, preservando-se, dentre outros elementos, o equilíbrio ecológico.

O parágrafo 3º, do art. 1228, prevê hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social. Já o parágrafo 4º prevê hipótese de perda de propriedade, ocupada por considerável número de pessoas com posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, tendo realizado na área obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

É a proteção do direito à moradia de forma coletiva, muito bem vinda no direito brasileiro. Este dispositivo legal, no entanto, tem causado grandes discussões na doutrina acerca da sua natureza, dividindo as opiniões entre os doutrinadores. Caio Mário considera a regra inconstitucional⁴, pois a desapropriação é matéria constitucional e a norma do Código Civil prevê indenização sem determinar quem deverá pagá-la, deixando “tudo” nas mãos do juiz, o que se configura num extremado positivismo. Carlos Alberto Dabus Maluf, por sua vez, considera que os parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 violam o direito de propriedade, incentivando a invasão das glebas urbanas e, por isto, sendo inconstitucional⁵. Ricardo Pereira Lira, por sua vez, liderando uma terceira corrente, afirma que se trata de uma “desapropriação judicial”.⁶

Não é nosso intuito definir aqui um entendimento sobre a questão que envolve os parágrafos 4º e 5º, do artigo 1228, pois isso demanda o desenvolvimento de amplo estudo e pesquisa. Portanto, apenas apontamos as principais correntes e adotamos aquela que defende a hipótese de desapropriação, considerando que a redação do artigo 1228, §4º e 5º, ao impor o pagamento de indenização ao proprietário, acaba por assumir contornos mais próximos ao instituto da desapropriação em consonância com a tutela do direito à moradia.

Além disso, vale fazer uma ressalva à previsão do referido §4º, do artigo 1228, no que diz respeito à discricionariedade atribuída ao juiz para analisar se a situação da obra ou serviço realizado no local pode ser considerada de interesse

peças, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Crítica ao anteprojeto de Código Civil*. Revista Forense, p. 21.

⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Informativo INCIJUR, vol. 38, set./02, p. 12.

⁶ PEREIRA, Ricardo Lira. Comentários feitos na banca de mestrado de CARDOSO, Fernanda Lousada. *A Propriedade Privada urbana obriga? Conflitos entre o discurso doutrinário e a aplicação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Uerj, 2006.

social e econômico relevante, especialmente nos setores social e econômico. No §5º, do artigo 1228, ao estabelecer a indenização ao proprietário, melhor interpretação é no sentido da indenização de responsabilidade do Poder Público, pois não contraria a essência do princípio da função social da propriedade. Vejamos porque.

As ocupações coletivas geralmente são realizadas por famílias que não têm situação econômica privilegiada, pois se tivessem adquiririam de qualquer outra forma sua propriedade ou até mesmo procurariam alugar um imóvel, não tendo, portanto, condições financeiras de arcar com o pagamento de indenização ao proprietário. Assim, o condicionamento do registro ao pagamento compromete a efetividade do instituto. Ademais, o próprio registro tem suas custas, o que também contribui para inviabilizar o instrumento, uma vez que os possuidores podem não ter condições de efetivá-lo.

E se a desapropriação é decreta pelo juiz da causa, a indenização é devida pelo Poder Público, uma vez que o fim da medida é poupar os ocupantes da área do pagamento da indenização, por faltar-lhes condições financeiras.

Prosseguindo, dentre as hipóteses de usucapião, a prevista no artigo 1238⁷, parágrafo único, merece destaque por diminuir de 15 para 10 anos o prazo de posse a ser exercido pelo ocupante de imóvel, independente de justo título e boa-fé, desde que tenha estabelecido sua moradia habitual no imóvel.

O art. 1239⁸ prevê prazo de 5 anos de posse ininterrupta e sem oposição de área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, tendo nela sua moradia. Em relação à área urbana, a posse também deve ter sido exercida por 5 anos ininterruptamente, em área de até 250 m², desde que utilizada com fins de moradia.

⁷ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

⁸ Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

O parágrafo único do art. 1242⁹ prevê também que aquele que tiver justo título e boa-fé, tendo ocupado o imóvel por 5 anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-o para sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Ressalte-se que pela primeira vez o Código Civil adotou a palavra moradia e, conseqüentemente, tutelou o direito à moradia ao restringir os prazos da usucapião daqueles que utilizassem o imóvel para sua moradia ou de sua família. É um importante passo na concretização do direito à moradia, pois uma lei com olhos do direito privado e individual adota uma noção inerente ao direito público e social.

4.1.3

Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01

A Lei 10.257/01, autodenominada Estatuto da Cidade, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

O parágrafo único do artigo 1º do Estatuto da Cidade estabelece que as normas da lei visam atingir o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos bem como do equilíbrio ambiental.

Dentre as diretrizes do Estatuto, dispostas nos incisos do art. 2º, destaca-se a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; e a regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

⁹ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

A função social da propriedade também encontra espaço privilegiado na redação do Estatuto, pois o art. 39 reafirma que a propriedade urbana realiza a sua função social quando atende as normas de ordenação expressas no Plano Diretor e assegura aos cidadãos qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento de atividades econômicas. O art. 40, por sua vez, dispõe que o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Importante notar a modificação da Lei 7347/85, Lei da Ação Civil Pública, pela Lei 10.257/01, que passa a admitir a hipótese de ajuizamento da ação civil pública em caso de dano à ordem urbanística, admitindo-se, inclusive, ação cautelar.¹⁰

Tal observação é importante porque reafirma o fato do direito à cidade ser um direito difuso, podendo ser tutelado por meio da ação civil pública e demonstra que a falta de ações dessa espécie direcionadas à proteção da ordem urbanística constitui uma lacuna real dentre os conflitos judicializados, conforme se poderá observar da análise da jurisprudência.¹¹

4.1.4

Concessão de uso especial para fins de moradia - Medida Provisória 2.220/01

A Medida Provisória 2.220/01, que instituiu a concessão especial de uso para fins de moradia e criou o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, no seu art. 1º dispõe que: “Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde

¹⁰ Art. 53 e 54, Lei 10.257/01, que alteraram os artigos 1º, inciso III e 4º, da Lei 7347/85, que passaram a vigorar com a seguinte redação: Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [\(Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994\)](#) III – à ordem urbanística; [\(Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001\)](#): (...)

Art. 4º - Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO). [\(Redação dada pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001\)](#)

¹¹ Sobre a pesquisa jurisprudencial, ver Capítulo 4.

que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

Tal direito se estende, segundo o art. 3º, aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até 250m², da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana.

Importante ressaltar que no caso da ocupação estar localizada em área de risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público deverá garantir o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em outro local, segundo mandamento do art. 4º, da Medida Provisória. Isso enfatiza a obrigação do Poder Público realizar a concessão, ainda que em lugar diverso daquele em que a posse vinha sendo exercida.

Nesse sentido, o artigo 5º faculta ao Poder Público remover as pessoas que tenham irregularmente ocupado, entre outros, imóvel de uso comum do povo; destinado a projeto de urbanização; de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais. Nesse sentido, parece razoável entender que o verbo facultar concede à Administração a opção de regularizar ocupações em tais áreas.

Assim, poderia ser o caso da regularização das ocupações no Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, caso em que, conforme exposto no 1º Capítulo, alguns moradores estão na área há mais de 50 anos. E, embora se trate de área de preservação ambiental, na análise da situação, tendo em vista a vulnerabilidade daqueles que não têm onde morar, mister a tutela do direito à moradia.

Mesmo sabendo que a área já fora objeto de litígios desde 1987, a posse anterior a esse período, incontestada e até mesmo concedida pelo Poder Público, deve pesar para considerar e favorecer o direito à moradia e permanência dos moradores no local, já que ali muitas famílias vivem há gerações.

Por fim, é relevante destacar que o art. 7º, da MP 2220/2001 prevê que o direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, o que também se aplicaria aos moradores do Jardim Botânico, pois muitos são herdeiros dos antigos trabalhadores do Instituto.

4.1.5

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) merece aqui grande destaque devido ao fato de ser o primeiro a tratar especificamente dos direitos sociais. Assim, seu artigo 11 prescreve:

1º. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito a toda pessoa a um nível de vida suficiente para ela e sua família, compreendendo a alimentação, vestuário e **habitação** suficientes, assim como a uma melhoria constante das suas condições de existência. Os Estados –Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a realização deste direito e reconhecem para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (...) (grifos nossos)

Segundo o relatório Mundial para o Desenvolvimento Urbano (2000), editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),

“especificamente, no tocante ao direito a uma moradia adequada, um grupo de peritos das Nações Unidas definiu, em 1996, as prioridades de uma política estatal: além da construção de novas habitações, é preciso assegurar a permanência dos locatários e comodatários nos locais que já ocupam, impedir as discriminações e proibir os despejos coletivos”.¹²

Segundo Comparato, o Brasil ratificou este tratado pelo Decreto Legislativo nº 226, 12 de dezembro de 1991, e promulgou-o pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992.¹³

4.1.6

A Carta Mundial do Direito à Cidade

A Carta Mundial do Direito à Cidade constitui importante documento assinado no Fórum Social Mundial de Porto Alegre em 2005. Segundo sua redação, o direito à cidade é representado pelo usufruto equitativo da cidade, apreendendo-a como um direito coletivo. Além disso, a Carta Mundial do Direito

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 350.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 275.

à Cidade materializa a luta dos movimentos sociais pelo reconhecimento dos direitos dos habitantes da cidade, inserindo-a dentre as formas de realização dos demais direitos humanos já reconhecidos.

Esses direitos, conforme já destacado anteriormente¹⁴, constituem um feixe de direitos fundamentais para a materialização da dignidade da pessoa humana assim como concebido em nossa Carta Constitucional.

Segundo o art. IV da Carta Mundial, as cidades se comprometem à produção social do habitat e da habitação, obrigando, no art. V a adoção do princípio da função social da propriedade pública e privada para a realização dos interesses sociais, culturais e ambientais.

Além disso, o art. XII obriga o Poder Público a garantir o acesso equitativo de todos aos serviços públicos. Finalmente, o art. XIV aborda o direito à moradia, e no seu item 3 privilegia a adoção de programas que ofereçam habitações adequadas à população vulnerável, e o art. XVI, que na tutela do direito ao meio ambiente prioriza uma ação preventiva por parte do Estado.

É importante assinalar que a Carta Mundial, embora não tenha formalmente o *status* de tratado, serve de base e contém diretrizes a serem adotadas pelos países do mundo na consecução do direito à cidade.

4.1.7

Código Florestal - Lei Federal 4.771/65

A Lei Federal 4771/65 institui o Código Florestal. De acordo com o seu artigo 1º,

“as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”.

O Código Florestal se destaca porque contém a definição do que são áreas de preservação permanente, estabelecendo limites para a edificação nestes locais.

¹⁴ Reporta-se, aqui, ao Capítulo 1 para maiores considerações acerca da Carta Mundial do Direito à Cidade.

Além disso, o Código Florestal também faz imposições referentes às áreas urbanas.

O inciso II, do artigo 1º, define como sendo área de preservação permanente, a “área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”, sendo que o art. 2º considera de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

(...)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”.

Esse parágrafo único merece destaque por ser o item que supostamente estaria a conflitar com o art. 5º da Lei 6766/79, a lei de uso e ocupação do solo, que coloca como faixa *non aedificandi* ao longo de águas correntes e dormentes a área correspondente a 15 metros de cada lado, diminuindo a exigência do Código Florestal que considera mínima a medida de 30 metros.¹⁵

Quanto a essa exigência, tratando-se as margens dos cursos d’água de área de preservação permanente, é importante ressaltar a previsão do artigo 4º, do Código Florestal, segundo o qual

¹⁵ Sobre a análise do conflito entre o Código Florestal e a Lei 6766/79, ver Capítulo 5.

“a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.”

Assim, mesmo colocando diversas condições para a supressão da vegetação, como a autorização de órgão competente e a indicação de medidas mitigadoras do impacto ambiental que puder vir a ocorrer (contidas dos parágrafos do artigo 4º), o próprio Código Florestal comporta exceção à manutenção das áreas de preservação permanente em virtude de interesse social.

Nesse caso, poderíamos considerar que o interesse social envolvido possa vir a ser o direito à moradia de famílias de baixa renda, que não tendo para onde ir, já fixaram moradia nestes locais ambientalmente protegidos e, tendo a situação consolidada e o fato de se tratar de uma coletividade vulnerável, necessitam permanecer no local.

Esse poderia ser o caso, por exemplo, dos ocupantes do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro e de inúmeros ocupantes dos arredores das Represas Billings e Guarapiranga.

4.1.8

Projetos de Lei Federal que visam alterar o Código Florestal: Projeto de Lei Federal 6001/2005; e Projeto de Lei Federal 5683/2005

O Projeto 6001/2005, de autoria do Deputado Fernando Coruja, do PPS de Santa Catarina, dá nova redação ao parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal, suprimindo o trecho "respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo", passando a redação do parágrafo único a constar da seguinte maneira:

Art. 2º, parágrafo único - “No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo”.

A justificativa do Deputado Fernando Coruja consiste no objetivo de adequar a situação já consolidada dos municípios em relação ao uso e ocupação

do solo urbano, evitando conflitos com a legislação específica superior, que o deputado não esclarece qual é, mas que parece ser a Lei 6766/79.

O Projeto 5683/2005, de autoria do Deputado Fernando Lopes, do PMDB do Rio de Janeiro, acrescenta parágrafo ao art. 2º da Lei nº 4.771/65. Assim, o parágrafo único do artigo passaria a ser o parágrafo 1º e, o parágrafo 2º, acrescentado pelo Projeto teria a seguinte redação: “§ 2º Nos cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura, situados nas áreas definidas no parágrafo anterior, será observada a largura mínima de 05 (cinco) metros para cada margem.”

Haveria, portanto, nas áreas urbanas, uma diminuição da faixa *non aedificandi* às margens de rios de menos de 10 metros de largura, de 30 metros para 5 metros.

O Deputado Fernando Lopes justificou a sua proposição, alegando que o recorrente descumprimento das normas do Código Florestal se dá devido à forma exagerada como trata as áreas de preservação permanente. Assim, corrige tal exagero “que impede, nas cidades, regular a utilização das faixas de terra próximas a córregos, pela absurda exigência de afastamento lateral de 30 (trinta) metros dos mesmos, sob o argumento da preservação permanente de quaisquer formas de vegetação natural ali situadas”.

O projeto, no entanto, não esclarece quais as bases para se tomar como exagero a exigência do afastamento lateral de 30 metros ao longo dos córregos. Além disso, assim como o projeto 6001/2005, não se faz uma abordagem da questão sob a ótica do direito à cidade, o que apenas poderá acirrar ainda mais a questão que divide ambientalistas e urbanistas.

4.1.8.1

Projeto de Lei Federal 5107/05

O Projeto de Lei 5107/2005, de autoria do Deputado Jamil Murad, do Pcdob de São Paulo, “dispõe sobre assentamentos habitacionais de baixa renda situados em zona urbana, em área de preservação permanente ou em zona de risco.”

Segundo o projeto, as áreas de preservação permanente são aquelas da Lei 4771/65, enquanto as zonas de risco “compreendem aquelas sujeitas a inundações, erosão, deslizamentos, queda e rolamento de blocos, corrida de lama, problemas geológicos ou geotécnicos e outros riscos que comprometam a segurança humana”.

E é interessante destacar o posicionamento do deputado que no artigo 2º, do Projeto ora analisado, considerou que “a regularização dos assentamentos habitacionais situados em área de preservação permanente é considerada de interesse social, de acordo com o art. 1º, § 2º, V, do Código Florestal.”, seguindo nosso argumento trazido na análise do Código Florestal.

No entanto, o projeto restringe a regularização dos assentamentos situados apenas nas áreas citadas nas alíneas “a” e “b” do art. 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965¹⁶, e manda respeitar uma faixa mínima *non aedificandi* correspondente à metade daquela constante nas alíneas “a” e “b” do Código Florestal.

Outro aspecto controverso do Projeto é a redação do seu art. 6º, que prevê quais assentamentos habitacionais não são passíveis de regularização: “I – situados em zonas de risco; II – localizados em fundos de vale e outros locais onde seja inviável a implantação de rede de saneamento básico; III – situados em unidade de conservação cujos objetivos sejam incompatíveis com a permanência de ocupação humana; IV – nas áreas de ocupação rarefeitas, passíveis de recuperação ambiental; V – outras áreas de interesse ambiental, histórico, paisagístico ou cultural.” Ora, o que seriam “outras áreas de interesse ambiental”? Tal inciso dá margem para uma interpretação ilimitada e novamente passível de restringir as hipóteses de tutela do direito à moradia dos habitantes dos assentamentos de baixa renda. Além disso, o parágrafo único prevê a hipótese de

¹⁶ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; (...)

remoção, portanto, deveria se ter muito cuidado quando da redação de tal dispositivo.

Afinal, sob a ótica defendida neste trabalho, apenas em caso de risco à vida ou saúde da população é que se admitiria a remoção. E, mesmo assim, a remoção deveria ser para local próximo ao da antiga residência.

A justificativa do deputado Jamil Murad consiste na constatação, por um lado, de que o território urbano está ocupado por assentamentos de baixa renda, nos quais a população carece de diversos serviços públicos e de moradia e, por outro lado, a exigência de proteger os locais em que as ocupações se fixam que, em grande parte dos casos, situam-se em área de preservação permanente. Visando, segundo ele, solucionar o conflito, elaborou o presente projeto permitindo a regularização dos assentamentos habitacionais situados em áreas de preservação permanente com as salvaguardas necessárias, em relação ao meio ambiente e à segurança das comunidades.

Trata-se de louvável iniciativa, porém, há que se observar o cuidado na redação dos artigos para não causar mais conflitos legais do que os que já existem entre o Código Florestal e a Lei de Uso e Ocupação do Solo, não esquecendo que esta também possui um projeto de modificação em andamento.

4.1.9

Lei de Uso e Ocupação do solo urbano - Lei Federal 6.766/79

A Lei 6766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

O parágrafo único, do art. 1º “autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a estabelecerem normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto na Lei 6766/79 às peculiaridades regionais e locais”.

É interessante destacar também, o § 5º, do art. 2º, que considera como infraestrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

E segundo o parágrafo 6º do mesmo artigo, a infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: I – vias de circulação; II – escoamento de águas pluviais; III – rede para o abastecimento de água potável; e IV – soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

É importante, na análise da Lei 6.766/79, voltar a atenção para o art. 4º, III, pois é este que supostamente estaria em conflito com o parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal. Ele dispõe que os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: “(...) III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica”.

Pode-se compreender que essa legislação específica mencionada no inciso III, do art. 4º é o Código Florestal que prevê uma reserva de faixa *non aedificandi* maior de 15 (quinze) metros às margens de cursos d’água. Porém, a Lei 6766/79 é posterior à lei 4771/65, e, devido ao disposto no §1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, deveria prevalecer.

Antonio Augusto Veríssimo, em excelente análise da lei 6.766/79¹⁷, destacou que quando da sua proposição em 1977 ela deveria estabelecer procedimentos mínimos que ordenassem os loteamentos, resguardando com eficiência os direitos dos compradores de lotes e estabelecendo responsabilidades e punição aos loteadores ilegais, atendendo às reivindicações dos urbanistas e dos movimentos de luta dos moradores dos loteamentos irregulares e clandestinos. No entanto, os resultados esperados, segundo Antonio Augusto, não foram alcançados, fazendo da lei 6.766/79 uma das mais polêmicas da história legislativa brasileira, sobre a qual recorrentemente juristas e urbanistas produzem as mais diversas interpretações sobre seus princípios, objetivos e resultados.

No caso do Rio de Janeiro, porém, Antonio Augusto constatou que não foi verificada uma relação direta entre incremento das favelas e a entrada em vigência da lei 6.766/79. O que se constatou, por outro lado, foi uma mudança considerável

¹⁷ VERÍSSIMO, Antônio Augusto. *O parcelamento do solo na cidade do Rio de Janeiro: um estudo sobre a produção informal da década de 40 aos anos 90*. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte do requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Planejamento Urbano e Regional. Orientador: Prof. Dr. Pedro Abramo. Rio de Janeiro, 2005.

na forma de comercialização e na qualidade do parcelamento não-regular (agora predominantemente clandestino) oferecido no mercado.

Assim, somente a parte da cidade que estava nos planos oficiais do Poder Público, que assumiu a sua execução e investimento ou se associou aos interesses do capital imobiliário ou industrial, é que tomou a forma prescrita na norma.

O autor destaca que nos bairros suburbanos e periféricos, onde se assentaram as populações de mais baixa renda, o custo da urbanização não foi assumido nem pelos parceladores, nem pelo Estado, o que resultou na produção de espaços habitacionais irregulares, carentes de infra-estrutura, sem urbanização e serviços públicos.

Assim, a conclusão do autor é que a Lei 6766/79 representou uma ruptura normativa em relação à disciplina do parcelamento do solo, pois ignorou, não reconheceu a produção irregular.

Nesse sentido, nota-se que a Lei 6766/79, devido aos seus rigores, contribuiu para gerar exclusão sócio-espacial e indiferença no tratamento daqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade em relação ao seu direito à moradia.

4.1.9.1

Projeto de Lei Federal 3057/00

O Projeto de lei federal 3057/00, de autoria do Deputado Bispo Wanderval, “inclui §2º no artigo 41 da Lei 6766/79, renumerando-se como parágrafo 1º o atual parágrafo único¹⁸”.

Primeiramente, observa-se que não há parágrafo único no artigo 41 da Lei 6766, apenas o *caput* do artigo. Assim, o projeto incluiria o parágrafo único no artigo, e não o parágrafo 2º como previu.

O texto do suposto parágrafo 2º seria:

“Em se tratando de loteamento suburbano de pequeno valor, assim definido pela prefeitura, implantado irregularmente até o dia 31 de dezembro de

¹⁸ Atual redação: Art. 41 – Regularizado o loteamento ou desmembramento pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprando o depósito de todas as prestações do preço avançado, poderá obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado.

1999, e, posteriormente regularizado através de lei municipal de regularização dos lotes, será procedido o registro pela apresentação dos documentos mencionados no artigo 18 desta lei, sem necessidade de aprovação por outro órgão, ainda que localizados os lotes em região metropolitana”.

Segundo o autor do projeto a finalidade a que se destina é tornar mais acessível para pessoas mais simples o registro dos lotes. O prazo de 31 de dezembro de 1999 foi colocado para evitar que ocorra incentivo à proliferação de loteamentos irregulares.

O Projeto recebeu, até o momento, 136 emendas, cada uma delas refere-se a um artigo em especial. No entanto, mais interessante que o projeto de lei inicial é o Substitutivo n. 01 que dele se originou, elaborado pelo Dr. Evilásio do PSB/SP. O Substitutivo traz uma nova lei sobre o parcelamento do solo para fins urbanos, dedicando um capítulo à regularização fundiária.

O Substitutivo recebeu 26 propostas de emendas, das quais se dará destaque àquelas referentes aos artigos que tratam da regularização fundiária e tocam na questão do direito à moradia e do direito ao meio ambiente.

O artigo 64 do Substitutivo determina que a regularização de um parcelamento deve observar o disposto nos arts. 5^o¹⁹, 6^o²⁰ e 7^o²¹, com algumas

¹⁹ Art. 5º, Substitutivo: Não se admite o parcelamento do solo para fins urbanos em locais: I – alagadiços e sujeitos a inundações; antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; II – que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III – onde as condições geológicas comprovadamente não aconselham a edificação; IV – onde a poluição ambiental impeça condições sanitárias adequadas; V – que integrem Unidades de Conservação da natureza incompatíveis com esse tipo de empreendimento; VI – onde houver restrição para esse tipo de empreendimento em virtude de normas de proteção do meio ambiente ou do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico, arqueológico ou espeleológico; VII – onde for técnica ou economicamente inviável a implantação de infra-estrutura básica ou equipamentos comunitários.

²⁰ Art. 6º, Substitutivo: Sem prejuízo das exigências gerais da legislação estadual ou municipal e das exigências específicas estabelecidas no âmbito do licenciamento urbanístico, os parcelamentos devem atender aos seguintes requisitos: I – os lotes ou unidades autônomas devem ter áreas mínima de 125m² e frente mínima de 5 metros; II – ao longo das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutovias, é obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado, salvo maiores exigências da autoridade competente; III – as áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos devem ser diretamente proporcionais à densidade de ocupação, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º; IV – o sistema viário deve articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local. §1º A autoridade licenciadora pode exigir, complementarmente ao disposto no inciso III, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos. §2 No caso de desmembramento, não se observa o disposto nos incisos III e IV.

²¹ Art.7º. Respeitado o disposto nos incisos I a IV do art. 6º, cabe à legislação municipal definir, para cada zona em que se divida a área urbana ou de expansão urbana do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, os quais devem incluir, pelo menos: I – as áreas mínimas e máximas dos lotes e das unidades autônomas; II – os

ressalvas. Uma delas diz respeito à não aplicação do inciso I do art. 6º no caso de regularização fundiária em zona habitacional de interesse social. Isso quer dizer que os lotes, nesse caso, não precisam ter a medida mínima de 125m² e frente de 5m, possibilitando a regularização de lotes com medida inferior a esta.

Nesse caso, cabe uma crítica ao Substitutivo, pois a regularização de lote de tamanho inferior ao disposto no inciso I do art. 6º não condiz com a exigência de proporcionar a todos uma moradia digna, que observe o princípio da dignidade da pessoa humana e as mínimas condições de salubridade. Por outro lado, tal medida pode significar a regularização de um maior número de casas sem necessidade de haver remoção por falta de espaço no local em que a moradia já se localiza.

O artigo 65 do Substitutivo dispõe que na concessão de uso especial de imóvel urbano instituída coletivamente, na forma da lei, nos locais relacionados nos incisos I a IV do art. 5º²² e em qualquer outro local cuja ocupação possa acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público deve assegurar o exercício do direito à moradia em outro local. O §1º, por sua vez, determina que o exercício do direito à moradia no caso de que trata o *caput* pode ser garantido em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I – de uso comum do povo; II – destinado a projeto de urbanização; III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; e V – situado em via de comunicação. E o §2º prevê que no caso de usucapião especial de imóvel urbano instituído coletivamente, na forma da lei, aplica-se também o disposto no *caput* e nos incisos II a IV do § 1º.

O primeiro detalhe importante a destacar do artigo 65 do Substitutivo, e que já tem causado descontentamento entre os ambientalistas²³, é a exclusão dos

percentuais mínimos de áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos; III – os coeficientes máximos de aproveitamento; IV – os coeficientes básicos de aproveitamento, no caso de aplicação da outorga onerosa do direito de construir; V – a possibilidade, ou não, de implantação de condomínios urbanísticos. Parágrafo único. Inexistindo a definição de que trata o inciso II, o percentual de áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos deve ser, no mínimo, de 25% (vinte e cinco por cento) para empreendimentos habitacionais ou comerciais e de 15% (quinze por cento) para empreendimentos exclusivamente industriais.

²² Vide nota 203.

²³ O Projeto de Lei 3057/2000 e o seu Substitutivo já têm suscitado discussões entre diversos setores da sociedade, sendo que recentemente fora elaborada uma Moção de Repúdio ao Projeto de Lei 3057/2000 e contra a Extinção Legislativa das Áreas de Preservação. É possível encontrar o inteiro teor do documento em: <http://www.abides.org.br/newsView.php?ID=138&PHPSESSID=23e227277cc102a555d635d8d4092fbf> e www.ambientebrasil.com.br/noticias/index.php3?action=ler&id=23378 - 26k

incisos V a VII do art. 5º da regra disposta no *caput* do artigo 65. Isso porque apenas existe previsão de remoção dos moradores nos casos em que o local onde estejam instalados ofereça risco à sua saúde e à sua vida. Nos casos de área ambientalmente protegida, abrangidos pelos incisos V e VI do artigo 5º, a população pode permanecer no local.

Essa disposição entraria em conflito com o disposto no Código Florestal, já analisado, e manteria a discussão sobre qual das normas deve prevalecer.

Por outro lado, há de reconhecer-se a ousadia do Substitutivo que atenta para a necessidade da regularização da moradia em ocupações consolidadas, possibilitando uma compreensão equilibrada entre direito à moradia e meio ambiente, viabilizando uma interpretação condizente com o conceito de direito à cidade.

Outro aspecto importante a destacar é a aparente contradição que se estabelece entre o *caput* do art. 65 e o seu §1º. Isso porque enquanto o *caput* privilegia a regularização dos lotes em áreas de interesse ambiental, o §1º determina que o exercício do direito à moradia pode ser garantido em outro local na hipótese de ocupação de imóvel de interesse da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, segundo redação do inciso III.

É preciso atentar para esse tipo de disposição, pois possibilita inúmeras interpretações e coloca em cheque a própria coerência do artigo.

Aspecto relevante do Substitutivo é a Emenda n. 26 a ele proposta, de autoria do Deputado Walter Feldamn do PSDB/SP. A emenda inclui o inciso III ao art. 6.º, renumerando-se os demais incisos e colocando mais uma restrição ao parcelamento. O inciso III contaria com a seguinte redação: “III – Ao longo das águas correntes, dormentes, lagos, lagoas, nascentes e reservatórios artificiais é obrigatória a reserva de uma faixa de preservação permanente definida por legislação municipal, desde que mais restritiva que a estabelecida em legislação vigente.”

Segundo o deputado, “a Constituição Federal e a legislação federal de proteção ao meio ambiente remetem aos Municípios a competência para definição de faixas de proteção de preservação nas áreas urbana e de expansão urbana, razão pela qual é necessária a inclusão deste dispositivo”.

Nota-se que a emenda n. 26 vem tentar preencher a omissão do projeto em considerar a reserva de áreas *non aedificandi* ao longo das águas. No entanto

determina à lei municipal a definição dessa reserva de faixa. Até o momento a discussão sobre o tamanho dessa área *non aedificandi* tem ficado em torno do Código Florestal e da Lei 6766/79, que são leis federais. Com a mudança proposta no Substitutivo o Município passaria a ser o responsável por determinar essa faixa, o que acarretaria a alegação de que a lei federal, hierarquicamente superior, no caso o Código Florestal, continuaria sendo a responsável pela determinação da restrição às edificações, permanecendo indissolúvel o embate entre os adeptos do Código Florestal e os adeptos da Lei de uso do solo urbano.

4.1.10

Resolução n. 303/2002 do CONAMA

A Resolução 303/2002 do CONAMA “dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente”.

O art. 3º da Resolução define quais são as áreas de preservação permanente, acompanhando, no que se refere a faixa marginal de cursos d’água, o estabelecido pelo Código Florestal e adicionando algumas determinações a respeito das margens de lagos e lagoas naturais.²⁴

A Resolução não conta, portanto, nem no detalhamento que oferece sobre determinadas áreas de preservação, como é o caso das áreas ao redor de lagos e lagoas, com inovação que possa ser útil na regularização de ocupações em áreas de preservação. Ela apenas vem confirmar o disposto no Código Florestal e com isso mantém a discussão do conflito de normas entre ele e a Lei de Uso e Ocupação do Solo.

²⁴ “Art. 3º. Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:
I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:
a) trinta metros, para o curso d’água com menos de dez metros de largura;
b) cinquenta metros, para o curso d’água com dez a cinquenta metros de largura;
c) cem metros, para o curso d’água com cinquenta a duzentos metros de largura;
d) duzentos metros, para o curso d’água com duzentos a seiscentos metros de largura;
e) quinhentos metros, para o curso d’água com mais de seiscentos metros de largura;
II - ao redor de nascente ou olho d’água, ainda que intermitente, com raio mínimo de cinquenta metros de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia hidrográfica contribuinte;
III - ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de:
a) trinta metros, para os que estejam situados em áreas urbanas consolidadas;
b) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros; (...)”

4.1.11

Projeto de Resolução do CONAMA – Proc. n. 02000.002382/2003-92

O Processo n. 02000.002382/2003-92 constitui-se numa Proposta de Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente, CONAMA, que trata da consolidação das áreas de preservação permanente. Até o momento a redação da proposta de resolução está de acordo com o resultado das discussões promovidas na 80ª Reunião Ordinária do CONAMA, com os resultados da Comissão de Negociação, conforme o texto da proposta esclarece.

O art. 1º, segundo esta última versão, estabelece que a resolução “define casos excepcionais em que o órgão ambiental competente pode autorizar a intervenção em área de preservação permanente – APP ou a supressão de sua vegetação para a implantação de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, ou para a realização de ações consideradas eventuais e de baixo impacto.”

O artigo 2º autorizaria a intervenção ou supressão de APP’s, entre outros, no seguinte caso: “(...) II – interesse social: (...) c) a regularização fundiária sustentável de área urbana; (...)”.

A Seção IV da Proposta trata “da regularização fundiária ou urbanística sustentável de área urbana”. Embora não tenha sido ainda totalmente discutida durante a reunião, tendo ainda diversos pontos em que há divergência entre os grupos participantes da sua elaboração, já podemos dela tirar algumas normas.

Dentre as condições para a autorização da intervenção ou supressão, encontramos, especificamente: a ocupação deve ser de baixa renda com finalidade predominantemente residencial; a ocupação deve estar localizada em zona de especial interesse social (ZEIS) no Plano Diretor ou outra legislação municipal; a ocupação deve estar localizada em área urbana que tenha ao menos um dos seguintes itens de infra-estrutura implantado: malha viária, captação de águas pluviais, esgotamento sanitário, coleta de resíduos sólidos, rede de abastecimento de água, rede de distribuição de energia, e apresentar densidade demográfica superior a cinquenta habitantes por hectare.²⁵

²⁵ Tais disposições constam do artigo 10, incisos I, II e III, da Proposta.

A partir do 11º artigo da Proposta ainda não houve acordo sobre a sua redação, porém, vale ressaltar que as áreas de preservação a que se refere, são, entre outras: as margens dos cursos d'água; e as ocupações consolidadas até 10 de julho de 2001, conforme definido no Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257/2001 e Medida Provisória 2.220/2001. Há, ainda, a vedação de regularização de ocupações que estejam em área de risco.

A resolução, dependendo da redação que definitivamente assumir, promete beneficiar bastante a tutela do direito à moradia das populações de baixa renda, regularizando a situação daqueles que ocupam áreas de preservação permanente e que até o momento não tinham, segundo a legislação disponível, norma que lhes fosse amplamente favorável.

No entanto, se ela não enfrentar diretamente as contradições que tem em relação a outras leis, sendo uma resolução, poderá encontrar dificuldades na sua aplicação.

4.2

Marcos normativos estaduais e municipais

4.2.1

Estado do Rio de Janeiro

4.2.1.1

Constituição do Estado do Rio de Janeiro

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro foi promulgada em 05 de outubro de 1989, e logo em seu art. 8º, dispõe que “todos têm o direito de viver com dignidade”. E, no parágrafo único do artigo, dentre os elementos que garantem uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, a Constituição Estadual menciona a habitação.

E na esteira de proteção dos direitos sociais, o art. 39 dispõe que “O Estado e os Municípios assegurarão o pleno exercício dos direitos sociais contemplados na Constituição da República, inclusive os concernentes aos trabalhadores urbanos e rurais”.

O art. 73, ao tratar da competência comum do Estado, União e Municípios, no inciso IX inclui a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, sendo também competente o Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre direito urbanístico, conforme disposição do inciso I, do art. 74.

A respeito especificamente da política urbana, o art. 229 determina que ela seja formulada pelos municípios e, onde couber, pelo Estado, atendendo “ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade com vistas à garantia e melhoria da qualidade de vida de seus habitantes”. O §1º, por sua vez, dispõe:

“As funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso à moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural.”

Conforme se vê, a moradia está dentre o feixe de direitos compreendidos na definição da função social da cidade.

E seguindo a previsão da Constituição Federal, o art. 231 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro considera o plano diretor como obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, sendo o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. E o §1º do referido artigo dispõe: “O plano diretor é parte integrante de um processo contínuo de planejamento a ser conduzido pelos municípios, abrangendo a totalidade dos respectivos territórios e contendo diretrizes de uso e ocupação do solo, vocação das áreas rurais, defesa dos mananciais e demais recursos naturais, vias de circulação integradas, zoneamento, índices urbanísticos, áreas de interesse especial e social, diretrizes econômico-financeiras e administrativas”.

A Constituição Estadual ainda prevê, no art. 233 que “as terras públicas estaduais não utilizadas, subutilizadas e as discriminadas serão prioritariamente destinadas a assentamentos de população de baixa renda e a instalação de equipamentos coletivos, respeitados o plano diretor, ou as diretrizes gerais de ocupação do território”, afirmando o seu §2º que “nos assentamentos em terras públicas e ocupadas por população de baixa renda ou em terras não utilizadas ou

subutilizadas, o domínio ou a concessão real de uso serão concedidos ao homem ou à mulher ou a ambos, independentemente de estado civil”.

Dentre as garantias asseguradas pelas diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, encontramos, no art. 234, dentre outras, (I) a urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área imponham risco à vida de seus habitantes; (II) a regularização dos loteamentos clandestinos, abandonados ou não titulados; (III) a participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes; (V) a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; (VI) a criação de áreas de especial interesse urbanístico, social, ambiental, turístico e de utilização pública.

O artigo 234 merece destaque porque confirma a hipótese de remoção dos moradores apenas em casos de risco, afastando a interpretação de que moradia e meio ambiente são direitos conflitantes.

O art. 238 traz importante previsão porque está de acordo com a perspectiva do direito à cidade contida no Estatuto da Cidade. Segundo ele, “a prestação dos serviços públicos a comunidades de baixa renda independe do reconhecimento de logradouros e da regularização urbanística ou registrária das áreas em que se situem e de suas edificações ou construções”. Nesse aspecto a Constituição adota o princípio da equidade para dar tratamento igual àqueles que se encontram em situação desprivilegiada.

A Constituição do Estado do Rio ainda trata especificamente do direito à moradia e do meio ambiente, valendo a pena destacar nesse sentido as disposições dos artigos 239, que trata dos programas de construção de moradias populares; 240, que aborda o estímulo à criação de cooperativas de moradores destinadas à construção da casa própria; 261, que estabelece a proteção do meio ambiente sob a ótica da sustentabilidade, acompanhando a Constituição Federal; e, finalmente, o art. 268, que define o que são consideradas áreas de preservação permanente, incluindo em seus incisos III e V as nascentes e as faixas marginais de proteção de águas superficiais, e as áreas de interesse arqueológico, histórico, científico, paisagístico e cultural, respectivamente.

4.2.1.2

Lei Estadual do Rio de Janeiro n° 2393/95

A Lei Estadual n. 2393/95 dispõe sobre a permanência de populações nativas residentes em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo a redação do art. 1º, da lei,

“fica o Poder Executivo, através de seus órgãos competentes, autorizado a assegurar às populações nativas residentes há mais de 50 (cinquenta) anos em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro, o direito real de uso das áreas ocupadas, desde que dependam, para sua subsistência, direta e prioritariamente dos ecossistemas locais, preservados, os atributos essenciais de tais ecossistemas e cumpridas as exigências previstas na presente Lei”.

O § 2º do art. 1º, por sua vez, estabelece que

“como contrapartida deste direito, as populações beneficiadas por esta Lei ficam obrigadas a participar da preservação, recuperação, defesa e manutenção das unidades de conservação. E o § 3º exclui da possibilidade de concessão do direito real de uso as áreas consideradas por Lei como Reservas Biológicas”.

Nesse sentido, cumpre trazer a definição do que são unidades de conservação e reservas biológicas.

Unidades de conservação, segundo o art. 2º, I, da Lei Federal 9985/2000²⁶, são

“espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

As unidades de conservação, por sua vez, segundo o art. 7º da Lei Federal 9985/00, dividem-se em (I) unidades de proteção integral e (II) unidades de uso sustentável. De acordo com o § 1º, “o objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus

²⁶ Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei”, sendo que a reserva biológica é uma das unidades de conservação que compõe o grupo das unidades de proteção integral, em consonância com a disposição do art. 8º, II.

E segundo o art. 10 da Lei Federal 9985/00, a Reserva Biológica

“tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais”.

A presente lei estadual do Rio merece destaque porque propicia a regularização de moradias em terrenos pertencentes ao Estado, afastando a hipótese de conflito com o direito ao meio ambiente a medida que cria uma contraprestação para a população, que fica obrigada a manter a preservação do local. Além disso, há um respeito com a situação dos moradores que construíram há muitos anos sua vida no local.

4.2.1.3

Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro

O preâmbulo²⁷ da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro consagra a defesa da dignidade da pessoa humana, dando destaque ao aspecto da justiça social, autorizando uma interpretação que inclua dentre os direitos privilegiados pela Lei, o direito à moradia.

Os direitos fundamentais, individuais e coletivos, também encontram proteção na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, pois o art. 5º dispõe que “através da lei e dos demais atos de seus órgãos, o Município buscará assegurar imediata e plena efetividade dos direitos e franquias individuais e coletivos sancionados na Constituição da República, bem como de quaisquer

²⁷ “Nós, representantes do povo carioca, constituídos em Poder Legislativo Orgânico, reunidos no Palácio Pedro Ernesto, sede da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, dispostos a assegurar à população do Município a fruição dos direitos fundamentais da pessoa humana e o acesso à igualdade, à justiça social, ao desenvolvimento e ao bem-estar, numa sociedade solidária, democrática, policultural, pluriétnica, sem preconceitos nem discriminação, no exercício das atribuições que nos confere o art. 29 da Constituição da República Federativa do Brasil e o art. 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sob a proteção de Deus, promulgamos a seguinte Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro”.

outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos atos internacionais firmados pelo Brasil”.

E dentre os direitos da criança, do adolescente e do idoso, o art. 12 da Lei Orgânica considera como de absoluta prioridade, “o direito à vida, à moradia, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à primazia no recebimento de proteção e socorro, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Nesse dispositivo nota-se como o direito à moradia tem sido incluído dentre os direitos básicos da pessoa.

Na competência do Município, o art. 23 inclui o uso e ocupação do solo, a preservação e proteção do patrimônio urbanístico, arquitetônico, paisagístico e ambiental, os bens imóveis situados no território municipal, inclusive aqueles pertencentes a outros entes federativos. E o art. 30 completa, em seu inciso XXIX, a tarefa de promover, com recursos próprios ou com a cooperação da União e do Estado, programas de construção de moradias, de melhoramento das condições habitacionais e de saneamento básico; e no inciso XLI, o dever de preservar o meio ambiente, as florestas, a fauna, a flora, a orla marítima e os cursos d'água do Município.

Na formulação e administração de políticas, planos, programas e projetos referentes ao seu processo de desenvolvimento, o art. 269 ordena que sejam observados os seguintes princípios: I - exercício da função social da propriedade; II - preservação, proteção e recuperação do meio ambiente; e III - redução das desigualdades sociais.

Tais princípios, quando conjugados para análise, possibilitam uma interpretação favorável ao entendimento de que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente não constituem conflito. Isso porque o exercício da função social da propriedade obriga o proprietário a dar uma destinação socialmente justa ao imóvel, o que inclui a preservação ambiental e o respeito ao direito à moradia, o que tem como resultado a redução das desigualdades sociais e a manutenção do equilíbrio do meio ambiente natural e construído.

A política urbana, segundo o art. 422, implementará o pleno atendimento das funções sociais da Cidade, compreendidas pelo §1º do artigo como sendo o direito da população à moradia, transporte público, saneamento básico, água

potável, serviços de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encostas, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural, tendo o §2º previsto que a conservação do patrimônio ambiental, arquitetônico e cultural do Município também compõem a função social da cidade.

A Lei Orgânica também traz previsões acerca do plano diretor, que segundo o art. 424 deverá respeitar as funções sociais da Cidade e o bem-estar de seus habitantes. E o art. 425, compreendendo o plano diretor como parte integrante do processo de planejamento e como instrumento da política urbana e instrumento regulador dos processos de desenvolvimento urbano, dispõe que ele deverá tratar do conjunto de ações propostas pela Lei Orgânica.

E dentre os preceitos trazidos no art. 429 sobre a política de desenvolvimento urbano, encontramos o princípio da equidade, representado no inciso II pela justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização. No inciso III o que se determina é a ordenação e controle do uso do solo de modo a evitar, entre outros fatores, a) a ociosidade, subutilização ou não utilização do solo edificável. Já o inciso VI determina a “urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras: a) laudo técnico do órgão responsável; b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções; c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento; VII - regularização de loteamentos irregulares abandonados, não titulados e clandestinos em áreas de baixa renda, através da urbanização e titulação, sem prejuízo das ações cabíveis contra o loteador; VIII - preservação das áreas de exploração agrícola e pecuária e estímulo a essas atividades primárias; IX - preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; X - criação de áreas de especial interesse urbanístico, social, ambiental, turístico e de utilização pública; XI - utilização planejada do território e dos recursos naturais, mediante controle da implantação e do funcionamento de atividades industriais, comerciais, residenciais, agropecuárias e extrativas; XII - criação e delimitação de áreas de crescimento limitado em zonas

supersaturadas da Cidade onde não se permitam novas construções e edificações, a não ser as de gabarito e densidade iguais ou inferiores às que forem previamente demolidas no local.

Conforme o art. 429, VI deixa claro, portanto, a remoção apenas é admitida em casos de área de risco. Portanto, o Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, que conforme será constatado a seguir, ao admitir a remoção em outras hipóteses contraria lei que lhe é hierarquicamente superior, não podendo ser considerado válido no que se refere a essa previsão específica.

E disposição bastante importante para a proteção do meio ambiente construído, em especial, no caso deste trabalho, a moradia, encontra-se no art. 468, que dispõe: “Na proteção ao meio ambiente serão considerados os elementos naturais e culturais que constituem a paisagem urbana, tendo por objetivo preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental”, sendo que o §2º entende por elementos culturais as edificações, as construções, as obras de arte, os monumentos e o mobiliário urbano.

4.2.1.4

Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro

A Lei Complementar 16/92, o Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, tem, dentre os seus objetivos, previstos no art. 4º, o de promover uma política habitacional que assegure o direito social à moradia e de cumprir a função social da propriedade.

Dentre as diretrizes do Plano Diretor, compreendidas no artigo 5º da Lei Complementar, encontramos: a promoção de políticas setoriais para o meio ambiente natural e o patrimônio cultural e a habitação, bem como a ordenação do uso e ocupação do solo.

Interessante notar também que dentre os meios de defesa da cidade previstos no artigo 16, encontra-se, entre outros, o impedimento e a fiscalização da ocupação de áreas de risco, entendidas como sendo aquelas definidas em laudo solicitado ou emitido pelo órgão técnico competente, as áreas públicas, faixas marginais de rios e lagoas, vias públicas e áreas de proteção ambiental.

São consideradas macrozonas de restrição à ocupação urbana, dentre outros casos, o daquelas sujeitas à proteção ambiental, segundo o art. 41, §3º, III. E o

artigo 50 especifica ainda mais o que vêm a ser essas áreas de restrição à ocupação, incluindo nesse conceito as áreas frágeis, compreendida pelas encostas, áreas sujeitas a deslizamentos, desmoronamentos ou outras alterações geológicas que comprometam sua estabilidade; as áreas de baixada, sujeitas a alagamento, inundação ou rebaixamento.

O art. 44 prevê os princípios e objetivos que o uso e ocupação do solo devem seguir. Dentre eles, encontramos, no inciso II a proteção do meio ambiente, no inciso III a não remoção das favelas, a inserção das favelas e loteamentos irregulares no planejamento da cidade no inciso IV. O parágrafo 1º do artigo 44, por sua vez, prevê exceções à regra do inciso III acerca da não remoção das favelas nos casos em que elas ocupem, dentre outras, áreas de risco, faixas marginais de proteção de águas superficiais e áreas de especial interesse ambiental ou unidades de conservação ambiental.

Esse parágrafo está em contradição com a Lei Orgânica Municipal que, conforme visto, somente admite a remoção em caso de área de risco, excluindo a hipótese de área de proteção ambiental. Isso faz com que prevaleça o disposto na Lei Orgânica, que é hierarquicamente superior ao Plano Diretor.

O art. 56 cuida da definição das áreas de intervenção do Poder Público, que são aquelas que por suas condições urbanísticas e ambientais necessitem de obras, redefinição das condições de uso e ocupação ou de regularização fundiária. O art. 58, a seu turno, considera que as áreas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais de baixa renda serão objeto de estruturação e regularização, cujas ações compreendem: a regularização fundiária, a realocação de moradias nos casos previsto no par. 1º do artigo 44, urbanização e integração da malha urbana e a recuperação de condições ambientais.

O Jardim Botânico integra o patrimônio paisagístico do Município, segundo o artigo 66, VII. No entanto, a área em que está localizado o Jardim Botânico pertence à União Federal.

O art. 105, §3º define o que são as áreas de especial interesse: “são os espaços da cidade perfeitamente delimitados sobrepostos em uma ou mais zonas, que serão submetidos a regime urbanístico específico, relativo a formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para a Zona ou as Zonas que as contêm”. O art. 107 define cada um dos tipos de área de especial interesse e dentre elas encontramos a área de especial interesse social, sendo aquela que

“apresente terrenos não utilizados ou subutilizados e considerados necessários à implantação de programas habitacionais de baixa renda ou, ainda, aquelas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais, destinadas a programas específicos de urbanização e regularização fundiária”.

O art. 138 trata dos objetivos da política habitacional, que além de visar assegurar o direito social à moradia e a redução do déficit habitacional, pretende reprimir a ação especulativa sobre a terra e garantir o acesso a moradia com infraestrutura, realocar as famílias que estiverem em áreas de risco, urbanizar e promover a regularização fundiária de favelas e loteamentos de baixa renda, implantar lotes urbanizados e de moradias populares, entre outros. O parágrafo 2º define as regras a serem utilizadas na realocação da população nos casos de área de risco. Em primeiro lugar prevê o reassentamento em terrenos da mesma área; o reassentamento em locais próximos, dotados de infra-estrutura sanitária e transporte coletivo e inserção em outros programas que contemplem a solução da questão habitacional.

O Plano Diretor trata, ainda, dos programas de regularização fundiária de favelas e loteamentos de baixa renda, bem como de programa de lotes urbanizados e moradias populares, fazendo-o nos seus artigos 147 a 167.

4.2.1.5

Projeto de Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro

O Projeto de Lei Complementar n. 25/2001 trata de um novo plano diretor para a cidade do Rio de Janeiro.

Dentre os seus principais objetivos previstos no art. 3º, está a garantia da melhoria da qualidade de vida e o bem-estar dos habitantes da cidade e o cumprimento da função social da cidade, que se pretende alcançar, entre outros fatores, através de uma política habitacional que assegure o direito social à moradia.

As diretrizes do projeto, previstas em seu art. 5º são semelhantes às aquelas previstas pelo atual plano diretor em vigor.

As formas de defesa da cidade também acompanham aquelas previstas no Plano Diretor vigente.

Os instrumentos de caráter urbanístico foram acrescentados no art. 18, III, “a” a “t”, seguindo o disposto no Estatuto da Cidade.

As macrozonas agora denominadas de ocupação “controlada” são as mesmas da Lei Complementar 16/92, segundo o art. 57. As áreas frágeis também recebem a mesma classificação da lei anterior segundo o art. 59.

O art. 53, III, prevê como princípio e objetivo do uso e ocupação do solo, a não remoção de favelas. O §1º, porém, exclui da aplicação do princípio da não remoção, dentre outras, as seguintes situações: I – áreas de risco; II – faixas marginais de proteção de águas superficiais; V – unidades de conservação legalmente constituídas ou em áreas reconhecidas como de interesse ambiental para constituição de Unidade de Conservação; VII – áreas que não possam ser dotadas de condições mínimas de urbanização e saneamento básico.

Nesse sentido, o projeto também contraria a Lei Orgânica que apenas admite a remoção em caso de moradia em área de risco.

As áreas sujeitas a intervenção pelo Poder Público, segundo o art. 65 do projeto são as áreas do território municipal que, “por suas condições urbanísticas, ambientais e culturais, necessitem de obras, redefinição das condições de uso e ocupação ou de regularização fundiária, de forma a elevar a qualidade de vida humana”. O art. 67 define que as áreas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais de baixa renda serão objeto de estruturação e regularização, admitindo-se a realocação de moradias.

O Jardim Botânico, segundo o art. 75, inciso VII, integra o patrimônio paisagístico e cultural do Município, sujeito à proteção ambiental.

O art. 113, §3º também define o que vêm a ser as áreas de especial interesse social, trazendo o mesmo conceito da Lei Complementar 16/92, o atual Plano Diretor.

A política habitacional também está definida nos mesmos termos do atual Plano Diretor, segundo o art. 144 do Projeto. Os programas, por sua vez, também são os mesmos adotados na Lei Complementar 16/92, conforme se pode observar dos artigos 153 a 173, do Projeto.

Dentre as disposições finais, o art. 238 veda a edificação de novas construções nas áreas de favelas, exceto as que resultarem de iniciativa e responsabilidade do Poder Público. E o seu §3º dispõe quais as medidas que podem ser tomadas pelo Prefeito a fim de deter o “processo de superadensamento

das favelas”. Dentre elas, encontramos: a desapropriação; a demarcação física dos limites da área de expansão da favela, além dos quais não se permitirá a edificação de construções de qualquer natureza; a promoção do reassentamento daqueles que estiverem em áreas de risco ou espaços florestados; a instituição de sistema de contenção e prevenção de invasão da área florestada do entorno da favela, quando for o caso.

Essa demarcação que pressupõe o projeto somente seria efetiva se houvesse uma fiscalização exercida diretamente nas favelas. Além disso, a necessidade de regularização é muito mais evidente do que a remoção, pois esta apenas visa a manutenção de um meio ambiente “virgem” para satisfazer a elite sobre aquilo que entende como “paisagem”, aumentando a especulação imobiliária.

4.2.1.6

Lei Municipal do Rio de Janeiro 1197/88

A Lei Municipal 1197/88 “transforma em área de proteção ambiental os mananciais, os reservatórios de águas de abastecimento público e as áreas de entorno dos mesmos situados no Município”.

O art. 1º da Lei 1197/88 dispõe que os mananciais passam a ser considerados de proteção ambiental, sendo que o parágrafo único do artigo determina que o limite máximo de afastamento das margens deve ser 200 metros.

Observe-se, no entanto, que há uma impropriedade na utilização da expressão “limite máximo”, uma vez que a interpretação do artigo leva a crer que o que se queria estabelecer era um limite mínimo de afastamento. Do contrário, não havendo o estabelecimento de limite mínimo por lei municipal, deverá ser utilizada outra normativa que defina qual deve ser a proximidade ideal das margens dos rios para a fixação humana. Parece que, nesse caso, volta-se na análise das Leis 4771/65 e 6766/79.

O art. 3º, “a”, porém, proíbe que no limite das áreas de proteção ambiental definidas nesta lei sejam instaladas construções e edificações, não fazendo qualquer ressalva em relação à construção com fins de moradia, apenas tratando no parágrafo único do art. 4º da manutenção das construções já existentes no local, vetando o seu crescimento.

4.2.2

Estado de São Paulo

4.2.2.1

Constituição do Estado de São Paulo

A Constituição do Estado de São Paulo é datada de 05 de outubro de 1989. Não há em sua redação nenhum capítulo específico sobre a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, da análise de outros dispositivos será possível concluir acerca dos direitos tutelados pela Constituição Estadual.

Em relação ao desenvolvimento urbano, o art. 180 dispõe que o Estado e os Municípios deverão assegurar: I - o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes; II - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes; III - a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; IV - a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública; V - a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida; VI - a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos; VII - as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos, alterados.

O art. 181 atribui à lei municipal a competência para a elaboração de normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes. O §1º do artigo em análise determina a obrigatoriedade do plano diretor, que deverá considerar a totalidade do território municipal.

O art. 182 dispõe que “incumbe ao Estado e aos Municípios promover programas de construção de moradias populares, de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Sobre o meio ambiente, o art. 191 prevê que “o Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho,

atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”.

O art. 197, por sua vez, define o que são áreas de proteção permanente, incluindo entre outras, no inciso II, as nascentes, os mananciais e matas ciliares;

A Constituição do Estado de São Paulo não é detalhada e não estabelece regras específicas acerca da moradia de populações de baixa renda, oferecendo apenas diretrizes gerais para a elaboração de leis estaduais e municipais a respeito.

4.2.2.2

Lei Estadual de São Paulo 898/75

A Lei Estadual de São Paulo n. 898/75 disciplina o uso do solo para proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo e dá providências correlatas.

O art. 2º da Lei declara como área de proteção nos termos da lei, no inciso I, o reservatório Billings e, no inciso V, o reservatório de Guarapiranga, até a barragem do Município de São Paulo.

O parágrafo único do art. 3º, por sua vez, determina que nessas áreas de proteção, “os projetos e a execução de arruamentos, loteamentos, edificações e obras, bem assim a prática de atividades agropecuárias, comerciais, industriais e recreativas dependerão de aprovação prévia da Secretaria de Negócios Metropolitanos e manifestação favorável da Secretaria de Obras e Meio Ambiente, mediante parecer da Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Defesa do Meio Ambiente, CETESB, quanto aos aspectos de proteção ambiental, sem prejuízo das demais competências estabelecidas na legislação em vigor para outros fins”.

As áreas dos corpos d’água, segundo esta lei, estão mais sujeitas a restrições. Porém, conforme se pode depreender da narração do caso das ocupações no entorno das represas Billings e Guarapiranga, somente a previsão legal não foi suficiente para barrar a proliferação de loteamentos dos mais diversos tipos na região.

4.2.2.3

Lei Estadual de São Paulo n. 1172/76

A Lei Estadual n. 1172/76 “delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água a que se refere o art. 2º da Lei Estadual 898/75, estabelece normas de restrição do uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas”.

Esta lei define quais as delimitações das áreas de 1ª e 2ª categoria²⁸, permitindo nas áreas de 1ª categoria apenas serviços, obras e edificações destinados à proteção dos mananciais, à regularização de vazões com fins múltiplos, ao controle de cheias e à utilização de águas prevista no art. 8º, conforme disposição do art. 10.

O uso residencial é permitido nas áreas de 2ª categoria, segundo o art. 13, I, da Lei.

Embora esta lei tenha um imenso valor, tendo em vista a data em que foi promulgada, demonstrando uma preocupação antiga com a proteção dos mananciais, há que se admitir uma certa inadequação para o atual momento. Isso porque, a situação dos mananciais mudou muito desde os anos 70 até os dias de hoje, conforme se pode notar da ocupação das represas Billings e Guarapiranga já descrita. A situação hoje é de uma ocupação ampla, com usos dos mais diversos,

²⁸ Art. 2º - Nas delimitações de que trata o artigo anterior, constituem áreas ou faixas de 1ª categoria ou de maior restrição: I – os corpos de água; II – a faixa de 50 metros de largura, medida em projeção horizontal, a partir da linha de contorno correspondente ao nível de água máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados; III – a faixa de 20 metros de largura, medida em projeção horizontal, a partir dos limites do álveo, em cada uma das margens dos rios referidos no art. 2º da Lei 898/75, e da de seus afluentes primários, bem como em cada uma das margens dos afluentes primários dos reservatórios públicos, existentes e projetados; IV – as faixas definidas no art. 2º e sua alínea “a”, da Lei 4771/65, referentes às margens dos demais cursos d’água; V – as áreas cobertas por mata e todas as formas de vegetação primitiva; VI – as áreas com quota inferior a 1,50 metros, medidas a partir do nível máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados, e situados a uma distância mínima inferior a 100 metros das faixas que tratam os incisos II e III deste artigo; VII – as áreas onde a declividade média for superior a 60%, calculada a intervalos de 100 metros a partir do nível de água máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados, e dos limites do álveo dos rios, sobre as linhas de maior declive.

Parágrafo único – consideram-se afluentes primários: 1. os cursos de água diretamente tributários dos reservatórios públicos, existentes e projetados, e dos rios citados no art. 2º, da Lei 898/75; 2. o curso de água diretamente tributário, resultante da confluência de dois ou mais rios, considerando-se, também seu prolongamento, o rio formador que tiver maior área de drenagem.

Art. 3º - Constituem áreas ou faixas de 2ª categoria, ou de menor restrição, aquelas situadas nas áreas de proteção delimitadas no art. 1º e que não se enquadrem nas de 1ª categoria, discriminadas no art. 2º.

sendo necessária uma norma que consiga adequar essa situação consolidada com o direito à cidade expresso na Lei 10.257/01.

4.2.2.4

Lei Estadual de São Paulo n. 9866/97

A Lei Estadual n. 9866/97 “dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências”.

O parágrafo único do art. 1º da Lei define como sendo mananciais de interesse regional “as águas interiores subterrâneas, superficiais, fluentes, emergentes ou em depósito, efetiva ou potencialmente utilizáveis para o abastecimento público”.

Dentre os objetivos da lei, previstos no art. 2º, encontra-se, no inciso II, “compatibilizar as ações de preservação dos mananciais de abastecimento e as de proteção ao meio ambiente com o uso e ocupação do solo e o desenvolvimento socioeconômico” e no inciso V “integrar os programas e políticas habitacionais à preservação do meio ambiente”.

O art. 13 da Lei prevê que são áreas de restrição à ocupação, além das definidas pela Constituição do Estado e as de preservação permanente, aquelas de interesse para a proteção dos mananciais e para a preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais.

O art. 31 dispõe que para cada área de proteção e recuperação de mananciais²⁹ será elaborado um Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA, contendo, entre outros elementos, (I) diretrizes para o estabelecimento de políticas setoriais relativas à habitação, transporte, manejo de recursos naturais, saneamento ambiental e infra-estrutura que interfiram na qualidade dos mananciais; (IV) proposta de atualização das diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional.

²⁹ Art. 3º - Para os fins previstos nesta lei, considera-se Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais – APRM uma ou mais sub-bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional para abastecimento público.

Parágrafo único – A APRM referida no *caput* deste artigo deverá estar inserida em uma das Unidades de Gerenciamento de Recursos Hídricos – UGRHI, previstas no Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SIGRH, instituído pela Lei 7663/91.

Essa lei, mais atual, reflete a necessidade de compatibilizar o uso do solo já instituído ao redor dos mananciais com a sua preservação e manutenção da melhor forma possível. Parece, ainda, bastante adequado o desenvolvimento de planos para cada região, atentando para as necessidades e especificidades que cada setor do manancial possui.

4.2.2.5

Decreto Estadual de São Paulo 43022/98

O Decreto Estadual 43022/98 “regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas”.

O parágrafo 1º, do art. 1º do Decreto estabelece que o Plano Emergencial “contemplará as ações e obras emergenciais consideradas necessárias nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos à vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento”. O parágrafo 2º, por sua vez, considera “obras emergenciais as necessárias ao abastecimento de água, esgotamento e tratamento sanitário de efluentes, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, prevenção e controle da poluição das águas e revegetação”.

Porém, o parágrafo 2º, do art. 2º prevê que “a execução de obras emergenciais não implica na regularização das ocupações desconformes à legislação, sendo que medidas de adaptação e remoção de populações sujeitam-se ao que dispuser os Planos de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA’s específicos de cada qual das APRM’s”.

Nas áreas de restrição à ocupação, que são aquelas previstas no art. 13 da Lei 9866/97, não poderão ser executadas obras de infra-estrutura, devendo ser previsto o reassentamento da população, consoante disposição do art. 4º, do Decreto.

O Decreto delega, portanto, aos planos de desenvolvimento a responsabilidade pelo remanejamento ou regularização das ocupações nas áreas

do entorno da represa, dando maior flexibilidade à tomada de decisões que passa a ser mais política do que baseada na legislação. Isso tem um aspecto positivo que é a possibilidade de haver negociações entre os moradores e aqueles que estão incumbidos da elaboração do plano, propiciando maior participação popular e fazendo crer que a solução para as ocupações contará com um perfil mais democrático.

4.2.2.6

Lei Estadual de São Paulo n. 11.216/02

A Lei Estadual n. 11.216/02 “altera a Lei nº 1.172, de 17 de novembro de 1976, que delimita as áreas de proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo”.

O art. 1º da Lei acrescenta à Lei 1.172/76 o artigo 37-A, que tem a seguinte redação: "Para efeito da aplicação das normas desta lei e da Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, será permitida, mediante prévia aprovação da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, a vinculação ao mesmo empreendimento, obra ou atividade de áreas de terreno ou gleba não contíguas, desde que estas áreas se localizem nas faixas de 1ª categoria ou nas faixas de 2ª categoria, Classes A, B e C, dentro da sub-bacia hidrográfica respectiva.

E o §10 do art. 1º prevê que, “a desocupação de área que implicar remoção de pessoas deve estar associada à construção ou à aquisição de unidade habitacional para cada família a ser transferida da faixa respectiva, arcando o obrigado à compensação, recuperação ou contribuição, ou o interessado na vinculação, com os custos decorrentes, conforme for acordado entre estes e a Secretaria de Estado do Meio Ambiente.”

Louvável o posicionamento adotado neste parágrafo, uma vez que se preocupa em garantir o direito à moradia daqueles que vivem na área de proteção ao manancial e não tem para onde ir com sua família. Trata-se de exceção ao conteúdo da maioria dos diplomas legais que protegem o meio ambiente, pois normalmente não abordam a questão da moradia da população residente no local protegido ambientalmente.

4.2.2.7

Lei Estadual de São Paulo n. 12.233/06

A Lei Estadual n. 12.233 foi promulgada em 16 de janeiro de 2006 e “define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga, e dá outras providências correlatas”.

O artigo 1º declara a Bacia Hidrográfica do Guarapiranga como manancial de interesse regional para o abastecimento público e cria a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga - APRM-G, situada na Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI do Alto Tietê.

O artigo 3º prevê, dentre outros, os seguintes objetivos da lei: II - integrar os programas e políticas regionais e setoriais, especialmente aqueles referentes a habitação, transporte, saneamento ambiental, infra-estrutura e manejo de recursos naturais e geração de renda, necessários à preservação do meio ambiente; e VIII - estabelecer diretrizes e parâmetros de interesse regional para a elaboração das leis municipais de uso, ocupação e parcelamento do solo, com vistas à proteção do manancial.

O artigo 11 define o que são as Áreas de Restrição à Ocupação: “são aquelas de especial interesse para a preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais da Bacia, compreendendo: I - as áreas de preservação permanente nos termos do disposto na Lei federal nº 4771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), e nas demais normas federais que a regulamentam; II - as áreas cobertas por matas e todas as formas de vegetação nativa primária ou secundária nos estágios médio e avançado de regeneração, nos termos do Decreto federal nº 750, de 10 de fevereiro de 1993”.

Segundo o §1º do art. 11, “as áreas de que trata este artigo devem ser prioritariamente destinadas à produção de água, mediante a realização de investimentos e a aplicação de instrumentos econômicos e de compensação previstos nesta lei”.

Nas áreas de restrição à ocupação são permitidas poucas atividades, entre elas, segundo o art. 12, III, “intervensões de interesse social em áreas urbanas, para fins de recuperação ambiental e melhoria das condições de habitabilidade, saúde pública e qualidade das águas”.

Em casos de urbanização consolidada, o artigo 18, §2º prevê que “para a implantação de assentamentos habitacionais de interesse social pelo Poder Público, adotar-se-ão as disposições previstas na Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), sem prejuízo das funções ambientais da área de intervenção”.

Revela-se importante posicionamento o fato desta lei adotar o Estatuto da Cidade na solução de questões habitacionais.

O art. 13, por sua vez, trata das Áreas de Ocupação Dirigida, que “são aquelas de interesse para a consolidação ou implantação de usos urbanos ou rurais, desde que atendidos os requisitos que assegurem a manutenção das condições ambientais necessárias à produção de água em quantidade e qualidade para o abastecimento público”.

Já o art. 20 define as Subáreas de Urbanização Controlada – SUCt, que “são aquelas em processo de urbanização, cuja ocupação deverá ser planejada e controlada, devendo ser garantida a implantação de infra-estrutura de saneamento ambiental”. E uma das diretrizes para o planejamento e a gestão das Subáreas de Urbanização Controlada – SUCt é, segundo o art. 21, II, “estimular a implantação de empreendimentos habitacionais de interesse social, associados a equipamentos comunitários, bem como ao comércio e aos serviços de âmbito local”.

São áreas de recuperação ambiental - ARA, previstas no art. 40, “as ocorrências localizadas de usos ou ocupações que estejam comprometendo a quantidade e a qualidade das águas, exigindo intervenções urgentes de caráter corretivo”.³⁰

³⁰ Artigo 41 - Para efeito desta lei, as Áreas de Recuperação Ambiental - ARA compreendem:

I - Área de Recuperação Ambiental 1 - ARA 1;

II - Área de Recuperação Ambiental 2 - ARA 2.

§ 1º - As ARA 1 são ocorrências de assentamentos habitacionais de interesse social, desprovidos de infra-estrutura de saneamento ambiental, onde o Poder Público deverá promover programas de recuperação urbana e ambiental.

§ 2º - As ARA 2 são ocorrências degradacionais previamente identificadas pelo Poder Público, que exigirá dos responsáveis ações de recuperação imediata do dano ambiental.

Artigo 42 - As Áreas de Recuperação Ambiental 1 - ARA 1 serão objeto de Programas de Recuperação de Interesse Social - PRIS, que serão elaborados pelo Poder Público, em parceria com agentes privados quando houver interesse público.

Parágrafo único - Os PRIS deverão contemplar os projetos e ações necessários para:

1. reduzir o aporte de cargas poluidoras, mediante implantação de sistema de coleta e tratamento ou exportação de esgotos;
2. implantar e adequar os sistemas de drenagem de águas pluviais, de abastecimento de água e de fornecimento de energia elétrica;
3. adequar o sistema de coleta regular de resíduos sólidos;
4. adequar o sistema de circulação de veículos e pedestre, e dar tratamento paisagístico às áreas

A presente lei é relevante porque trata especificamente da Represa de Guarapiranga, manancial de abastecimento da população paulista que conta um elevado grau de ocupação e necessita de um tratamento específico para assegurar a realização do direito à cidade como um todo.

4.2.2.8

Lei Orgânica do Município de São Paulo

A Lei Orgânica do Município de São Paulo é de 4 de abril de 1990. O seu preâmbulo³¹ já vem consagrar a defesa da dignidade humana como um dos objetivos da lei.

E conforme o seu art. 2º, a organização do Município observará, dentre outros princípios e diretrizes, o seguinte: “VIII - a garantia de acesso, a todos, de modo justo e igual, sem distinção de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade, condição econômica, religião, ou qualquer outra discriminação, aos bens, serviços, e condições de vida indispensáveis a uma existência digna”.

Pode-se, assim, considerar dentre as condições de vida digna a serem proporcionadas pelo Município, a tutela do direito à moradia, garantindo-o a todos os habitantes da cidade.

Embora localizado somente no art. 237, merece destaque o preceito que impõe como dever ao Município de São Paulo o apoio e incentivo à defesa e promoção dos direitos humanos, estejam eles previstos na Constituição, em leis ou em tratados internacionais.

verdes públicas;

5. recuperar áreas com erosão e estabilizar taludes;

6. revegetar áreas de preservação;

7. desenvolver ações sociais e de educação ambiental dirigidas à população beneficiada pelos Programas, antes, durante e após a execução das obras previstas, de modo a garantir sua viabilização e manutenção;

8. reassentar a população moradora da ARA, que tenha de ser removida em função das ações previstas nos Programas;

9. estabelecer padrões específicos de parcelamentos, uso e ocupação do solo.

³¹ “Nós, representantes do povo do Município de São Paulo, reunidos em Assembléia Constituinte, respeitando os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgamos, sob a proteção de Deus, a presente Lei Orgânica, que constitui a Lei Fundamental do Município de São Paulo, com o objetivo de organizar o exercício do poder e fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa humana”.

Sabendo-se, então, que o direito à moradia e o direito à cidade são tanto constitucional quanto internacionalmente tutelados, não cabe dúvida acerca da sua proteção e defesa por parte do Poder Público Municipal.³²

E tendo em vista que o direito à moradia e o próprio direito à cidade são direitos metaindividuais, cumpre destacar o art. 7º da Lei Orgânica Municipal que prevê que “é dever do Poder Municipal, em cooperação com a União, o Estado e com outros Municípios, assegurar a todos o exercício dos direitos individuais, coletivos, difusos e sociais estabelecidos pela Constituição da República e pela Constituição Estadual, e daqueles inerentes às condições de vida na cidade, inseridos nas competências municipais específicas, em especial no que respeita a: I - meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, para as presentes e futuras gerações; II - dignas condições de moradia; (...)”.

E no sentido da proteção do direito à cidade, as normas relativas à política urbana, segundo o art. 148, terão “por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes, procurando assegurar: I - o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado de seu território; II - o acesso de todos os seus cidadãos às condições adequadas de moradia, transporte público, saneamento básico, infra-estrutura viária, saúde, educação, cultura, esporte e lazer e às oportunidades econômicas existentes no Município; III - a segurança e a proteção do patrimônio paisagístico, arquitetônico, cultural e histórico; IV - a preservação, a proteção e a recuperação do meio ambiente; V - a qualidade estética e referencial da paisagem natural e agregada pela ação humana”.

Parece que sob a égide da Lei Orgânica do Município, assim como ocorre no direito à cidade, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente devem ser tratados com equidade, garantindo-se ambos simultaneamente. Trata-se de assegurar justiça socioambiental aos habitantes da cidade, garantindo-lhes qualidade de vida ao proteger tanto o seu direito à moradia como a manutenção de um meio ambiente natural e construído sadio.

E para cumprir o disposto no art. 148, o Município deverá, de acordo com a disposição do art. 149, promover igualmente, dentre outras ações, “(...) IV - a

³² Acerca da tutela do direito à moradia na Constituição Federal e em Tratados Internacionais, ver Capítulo 1.

criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, social, ambiental, arquitetônico, paisagístico, cultural, turístico, esportivo e de utilização pública, de acordo com a sua localização e características; V - ações precipuamente dirigidas às moradias coletivas, objetivando dotá-las de condições adequadas de segurança e salubridade; (...) VII - a preservação dos fundos de vale de rios, córregos e leitos em cursos não perenes, para canalização, áreas verdes e passagem de pedestres”.

E o art. 149-A, acrescentado pela Emenda 24/01, vem confirmar a inadmissibilidade de conflito de direitos sob a vigência da Lei Orgânica Municipal, pois determina que “a lei ordenará a paisagem urbana, promovendo-a em seus aspectos estético, cultural, funcional e ambiental, a fim de garantir o bem-estar dos habitantes do Município, considerando, de modo integrado, o conjunto de seus elementos, em especial os sistemas estruturais, viário e de transporte público, a topografia, os cursos d`água, as linhas de drenagem e os fundos de vales, como eixos básicos estruturadores da paisagem.”

Conforme se percebe, a preocupação da lei tem sido, até o momento, promover um equilíbrio entre os direitos que devem ser garantidos pelo Poder Público visando, sempre, o alcance da qualidade de vida dos habitantes da cidade.

E, será, segundo o art. 150, o Plano Diretor o responsável pela “política de desenvolvimento urbano e de orientação de todos os agentes públicos e privados que atuam na cidade”³³, uma vez que a função social da propriedade urbana somente será cumprida se a atuação do proprietário estiver de acordo com as exigências traçadas no Plano Diretor.³⁴

³³ Art. 150, § 1º - O Plano Diretor deve abranger a totalidade do território do Município, definindo as diretrizes para o uso do solo e para os sistemas de circulação, condicionados às potencialidades do meio físico e ao interesse social, cultural e ambiental.
§ 2º - Será assegurada a participação dos munícipes e suas entidades representativas na elaboração, controle e revisão do Plano Diretor e dos programas de realização da política urbana.

³⁴ Art. 151 - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor e na legislação urbanística dele decorrente.

§ 1º - Para assegurar o cumprimento da função social da propriedade o Município deverá:
I - prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor;
II - assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos, respeitados os limites da capacidade instalada dos serviços públicos;
III - assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infraestrutura urbana e recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público.

Em relação à definição de Plano Diretor, podemos considerar que “(...) é o processo compreensivo e participativo no qual pode se dar o enfrentamento dos diversos conflitos existentes acerca do uso e ocupação do solo urbano e de seus recursos. (...) entendido em sentido amplo como o conjunto integrado da legislação urbanística e ambiental municipal, é a própria condição constitucional de reconhecimento do direito individual de propriedade imobiliária”.³⁵

E com relação à política de habitação a ser desenvolvida pelo Município de São Paulo, cabe destacar o art. 158 da Lei Orgânica que prevê que “os bens públicos municipais dominiais não utilizados serão prioritariamente destinados, na forma da lei, a assentamentos da população de baixa renda e à instalação de equipamentos coletivos, assegurada a preservação do meio ambiente”, sendo uma das competências do Município, na redação do art. 167, I, “elaborar a política municipal de habitação, integrada à política de desenvolvimento urbano, promovendo programas de construção de moradias populares, garantindo-lhes condições habitacionais e de infra-estrutura que assegurem um nível compatível com a dignidade da pessoa humana”.³⁶

E a disposição “assegurar a dignidade humana” deve ser compreendida como assegurar uma moradia em um ambiente saudável, que promova qualidade de vida.

Por fim, tendo em vista o exemplo que se utilizou para ilustrar o “conflito” nos moldes em que ele se apresenta na realidade, cabe fazer referência ao art. 185 da Lei Orgânica do Município de São Paulo que classifica, dentre outros locais, as Represas Billings e Guarapiranga como espaços especialmente protegidos.³⁷

³⁵ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 319 e 320.

³⁶ Art. 171 - Considera-se para os efeitos desta lei, habitação coletiva precária, de aluguel, a edificação alugada no todo ou em parte, utilizada como moradia coletiva multifamiliar, com acesso aos cômodos habitados e instalações sanitárias comuns.
 § 1º - As habitações coletivas multifamiliares, com cadastro específico a ser instituído, serão submetidas a controle dos órgãos municipais, visando melhorar as condições de segurança e higiene dos imóveis.
 § 2º - As irregularidades, nos termos da legislação própria, cometidas por proprietários, sublocadores ou terceiros que tomem o lugar destes em imóveis alugados que se constituam em habitações coletivas precárias, acarretarão aos mesmos, além das sanções civis e criminais cabíveis, outras penalidades e providências administrativas previstas em lei.
 Art. 180 - O Município, em cooperação com o Estado e a União, promoverá a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente.

³⁷ Art. 185 - Os Parques Municipais, o Parque do Povo, a Serra da Cantareira, o Pico do Jaraguá, a Mata do Carmo, as Represas Billings e Guarapiranga, a Área de Proteção Ambiental do Capivari-Monos, a Fazenda Santa Maria, outros mananciais, os rios Tietê e Pinheiros e suas margens, nos

4.2.2.9

Plano Diretor do Município de São Paulo

A Lei 13.430/02 promulgou o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. Trata-se de uma lei bastante minuciosa, com diversas previsões específicas, conforme se poderá perceber ao longo da breve análise a seguir oferecida.

Primeiramente, o art. 2º do Plano Diretor estabelece que ele é “instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano, determinante para todos os agentes públicos e privados que atuam no Município”.

São princípios definidos no art. 7º do Plano Diretor Estratégico, dentre outros: “I - justiça social e redução das desigualdades sociais e regionais; II - inclusão social, compreendida como garantia de acesso a bens, serviços e políticas sociais a todos os munícipes; III - direito à Cidade para todos, compreendendo o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer; IV - respeito às funções sociais da Cidade e à função social da propriedade; VI - direito universal à moradia digna; IX - preservação e recuperação do ambiente natural.”

É possível entender que esse artigo privilegia o conceito de direito à cidade trazido no Estatuto da Cidade, e nele compreende o direito à moradia e meio ambiente, assegurando um tratamento equitativo de ambos os direitos e estabelecendo harmonia entre eles. Merece destaque o inciso VI por dar especial atenção ao direito à moradia digna.

Como objetivos, o Plano Diretor Estratégico definiu vários, porém, daremos especial destaque aos previstos no art. 8º, incisos: “(...) II - elevar a qualidade de vida da população, particularmente no que se refere à saúde, à educação, à cultura, às condições habitacionais, à infra-estrutura e aos serviços públicos, de forma a promover a inclusão social, reduzindo as desigualdades que atingem diferentes camadas da população e regiões da cidade; III - promover o desenvolvimento sustentável, a justa distribuição das riquezas e a equidade social no Município; (...) V - garantir a todos os habitantes da cidade acesso a condições seguras de qualidade do ar, da água e de alimentos, química e bacteriologicamente

segmentos pertencentes a este Município, constituem espaços especialmente protegidos.(Alterado pela Emenda 24/01)

seguros, de circulação e habitação em áreas livres de resíduos, de poluição visual e sonora, de uso dos espaços abertos e verdes; (...) X - democratizar o acesso à terra e à habitação, estimulando os mercados acessíveis às faixas de baixa renda; XI - prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor, de modo a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

E como objetivos da política urbana, definidos no art. 9º, são bastante importantes para o tema da dissertação os seguintes: (...) III - a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; e IV - a redução dos deslocamentos entre a habitação e o trabalho, o abastecimento, a educação e o lazer”. Quanto às diretrizes, o art. 10 traz nos incisos I e XII, as seguintes: implementação do direito à moradia, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte e serviços públicos, trabalho e lazer; e a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Importante destacar a preocupação do Município em estabelecer regras que evitem a segregação territorial. É o caso do art. 20, que prevê que “o Poder Público Municipal priorizará combater a exclusão e as desigualdades sociais, adotando políticas públicas que promovam e ampliem a melhoria da qualidade de vida dos seus munícipes, atendendo às suas necessidades básicas, garantindo a fruição de bens e serviços socioculturais e urbanos que a cidade oferece e buscando a participação e inclusão de todos os segmentos sociais, sem qualquer tipo de discriminação”.

E seguindo essa tendência, também encontra-se o art. 76, que ao definir os objetivos da Política de Urbanização e Uso do Solo, dispõe, no inciso I, que o Município deverá “evitar a segregação de usos promovendo a diversificação e mesclagem de usos compatíveis de modo a reduzir os deslocamentos da população e equilibrar a distribuição da oferta de emprego e trabalho na cidade”; no inciso IX, “urbanizar, requalificar e regularizar favelas, loteamentos irregulares e cortiços, visando sua integração nos diferentes bairros”; e, principalmente, no inciso XII, “evitar a expulsão de moradores de baixa renda das áreas consolidadas da cidade, providas de serviços e infraestrutura urbana”; e inciso XIII “coibir o surgimento de

assentamentos irregulares, implantando sistema eficaz de fiscalização e definir as condições e parâmetros para regularizar os assentamentos consolidados, incorporando-os à estrutura urbana, respeitado o interesse público e o meio ambiente”.

Nestes dois últimos incisos, o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo demonstra a preocupação em manter a população no local em que já se encontra estabelecida a sua moradia, as relações sociais, de emprego e vizinhança, privilegiando o entendimento aqui já esboçado acerca do direito à cidade.

O art. 77, IV, também traz como diretriz “a promoção de regularização fundiária e urbanística dos assentamentos habitacionais populares, garantindo acesso ao transporte coletivo, e aos demais serviços e equipamentos públicos”, demonstrando a preocupação em manter os habitantes integrados com o restante da cidade.

O primeiro objetivo da política de habitação do Município, segundo o inciso I, do art. 79, do Plano Diretor Estratégico é “assegurar o direito à moradia digna como direito social, conforme definido no artigo 6º da Constituição da República”.

Assumir esse compromisso é assumir a moradia não só como um direito constitucional social, mas também como um direito humano e coletivo, de aplicabilidade imediata, responsabilizando-se por todas as conseqüências decorrentes desse tratamento.

Isso justifica a diretriz da política habitacional prevista no inciso IX do art. 80, que assegura a “promoção da regularização física e fundiária de assentamentos já consolidados e das unidades construídas, garantindo moradia digna às famílias de baixa renda”, determinando, inclusive, no inciso X “a intervenção em áreas degradadas e de risco, de modo a garantir a integridade física, o direito à moradia e a recuperação da qualidade ambiental dessas áreas”.

Com essa diretriz, demonstra-se claramente que o objetivo da política urbana não deve ser a remoção dos moradores, mas a regularização das terras onde vivem para assegurar a harmonia entre o meio ambiente e a moradia, alcançando a concretização do direito à cidade.

4.2.2.10

Lei Municipal de São Paulo 13.558/2003 com alteração dada pela Lei Municipal 13.876/2004

A Lei Municipal n. 13.558/2003 “dispõe sobre a regularização de edificações e dá outras providências”.

De acordo com os incisos II e VI do art. 3º da Lei 13.558/2003, a regularização das edificações situadas em área de proteção dos mananciais e nas áreas de proteção ambiental, dependerão de prévia autorização do órgão municipal competente.

Isso demonstra que há viabilidade para a regularização de moradias em áreas como as citadas pela Lei, demonstrando a perfeita harmonização entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente na cidade.

Porém, o art. 4º prevê, ao que parece, uma exceção a essas possibilidades de regularização, não as admitindo nos casos em que as edificações “estejam situadas em faixas não-edificáveis junto a represas, lagos, lagoas, córregos, fundo de vale, faixa de escoamento de águas pluviais, galerias, canalizações e linhas de transmissão de energia de alta tensão ou em áreas atingidas por melhoramentos viários previstos em lei”.

Tal previsão poderá trazer problemas no momento da implementação da regularização, pois muitas das construções em áreas de preservação ambiental e proteção de mananciais podem estar localizadas nas faixas *non aedificandi* das margens dos corpos d’água. Assim, considera-se que se deva proceder de maneira a não prejudicar o direito à moradia, apenas afastando um pouco mais a população dessa faixa ou regularizando a moradia no local em que se encontra instalada, no caso da situação já estar consolidada.

5 Interpretação das decisões judiciais à luz do direito à cidade

5.1 Importância do Judiciário no equacionamento de conflitos envolvendo o direito à moradia e o meio ambiente

A ocorrência de litígios, fenômeno previsto e esperado, dá ensejo para a principal função do Poder Judiciário: a função jurisdicional. Cabe ao Estado, por meio de um de seus Poderes, a composição das lides. Leis genéricas e abstratas incidem no caso concreto e, com a interpretação dos magistrados, as partes obtêm seu direito resguardado¹. O processo judicial, sistema pelo qual o Poder Judiciário exerce a jurisdição culmina em uma sentença. Ocorre, neste ponto, o exercício da fundamental função do Poder Judiciário juntamente com a presunção da concretização da justiça.

A jurisprudência, entendida como a visualização de um rumo palpável nos julgados dos magistrados de um mesmo tribunal, ou ainda, como um ponto de interseção nas interpretações de diferentes juizes num mesmo tribunal, auxilia os intérpretes do Poder Judiciário na realização de suas funções. O sistema de composição das lides é afetado pelos indicadores jurídicos presentes na jurisprudência, consistindo em poderosa ferramenta disponibilizada pelos magistrados para futuras decisões, posto que produz um norte para o processo de interpretação da normativa e doutrina jurídica.²

Nesse sentido, a norma jurídica é, sem dúvida, bastante importante para a composição dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário. Ela serve como um ponto de partida para o julgador decidir o caso que lhe é apresentado, na maior parte das vezes, de forma dedutiva.

¹ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 553 a 555.

² In Relatório de Pesquisa apresentado ao CNPq sob o título “Direito à Cidade: Práticas Sociais Instituintes e Paisagem Consentida”. Coordenadora: Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi. Rio de Janeiro, 2006.

No entanto, a norma não é instrumento único e suficiente para a solução dos conflitos judicializados. O processo de sua aplicação conta com a interação dos mais variados fatores - como valores, fatos, formações políticas e ideológicas - e não é dotado de imparcialidade plena, pois implica numa participação do sujeito que aplica a norma com suas histórias e experiências pessoais.

O chamado “processo de interpretação da norma jurídica” é capaz, assim, de produzir novos sentidos.

E o intérprete constitui, portanto, elemento da maior relevância no processo interpretativo da norma jurídica.³ Sua formação cultural e ideológica muito refletirá nas decisões por ele tomadas. Boaventura de Sousa Santos, de forma bastante esclarecedora, já desenvolveu trabalho expondo a importância da interação entre o sujeito e o objeto de seu conhecimento e dizendo que o objeto é a extensão do sujeito, sendo que, dessa forma, todo conhecimento é autoconhecimento.⁴

É graças a essa atuação do Poder Judiciário através de seus magistrados que se pode concluir que o Direito é uma realidade dinâmica,⁵ flexível, plástica, viva⁶ e de grande adaptabilidade às novas realidades sociais. Porém, essa adaptabilidade somente será verificada se o intérprete-aplicador da norma jurídica conseguir conferir-lhe, além da eficácia jurídica que ela já possui, uma eficácia social.

Em relação à composição de conflitos, a decisão judicial é capaz de lhes colocar um fim. Conforme já apresentado na introdução deste trabalho, os conflitos não são passíveis de serem solucionados, em especial na atualidade

³ Carlos María Cárcova, em estudo denominado *Sobre el razonamiento judicial*, atenta para o fato da subsunção não mais atender as necessidades da sociedade e, conseqüentemente, deixar de ser utilizado pelos juízes na aplicação da lei. Assim, o autor insere no texto a concepção de “egologia” como sendo um método de interpretação a ser utilizado pelos magistrados em que o conhecimento parte da própria conduta e volta reflexivamente sobre ela. In CÁRCOVA, Carlos Maria. *Sobre el razonamiento judicial*. Noviembre de 2003.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*, p. 81 a 84. “Hoje sabemos e suspeitamos que nossas trajetórias de vida pessoais e colectivas (enquanto comunidades científicas) e os valores, as crenças e os preconceitos que transportam são a prova íntima do nosso conhecimento, sem o qual as nossas investigações laboratoriais ou de arquivo, os nossos cálculos ou os nossos trabalhos de campo constituiriam um emaranhado de diligências absurdas sem fio nem pavio”.

⁵ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, p. 72.

⁶ Segundo Spota, a jurisprudência “tende a configurar o direito vivo”, evitando que se crie um abismo entre a lei e a justiça. SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do Direito através da Jurisprudência*, 1985.

plural em que vivemos. Porém, a decisão judicial, embora não resolva, propriamente, um conflito, ao menos impede que ele continue.⁷

Dessa forma, quando um conflito jurídico é apresentado perante o Poder Judiciário, como é o caso da tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado abordado nesta dissertação, a importância está justamente no fato de que com a sua judicialização ele deve encontrar um fim, um limite que, ao menos naquele caso específico, impede que o conflito perdure ao longo do tempo.

Porém, o fato da decisão judicial ser capaz de colocar limite aos conflitos não significa que qualquer que seja o seu conteúdo, a sua forma de limitar o conflito, seja satisfatória. É preciso que o Poder Judiciário esteja apto a atender as demandas sociais insurgentes, os conflitos coletivos que se apresentam na atualidade, bem como esteja ciente de que o direito estatal não é o único direito presente na sociedade contemporânea, pois paralelamente a ele existem outros direitos reconhecidos pelos cidadãos e que, por isso, precisam do reconhecimento pelo Judiciário para que melhor sejam solucionados os conflitos postos em juízo.

Assim, comportamentos derivados do positivismo jurídico, como o dogmatismo e a lógica-formal, demonstram-se ineficazes para limitar os conflitos complexos com que têm que trabalhar nossos magistrados, sendo necessária a superação desse paradigma em que se formaram a maioria de nossos juízes para que seja possível a composição mais equitativa dos conflitos atuais sob uma reflexão crítica da hermenêutica jurídica.⁸

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, p. 314: “Ao contrário dos outros conflitos sociais, com os religiosos, os políticos, os econômicos, os conflitos jurídicos são tratados dentro de uma situação em que eles encontram limites, não podendo mais ser retomados ou levados adiante indefinidamente (ver, por exemplo, a noção de coisa julgada)”.

⁸ Nesse sentido, FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A Função social do Judiciário*, p. 5 a 13. “Dogmático e lógico-formal, tendo na ênfase ao equilíbrio entre os poderes e à imparcialidade e neutralidade do Judiciário dois pilares fundamentais, esse modelo privilegia a lei como fonte primária e quase exclusiva de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais, aceita o Estado como a única fonte de direito, o qual é encarado como a cristalização de uma razão abstrata e atemporal, concebe a norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes e considera os juízes como simples aplicadores/ executores dos padrões normativos vigentes, vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais exerçam e ditem as regras de conduta a partir de sua própria existência.” E FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, 1992.

5.2

Metodologia da Pesquisa Jurisprudencial e categorias analíticas adotadas como palavras-chaves

Os conflitos entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontram lugar privilegiado, neste trabalho, nas cidades. Isso porque, atualmente, a cidade representa um espaço acirrado de conflitos, desejos e identidades plurais que compõem um rol de direitos e deveres a serem tutelados e realizados pelo poder político e pela sociedade civil.

As necessidades que se manifestam no espaço urbano são, em consequência da complexidade do direito à cidade, as mais diversas, ensejando o seu pleito perante o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário no âmbito do equacionamento desses conflitos é de extrema relevância, impondo, assim, a realização de pesquisa jurisprudencial⁹ sobre o tema do direito à moradia e seu conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas cidades. Averiguar qual tem sido a experiência e a tendência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro constitui, justamente, o objetivo da pesquisa no que se refere ao equacionamento desses conflitos propriamente ditos sob a ótica da justiciabilidade do direito social à moradia.¹⁰

A pesquisa contará, ainda, com o levantamento e a sistematização de acórdãos, segundo palavras-chave, privilegiando os conflitos envolvendo o direito à moradia e meio ambiente apreciados pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro.

As palavras-chaves selecionadas como critérios para a identificação e sistematização da jurisprudência constituem verdadeiras chaves de sentido. Isso porque permitem a reflexão que encaminha para a redefinição e produção de novos conteúdos do texto, constituindo de forma plena categorias analíticas.

⁹ O conceito de jurisprudência adotado é o de SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, p. 30, para quem a jurisprudência é “o conjunto, não necessariamente homogêneo, de decisões prolatadas pelos órgãos julgadores componentes do sistema Judiciário”.

¹⁰ Entende-se aqui por justiciabilidade do direito social à moradia o seu atributo de ser objeto de pleito em juízo. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos, ver artigo de PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas*, 2005.

O referido recorte espacial foi escolhido em virtude dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e Rio de Janeiro serem responsáveis pelo julgamento de demandas das duas maiores metrópoles do país, onde estão situadas suas respectivas capitais¹¹, apresentando uma gama enorme de demandas judiciais envolvendo os conflitos entre direito à moradia e a preservação urbano-ambiental. Além disso, a escolha foi norteada pelo fato de São Paulo e Rio de Janeiro serem os Estados da Região Sudeste onde se encontra a maior parte da população urbana. Além dessas especificidades, em virtude de pesquisas realizadas anteriormente, a escolha do Rio de Janeiro e de São Paulo permite mais amplo acesso a fontes documentais. A acessibilidade a esses Tribunais também é muito maior, tendo em vista o fato de serem a primeira instância recursal, o que permite a obtenção de uma medida mais exata da quantidade e qualidade dos casos existentes.

Quanto ao recorte temporal, a pesquisa jurisprudencial será efetuada no período compreendido entre os anos de 1995 e 2005. Justifica-se o referido recorte, tendo em vista a data de promulgação da Constituição Federal (05 de outubro de 1988), do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil (10 de julho de 2001 e 10 de janeiro de 2002, respectivamente), e considerando um tempo razoável para que as demandas venham a ser objeto de julgamento na 2ª instância permitindo aos respectivos Tribunais apreciá-las em conformidade com a legislação em vigor, que representa significativo marco institucional do Direito Urbanístico e da nova ordem constitucional de 1988.

No entanto, cumpre esclarecer que a pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontra certas limitações que, inevitavelmente, serão repassadas para este trabalho. A pesquisa virtual viabilizada pelo *site* do Tribunal em tela permite apenas que se consultem duzentas (200) ementas por vez, restringindo o universo da pesquisa. Além disso, não há como efetuar a pesquisa por período, uma vez que não é possível delimitar o ano no qual se pretende obter informações dos julgados. No que diz respeito ao acesso ao inteiro teor das decisões, somente é possível obtê-las em relação aos acórdãos julgados a partir de 1998, desde que as ementas disponibilizem o número do processo e a data de julgamento.

¹¹ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15 de junho de 2005.

Devido a essas dificuldades, a pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo será realizada, no caso de algumas das palavras-chaves, por amostragem, tentando-se, ao máximo, obter a mais variada gama de julgados.¹²

A análise da jurisprudência buscará observar o referencial teórico e normativo adotados na fundamentação dos acórdãos estudados, além de verificar quais são as partes envolvidas na demanda, qual fora a decisão monocrática anterior que ensejou o recurso e qual tem sido o alcance dos tratados de direitos humanos e da proteção constitucional ao direito à moradia.

A caracterização das tendências dos julgados será especialmente norteadada pelos princípios do direito urbanístico e ambiental, permitindo identificar o marco teórico e normativo predominante nas decisões.

As categorias analíticas também constituem palavras-chaves selecionadas para orientar a pesquisa. Assim, tendo em vista o tema da dissertação, que envolve os conflitos referentes ao direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas cidades, foram escolhidos os seguintes vocábulos e referências normativas: moradia, área de preservação, meio ambiente, habitação, direitos humanos, direitos fundamentais, Lei 6766/79, Lei 10.257/01, Código Florestal, Lei 4771/65, direito e cidade, Estatuto da Cidade, ambiente natural, ambiente construído, ocupação, assentamento, princípios de direito urbanístico, princípios de direito ambiental, plano diretor, Lei Complementar 16/92 e lei orgânica do município.

Algumas palavras e referências normativas selecionadas para a pesquisa no TJSP, devido às peculiaridades da pesquisa no *site* do respectivo Tribunal, diferem das palavras escolhidas para o TJRJ. Assim, no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo temos, além dos vocábulos descritos acima, com exceção do vocábulo ocupação, os seguintes: meio ambiente e cidade, Lei 6766, Lei 10257, direito à cidade, uso e ocupação e lei orgânica do município de São Paulo.

Outra observação importante a ser feita é a de que no curso da pesquisa jurisprudencial, o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformulado. Os resultados obtidos de acordo com a nova forma de pesquisa

¹² Recentemente o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformulado e são disponibilizados um número maior de acórdãos. Porém, a pesquisa ainda não pode ser feita por período e o acesso ao inteiro teor continua sendo possível somente a partir das decisões datadas de 1998.

disponibilizada no *site* dizem respeito às seguintes palavras-chaves: habitação, direitos fundamentais, direito à cidade e Lei 10.257.

5.3

Quadro dos acórdãos levantados no TJRJ segundo a incidência das palavras-chaves

	Total	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Moradia	501 6	79 2	96 0	71 0	44 0	34 1	37 2	35 0	53 0	27 0	13 0	12 0
Área de preservação	82 13	10 3	22 1	15 1	9 2	3 1	7 2	5 1	8 2	1 0	1 0	1 0
Meio Ambiente	383 27	50 3	75 5	75 4	51 5	23 3	30 0	23 1	16 3	12 1	19 2	9 0
Habitação	831 3	117 0	148 0	127 0	90 0	71 0	77 0	50 2	56 0	36 1	38 0	21 0
Direitos Humanos	186 0	50 0	30 0	28 0	16 0	10 0	13 0	16 0	8 0	4 0	9 0	2 0
Direitos Fundamentais	1133 2	302 2	296 0	210 0	109 0	40 0	52 0	51 0	39 0	10 0	19 0	5 0
Lei 6766/79	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Código Florestal	2 0	1 0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1 0
Lei 4771/65	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Direito e cidade	220 5	33 0	54 2	48 2	22 0	11 0	20 0	6 0	8 0	6 1	8 0	4 0
Lei 10.257/01	0	0	0	0	0	0	XX	XX	XX	XX	XX	XX
Estatuto da Cidade	16 1	10 0	2 1	3 0	1 0	0	XX	XX	XX	XX	XX	XX
Ambiente natural	30 1	9 0	12 0	2 0	3 1	1 0	0	1 0	1 0	0	1 0	0
Ambiente construído	2 1	1 0	0	0	0	0	0	0	1 1	0	0	0
Ocupação	1325 10	123 2	176 2	145 1	142 0	74 3	133 1	102 0	87 0	37 0	52 1	34 0
Assentamento	107 3	22 1	8 0	16 0	13 1	11 1	13 0	7 0	6 0	6 0	4 0	1 0
Função social da propriedade	356 0	40 0	99 0	78 0	72 0	31 0	27 0	7 0	2 0	0	0	0
Princípios de direito urbanístico	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Princípios de direito ambiental	19 3	2 2	2 0	8 0	3 0	0	0	1 0	0	1 0	2 1	0
Plano Diretor	57 0	11 0	14 0	16 0	9 0	1 0	2 0	2 0	1 0	0 0	1 0	0 0
Lei Compl. 16/92	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lei Orgânica do Município	748 1	117 1	131 0	52 0	55 0	29 0	32 0	16 0	18 0	14 0	18 0	18 0

A análise dos acórdãos indica, em primeiro lugar, considerado o espaço temporal pesquisado, a escassez de casos envolvendo o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que no universo temporal de 1995 a 2005, ou seja, dez anos, o *site* fonte da pesquisa contém apenas 75 julgados, indicando, portanto, que tais conflitos, embora sejam reconhecidos na literatura e na realidade social brasileira, não foram, em sua maioria, judicializados.

Outro aspecto interessante e que merece atenção é que se observa um aumento gradativo de casos em que a incidência da palavra-chave “direitos humanos” é citada nos acórdãos. Porém, ainda que tenham se tornado mais constantes, permanece restrito o número de acórdãos que lhe fazem menção, apesar da reconhecida importância e alcance internacional dos direitos humanos na atualidade. É relevante registrar que nenhum dos casos onde a palavra-chave “direitos humanos” foi encontrada dizia respeito a julgado envolvendo a moradia e o meio ambiente.

Constatar que no discurso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não se inclui o conceito de direitos humanos em causas que julgam os conflitos envolvendo a moradia, realização da dignidade da pessoa humana enquanto direito humano fundamental, é inadmissível, mesmo porque considerando que a categoria é referenciada em outros julgados, não poderemos deduzir que se trata de desconhecimento da relevância dos direitos humanos para a fundamentação da tutela jurídica.

Não estando presentes nas causas que dizem respeito aos conflitos entre a moradia e o meio ambiente parece indicar uma restrição setorializada dos fundamentos dos direitos humanos. Nesse sentido, talvez deva se observar que os textos normativos nacionais utilizam de forma parcimoniosa o conceito¹³.

Os direitos fundamentais, por sua vez, tiveram um aumento considerável no número de citações em acórdãos, passando de 5 referências em 1995 a 302 em 2005, sendo interessante registrar que nos últimos 5 anos a incidência foi muito ampla, pois registramos 53 ocorrências no ano 2000, 40 em 2001, 109 em 2002,

¹³ Encontramos menção ao termo “direitos humanos” na Constituição Federal, art. 4º, II; e no Decreto 678/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

210 em 2003, tendo um total de 296 no ano de 2004.¹⁴ Tudo indica, porém, que a moradia tem sido muito raramente considerada um direito fundamental pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em virtude da sua ocorrência em somente dois dos julgados analisados, que convém ressaltar, não diziam respeito ao conflito do direito à moradia com o direito ao meio ambiente, mas que foram relevantes porque os únicos que definiram o direito à moradia como um direito fundamental. Por outro lado, há uma progressiva incidência da palavra-chave “direitos fundamentais” nos conflitos atinentes ao direito à saúde e direito do consumidor.

A categoria “direito à cidade”, institucionalizada em nosso ordenamento constitucional em 1988, pouquíssimas vezes tem sido mencionada nas decisões do referido Tribunal. A sua inexpressiva incidência, apesar da palavra direito à cidade ter conteúdo importante para o ordenamento jurídico brasileiro, demonstra que o conceito não foi incorporado pelo Tribunal, observando-se apenas 5 julgados distribuídos em um caso em 1997, dois casos em 2003 e dois em 2004.

O conceito “cidade” não apresenta relevante incidência no discurso presente nos julgados analisados, pois ele nunca aparece como sujeito ou objeto nas decisões.

Promulgado em 2001, o Estatuto da Cidade também parece não ter o devido reconhecimento, uma vez que a sua referência foi observada em apenas um caso no ano de 2004.

Existe, assim, uma lacuna real no que diz respeito à tutela do direito à cidade no âmbito dos julgados que envolvem conflitos entre o direito à moradia e o meio ambiente. No intuito de compreender este quadro, podemos levantar algumas razões ou hipóteses que podem ter corroborado, entre elas: a rara incidência dos conceitos-chaves, o não reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental e até mesmo o fato das demandas, em sua maioria, terem sido oriundas do Ministério Público que reconhecidamente tutela causas coletivas, realizando com grande responsabilidade e eficiência sua função

¹⁴ “(...) também o Judiciário foi chamado a dar sua contribuição para a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídico-privadas. (...) quando o juiz civil deve interpretar e definir o alcance concreto de certas previsões normativas do código civil, deve ele levar em consideração, como verdadeiras “linhas diretivas”, o sentido dos direitos fundamentais”. FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 45 e 47.

de curador do meio ambiente, mas que no entanto pode estabelecer uma dicotomia com sérias conseqüências caso se compreenda que a tutela do meio ambiente, reconhecidamente um direito coletivo, está em campo oposto à tutela dos direitos individuais, se assim for reconhecido o direito à moradia.

Afinal, historicamente, o direito à moradia foi sempre considerado direito privado protegido pelo Código Civil, como se pode observar da redação do Código Civil de 1916 em que não havia nenhuma citação expressa da moradia, e do próprio texto do Código Civil de 2002 em que a palavra moradia ainda aparece de forma bastante tímida.

Portanto, foi observado que o Tribunal, majoritariamente, privilegiou em suas decisões o direito ao meio ambiente. E, sistematicamente, na fundamentação dos julgados, desconsiderou as questões que envolviam o direito à moradia, destacando-se raros exemplos em que a questão habitacional foi considerada como um dos eixos do conflito.

Sobre as decisões judiciais, cabe ainda registrar o quanto tem sido limitada a fundamentação teórica e normativa nos julgados levantados. Preponderantemente, observaram-se citações legislativas que já haviam sido mencionadas pelas partes durante o processo, sem o enriquecimento do conteúdo do acórdão com novos textos normativos que pudessem contribuir para solucionar a questão. Em relação à fundamentação teórica, ficou evidente que o Tribunal restringe bastante a sua utilização, fazendo-o em raríssimas ocasiões.

Observa-se, ainda, que nas raras vezes em que observamos a indicação de marco teórico e normativo, a fundamentação foi excessivamente técnica e processual, mitigando a importância do direito material na solução das demandas. Com isso, o Tribunal manteve-se preso às formalidades e foi bastante breve na abordagem do direito material, tendo até mesmo, em determinados casos, deixado de apreciá-lo em nome da discussão de pontos estritamente processuais como, por exemplo, questões ligadas à legitimidade passiva da demanda e à adequação da medida utilizada, entre outros aspectos.

Em relação aos direitos coletivos e a sua compreensão pelo Poder Judiciário, primeiramente é preciso admitir que a solução dos conflitos na sua dimensão molecular¹⁵ permite mais fácil acesso à justiça, pois possibilita que todos os

¹⁵ “Dimensão molecular” é a expressão utilizada por Ada P. Grinover para denominar as demandas coletivas. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*

envolvidos no problema do qual decorre a ação sejam beneficiados pelo ingresso em juízo, acarretando, inclusive, menores custos em comparação à interposição de diversas ações individuais, além de evitar decisões contraditórias acerca do mesmo objeto.

Porém, é preciso admitir que no campo da concreção os direitos coletivos necessitam de individualização. O processo civil prevê, desde a legitimidade para a proposição da ação, que se concentra numa associação ou no Ministério Público, por exemplo, até a dimensão da eficácia da sentença, a necessidade de individualização. Isso significa que as questões coletivas não são possíveis de se enfrentar plenamente com o direito dado.¹⁶

A necessidade de representação do coletivo nas demandas pode, então, ser questionada, pois até que ponto é possível construir uma representação coletiva que não traia a sua identidade coletiva?¹⁷

De acordo com Miguel Baldez, “é preciso abrir brechas para uma nova subjetividade”¹⁸. Essa subjetividade deve ser coletiva e compreendida a partir da ação política dos movimentos, que devem ter a sua personalização discutida.

Segundo referido autor, a subjetividade é algo aberto, em construção. Os movimentos, por sua vez, são uma demanda de sujeitos. Essa nova subjetividade contraria o direito colocado em códigos. É preciso pensar o direito como potência, passível de atravessar uma dimensão coletiva.

O ordenamento jurídico atual limita o coletivo dos movimentos. Segundo Miguel Baldez, citando Pontes de Miranda, o Direito estava baseado na concepção

pelos autores do anteprojeto, p. 729; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*, p. 19 a 39. Neste artigo a autora se posiciona acerca do acesso à justiça: “Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser uma promessa vã. Facilitá-lo, por intermédio de ações coletivas, é um grande avanço, assimilado pelo direito processual brasileiro. Mas admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente úteis só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores com relação à justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário”.

¹⁶ Essa tese é defendida por Miguel Baldez, que concedeu-nos uma entrevista em 06 de fevereiro de 2006, no Rio de Janeiro.

¹⁷ Pergunta de Miguel Baldez, que questiona a legitimidade da representação, sugerindo que os movimentos coletivos devem ser “presentados” e não “representados”, pois eles devem “presentar” a si mesmos. Entrevista concedida em 06 de fevereiro de 2006, no Depto. de Direito da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro. Também encontramos tal posicionamento de Miguel Baldez em seu artigo *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p. 91.

¹⁸ Entrevista realizada com o Prof. Miguel Baldez em 06 de fevereiro de 2006, no Rio de Janeiro.

de que só existe direito subjetivo se houver uma outorga de direito objetivo. Ou seja, deve haver uma relação do sujeito com o bem jurídico. Essa concepção não dá espaço para o coletivo.

A escassez de demandas propostas por moradores também merece destaque. Ela pode estar ligada ao medo do despejo ou de chamar a atenção para suas condições de ilegalidade, conforme fora afirmado por Boaventura de Souza Santos em estudo efetuado numa favela do Rio de Janeiro.¹⁹ Além disso, Boaventura atenta para o fato de juízes e advogados serem vistos como muito distanciados das classes baixas para poder entender as suas necessidades e aspirações, sendo também serviços muito caros.²⁰

A seguir foram selecionados nove acórdãos do TJRJ para serem analisados mais detidamente. O critério de escolha destas decisões levou em consideração o fato de representarem a questão principal da dissertação, qual seja, o contexto do conflito entre o direito à moradia e a preservação do meio ambiente nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ou aqueles julgados que melhor realçaram a relevância do direito à moradia.

5.3.1

Principais casos selecionados no TJRJ

Nº do Processo do TJRJ	Data do julgamento	Tipo de ação e Partes	Pedido ²¹	Legislação Aplicada	Marco Teórico	Decisão do Tribunal
1995.002.02200	09/04/1996	Agravo de Instrumento em Ação Civil	Apreciação do pedido liminar na ação principal para manter o	Art. 129 e 225, CF Art. 5º, §1º, Lei 7347/85 ²²	Conceito legal de poluidor ²⁶ Responsabilidade e municipal	Provimento do Recurso de Agravo por

¹⁹ SANTOS, Boaventura Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*.

²⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, p. 113.

²¹ O pedido, segundo Humberto Theodoro Jr., “exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. (...) É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.318.

		Pública Agte.: Ministério Público Agdo.: Município do Rio de Janeiro	município no pólo passivo da ação e determinar-lhe que delimite a área de proteção ambiental invadida no Penhasco Dois Irmãos e cadastrar as construções existentes no local	Art. 39, IV, Lei 6938/81 ²³ Art. 443, Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro ²⁴ Art. 22, Código Florestal ²⁵	Rodolfo de Camargo Mancuso - defesa de interesses difusos pelo princípio da solidariedade	unanimidade
1998.002.00781	26/05/1998	Agravo de Instrumento em Interdito Proibitório Agte.: Município do Rio de Janeiro Agdo.: Espólio de Monoel Pinto Jr. e outra	Permitir a atuação administrativa do Município na área ambiental ocupada pelos agravados	Art. 572, Código Civil de 1916 Art. 2º, 3º e 5º, §2º, Lei 1912/92 ²⁷	Hely Lopes Meirelles - conceito de polícia administrativa geral e especial	Provimento do recurso por unanimidade

²² Lei que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

²³ Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

²⁴ Não consta o número da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro no *site*: www2.rio.rj.gov.br/pgm/LeiOrganica/leiorganica.html, consultado em 20 de janeiro de 2006. O art. 443, da LOMRJ dispõe: "Qualquer construção ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença é sujeita a interdição, embargo ou demolição, nos termos da legislação pertinente, executadas aquelas localizadas nas áreas de regularização fundiária conforme previsto em legislação específica".

²⁵ Lei 4771/65.

²⁶ Art. 3º, Lei 6938/81: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV. poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.

²⁷ Lei que criou a Área de Proteção Ambiental do Morro dos Cabritos e Morro da Saudade.

2001.002.04085	10/10/2001	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública Agte.: Ministério Público Agdo.: Município de Niterói	Retirar invasores e demolir construções irregulares edificadas no Morro do Cavalão na vertente voltada para o Bairro de São Francisco	Art. 526, Código de Processo Civil	Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação	Parcial provimento ao recurso por unanimidade para que o agravado tome providências para evitar o alargamento da área já ocupada por construções irregulares em área de preservação
2002.001.05493	13/11/2002	Apelação em Ação Indenizatória Apte.: Município de Rio das Ostras Apdo.: Romildo de Souza	Considerar legal a demolição sumária da casa do apelado erguida em área de preservação ambiental não impondo ao Município o pagamento de indenização	Lei 4771/65 ²⁸ Lei 9605/98 ²⁹ Código de Obras do Município de Rio das Ostras ³⁰	Área de preservação permanente Construção irregular Exercício do poder de polícia	Provimento ao recurso por unanimidade
2002.004.01892	26/02/2003	Mandado de Segurança Impte.: Gabriela Lomba	Fazer com que a autoridade coatora abstenha-se de praticar qualquer ato que importe	Art. 6º, CF Decreto Municipal 22.317/02 ³¹	Direitos sociais – direito à moradia Voto vencido: Impossibilidade de regularização	Concede a segurança, por maioria de votos

²⁸ Código Florestal.

²⁹ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

³⁰ Lei 208/96. Para obter o inteiro teor da lei que institui o Código de Obras de Rio das Ostras, consultar:

http://www.pmro.rj.gov.br/modules.php?name=Downloads&d_op=viewdownload&cid=3. Acesso em 24 de janeiro de 2006.

³¹ Decreto que ordena a demolição do prédio em vive a impetrante.

		Araújo de Oliveira repres. pela mãe Cristina Maria Lomba de Araújo Réu: Prefeito do Rio de Janeiro	na demolição do prédio em que está localizada sua moradia			
2004.001.11576	24/08/2004	Apelação em Embargos de Terceiro (interposto em Reintegração de posse) Apte.: Edvaldo Gomes de Araújo e outros Apdo.: Condomínio do Edifício Parque Residencial Laranjeiras	Os apelantes requerem o seu reconhecimento como terceiros e não como partes legítimas, como considerou a sentença dos embargos. Por isso, alegam que os efeitos da sentença que concedeu a reintegração de posse aos proprietários do imóvel que eles ocuparam não pode atingí-los.	Art. 505, Código Civil de 2002	Propriedade e posse Condomínio - coletividade Função social da propriedade	Denegam o recurso por unanimidade
2004.001.18744	06/10/2004	Apelação em Ação Civil Pública Apte.: Município de Niterói	Pleiteia o chamamento da União e do Estado do Rio de Janeiro como litisconsortes passivos	Art. 30, VIII, CF Art. 182, CF Art. 358, VIII e 358, Constituição	Padrões urbanísticos e bem-estar da população Princípio da legalidade Hely Lopes	Negam, por unanimidade, provimento ao recurso e confirmam parcialmente a sentença

		Apdo.: Ministério Público	necessários, assim como os moradores da área e requer a improcedência do pedido de delimitação da área ocupada pela Favela do Cavalão com a construção de um muro, de forma a permitir o controle do crescimento da favela com a devida fiscalização	o do Estado do Rio de Janeiro	Meirelles: princípio do interesse público Celso Antonio Bandeira de Mello: discricionariedad e	em reexame necessário para isentar o Município do pagamento das custas processuais
2004.002.04292	16/02/2005	Agravo de Instrument o em Ação Indenizatór ia Agte. 1: Heraldo Soares Vieira Agte. 2: Amarílis Bernacchi Alves e Prata Agdo.: Município do Rio de Janeiro	O 1º agravante requer seja garantido o seu direito de retenção pelas benfeitorias e a 2º agravante requer o direito de não ser desalijada de seu lar, <i>manu militari</i> , antes e independenteme nte da medida judicial pertinente	Art. 17 e 273, Código de Processo Civil Dignidade da pessoa humana e direito à moradia Art. 5º, XXII, CF Art. 1º, CF	Bem público de proteção ambiental dignidade humana direito à moradia Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery - litigância de má- fé	Parcial provimento ao recurso por unanimidade para determinar apenas que o 2º agravante possa permanecer no imóvel enquanto o agravado não adotar providências cabíveis
2005.001.03660	07/06/2005	Apelação em Ação	Permanência dos apelantes na	Dec. 2365 Serla ³²	Dano ambiental Ocupação	Denega o recurso por

³² Decreto que define área *non aedificandi* situada na Faixa Marginal de proteção ambiental, entre a margem direita da Via Parque e a Lagoa da Tijuca.

		Civil Pública Apte.: José Deolindo de Oliveira Filho e outros Apdo.: Município do Rio de Janeiro	faixa marginal de proteção ambiental da Lagoa da Tijuca por eles ocupada	Lei 4771/65, art. 2º ³³ Art. 37, §6º, CF	irregular	unanimidade
--	--	--	--	---	-----------	-------------

5.3.2

Análise dos principais acórdãos do TJRJ

5.3.2.1

TJRJ, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1995.002.02200, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Martinho Campos, julgamento em 09.04.96.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual por danos causados ao meio ambiente em face do Município do Rio de Janeiro, requerendo que o réu demolisse construções situadas na encosta da Avenida Niemeyer, entre os números 550 e 720, acima da quota cem do nível do mar. Liminarmente, o autor pediu para que a área invadida fosse delimitada com cercas e placas e que as construções existentes no local fossem cadastradas com posterior envio ao Juízo de 1ª instância de “croquis” identificando as edificações.

O Município do Rio de Janeiro interpôs agravo de instrumento alegando sua ilegitimidade passiva por não ser o causador da poluição ambiental, mas sim os ocupantes da área. Alegou também a existência de litisconsórcio necessário da União que tombou a área, cuja fiscalização compete ao IBAMA e ao Costituto Estadual de Florestas, e litisconsórcio com os ocupantes e proprietários da área. Além disso, sustentou a incompetência absoluta do juízo por ser a área tombada pela União.

³³ Código Florestal.

O juízo de 1ª instância exerceu a retratação em relação ao 1º agravo por ter considerado a discussão de grande complexidade jurídica, envolvendo indagação plúrima de responsabilidade, revogando a liminar concedida.

Desse despacho, o Ministério Público interpôs outro agravo, remetido ao Tribunal, objeto da presente análise.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso. O Município manifestou-se pelo desentranhamento do parecer alegando que o Ministério Público é autor da ação e não pode funcionar ao mesmo tempo como fiscal da lei.

O Tribunal acolheu as alegações do Município e determinou o desentranhamento do parecer. Quanto à retratação do juízo monocrático, o Tribunal chamou a atenção para o fato de que não pode o juiz deixar de decidir as questões suscitadas pelas partes a pretexto de sua complexidade.

Assim, passou a decidir nos seguintes termos.

A legitimidade passiva, segundo o juízo de 2ª instância, “decorre da conceituação de poluidor” dada pela Lei 6938/81, em seu artigo 3º, VI. Como o Município tem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, impedindo sua degradação, e o dever legal, na forma do artigo 443, da Lei Orgânica, de interditar, embargar ou demolir, segundo o texto legal, “qualquer construção ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença”, ele é responsável indireto pela degradação. Assim, a ação civil pública foi contra ele corretamente dirigida.

Quanto ao litisconsórcio passivo necessário, a ação civil pública tem suas peculiaridades, pois destina-se à defesa de interesses difusos, sendo regida pelo princípio da solidariedade - que permite que o autor escolha contra quem demandar. Por isso, conforme afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, a reparação pode ser exigida de todos e de qualquer um. Assim, também fica afastada a competência da Justiça Federal.

Assim, acordaram os Desembargadores, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do Ministério Público a fim de evitar que a ocupação ainda incipiente progrida desordenadamente.

Analisando o julgado, foi possível observar que a discussão acerca da fundamentação do conflito fica restrita ao campo do direito ao meio ambiente na perspectiva da responsabilidade do Poder Público em preservar, fiscalizar e evitar a degradação das áreas de preservação.

Em nenhuma parte da sentença, tanto na argumentação das partes quanto do Tribunal, foi abordada a questão do direito à moradia das pessoas que ocupam a área do Morro Dois Irmãos. Pode-se sugerir ao menos duas razões pelas quais a argumentação não seguiu esta linha: ou porque não havia pertinência com a demanda levada ao Poder Judiciário, ou porque de fato o direito à moradia não tem sido reconhecido pelo Tribunal.

No entanto, é certo que o Poder Público tem o dever de garantir o direito à moradia daqueles que estão residindo no Morro Dois Irmãos. Não basta promover a demolição das construções irregulares sem oferecer alternativas de regularização ou de moradia em locais próximos para a população. Aliás, a remoção dos moradores é medida admissível apenas nos casos de área de risco, ou seja, trata-se de exceção, segundo a legislação vigente³⁴.

A solução para o problema da degradação ambiental, na visão das partes e do Tribunal, ignora o problema social que é o déficit habitacional associado à ocupação de áreas de preservação ambiental.

O Município, ao arguir a solidariedade passiva da União e do Estado na presente demanda, parece buscar transferir a outrem a sua responsabilidade pela fiscalização e recuperação do meio ambiente. E ao atribuir a culpa pela degradação do meio ambiente aos moradores da área objeto da demanda, também demonstra tentar esquivar-se de tal responsabilidade.

Dessa forma, observamos que a discussão a respeito dos direitos sociais à moradia e ao meio ambiente no contexto da cidade sustentável não é trazida à baila, ficando a argumentação centrada apenas na atribuição ou não da responsabilidade a um dos entes da Federação. Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁵ a isso atribui o conceito de “mecanismo de dispersão”, que pode se dar de duas formas: através da ahistoricização dos conceitos ou por meio do deslocamento da

³⁴ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- a) laudo técnico do órgão responsável;
- b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

³⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, 2003.

discussão para um campo estritamente técnico, desconsiderando a realidade dos fatos e inviabilizando a aplicação do princípio da equidade e da hermenêutica que privilegia a razoabilidade, como é o caso dos autos.

Contudo, observa-se que apesar do discurso ter sido deslocado para o campo técnico, de fato não faz desaparecer o conteúdo político-social do conflito. Afinal, não se garante a neutralidade da discussão jogando-a para o campo estritamente técnico.

5.3.2.2

TJRJ, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1998.002.0781, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Roberto Wider, julgamento em 26.05.98.

Cuida-se de agravo de instrumento requerido pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão que concedeu liminar, após justificação de posse, em ação de interdito proibitório, em área de proteção ambiental do Morro dos Cabritos, no município do Rio de Janeiro, Bairro de Copacabana, suscitando o agravante tratar-se de legítima e regular atuação municipal na área ambiental, restringindo a construção de edificações em desconformidade com as normas edilícias.

O Tribunal entendeu que o direito de posse dos agravados não lhes confere nenhum direito de erguerem na área usucapienda, de preservação ambiental, construções irregulares. Assim, devem obedecer os limites do direito de construção, uma vez que dentro dos limites de unidade de conservação ambiental não há que se falar em proteção possessória.

O recurso da Municipalidade foi provido, por unanimidade.

Analisando o julgado, notou-se que, mais uma vez o Tribunal apenas analisou a questão sobre o âmbito do direito ao meio ambiente. O direito à moradia não é considerado no mesmo patamar do direito à preservação ambiental, segundo se pode depreender do acórdão.

Apesar da área ser de usucapião, havendo inclusive ação em andamento, e comprovada a presença de habitações, a discussão toda ficou restrita à questão ambiental e, principalmente, ao exercício do poder de polícia administrativa do Município.

Ao tutelar a área de preservação instituída pela Lei Municipal 1912/92, o Tribunal deixou de considerar que a proteção possessória não deve estar condicionada ao local em que a área está situada. O direito à moradia não é garantido constitucionalmente mediante condições.³⁶ Ele é pleno, auto-aplicável e fundamental para a promoção da dignidade humana.

Em relação ao poder de polícia municipal, o relator do acórdão adota o conceito de Hely Lopes Meirelles³⁷, valendo consignar que toda a argumentação gira em torno da constatação de que o poder de polícia administrativa especial cuida de ações que afetem bens de interesse coletivo, como é o caso do meio ambiente, autorizando o Poder Público a restringir o direito individual em benefício do bem-estar da coletividade.

Nota-se, portanto, que o Tribunal atribui ao direito à moradia e à posse a qualidade de direito individual, não os reconhecendo como direitos sociais e, conseqüentemente, como bens jurídicos coletivos de interesse social em igualdade de tratamento com o direito ao meio ambiente.

A contrario sensu, apesar de buscar fundamentação nos direitos coletivos e no bem-estar da coletividade, o Tribunal não traz a baila qualquer discussão a respeito do direito da população que lá reside há tanto tempo e que também tem o direito de usufruir desse direito da coletividade em consonância com o seu direito à moradia.

Fica clara a tendência de atribuir-se ao direito à moradia a qualidade de matéria de direito privado como concebido no Código Civil de 1916 e nas Constituições que antecederam a de 1988, ignorando o caráter social que adquiriu após a constitucionalização do direito à moradia e, especialmente, após a consagração do princípio da função social do direito de propriedade pública e privada como previsto na Constituição Federal de 1988, ou seja, não se trata mais

³⁶ Vejamos a redação do dispositivo constitucional que tutela o direito à moradia: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Vale também ressaltar que a Medida Provisória 2.220/01, que instituiu a concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas facultada ao Poder Público (art. 5º) assegurar o exercício do direito em outro local se a área for de preservação ambiental. Assim, mesmo que o Município considere necessária proteção da área ocupada, ele deve garantir em outro local o exercício do direito adquirido pelos moradores.

³⁷ O livro utilizado no acórdão analisado é: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª edição, p. 115 a 117.

de mera limitação ao direito de propriedade, mas também da atribuição de deveres ao proprietário.

5.3.2.3

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2001.002.04085, Comarca de Niterói, Relator: Desembargador Milton Fernandes de Souza, julgamento em 10.10.2001.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão que, em ação civil pública, indeferiu liminar para retirar invasores e demolir construções irregulares edificadas no Morro do Cavalão.

Alega o agravante que a área é de preservação ambiental e o Município tem o dever de preservá-la. Além disso, as construções são clandestinas e não contam com licença ou autorização municipal representando perigo de lesão à área.

O agravado respondeu alegando que não é responsável pela proliferação de favelas e não pode demoli-las, tendo realizado diversas ações urbanísticas.

O Tribunal considerou que, neste feito, pretendia-se a tutela do direito à proteção ambiental de área específica, sendo que a expansão de sua ocupação irregular permite o advento de dano irreparável ou de difícil reparação, pois pode resultar na destruição permanente da flora e da fauna ainda preservadas.

Além disso, ao agravado compete promover o controle do uso e da ocupação do solo urbano. Sendo assim, foi dado parcial provimento ao recurso para que o Município de Niterói tome providências a fim de evitar a expansão da área irregularmente ocupada.

Analisando o julgado, diversos argumentos trazidos pelas partes e pelo Tribunal merecem ser discutidos.

Primeiramente, tem ficado bem claro o posicionamento do Ministério Público Estadual nas ações civis públicas: preocupa-se exclusivamente com a preservação ambiental e praticamente tem ignorado as questões que envolvem o direito à moradia, pois nas decisões aqui examinadas sempre requer a demolição das edificações irregulares sem avaliar as conseqüências sociais de tal medida.

O Município mais uma vez adota o discurso onde busca escusar-se de sua responsabilidade, alegando até mesmo não ser o responsável pela proliferação de favelas, apesar de admitir que realizou diversas ações urbanísticas no local, que

denotam não só o reconhecimento do direito à moradia dos moradores como também assume a responsabilidade no sentido da melhoria das condições da habitação.

Além disso, o planejamento urbano é de inteira responsabilidade e competência municipal³⁸, sendo que a sua falta de fiscalização e promoção de políticas habitacionais contribui muito para a geração de assentamentos irregulares.

5.3.2.4

TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, Relator: Desembargadora Mariana Pereira Nunes, julgamento em 26.04.2002.

Trata-se de ação indenizatória por danos material e moral baseada no fato da Prefeitura do Município de Rio das Ostras ter destruído a casa construída pelo autor em terreno considerado área de preservação ambiental.

Em 1ª instância a ação foi julgada procedente, tendo ensejado a interposição de recurso de apelação.

Avaliando o recurso, o Tribunal considerou que o fato de existirem outras obras irregulares na mesma área não afasta a ilegalidade da obra do apelado, não lhe dando direito à indenização.

Ademais, a Prefeitura agiu no exercício regular de seu poder de polícia, cumprindo o disposto nas Leis 4771/65, 9605/98 e no Código de Obras do Município. Assim, tratando-se de atitude legal não há porque haver direito de indenização.

O recurso foi, então, provido, reformando a sentença apelada.

Analisando o julgado, podemos afirmar que o Tribunal parece ignorar a incidência do princípio da isonomia e da razoabilidade ao caso julgado. Primeiro porque a existência de outras edificações no local inviabiliza a preservação do

³⁸ Sobre a competência municipal, destacamos o art. 30, incisos I, VIII, da Constituição Federal, que se referem, respectivamente, à obrigação de legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. A Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, por sua vez, entre outros dispositivos, em seu art. 4º, inciso III dispõe que é instrumento da lei o planejamento municipal, em especial: b) a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; h) planos de desenvolvimento econômico e social.

meio ambiente como um todo, segundo porque deixa de considerar a ilegalidade das demais construções, tratando de forma desigual o cidadão que se encontra na mesma condição dos outros ocupantes da área.

E tendo em vista que a edificação do apelado já fora demolida pela autoridade municipal, não parece razoável o Tribunal negar o direito à indenização, ainda mais pela pura aplicação da norma legal incidente ao fato. Isso porque deixam de ser analisados aí outros fatores importantes para concluir-se acerca do cabimento de indenização, como a condição social do morador, a permanência de outras construções no local, a desídia do Poder Público que não evitou a construção da residência antes que ela ficasse totalmente pronta.

A omissão da Administração Pública deve, portanto, ser levada em consideração. Uma vez que existe o dever de fiscalização das áreas de proteção e ele falha, deve ser avaliada a possibilidade de imposição de indenização ao morador que, muitas vezes, constrói a sua casa na expectativa de estar realizando algo regular já que outras moradias ali se localizam.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles acentua que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”³⁹. Tal constatação decorre do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal⁴⁰, segundo o próprio doutrinador conclui. Assim, a inação do servidor público em fiscalizar as áreas de proteção ambiental acarreta-lhe responsabilidade civil quando disso decorre lesão a direito alheio. Como consequência, “para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexó causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante”.⁴¹

Com base nesta doutrina considera-se que no caso ora analisado a omissão do Poder Público Municipal em fiscalizar a área de preservação ambiental e com isso possibilitar que ali se assentassem várias pessoas, como restou claro das alegações trazidas pelas partes, impossibilita que a demolição das moradias não gere direito à indenização.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁴⁰ Art. 37, CF – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 619

5.3.2.5

TJRJ, 15ª Câmara Cível, Mandado de Segurança n. 2002.004.01892, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Nilton Mondego de Carvalho Lima, julgamento em 06.08.2003.

Foi impetrado mandado de segurança por Gabriela Lomba Araújo de Oliveira, representada por sua mãe Cristina Maria Lomba de Araújo, visando impedir a autoridade coatora, o Prefeito do Município do Rio de Janeiro, de praticar qualquer ato que importe na demolição do prédio em que está localizado seu apartamento com fundamento de que nele reside desde outubro de 2000, e que desde tal data vem tentando regularizar a obra juntamente com os demais moradores.

Ocorre que a impetrante fora notificada a desocupar o imóvel porque o edifício será demolido.

Nas informações, a autoridade coatora alegou não ser parte legítima para figurar na demanda e não ser cabível o mandado de segurança.

O Tribunal afastou a possibilidade de ilegitimidade passiva ao considerar que a ordem de demolição constante do Decreto 22.317/02 é do Prefeito do Município.

Segundo narra o magistrado *ad quem*, Ricardo Eugenio Gomes Paseli e Maria das Dores Leite, através de Escritura Pública de Cessão de direitos de Posse adquiriram os direitos relacionados ao imóvel e ali construíram um edifício de apartamentos, vendendo as unidades. Uma dessas unidades foi adquirida pela impetrante através de escritura pública de “Promessa de Venda de Benfeitorias”.

Dessa forma, o prédio jamais poderia ter sido legalizado, pois Ricardo e Maria nunca foram proprietários do terreno. No entanto, construíram o edifício sob o olhar complacente dos fiscais municipais. E o fato está consumado.

A impetrante está residindo no imóvel construído irregularmente e sob esse aspecto ela não teria em seu favor, o *mandamus*.

No entanto, em louvável posicionamento, o Relator da decisão acentua que a impetrante tem a seu favor o aspecto social da questão, qual seja, o problema de falta de moradia no Brasil.

No caso do Rio de Janeiro, o Excelentíssimo Desembargador assevera que não se tem notícia de que o Município, através do Chefe do Executivo, tenha editado, em tempo algum, decreto determinando a regularização ou demolição das milhares de favelas construídas ao longo do tempo na cidade. Assim, prevalecendo o Decreto 22.317/02, ora impugnado, “estar-se-ia criando odiosa desigualdade” entre a impetrante e os demais moradores em situação semelhante.

E tendo em vista que o direito à moradia é um direito social constitucionalmente assegurado ele deve ser respeitado pelas autoridades públicas sob pena de sua violação manifestamente ilegal.

O Tribunal decidiu, assim, que tendo descumprido o dever de fiscalização e contribuído, portanto, para a lesão sofrida pela impetrante, deve o Poder Público procurar outra solução, concedendo a segurança, por maioria de votos, à impetrante.

Analisando o julgado, considera-se que ele possui relevância simbólica e real na discussão sobre a tutela do direito à moradia. Apesar de não apresentar um direto conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, apresenta um campo de conflito entre os moradores da área irregular e o dever da Prefeitura de exercer a fiscalização, destacando-se pela maneira como trata o direito à moradia.

O acórdão destaca-se dentre os demais porque reconhece explicitamente os problemas atinentes ao direito à moradia vividos no Brasil e, em especial, no Rio de Janeiro, bem como reafirma o referido direito como sendo um direito social constitucionalmente assegurado e fundamental para a realização da dignidade humana, objetivo do Estado Brasileiro.

Diferentemente das demais decisões, nesta o Judiciário impede que o Executivo destrua a casa da impetrante e recomenda que ele encontre outra solução que não venha a ferir e impedir o exercício do direito à moradia, que lhe está garantido, portanto, de forma definitiva.

Apesar de considerarmos um avanço esse tipo de solução, não podemos ignorar que a decisão foi por maioria de votos, ficando portanto consignado que a questão ainda está longe de ser pacífica.

No entanto, nada deve ofuscar o brilho da argumentação tecida pelo Relator do acórdão acerca do direito à moradia e sua tutela constitucional e legal. Além disso, na esteira do que fora comentado na decisão anterior, a omissão do Poder

Público na fiscalização durante a construção do prédio de apartamentos tem que ser levada em conta para reconhecer o direito da impetrante.

Tal decisão tem, portanto, caráter paradigmático no tratamento dispensado ao direito à moradia, destacando-se dentre as demais, pois embora sem confronto com o meio ambiente ressaltou a importância da tutela do direito social à moradia, afastando-se da tendência dos julgados anteriormente analisados em considerar a moradia um direito individual.

5.3.2.6

TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.11576, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgamento em 24.08.2004.

O Condomínio Edifício Parque Residencial Laranjeiras propôs ação de reintegração de posse de área contígua ao prédio que havia sido ocupada por diversas famílias. No curso desta ação, Edvaldo Gomes de Araújo e outros opuseram-lhe embargos de terceiro, alegando que são os legítimos possuidores da área pretendida. Ocorre que, em 1ª instância, foi apurado que os embargantes não ocupavam a área quando da propositura da ação. Assim, concluiu-se que invadiram a área pertencente ao Condomínio, erigindo construções irregulares e deteriorando a natureza.

Não consta também que tenham ingressado com ação de usucapião e não lograram provar a existência de posse *ad usucapiones* neste feito. Assim, tiveram seu pedido julgado improcedente pelo juízo monocrático.

Conseqüentemente, ingressaram com recurso de apelação no Tribunal de Justiça alegando que ocupavam o imóvel na época da perícia e que o apelado provou a propriedade, mas não a posse do local, contrariando as regras constitucionais de interpretação de normas de direito privado em consonância com as necessidades da sociedade.

O Tribunal considerou que a versão mais aceitável é a de que os apelantes não ocupavam o imóvel ao tempo da perícia. A grande rotatividade de invasores impede que se consiga citar todos eles e isso não poderia consistir óbice para a continuidade da ação, senão esta nunca se concluiria.

Assim, a sentença foi considerada correta pelo juízo *ad quem*.

Quanto a alegação de que o apelado tinha a propriedade da área e não a sua posse, o Tribunal afirmou que o terreno é contíguo à edificação do Condomínio e que, por isso, não há como acolher-se os argumentos dos embargantes.

Assim, concluiu que, em nome da função social da propriedade, é inadmissível que se queira estimular a invasão de propriedade alheia e a proliferação de edificações clandestinas, ilegais e lesivas ao meio ambiente, negando provimento ao recurso.

Analisando o julgado, considera-se que a função social da propriedade, ao contrário do sentido adotado pelo acórdão, não deve estar sendo cumprida pelos proprietários da área ocupada, uma vez que, se estivessem dando destinação ao imóvel, não teria sido possível a sua ocupação durante tanto tempo por tantas famílias, conforme ficou bastante evidente da afirmação de que no local há grande rotatividade de invasões.

Isso porque a função social da propriedade pública e privada, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser considerada atributo do direito de propriedade, exteriorizando-se também com imposições ao proprietário de obrigações de fazer. Trata-se do dever de agir em prol do coletivo, de dar destinação eficiente ao bem. Nesse sentido, o direito de propriedade passou por uma reavaliação que, pautada no princípio da solidariedade, atribuiu-lhe conteúdo de caráter público.

Seria interessante questionar também, no presente caso, se a opção por uma avaliação coletiva da situação fática não se impõe. Isso porque a existência de muitas moradias, reunindo inúmeras famílias, não sendo possível determinar os sujeitos individualmente, inviabiliza atingir um tratamento igualitário a todos eles. Além disso, a hipótese do usucapião coletivo urbano, previsto no art. 10, da Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, e no §4º, do art. 1228, do Código Civil de 2002, onde os moradores daquela área delimitada comprovam os requisitos necessários e todos, de forma a respeitar o princípio da isonomia, adquirem a propriedade de parte da terra, não foi levantada.

Vale a pena argumentar nesse sentido quando se percebe que pela via da usucapião individual alguns podem ver o seu direito à moradia reconhecido, enquanto outros, investidos de condições semelhantes, por não terem sido citados na ação de reintegração de posse - que há tanto tempo está em curso - correm o risco de serem removidos, muitas vezes até violentamente, do local, ampliando a

situação de conflito, havendo prejuízos como a perda do emprego e a separação de famílias.

Outro aspecto que merece destaque, como já vem sendo exposto nas análises anteriores, é a falta de fiscalização, tanto do Poder Público quanto dos proprietários particulares de terrenos, que tem sido uma das principais causas da invasão das terras.

Conforme já fora consignado na análise tecida acerca de acórdão anterior sobre a responsabilidade da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles acentua que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”⁴², gerando direito à indenização, conforme interpretação do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal⁴³.

Nesse caso, tratando-se de propriedade privada, pode-se considerar que aquele que se omite no cuidado com sua propriedade não está realizando a função social constitucionalmente prevista⁴⁴, bem como não está exercendo o seu direito em consonância com as suas finalidade econômicas e sociais, conforme disposto no §1º, do artigo 1228, do Código Civil de 2002, podendo, portanto, vir a ser privado da coisa⁴⁵.

A esse respeito é importante destacar que a função social da propriedade realmente não é princípio autorizador das invasões. No entanto, é um princípio que viabiliza a realização do direito à moradia a medida que exige que o proprietário dê um destino ao seu imóvel.

A decisão do Tribunal reflete, ao adotar essa linha de argumentação, uma posição liberal, fato que induz a predominância do conceito conservador de função social que era utilizado antes da Constituição Federal de 1988, ou seja, mera limitação ao direito de propriedade em que se impunha ao proprietário apenas obrigações de não fazer, ao contrário do conceito contemporâneo em que o

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁴³ Art. 37, CF – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁴ Conforme já fora explicado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade passou a ser atributo do direito de propriedade pública e privada, impondo deveres ao proprietário de cuidar e dar destinação à sua propriedade em consonância com os interesses sociais. Nesse sentido, a omissão do proprietário em vigiar, utilizar e dar destinação a sua propriedade cria a possibilidade dele vir a perdê-la em favor de outrem.

⁴⁵ Vide parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 1228, do Código Civil de 2002, comentados no Capítulo 4.

proprietário tem obrigações de fazer, dentre elas, exercer o direito em conformidade com os reclames sociais.

5.3.2.7

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.18744, Comarca de Niterói, Relator: Desembargadora Helena Belc Klausner, julgamento em 06.10.2004.

Cuida-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela proposta pelo Ministério Público em face do Município de Niterói objetivando a delimitação da área ocupada pela Favela do Cavalão com a construção de um muro de forma a permitir o controle do crescimento da favela com a devida fiscalização, retirando-se no prazo de 240 dias os invasores da área e exibindo projeto urbanístico para o local compreendendo o calçamento, iluminação pública, recolhimento de lixo, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, requerendo, ainda, a regeneração da área degradada.

A sentença de 1ª instância julgou procedente a ação civil pública, determinando ao Município de Niterói a execução no prazo de 240 dias de projetos de urbanização e de regeneração das áreas do Morro do Cavalão, bem como a demolição das construções irregulares, com multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais) no caso de descumprimento.

Houve interposição de recurso de apelação pelo réu que pugnou pela improcedência do pedido inicial, pleiteando preliminarmente o chamamento da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro como litisconsortes passivos necessários, assim como os moradores da referida área, aduzindo ter havido invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Município quando determina onde, como e quando realizar obras e serviços públicos.

O Tribunal, primeiramente, avaliou o pedido preliminar, considerando que o chamamento dos demais interessados para integrarem a lide não procede. Isso porque é competência constitucional do Município promover o ordenamento territorial, o planejamento, uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Assim, a Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo para assegurar o respeito à função social da cidade em nome do interesse público.

Para justificar esse posicionamento traz a contribuição de Hely Lopes Meirelles sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.⁴⁶

A alegação de invasão de competência do Judiciário na esfera do Executivo também não foi acolhida pelo Tribunal. A Constituição Federal, Estadual e a legislação infra-constitucional prevêm que o Município está vinculado ao dever de assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e isso já é o bastante para justificar a decisão do Judiciário. Nesse sentido traz o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, que considera que a discricionariedade significa apenas a liberdade da administração decidir o modo como tornará possível o alcance do objetivo da norma, não podendo fazê-lo como bem entender.

Dessa forma, o Tribunal nega provimento ao apelo, confirmando parcialmente a sentença de 1º grau em reexame necessário para isentar o Município das custas.

Analisando o julgado, embora se reconheça a necessidade de buscar soluções com o fim de prevenir futuros conflitos em virtude do adensamento de proporções imprevisíveis nas comunidades faveladas, o requerimento da construção de um muro para contenção da ocupação no Morro do Cavalão feito pelo Ministério Público é surpreendente.

Isso porque, primeiramente, a medida adotada pelo Ministério Público evidencia a segregação espacial e social que sofrem os moradores de favelas e outras ocupações irregulares, segundo porque a colocação de muros, cercas ou outras formas de tentar barrar o crescimento das ocupações é totalmente inócua, pois as famílias que lá moram, como quaisquer outras, crescem. Então, o poder público tem que encontrar uma solução para que essas pessoas possam morar de outro modo ou fazer construções verticais, se for o mais razoável.

⁴⁶ Segundo Hely Lopes Meirelles, “o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia”. In *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 95. A respeito do princípio do interesse público, ver Capítulo 02. Em relação à finalidade, cumpre ressaltar que, ao lado da incidência e da legitimidade, ela constitui um dos critérios da eficácia social da norma, sendo, portanto, importante para a concretização dos direitos legalmente previstos que ultrapassam os limites da eficácia jurídica.

Estabelecer cercas físicas ao invés de soluções cria outros problemas no que diz respeito à tutela do direito à cidade e do direito à moradia.

Enquanto não houver uma preocupação do Poder Público em promover políticas habitacionais, as invasões e ocupações continuarão ocorrendo e não é difícil “pular o muro” e construir do outro lado, pois a cidade é uma só, todos, independentemente da condição social ou espaço onde fixam moradia, têm direito à cidade.

Por outro lado, a exigência de apresentação de projeto urbanístico que compreenda o calçamento, iluminação pública, recolhimento de lixo, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, se coaduna com a perspectiva de realização do direito à cidade.

E o Município, por sua vez, ao pedir, em sede de contestação, “a convocação dos demais entes públicos responsáveis nas respectivas esferas de competência, aduzindo que a função social da cidade não é restrita ao Município, mas também têm responsabilidade o Estado do Rio de Janeiro e a União, devendo os entes públicos agirem em ação conjunta, sendo a área de interesse social e não ambiental”, reconhece a função social da cidade, imposição da Constituição Federal de 1988, dispositivo nuclear no campo da política urbana e meta na efetividade do Plano Diretor segundo o Estatuto da Cidade, apesar de estar no plano do discurso.

Isso quer dizer que, a Municipalidade reconhece a função social da cidade apesar de argumentar em outro sentido, demonstrando existir um signo de aplicação do Estatuto da Cidade, embora não o mencione expressamente.

Porém, mais uma vez é evidente que a preocupação com o meio ambiente tem suplantado outros interesses constitucionalmente protegidos, mantendo, assim, o direito à moradia, alijado das discussões levadas aos Tribunais.

Tal afirmativa é confirmada pelo pedido do Ministério Público de demolição das edificações irregulares e remoção dos moradores, que foi deferido em 1ª instância e confirmado pelo Colegiado.

Primeiramente é preciso compreender que a remoção somente é admitida nos casos de ocupações em área de risco⁴⁷. Tal risco é à vida, à integridade dos

⁴⁷ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

moradores e não do meio ambiente. Não há autorização legal e nem mesmo consenso social de remoção em casos de ocupações em área de preservação. Portanto, no presente caso, é absolutamente inaplicável a remoção dos moradores.

Além disso, é preciso salientar que o acórdão, embora confirme a hipótese de demolição das casas, não esclarece se, havendo remoção, os moradores terão outro lugar para se instalarem. E não basta assegurar a moradia em qualquer outro lugar. Deve ser um local próximo à moradia atual, que garanta acesso fácil aos transportes, ao trabalho e aos equipamentos públicos necessários para o exercício de um direito à moradia digna.⁴⁸

A presente decisão também está contrária à perspectiva do Estatuto da Cidade acerca do direito à cidade sustentável. Sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos totalmente complementares⁴⁹, não subsistindo qualquer conflito entre eles, uma vez que o Poder Público deve garanti-los, simultaneamente, no espaço urbano. E, mesmo se fosse o caso de conflito, estamos propugnando pelo diálogo das fontes⁵⁰, caso de conciliação dos interesses. Teríamos como, portanto, superar esse “conflito”.

Assim, a acolhida do Tribunal ao pedido de remoção representa a visão ainda conservadora acerca do direito urbanístico, não atentando para o falso conflito que se estabelece entre moradia e meio ambiente nas cidades.

Por outro lado, é relevante a adoção por parte do acórdão de disposições constitucionais referentes à Política Urbana, como é o caso do artigo 182, da Constituição Federal⁵¹, pois demonstra o reconhecimento do direito urbanístico,

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- d) laudo técnico do órgão responsável;
- e) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- f) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

⁴⁸ Vide conceito de direito à cidade exposto no Capítulo 2.

⁴⁹ O direito à cidade é constituído por um feixe de direitos, conforme preceito do artigo 2º, inciso I do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais*. Vol. 45, janeiro. São Paulo, 2003. e MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁵¹ O acórdão cita o art. 182, CF/88 – “A política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” E

bem como da função social do direito de propriedade, da função social da cidade e do próprio direito à cidade. Além disso, o acórdão cita também a Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁵², cabendo apenas fazer uma ressalva acerca da não adoção expressa do Estatuto da Cidade, que não foi ainda reconhecido como marco normativo das decisões.

Em relação à alegação feita pelo Município de que o Judiciário estaria invadindo a esfera de competência do Poder Executivo, substituindo-o no exercício de seu poder discricionário, algumas considerações merecem ser tecidas.

Segundo o acórdão, em definição adotada de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o fundamento da discricionariedade reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei”. Assim, mesmo a sentença tendo se encaminhado para uma solução técnico-jurídica, ao reconhecer a finalidade está atuando também no campo da eficácia social da norma e não da eficácia jurídica.

E Bandeira de Mello continua: “a discricionariedade existe, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha de providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a administração decidir a seu talante mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”. Nesse trecho encontra-se a expressão do princípio da supremacia do interesse público⁵³ e também a constatação de que as normas que atribuem à Administração Pública um poder discricionário devem ser encaradas como normas narrativas⁵⁴, a medida que servem como modelos de regra e indicações de

também o seu §2º - “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

⁵² O acórdão cita os seguintes artigos da Constituição Estadual: Art. 358 – “Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156: VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...)” e Art. 359 – “Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição da República, de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna”.

⁵³ Vide Capítulo 3.

⁵⁴ O conceito de norma narrativa foi elaborado pelo Prof. Erik Jaime e esclarecido em entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil. JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, Vol. 1. Rio de Janeiro: PADMA, janeiro/ março 2000.

caminhos que podem ser seguidos, cabendo ao seu aplicador valer-se da melhor opção.

5.3.2.8.

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2004.002.04292, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador José Carlos de Figueiredo, julgamento em 16.02.2005.

Trata-se de ação indenizatória movida por Heraldo Soares Vieira e Amarílis Bernacchi Alves e Prata em face do Município do Rio de Janeiro em que foi requerida tutela antecipada para que fosse garantido àquele o direito de retenção por benfeitorias e a esta o direito de não ser desalijada de sua casa, *manu militari*, antes de medida judicial pertinente.

Tendo em vista a não concessão pelo juízo monocrático do pedido cautelar, ingressaram os autores com agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado, sustentando que têm direito à retenção das benfeitorias erigidas no terreno de propriedade do Município, sendo arbitrária a ameaça de desocupação.

O Tribunal, porém, considerou que o pedido de reconhecimento do direito de retenção do apelante, ao menos em sede de tutela antecipada, é insubsistente, pois se afasta do requisito da verossimilhança da alegação e não condiz com o juízo de probabilidade e cognição sumária do art. 273, do CPC.

Entretanto, deu razão aos agravantes no que se refere à impossibilidade do Município desalijar a agravante *manu militari*. Isso porque o fato do bem ser público e de proteção ambiental não afasta a necessidade de se observarem questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Assim, considerando as previsões constitucionais acerca da preservação do direito à moradia, não pode a Municipalidade valer-se da auto-tutela para ingressar no imóvel, sendo condição a autorização judicial. Se o Município tivesse agido tão logo as construções tivessem sido erigidas, poderia demoli-las. No entanto, por longos anos conviveu com a ocupação indevida do imóvel e até mesmo recebeu os tributos incidentes sobre o bem, razão pela qual não pode pretender a desocupação da casa sem a utilização dos remédios legais.

O recurso, então, foi parcialmente provido para reconhecer, em sede de tutela antecipada, o direito da agravante de permanecer no imóvel enquanto o agravado não adotar as providências cabíveis.

Analisando o julgado, nota-se que já existe um reconhecimento do direito à moradia enquanto fundamental, porque o acórdão faz referência à dignidade da pessoa humana. Entretanto, esse direito não é reconhecido no mesmo patamar do direito à preservação do meio ambiente.

Outro problema desta decisão é que, muito embora tenha reconhecido o direito à moradia da autora, não afasta a possibilidade do Poder Público vir a desalijá-la em outra oportunidade em que recorrer aos meios judiciais cabíveis. Assim, o direito à moradia não está garantido definitivamente, mas apenas até que a Municipalidade intente nova ação para remover a moradora do local.

A solução dada pelo Magistrado de reconhecer o *status* da moradia como sendo equivalente ao do meio ambiente é aparente, pois ela serve apenas para discutir uma questão de procedimento. Do ponto de vista do conteúdo, não há reconhecimento do direito à moradia, pois admite a remoção, só não apoiando neste momento porque a técnica utilizada não foi adequada.

A desídia do Poder Público durante anos de ocupação não consistiu em fator decisivo para que o Tribunal se posicionasse no sentido da permanência dos moradores no local. Dessa forma, a qualquer momento, desde que utilizada a via correta, o Município poderá tomar para si a área pública habitada por inúmeras famílias.

Reprova-se essa tendência dos julgados em privilegiar a técnica em detrimento do conteúdo dos direitos em jogo. É o que ocorre, ainda, na presente decisão, quando o Tribunal deixa de avaliar o direito de retenção do agravante porque o momento processual não é adequado, pois “não condiz com o juízo de probabilidade e a cognição sumária do artigo 273, do CPC”, e avalia a litigância de má-fé suscitada pelo agravado segundo a interpretação de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.⁵⁵ Com tal comportamento, o Tribunal deixa de apreciar o direito porque o instrumental não é correto.

⁵⁵ O Tribunal utiliza-se dos comentários de NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em vigor*”.

Inconscientemente, o Tribunal incorpora o direito à moradia, mas a questão da forma prepondera no momento decisivo. A lógica jurídico-formal prepondera em última análise no fundamento da decisão.

Porém, há que se reconhecer o valor positivo da decisão a medida que abre um caminho para que o Tribunal, ao analisar definitivamente a questão, leve em consideração o direito à moradia envolvido na demanda, sendo relevante transcrever o trecho em que o magistrado assumiu a tutela do direito à moradia: “Se é certo que a Constituição Federal consagra o direito da propriedade (art. 5º, XXII), não menos correto que a mesma prevê, em seu artigo 1º, o princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, tudo intimamente ligado ao direito social da moradia e ao reconhecimento da casa como asilo inviolável”.

Além disso, ao expressamente referir-se ao “direito social à moradia”, o Tribunal está assumindo que o direito à moradia, por ser um direito social, é também um direito humano e fundamental. Tal posicionamento dá margem ainda para deduzir-se que nesta concepção está implícito o direito à cidade, que também tem *status* de direito fundamental.

É relevante também o posicionamento do Magistrado que considerou a desídia da Municipalidade em vigiar a área objeto do litígio fato relevante para que ela não possa, repentinamente, resolver tomar para si o imóvel e desalojar as famílias ali residentes.

O fato da Municipalidade ter recebido por longos anos os tributos incidentes sobre o bem constitui um signo de boa-fé e uma externalidade do domínio, já que somente se paga por aquilo que se acredita ser seu ou ter a possibilidade de vir a sê-lo.

Sobre a recusa dos agravantes em atender a notificação administrativa municipal na qual se postula a desocupação imediata do imóvel público, foi relevante o posicionamento do Tribunal que entendeu que tal atitude “não legitima a intenção do Município na demolição das construções erigidas no terreno”. Isso porque, levanta-se a questão da legitimidade, que é um dos critérios da eficácia social da norma, ao lado da incidência e da finalidade.

5.3.2.9

TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação n. 2005.001.03660, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Antonio César Siqueira, julgamento em 07.06.2005.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Município do Rio de Janeiro a fim de promover a imediata desocupação de áreas invadidas, a derrubada de construções existentes em área situada em faixa marginal de proteção ambiental.

A sentença de 1º grau decidiu pela procedência do pedido, determinando a proibição da permanência ou do retorno dos réus à faixa marginal de proteção ambiental da Lagoa da Tijuca, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Apelaram, então, da decisão, José Deolindo de Oliveira Filho e outros, bem como José Euclides da Silveira Abreu e outros.

O Tribunal iniciou a decisão ressaltando que tanto a ocupação quanto a construção no local se deram de forma indevida. A área em questão é de preservação permanente segundo o art. 2º, do Código Florestal.

A condição social dos réus não justifica, segundo o Tribunal, a prática de atos ilícitos, pois as leis ambientais tutelam direitos difusos, resguardando uma gama indefinida de pessoas, o que se sobrepõe a eventual direito coletivo à moradia de alguns, ainda mais no caso em que se trata de verdadeira invasão de bem público.

A cobrança de IPTU dos ocupantes também não altera a situação de ilicitude da ocupação. Segundo o juízo de 2ª instância, a simples cobrança de um tributo não indica qualquer concordância do poder público com a situação fática.

Em relação à demolição das edificações, o Tribunal se manifesta favoravelmente, pois a remoção dos moradores da área infere a destruição dos imóveis, bem como viabiliza a recuperação da área degradada.

Dessa forma, negou-se provimento aos recursos, por unanimidade.

Analisando o julgado, a argumentação que causa maior impacto nesta decisão é a clara sobreposição do direito ao meio ambiente sobre o direito à moradia que o Tribunal adota. Além disso, o TJRJ suscita dúvida quanto ao direito à moradia dos cidadãos, uma vez que se refere a um “eventual direito coletivo à moradia de alguns”. Ora, todos os cidadãos possuem o direito à moradia

e este não é menos importante que o direito ao meio ambiente, pois também está constitucionalmente assegurado e só tem sentido real na perspectiva da qualidade de vida humana. Afinal, o conteúdo da diretriz da sustentabilidade do Estatuto da Cidade é o alcance de uma melhor qualidade de vida aos habitantes da cidade.

Também na Constituição Federal, o conceito de meio ambiente inclui o homem, pois o meio ambiente é uno e compreendido pelo meio ambiente natural e construído, não havendo qualquer tipo de exceção.

Ademais, o direito à moradia também é um direito difuso⁵⁶ a medida que, quando constitucionalmente assegurado pelo Art. 6º, da Constituição Federal de 1988, ele se destina indiscriminadamente a todos os cidadãos brasileiros, uma coletividade não passível de identificação.

Considerar, assim, apenas o direito ao meio ambiente como sendo um direito transindividual é flagrantemente equivocado. O direito à cidade, também direito difuso e de caráter mais amplo, a medida que contempla tanto o direito à moradia quanto o direito ao meio ambiente, impede que sejam dadas interpretações como essa do Tribunal à questão. Conforme já ressaltado, sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos que devem coexistir, sendo portanto falso o reconhecimento de um conflito inerente à sua coexistência, ainda mais em se tratando de dois direitos sociais, como o são.

A garantia do direito coletivo à moradia de “alguns”, como quer dizer o Tribunal, representa a garantia do direito difuso à cidade de todos nós: uma cidade única, plena, que realiza os direitos sociais de seus habitantes em seu âmbito urbano e rural segundo uma concepção de Plano Diretor que viabiliza a política urbana, que promove a integração social, que se interessa com o bem-estar coletivo e que é, verdadeiramente, a cidade de todos.

Pode-se aferir que a decisão adota uma linha muito específica que não privilegia o direito à moradia, pois trata da remoção das famílias, bem como da demolição de suas casas como um fato bastante natural decorrente da definição legal de que a área ocupada é de preservação permanente.

Não há qualquer avaliação do impacto social que esta decisão causará e das conseqüências que dela podem advir, inclusive de responsabilidade do Poder

⁵⁶ O direito difuso é indivisível e os titulares deste direito não são passíveis de determinação, individualização. Conceito de GRINOVER, Ada Pellegrini. da Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 743.

Executivo, além do que, conforme já se teve oportunidade de ressaltar, a remoção não é permitida em casos de área de preservação, apenas admitindo-se nos casos de área de risco.⁵⁷

Em relação ao posicionamento do Tribunal acerca da cobrança de IPTU dos ocupantes, estabelece-se um grande contraponto com a decisão anteriormente analisada (item 4.3.2.8). Isso porque, segundo o presente acórdão, o pagamento do tributo por parte dos ocupantes não altera a sua situação de ilicitude, enquanto para a decisão anterior o mesmo pagamento servia para confirmar a desídia do Município em fiscalizar e proteger, devidamente, a área ocupada. Nesse sentido, é necessário destacar-se novamente que o pagamento de tributos é signo de boa-fé e externalidade do domínio, devendo beneficiar os ocupantes pois agiam como se fossem proprietários da área.

5.4 Quadro dos acórdãos levantados no TJSP segundo a incidência das palavras-chaves

	Total	S/Data	Fora	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Moradia	175 1	23 0	38 0	0	0	3 0	8 0	6 1	15 0	19 0	21 0	18 0	16 0	8 0
Área de preservação	171 18	45 6	30 0	0	0	2 1	2 0	17 1	8 2	11 0	10 1	12 3	26 4	8 0
Meio Ambiente	668 3	19 0	127 0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	25 1	29 2
Meio ambiente e cidade	16 0	1 0	1 0	0	0	0	0	1 0	0	2 0	5 0	4 0	2 0	0
Meio ambiente urbano	21 2	3 1	8 0	0	0	1 1	0	0	1 0	1 0	0 0	4 0	1 0	2 0
Habitação	270 0	105 0	63 0	1 0	0	0	0	9 0	7 0	0	0	0	8 0	8 0
Direitos	5	1	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	1

⁵⁷ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- g) laudo técnico do órgão responsável;
- h) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- i) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

Ver também a respeito o comentário das decisões n. “5.3.2.1” e “5.3.2.7”.

Humanos	0	0									0			0
Direitos Fundamentais	46	16	9	5	0	2	3	1	1	4	1	0	1	3
Lei 6766/79	0	0	0	0		0	0	0	0	0	0		0	0
Lei 6766	32	0	31	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
	0		0				0							
Lei 6766	40	3	9	0	0	0	4	4	4	3	1	4	4	4
	0	0	0				0	0	0	0	0	0	0	0
Código Florestal	128	25	26	0	0	0	6	15	13	12	7	10	8	7
	1	0	0				0	1	0	0	0	0	0	0
Lei 4771/65	3	0	2	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
	0		0								0			
Direito à cidade	58	2	1	8	4	6	1	3	3	11	7	7	5	0
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Lei 10.257	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
	0						0							
Lei 10257	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0		0											
Estatuto da Cidade	3	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	1	0
	0								0			0	0	
Ambiente natural	24	5	8	0	0	1	1	3	1	0	0	1	2	2
	1	0	0			0	0	1	0			0	0	0
Ambiente construído	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0		0											
Uso e ocupação	49	7	7	0	0	1	2	4	1	8	6	6	4	2
	6	1	0			0	0	0	0	0	0	4	1	0
Assentamento	90	25	12	0	0	0	1	0	8	9	5	12	13	5
	1	0	0				0		0	1	0	0	0	0
Princípios de direito urbanístico	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
	0										0			
Princípios de direito ambiental	26	0	0	0	0	1	2	7	3	3	5	3	2	0
	2					0	0	1	0	1	0	0	0	
Função social da propriedade	22	4	3	0	0	0	2	1	1	3	2	1	3	2
	0	0	0				0	0	0	0	0	0	0	0
Plano Diretor	15	3	6	0	0	0	0	0	0	3	0	2	0	1
	0	0	0							0		0		0
Lei 13.430/02	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lei Orgânica do Município de São Paulo	130	48	12	0	0	1	2	0	7	17	15	10	14	4
	0	0	0			0	0		0	0	0	0	0	0

Considerando o espaço temporal pesquisado, qual seja, do ano de 1995 ao ano de 2005, foi baixa a incidência de casos envolvendo o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foram apenas 35 casos identificados no universo de 10 anos pesquisado, sendo um total de dois casos em 1995; seis casos no ano de 1996; sete casos em 1997; um em 1998; dois em 1999; dois em 2000; cinco em 2001; dois em 2003; e oito casos sem data identificada.⁵⁸ A pesquisa demonstrou que o número de acórdãos pertinentes ao tema no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é menor que o número de decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

E muito embora se esteja diante de direitos humanos e fundamentais, o discurso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo parece não reconhecer tais atributos ao direito à moradia e ao meio ambiente, uma vez que não encontramos nenhuma decisão mencionando tais palavras-chaves nos acórdãos que trazem hipóteses de conflito entre os direitos estudados.

Essa constatação é relevante por diversas razões. Primeiro porque leva a questionar qual tem sido a incidência das referidas palavras-chaves no período pesquisado. Segundo porque o Tribunal já se utiliza do conceito de direitos humanos e fundamentais em outras decisões, como é o caso de demandas envolvendo o direito à saúde, demonstrando reconhecer a importância do tema para o Direito contemporâneo. E, finalmente, porque se presencia um momento de afirmação dos direitos difusos, coletivos, fundamentais e humanos, inclusive no plano internacional.

Quanto à incidência das palavras-chaves, da análise da tabela confeccionada no item 4.4, chega-se à conclusão de que o Tribunal tem utilizado ainda de forma bastante parcimoniosa os direitos humanos e fundamentais para embasar suas decisões. Isso porque foram apenas cinco julgados ao longo dos dez anos pesquisados que contiveram a palavra-chave “direitos humanos”, distribuídos da

⁵⁸ Cumpre ressaltar novamente que o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo oferece dificuldades para a pesquisa jurisprudencial. Uma delas consiste no fato de várias ementas não contarem com o número do processo e a data de julgamento. Além disso, à época da pesquisa, o *site* somente disponibilizava 200 julgados por palavra-chave pesquisada, sendo que os únicos critérios que ultrapassaram o marco de duzentas ementas foram: “meio ambiente” e “habitação”, conforme se pode verificar na tabela apresentada no início do item 5.4.

seguinte forma: um em 1995; três em 1998 e um sem data, lembrando-se, novamente, que nenhum deles tratava do direito à moradia e do direito ao meio ambiente. Em relação à palavra-chave “direitos fundamentais”, o Tribunal conta com um maior número de acórdãos, embora ainda não tenha alcançado grandes proporções na utilização do conceito, sendo um total de 46 decisões encontradas ao longo de todo o período pesquisado, distribuídas em: três casos em 1995; um em 1996; um em 1998; quatro em 1999; um em 2000; um em 2001; três em 2002; dois em 2003; cinco em 2005 e 16 que não contém a data.

Sobre a utilização dos conceitos ora analisados em outras decisões, conclui-se que existe uma restrição setorializada na utilização dos direitos humanos e fundamentais, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Outro aspecto relevante é a ausência de decisões utilizando a Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, na argumentação do TJSP, embora referida lei tenha grande importância no ordenamento jurídico atual ao passo que instituiu inúmeras diretrizes e instrumentos para uma melhor administração do espaço urbano pelo Poder Público.

Semelhante ao que ocorre no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também não tem privilegiado a palavra “cidade” em seu discurso, bem como demonstrou não ter reconhecido ainda o direito à cidade. Apesar da tabela do item 4.4 acusar um total de 58 casos utilizando a palavra-chave “direito à cidade”, cumpre observar que os julgados não trouxeram em si o conceito contido na expressão utilizada. Isso porque a pesquisa trouxe inúmeras decisões que apenas mencionavam separadamente as palavras “cidade” e “direito”, sem no entanto dotá-las do conteúdo que a Constituição Federal, a Carta Mundial do Direito à Cidade e o Estatuto da Cidade atribuíram-lhes.⁵⁹

Os princípios também não têm sido privilegiados no discurso do TJSP. Veja-se, por exemplo, o caso do princípio da função social da propriedade, previsto desde a Constituição de 1937, embora com conteúdo diverso daquele dado pela Constituição Federal de 1988⁶⁰, que teve um total de apenas 22 aparições em acórdãos, nenhum deles referente ao caso de conflito entre o direito à moradia e o meio ambiente.

⁵⁹ Sobre o conceito de direito à cidade, ver Capítulo 2.

⁶⁰ Sobre o conteúdo do princípio da função social da propriedade, ver Capítulo 3.

Em relação à baixa judicialização dos conflitos, o quadro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se mostra bastante semelhante ao do Rio de Janeiro. O total de casos encontrados não se coaduna com a realidade vivida pela sociedade brasileira, em especial nas grandes cidades.

Além disso, existe uma lacuna real no que diz respeito à tutela do direito à cidade no âmbito dos julgados que envolvem o direito à moradia e o meio ambiente, pois em ambos os Tribunais pesquisados a iniciativa das demandas visa, em sua grande maioria, a tutela do meio ambiente e não uma solução equitativa.

Não foram encontrados acórdãos em que o autor da ação principal visasse materializar o direito à moradia, constitucionalmente assegurado. Em alguns casos, porém, tem-se que admitir a iniciativa positiva dos magistrados em tutelar o direito à moradia, ao menos provisoriamente, no caso de liminares, resguardando o direito daqueles que já vivem em área de preservação e não têm para onde ir. Nesses casos, a questão do direito à moradia, conforme se poderá verificar a seguir, é abordada apenas como um dos eixos do conflito, não constituindo discussão principal.

A tutela do direito à moradia, tanto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto em São Paulo, não tem tido autonomia suficiente para dar ensejo a ações coletivas com vistas a protegê-la.

A fim de demonstrar com maior clareza tais conclusões, a seguir foram selecionados quatro acórdãos do TJSP para serem analisados mais detidamente. O critério de escolha destas decisões levou em consideração o fato de representarem a questão principal da dissertação, qual seja, o contexto do conflito entre o direito à moradia e a preservação ambiental ou aqueles julgados que se destacaram pela maneira como realçaram e deram relevância ao direito à moradia.

5.4.1

Principais casos selecionados no TJSP

Nº do Processo do TJSP	Data do Julgamento	Tipo de Ação e Partes	Pedido ⁶¹	Legislação aplicada	Marco Teórico	Decisão do Tribunal
49.576-5	30/11/1998	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública. Agte.: Mário Sérgio Gonçalves e outros Agdo.: Ministério Público, Sociedade de Amigos do Bairro do Sahy e Prefeitura Municipal de São Sebastião.	Os agravantes querem continuar a exercer o direito de habitar a área já construída do Morro do Capuçu até julgamento final da ação civil pública que havia pedido a lacração e interdição dos imóveis.	Decreto n. 27.070/87 ⁶²	Exercício regular de direito de habitar	Recurso de agravo provido por unanimidade para que aqueles que já residem no local continuem fruindo de seus imóveis até o julgamento final da ação civil pública.
125.688-5	21/06/2000	Apelação em Ação Civil Pública (recurso <i>ex officio</i>) Apte.:	Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta sustentam que não podem ser responsabilizados	Art. 2º, CF/88 ⁶³ Lei 6766/79 ⁶⁴ Art. 128, 460 e 461, §1º, CPC ⁶⁵	Hely Lopes Meirelles: sobre área de compensação ⁷⁰	Parcial provimento aos recursos oficial e do Ministério Público e total improvimento

⁶¹ O pedido, segundo Humberto Theodoro Jr., “exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. (...) É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 318.

⁶² Decreto que regulamenta o Fundo Estadual de Recuperação de Interesses Difusos Lesados.

⁶³ Art. 2º, CF – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶⁴ Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

⁶⁵ Art. 128, CPC – O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460, CPC – É defeso ao juiz proferir sentença em favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único – A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Art. 461, CPC – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

⁶⁶ Lei 4771/65 – Institui o Código Florestal.

Art. 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

ì) [\(Vide Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

⁶⁷ Lei Estadual de São Paulo 9866/97 – Dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências.

⁶⁸ Decreto Estadual 43022/98 – Regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

⁶⁹ Lei Estadual 898/75 – Disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo e dá providências correlatas.

Lei Estadual 1172/76 – Delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água, a que se refere o artigo 2º da Lei Estadual 898/75, estabelece normas de restrição do uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª edição. RT, p. 446: “A aquisição de área de compensação não precisa ser feita, necessariamente, por via expropriatória. Pode ser feita por contrato de venda e compra.”.

		Antonio Gomes da Cunha e outros Apte. 2: Ministério Público Apdo.: Ministério Público e outros Apte. 2: Antonio Gomes da Cunha e outros				
188.792- 5	08/11/2000	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública Agte: Fazenda do Estado de São Paulo Agdo: Ministério Público	Recorreu-se de decisão liminar que mandou extinguir o núcleo habitacional e restaurar a área degradada, pedindo a ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado,	Art. 2º, CF/88 ⁷¹ Lei 4771/65, art. 22 ⁷² Art. 2º, Lei 8437/92 ⁷³ Art. 664, CPC ⁷⁴	“fumus boni iuris” e “periculum in mora”	Parcial provimento do recurso, tendo sido acatados apenas os pedidos para não demolição das habitações e diminuição do valor da multa diária

⁷¹ Art. 2º, CF – São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷² Lei 4771/65 – Institui o Código Florestal.

Art. 22 – A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.

§1º - Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do artigo 2º desta lei, a fiscalização é da competência dos Municípios, atuando a União supletivamente.

⁷³ Lei 8437/92 – Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

Art. 2º - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

⁷⁴ Art. 664, CPC – Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.

Parágrafo único – Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.

			considerar a decisão nula, aumentar o prazo para realização da medida e retirar a exigência de multa, pois além de ser inviável impor-se multa à Fazenda, o valor é muito alto.			
171.834-5/8	06/08/2001	Apelação em Ação Civil Pública Apte: Prefeitura Municipal de São Sebastião e	Permitir ao Município alterar os limites de preservação ambiental previstos no Código Florestal por se cuidar de matéria de	§1º, art. 24, e II, art. 30, CF ⁷⁵ Lei Municipal 1273/98 ⁷⁶ Art. 1º, 2º e 3º, Código Florestal ⁷⁷	Daniel Roberto Fink – função ecológica da propriedade ⁸¹ José Afonso da Silva: limites de atribuições dos	Negou-se provimento ao recurso para considerar inconstitucional a lei municipal que diminuiu as restrições de edificação às

⁷⁵ Art. 24, §1º, CF – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) §1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Art. 30, II, CF – Compete aos municípios: (...) II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

⁷⁶ Lei que alterou o artigo 26 da Lei 848/92 diminuindo as restrições para construção em áreas de preservação ambiental. O *site* da Prefeitura de São Sebastião não disponibiliza o inteiro teor da legislação anterior a julho de 2005.

⁷⁷ Lei 4771/65. Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Parágrafo único. As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade (art. 302, XI b, do Código de Processo Civil).

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. [\(Incluído pela Lei nº 6.535, de 1978\)](#) [\(Vide Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

⁷⁸ A Resolução do CONAMA 4/95 estabelece as "áreas de segurança aeroportuária" – ASA's. Pesquisa efetuada em <http://www.mma.gov.br/port/conama/legipesq.cfm?tipo=3&numero=4&ano=1995&texto=>.

Acesso em 30 de janeiro de 2005. Provavelmente o número da resolução foi erroneamente colocado no acórdão, pois o tema da demanda não tem a ver com o objeto desta resolução.

⁷⁹ Lei 6938/81 – Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Art. 8º, VII – Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA: (...) VII – estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

⁸⁰ Lei 6766/79 – Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

Art. 4º, III – Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

(...) III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

⁸¹ Daniel Roberto Fink, em seu artigo "Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano" In Revista de Direito Ambiental, Editora RT, n. 02, p. 81: "A função ecológica da propriedade, particularmente a preservação dos elementos naturais, deve ser observada no exercício do direito de propriedade, seja esta urbana ou rural, pública ou particular. Isto funda-se

		outro Apdo: Ministério Público				
--	--	---	--	--	--	--

na importância de que os recursos naturais (água, flora, fauna, ar e solo) representam para a vida do homem, considerando-se, inclusive e, talvez principalmente, as futuras gerações”.

⁸²José Afonso da Silva (sem referência) “A política dos espaços verdes se revela, pois, na proteção da natureza, a serviço da urbanização, conexas com a proteção florestal ou parte dela, com o objetivo de ordenar a coroa florestal em torno das grandes aglomerações, manter os espaços verdes existentes nos centros das cidades, criar áreas verdes abertas ao público, preservar áreas verdes entre habitações, tudo visando contribuir para o equilíbrio do meio em que mais intensamente vive e trabalha o homem. Essa política há de ser estabelecida pelos planos diretores de leis de uso do solo dos Municípios ou Regiões Metropolitanas e Aglomerações Urbanas, mas no referente às florestas de preservação permanente terão que observar os princípios e limites previstos no artigo 2º, parágrafo único, do Código Florestal, conforme determinação de seu parágrafo único acrescentado pela Lei 7803/89”.

Sobre a competência do Município, José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª edição, p. 215) pontua que ele só pode formular “normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas”.

⁸³ Segundo o acórdão, Norberto Bobbio considera que a “norma inferior não pode violentar norma principal do sistema jurídico, sob pena de decretar a sua falência”.

5.4.2

Análise dos principais acórdãos do TJSP

5.4.2.1

TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 49.576.5/4, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 30.11.98.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Sociedade de Amigos do Bairro do Sahy em face de Mário Sérgio Gonçalves, Toque-Toque Empreendimentos Imobiliários Ltda., espólio de José Ventura Neto e Carmem Consuelo Chacon Coelho, figurando como assistente a Prefeitura do Município de São Sebastião. Objetiva a demanda condenar os réus em obrigação de não fazer consistente na cessação das atividades nocivas ao meio ambiente, como desmatamento, retirada de terra, construções de casas, instalação de loteamento, ligação de esgoto clandestino ou inadequado, ou alternativamente, em obrigação de fazer, consistente em recuperar o Morro do Capuçu, recompondo a paisagem desmatada pelos réus e demolindo as edificações existentes. Na impossibilidade, requerem os autores o pagamento de indenização pelos danos ambientais causados a ser recolhido ao Fundo Estadual de Recuperação dos Interesses Difusos Lesados, regulamentado pelo Decreto 27.070/87.

Foi concedida medida cautelar pelo juízo monocrático para manter a área no estado em que se encontra. No entanto, os agravantes conseguiram suspender o curso da ação civil pública por meio de embargos de terceiro.

Mais tarde, observando a desobediência à liminar deferida, o representante do Ministério Público pleiteou a lacração das residências dos réus e a proibição da venda de qualquer lote de terreno ou casa, tendo o seu pedido atendido pelo magistrado *a quo*.

Ingressaram, assim, os réus com agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, primeiramente, concedeu efeito suspensivo ao agravo para que os agravantes exerçam o direito de fruir os imóveis já construídos na área, mantendo os demais efeitos da medida cautelar.

Alegam em sede de agravo que com a suspensão da ação civil pública, suspenderam-se também os efeitos da liminar nela obtida, por isso continuam construindo no Morro do Capuçu.

O juízo de 2ª instância assevera que os agravantes obtiveram aprovação municipal do projeto para construção na área de preservação ambiental localizada no Morro do Capuçu, entendendo, por isso, estarem no exercício regular de seus direitos.

Assim, desconsiderando as questões principais que serão discutidas em sede de ação civil pública, o Tribunal atenta para o fato de existirem, na data do julgamento, cerca de 40 residências, com aproximadamente 200 famílias, no Morro do Capuçu, sendo que desabrigá-las antes do término do processo principal em nada mudará o panorama da região, que já foi desmatada, explorada e comprometida em sua vegetação primária.

O Tribunal concluiu, então, por unanimidade de votos, pela procedência do agravo e conseqüente reforma da decisão agravada para que os agravantes exerçam o direito de habitar os imóveis já construídos na área do Morro do Capuçu até julgamento final da ação civil pública, destacando, porém, que ficam proibidas novas construções.

Analisando o julgado, nota-se que o Tribunal, ao permitir que os agravantes permanecessem nos imóveis até o final da ação principal, ainda que não tenha sido expressamente, tutelou o direito à moradia das inúmeras famílias que ali habitam, evitando a demolição dos imóveis.

No entanto, a decisão não confere segurança aos moradores, pois, a qualquer momento, por força de decisão divergente na ação principal, eles podem ser obrigados a deixar o local. Assim, o Tribunal, ao não abordar diretamente a questão da moradia no acórdão, deixando para a decisão final apurar o mérito do processo na ação principal, acabou não tutelando o principal direito envolvido na questão, que é o direito social à moradia.

E como bem observado pelo juiz relator do acórdão, os moradores obtiveram aprovação municipal do projeto para construção na área, não podendo, de uma hora para outra, terem suas residências demolidas e serem obrigados a deixar o local quando, muitas vezes com grande sacrifício, construíram ali suas casas.

Cabe aqui a observação tecida em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a responsabilidade do Poder Público pela fiscalização das áreas de preservação ambiental e das construções que são erigidas no Município.⁸⁴ A desídia da Administração em fiscalizar devidamente as áreas de sua competência e promover o adequado uso do solo não pode depois justificar uma intervenção repentina, desabrigando famílias, ainda mais no presente caso em que houve, inclusive, aprovação pela Municipalidade do projeto para construção das casas.

5.4.2.2

TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 125.688-5/9-00, Comarca de São Bernardo do Campo, Relator: Paulo Travain, julgamento em 21.06.2000.

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Sociedade Amigos do Parque Ideal, Osvaldo Gomes de Moura e sua mulher Rute Maria Gomes de Moura, Antonio Gomes da Cunha, Luiz José Pimenta, Inácio Alves de Souza, José Carvalho Leal, Felismino Crino Martins, Marianna Caligiuri Ronchetti e Prefeitura Municipal de São Bernardo, visando reparar dano ao meio ambiente em razão de implantação de loteamento clandestino em área de mananciais de preservação permanente, requerendo-se a condenação dos réus a, solidariamente, restaurarem a área, no estado anterior, recompondo o complexo ecológico atingido, demolindo as edificações e recompondo a superfície do terreno.

A sentença de 1ª instância julgou parcialmente procedente o pedido em face de Osvaldo Gomes de Moura, Antonio Gomes da Cunha, Luiz José Pimenta, Marianna Caligiuri Ronchetti e Prefeitura do Município de São Bernardo.

Houve os seguintes recursos:

Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta sustentam que não poderiam ser responsabilizados porque são pessoas humildes e de pouca instrução e que foram vítimas ao adquirirem os lotes irregulares, o que só ocorreu porque eram sócios da Sociedade Amigos do Parque Ideal. Atribuem a responsabilidade ao

⁸⁴ A respeito consultar os comentários das decisões “5.3.2.4” e “5.3.2.6”, do TJRJ.

Município de São Bernardo do Campo e, subsidiariamente, requerem a citação dos 259 adquirentes dos lotes.

Marianna Caligiuri Ronchetti alega que não promoveu nenhum loteamento e nem causou danos ao meio ambiente pois apenas era proprietária da área e, para facilitar a alienação, promoveu o seu desmembramento regularmente em 8 módulos junto à Prefeitura Municipal. Alega, ainda, que as vendas foram feitas por corretores e que, por isso, desconhecia os destino que os adquirentes lhes daria.

A Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo recorre alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por conter julgamento “extra petita”. Diz que a condenação em indenização é incabível, uma vez que houve condenação em obrigação de fazer. Além disso, diz que a condenação na aquisição da área implica em desapropriação, o que significa ingerência do Judiciário na esfera do Poder Executivo. Ressalta também que as obrigações impostas não atendem ao interesse difuso, além de contrastar com a ordem legal vigente, e, por fim, diz que os prazos fixados são exíguos, não concordando com os honorários do perito e assistente técnico.

O Ministério Público recorreu adesivamente alegando, quanto à recuperação das áreas de preservação permanente, que as medidas determinadas em sentença são insuficientes; em relação ao desassoreamento da Represa Billings diz que a determinação parece primária porque o objetivo da ação é esse; quanto à área de compensação, diz que deve ter o seu tamanho e localização alterados, devendo ser adquirida área livre e vegetada de 129.500 m², tendo como parâmetro o tamanho mínimo do lote; e, por fim, diz que a sentença silenciou sobre a condenação dos apelados ao pagamento de multa diária pelo descumprimento da liminar, fato que restou indubitoso.

A preliminar de nulidade levantada pela Municipalidade de São Bernardo do Campo não encontrou procedência segundo o Tribunal. Além disso, considerou-se perfeitamente cabível a cumulação de indenização com obrigação de fazer quando esta não for totalmente possível de se realizar.

Quanto aos réus Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta, o Tribunal declarou que adquiriram a gleba em nome próprio e participaram da diretoria da Sociedade Amigos do Parque Ideal desde a sua criação, então destinada realização do plano. Além disso, eles adquiriram lotes em outros loteamentos clandestinos

próprios e autorizaram a proprietária Marianna a outorgar a escritura pública diretamente à Sociedade de Amigos do Parque Ideal, sendo que os sócios, na verdade, adquirentes, remanescem na titularidade do terreno.

A ausência dos demais adquirentes na ação procede porque ela se volta contra aqueles que idealizaram e colocaram em prática o loteamento clandestino.

Oswaldo Gomes de Moura era presidente da associação quando da aquisição da área e, além disso, comparece pessoalmente como promitente vendedor em contratos padronizados.

Marianna Caligiuri Ronchetti sabia da proibição do loteamento, pois consultara a Secretaria Estadual do meio Ambiente e foi informada da possibilidade do parcelamento da área em apenas 73 lotes, o que foi feito justamente na mesma época em que foi criada a Sociedade Amigos do Parque Ideal. Todas as glebas desmembradas foram alienadas por Marianna com o mesmo fim, construir loteamentos clandestinos através de Associações como Ouro Verde, Parque Ideal, Parque das Garças e Parque dos Pássaros. Assim, ela não poderia ignorar a forma “clandestina” dos loteamentos.

A Municipalidade também tem responsabilidade. Chegou a ajuizar ação civil pública para impedir o referido loteamento e acabou desistindo. Assim, foi omissa e, em seguida, levou para o local infra-estrutura com o que estimulou ainda mais as edificações. Além disso, as obrigações impostas visam a proteção ambiental, o que interessa a toda coletividade, contrariando as alegações da Municipalidade. Por outro lado, a aquisição da área não interfere nas atribuições do Poder Executivo porque apenas condena os réus a repararem os danos causados. Além disso, não se faz necessária via expropriatória, pois como afirma Hely Lopes Meirelles, a aquisição de área de compensação pode ser feita por contrato de compra e venda.

Os prazos fixados são mantidos pelo Tribunal, bem como os honorários do perito e assistente técnico, pois fixados com critério.

O recurso do Ministério Público é parcialmente acolhido pelo Tribunal. Em relação às áreas de risco, o Tribunal determina aos co-réus que apresentem, em 60 dias, projeto técnico para recuperar a vegetação. O desassoreamento dos cursos d'água também é determinado, pois objetivo da ação. Quanto à área de compensação, o Tribunal concorda com a posição ministerial de que ela deve ser maior que a imposta pela legislação (35% segundo a lei 6766/79).

Assim, negou-se provimento aos recursos de apelação e deu-se parcial provimento ao recurso do Ministério Público, por votação unânime.

Analisando o julgado, fica evidente a existência de casos em que o parcelamento, a venda e o loteamento de áreas de preservação ocorrem de forma a fraudar a lei contando com a má-fé de loteadores e proprietários. Foi o que nesse caso ficou comprovado de acordo com o seguinte trecho retirado do acórdão: “(...) E, cientes da proibição legal de se lotear a gleba, os co-réus valeram-se de artifício já utilizado em “loteamentos” irregulares anteriores: adquiriram a gleba em nome de uma “associação de moradores”, composta pelos “sócios”, que nada mais são que os adquirentes das frações do terreno, que são os que, por força dos “Estatutos”, têm direito à aquisição. Auferidos os lucros com a venda das “frações ideais”, o “empreendedor” e seus “laranjas” cedem seus direitos sobre as “frações”, de modo que apenas remanescem, como sócios, os adquirentes, quase sempre pessoas simples e humildes. Esse o artifício que os co-réus já utilizaram em “loteamentos” clandestinos anteriores”.

A ocupação da área, a exemplo de outras, é composta por inúmeras famílias, que desconheciam a origem e forma como foi fragmentada a área, desconhecendo também a proibição de construção do local, não se podendo, portanto, generalizar a consideração de que todo o loteamento é ocupado por fraudadores.

De qualquer forma, os moradores estavam de boa-fé porque eles até pagaram pela obtenção dos terrenos dentro do loteamento acreditando estarem adquirindo a sua moradia. É preciso, portanto, considerar os interesses dos vários sujeitos envolvidos na transação do loteamento. Isso porque, alguns apenas visavam obter vantagens econômicas com a venda dos lotes a pessoas humildes e inocentes, devendo ser responsabilizados, enquanto outros, os moradores, somente queriam ter um lugar para morar.

O conflito de tais interesses é que demonstra, no processo, quem estava de má-fé e quem estava de boa-fé, respectivamente.

O Tribunal, por sua vez, demonstra reconhecer o direito à moradia daqueles que vivem no loteamento, pois decide pela manutenção das pessoas no local, sem a demolição das edificações.

Quanto ao Município de São Bernardo do Campo, vale ressaltar que o fato de ter levado ao local a infra-estrutura necessária, compreendida por asfalto, energia elétrica, entre outros bens, depõe a seu favor, ao contrário do que o

Tribunal considerou como sendo indício de responsabilidade pela ampliação das construções.

Uma vez que a moradia estava consolidada, com inúmeras famílias vivendo no local, era dever da Municipalidade reconhecer o direito à moradia no loteamento, não podendo abandonar os moradores e deixar de oferecer no local os serviços e equipamentos públicos necessários a uma sadia qualidade de vida.

E essa é a grande questão que se considera deva ser analisada quando da decisão em favor do direito à moradia: se a ocupação do local está consolidada, ou seja, existe há muito tempo, conta com inúmeras famílias que já estabeleceram ali suas relações sociais, de emprego, escolares, entre outras, torna-se rigor a sua manutenção na área ocupada, oferecendo-lhes, inclusive, os equipamentos públicos necessários para garantir o pleno exercício do direito à cidade.

Apenas será admitida remoção dos moradores em casos que ofereçam risco à sua vida e integridade física. O fato da área ser de preservação ambiental não deve ser causa de eventual remoção.

Além disso, segundo a Lei Estadual 9866/97⁸⁵, em seu artigo 47, o Estado autoriza a execução de “obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento” e o §1º do

⁸⁵ Lei 9866/97 – Dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências.

Art. 47 – Nas áreas de proteção de mananciais de que tratam as Leis n. 898, de 18 de dezembro de 1975, e 1172 de 17 de novembro de 1976, até que sejam promulgadas as leis específicas para as APRM’s, poderão ser executadas obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento.

§1º - Para os efeitos desta lei, consideram-se obras emergenciais as necessárias ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, controle da poluição das águas e revegetação.

§2º - As obras a que se refere o “caput” deste artigo deverão constar de Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, contemplando o disciplinamento das áreas de intervenção de acordo com a legislação.

§3º - Os projetos emergenciais deverão ser aprovados pelo órgão colegiado.

§4º - vetado.

§5º - O Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo será elaborado pelo Poder Público Estadual, em articulação com os Municípios, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias da publicação desta lei, contendo justificativa técnica, agentes executores, custos e fontes de recursos, cronograma físico-financeiro e resultados esperados.

§6º - O Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo deverá ser aprovado pelo CRH e pelo CONSEMA, após o Poder Público Estadual realizar audiências públicas no prazo de 30 (trinta) dias.

§7º - Após realização de audiências públicas o Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo deverá ser aprovado pelo CRH e pelo CONSEMA no prazo de até 30 (trinta) dias.

referido artigo classifica como obras emergenciais justamente aquelas efetuadas pela Prefeitura de São Bernardo do Campo, quais sejam: “necessárias ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, controle da poluição das águas e revegetação”.

Nesse sentido, observa-se que o objetivo da regra, além de proteger o meio ambiente, é tutelar um valor maior, qual seja, a vida humana, garantindo-lhe qualidade.

Também o artigo 4º do Decreto Estadual 43.022/98⁸⁶ deve ser interpretado nesse sentido, pois ele se refere a um “eventual reassentamento” de moradores de áreas de restrição à ocupação. Isso quer dizer que a remoção deve sempre ser encarada como uma exceção e não como regra de ocupações localizadas em áreas de preservação, reservando a opção para os casos em que a vida humana está exposta a risco.

Em relação a atuação do Ministério Público, observa-se que a instituição tem privilegiado a tutela do direito ao meio ambiente nas ações civis públicas de sua autoria. Como órgão de proteção dos direitos difusos e coletivos, o Ministério Público tem se empenhado bastante em tutelar o meio ambiente. No entanto, há uma lacuna real na atuação em favor do direito à moradia, um direito humano, fundamental e também coletivo.

Assim como na maioria dos acórdãos analisados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem abordado a questão da moradia como um dos eixos da argumentação, sem dotá-la da devida importância. Muitas vezes, a expressão “direito à moradia” não vem contida no discurso do Tribunal, que, indiretamente, acaba por reconhecer tal direito ao impedir a demolição das residências.

⁸⁶ Decreto Estadual 43022/98 – Regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

Art. 4º - Nas áreas assim declaradas como de restrição à ocupação, na forma do artigo 13 da Lei 9866/97 não poderão ser executadas obras de infra-estrutura, devendo ser previsto eventual reassentamento das populações, seguida de ações de recuperação ambiental, especialmente: I – nos corpos de água; II – nas áreas recobertas com vegetação natural primária ou em estágios médio e avançado de regeneração; III – nas áreas de restrição ou de preservação permanente e nas áreas inseridas em unidades de conservação definidas em legislação federal, estadual ou municipal; IV – naquelas declaradas por ato do Poder Público como de interesse para a preservação ou a conservação ambiental; V – nas áreas definidas como de 1ª categoria pelas leis 898/75 e 1172/76.

5.4.2.3

TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 188.792-5/4-00, Comarca de Cubatão, Relator: Paulo Travain, julgamento em 8.11.2000.

Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Fazenda do Estado e da Prefeitura Municipal de Cubatão visando a condenação das rés na obrigação de fazer consistente em extinguir fisicamente o núcleo habitacional situado atrás do C.A.I.C. de Vila Natal, em Cubatão, e em recuperar todas as áreas degradadas.

Foi concedida liminar concedendo prazo de 90 dias para a efetivação dos pedidos sob pena de multa diária.

A Fazenda do Estado interpôs agravo de instrumento alegando, em síntese, ser parte ilegítima para figurar no pólo passível da ação; ser nula a decisão por não ter sido previamente notificada da liminar a pessoa jurídica de direito público conforme a Lei 8437/92; não estarem presentes os requisitos para concessão de liminar sendo que a Fazenda do Estado vem atuando nos limites de seu poder de polícia, autuando os ocupantes; ser necessária a prorrogação do prazo concedido para seis meses conforme pedido do autor; ser o Estado insubstituível pelo Judiciário em ato da competência do Executivo e nem ser cabível a cominação de multa contra as Fazendas Públicas, além do valor ser considerado excessivo.

O Tribunal manifestou-se, primeiramente, em relação à legitimidade da Fazenda, que vem expressa nas Constituições Federal e Estadual e não pode ser afastada por disposição infra-constitucional. Além disso, a liminar não é nula pela ausência de oitiva da Fazenda, uma vez que, conforme previsto na legislação inferida, a sua supressão não gerou prejuízo para a parte.

Quanto aos requisitos para concessão de liminar, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido da agravante, pois os considerou ausentes no caso de desocupação da área e demolição das edificações, uma vez que o dano já ocorreu e tal medida seria irreversível e de difícil reparação, não sendo aconselhável em sede de liminar. Por outro lado, o pedido é improcedente no que tange à vigilância do poder público.

O pedido de prorrogação do prazo perde objeto uma vez que não há mais imposição de se realizar as demolições e desocupações no momento, assim como não há que se falar em falta de previsão orçamentária para tanto.

A multa, por sua vez, é cabível no caso, segundo o artigo 644 do CPC, que não excepciona a Fazenda Pública. Contudo, tendo a liminar ficado restrita à vigilância do local, a multa diária fica reduzida para R\$500,00 (quinhentos reais), dando-se parcial provimento ao recurso por votação unânime.

Analisando o julgado, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, não se considerando responsável pela fiscalização do local. No entanto, a sua responsabilidade, além de decorrer de norma constitucional, conforme ressaltado pelo Tribunal, também advém da sua omissão em fiscalizar a área objeto do litígio de forma a prevenir a consolidação das moradias em área de preservação.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública, já houve oportunidade em que se demonstrou, segundo entendimento de Hely Lopes Meirelles, que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”⁸⁷.

E no acórdão ora analisado, a preocupação da Fazenda Pública parece restringir-se ao aspecto financeiro, ou seja, das despesas que lhe causará tomar providências no local, não havendo argumentação no sentido da proteção do direito à moradia daqueles que vivem no núcleo habitacional.

A Fazenda também constrói sua defesa em cima de alegações técnicas, derivadas do processo civil, quando afirma que não poderia ter sido concedida liminar antes da sua oitiva.⁸⁸ Esse tipo de discurso, que privilegia forma deixa de atentar para problemas sociais graves que envolvem a demanda, como é o caso do direito à moradia daqueles que vivem no núcleo habitacional ameaçado de demolição.

No entanto, conta-se com um posicionamento louvável do Tribunal de Justiça, pois atentando para o fato de que “o dano já ocorreu com o desmatamento da área”, nega a imediata desocupação e demolição das edificações, por

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁸⁸ Art. 2º, da Lei 8.473/92 - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

considerá-la “medida irreversível e de difícil reparação”. Nesse sentido, embora não expressamente, o Tribunal tutela o direito social à moradia, ainda que o faça provisoriamente, pois se encontra em sede de pedido liminar.

A ação principal continuará, então, caminhando no sentido de se obter autorização para serem demolidas as construções do núcleo habitacional localizado na área de preservação. Isso quer dizer que, o problema da garantia do direito à moradia dos residentes no local continuará existindo até que se tome providência definitiva em favor dos moradores da área.

Por fim, vale ressaltar que a presente demanda, bem como as demais ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, foi proposta com o fim de tutelar o meio ambiente, não tocando na questão do direito à moradia. Há, assim, uma tendência do Ministério Público e, também, do Tribunal, em privilegiar o direito ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia.

5.4.2.4

TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 06.08.2001.

Foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Prefeitura Municipal de São Sebastião visando impedir a ré de expedir licença ou autorização ambiental com base na Lei Municipal n. 1273/98, uma vez que impõe restrições menores que as previstas no Código Florestal, sendo por isso, inconstitucional e ilegal.

A sentença de 1ª instância julgou procedente a ação, condenando a Municipalidade a abster-se de autorizar licenciamentos ambientais e licenças de construção com os limites previsto em sua lei municipal, sob pena de multa no valor de dez mil reais para cada licenciamento ou ato administrativo expedido em desacordo com a sentença.

A Municipalidade apelou alegando: ser possível ao legislador municipal alterar os limites de preservação ambiental previstos no Código Florestal por se tratar de matéria de interesse local e pertinente a áreas exclusivamente urbanas; serem tais limites os máximos previstos para as áreas urbanas e não o mínimo;

tratar-se de competência suplementar com o objetivo preservacional; e ser aplicável a Lei 6766/79, mais recente se comparada com o Código Florestal.

O Tribunal desacolheu a pretensão recursal, pois considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal, que é lei nacional que tutela as florestas e demais formas de vegetação natural, bens de interesse comum a todos os cidadãos, conforme estudo de Daniel Roberto Fink.

Além disso, a supremacia do interesse público nacional é superior ao interesse local; e os interesses públicos preservados pelo Código Florestal são indisponíveis, não podendo o legislador municipal restringi-los sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro.

Assim, o Município pode estabelecer sua política urbana, desde que respeitados os limites de atribuições ditados na Constituição, como pontua José Afonso da Silva.

Norma inferior, nesse sentido, não pode violentar norma principal do sistema jurídico sob pena de ser decretada sua falência, conforme pensamento de Norberto Bobbio.

A Lei 6766/79, por sua vez, quando impôs a tutela urbanística e seus requisitos para uso e ocupação do solo, dispôs, no artigo 4º, inciso III, que é obrigatória a reserva de faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado ao longo das águas correntes e dormentes, salvo exigências maiores da legislação específica.

Segundo o Tribunal, a legislação referida na Lei 6766/79 é o Código Florestal que estipula metragens maiores de proteção, dependendo da largura do curso d'água. Assim, o Município somente poderia aumentar a faixa de preservação garantida ao longo dos rios e nunca diminuí-la.

O recurso foi, então, improvido por unanimidade, deduzindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1273/98.

Analisando o julgado, admite-se a sua relevância, pois demonstra a posição do Tribunal frente a um possível conflito normativo entre o Código Florestal e a Lei de Uso e Ocupação do Solo⁸⁹. E nesse sentido, o Tribunal privilegiou a tutela do meio ambiente ao considerar que a faixa *non aedificandi* deve obedecer os parâmetros do Código Florestal por serem maiores que os da Lei de Uso e

⁸⁹ Sobre a legislação pertinente ao tema, sua interpretação e crítica, ver o Capítulo 4.

Ocupação do Solo, bem como da lei municipal de São Sebastião questionada na demanda.

Porém, considera-se que, quando o Município estabelece limites inferiores aos constantes nas leis federais citadas, ele não o faz apenas devido à sua competência em razão do interesse local, mas também em função da sua competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”⁹⁰. E isso compreende também atentar para as características peculiares da área urbana municipal e as necessidades sociais vivenciadas, em especial, as relativas à moradia.

E a tutela do meio ambiente, como o próprio Tribunal admitiu ao adotar o conceito de Daniel Roberto Fink sobre a função ecológica da propriedade, visa proteger um bem maior que é a vida do homem.

Nesse aspecto é que faltou ao Tribunal discutir a questão fundamental do direito à moradia envolvida na demanda. Isso porque o possível conflito das leis citadas no acórdão envolve a proibição de se construir em áreas de preservação situadas à margem de cursos d’água. Construir pode significar, portanto, construir moradias. Assim, não se mostra suficiente a mera discussão a respeito da hierarquia de normas, pois a situação se revela mais complexa.

Novamente é preciso atentar para o fato de que o Tribunal não tem reconhecido, na grande parte das demandas, o direito social à moradia, deixando de abordar o aspecto desafiador do problema que é o conflito real existente entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia.

Também não há menção ao direito à cidade, o qual poderia servir como baliza para solucionar os problemas urbanos, bem como não é aplicado o princípio da sustentabilidade das cidades para direcionar a interpretação dos magistrados.

⁹⁰ Texto do artigo 30, VIII, da Constituição Federal.

6

Direito à cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente

São diversas as espécies de tensão envolvendo o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente. Conforme já fora afirmado, não se pretende aqui esgotar tais possibilidades, trazendo à tona todas as hipóteses em que o conflito ocorre. Também não é nossa intenção oferecer uma análise de todas as possíveis contradições encontradas na normativa brasileira analisada no Capítulo 3 de nosso trabalho.

Assim sendo, apenas a título de exemplo, cumpre-nos demonstrar como essa tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente vem ocorrendo nas áreas urbanas para, a seguir, oferecer as bases para a sua interpretação.

O exemplo adotado é o das ocupações com fins de moradia às margens dos cursos d'água nas áreas urbanas, em que supostamente estariam em conflito a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei 6766/79) e o Código Florestal (Lei 4771/65).

Conforme o artigo 2º do Código Florestal, são áreas de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

(...)

Parágrafo único. **No caso de áreas urbanas**, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, **obervar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo**”. (grifos nossos)

O parágrafo único do artigo 2º merece destaque por ser o texto que supostamente estaria a conflitar com o art. 5º da Lei 6766/79 - Lei de uso e ocupação do solo, que coloca como faixa *non aedificandi* ao longo de águas correntes e dormentes a área correspondente a 15 metros de cada lado, diminuindo a exigência do Código Florestal que considera mínima a medida de 30 metros, conforme se pode observar.

Também cabe destacar a redação da Resolução do CONAMA n. 303/2002, que ao tratar do tema, adotou o mesmo sentido das disposições do Código Florestal.¹

E não bastasse haver essa contradição entre as normas, que usualmente demandaria solução através das regras de hierarquia, competência e especialidade, podem vir a ser observadas também outras hipóteses de conflitos normativos quando, por exemplo, nos deparamos com o caso da decisão do TJSP, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, da Comarca de São Sebastião.²

A demanda trata da proposição de ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Prefeitura Municipal de São Sebastião visando impedir a ré de expedir licença ou autorização ambiental com base na Lei Municipal n. 1273/98, uma vez que impõe restrições aquém das previstas no Código Florestal, considerada, por isso, pelo Ministério Público, inconstitucional e ilegal.

Nesse caso, o Tribunal considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal, que é lei nacional que tutela as florestas e demais formas de vegetação natural, bens de interesse comum a todos os cidadãos, destacando que a supremacia do interesse público nacional é superior ao interesse local; argumentando também que os interesses públicos preservados pelo Código Florestal são indisponíveis, não podendo o legislador municipal restringí-los sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro.

¹ Ver Capítulo 4, item 4.1.10.

² Ver Capítulo 5, item 5.4.2.4.

Fica claro, portanto, que o Tribunal baseou-se na regra da hierarquia para prolatar sua decisão.

Além dessa controvérsia acerca das disposições do Código Florestal e da Lei

de Uso e Ocupação do Solo, é possível destacar outras leis que abordam o tema, como é o caso dos Projetos de Lei Federal 6001/2005 e 5683/2005, que pretendem alterar o Código Florestal³, o Projeto de Lei Federal 3057/00, que altera a Lei de uso e ocupação do solo⁴, o Projeto de Resolução do CONAMA – Proc. n. 02000.002382/2003-92⁵, entre outros, contribuindo, essencialmente, para acirrar a questão⁶.

Posto isso, atentamos primeiramente, ser preciso compreender que a discussão a respeito da ocupação das áreas à margem de cursos d'água é muito mais complexa do que a mera superposição ou conflito de normas entre o Código Florestal, a Lei de Uso e Ocupação do Solo ou qualquer outra normativa a respeito do tema. A discussão sobre o uso e ocupação sustentável das áreas de preservação ambiental deve levar em conta o reconhecimento de suas funções ambientais e urbanísticas na perspectiva da tutela do direito à cidade.

Além disso, nosso objetivo nesta dissertação é transpor a análise que fica restrita ao plano da eficácia jurídica da norma, para alcançar um plano mais amplo: o da eficácia social da norma, que envolve a sua legitimidade, finalidade e incidência.⁷

Portanto, a conclusão a que se chega da análise de todo o escopo normativo pertinente, é que o método ou regra da hierarquia para superar conflitos, embora seja vasto, ele é ao mesmo tempo contraditório e insuficiente para equacionar conflitos como o do direito à moradia e o direito ao meio ambiente, pois fica sempre restrito à visão dicotômica do problema.

E na esteira do entendimento já exposto anteriormente acerca da necessidade de compreender o Direito além da norma, na interpretação das leis é necessário conjugar outros conhecimentos e experiências, em especial neste

³ Ver o item 4.1.8.

⁴ Ver o item 4.1.9.

⁵ Ver o item 4.1.11.

⁶ Sobre uma análise abrangente das normativas nacionais, estaduais e municipais, ver Capítulo 4.

⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Práticas Sociais Instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*. Projeto integrado de pesquisa Interinstitucional. RTDC – Revista Trimestral do Direito Civil, ano I, v. I, jan./mar. 2000.

trabalho que segundo vertente interdisciplinar, considera a produção de sentido no processo de interpretação.

Em todos os campos de conhecimento, não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem: a orientação que a linguagem geral pode proporcionar, considerando a textura aberta dos conceitos.⁸

É por isso que Hart defende a textura aberta do Direito, pois se todas as regras especificassem, adiantadamente, as soluções para todos os problemas, ter-se-ia uma teoria jurídica mecânica, que não exigiria qualquer esforço para interpretar os termos à luz de diferentes questões que estão em jogo nas diversas leis que se apresentam. Somente quando se depara com casos particulares é que se pode saber qual o sacrifício de interesses e valores que se estará disposto a fazer para reduzir o risco de dano.⁹

Nos estudos deste trabalho, os contextos espacial e temporal são considerados, justamente, para viabilizar a eficácia social da norma.

Nesse sentido, Hart defende que o ato de interpretar não deve buscar a intenção do legislador, mas a criação de novas possibilidades frente ao caso que se apresenta. Neste ponto Hart, assim como Warat, admitem que a interpretação implica na produção de novos sentidos para a norma.

A adoção de condições retóricas de sentido¹⁰, relativa ao direito à moradia e preservação do meio ambiente, portanto, é insuficiente para alcançar a finalidade da norma. Aliás, como identificar esse sentido em meio a tantas regras indicando caminhos contrários? Não há um modelo apto a ser seguido que garanta o acerto em toda a atividade interpretativa que é efetuada. É preciso abandonar essa concepção de que a subsunção é a forma mais eficiente de aplicar a norma.

Segundo Warat, o “ato interpretativo pode ser caracterizado como produto do convencimento jurídico”.¹¹ Trata-se propriamente da “produção de um sentido para a norma”, da capacidade que o jurista possui de argumentar e raciocinar em torno do texto legal disponível, convencendo-se do seu alcance e conjugando

⁸ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, p. 157.

⁹ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, p. 160 a 166.

¹⁰ Condição retórica de sentido é “um conjunto de regras de caráter teórico que comandam a produção do efeito de convencimento nos discursos jurídicos”. (...) Ela “indica a existência de um conjunto estereotipado de esquemas fundamentais, um conjunto comum de crenças a partir dos quais se articulam segundo uma arte de invenção chamada retórica, os processos de adequação de opiniões e afirmações particulares com esse repertório de crenças generalizado”. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 145 e 149.

¹¹ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 11.

todos os elementos necessários para dar o contorno e o sentido da norma interpretada segundo o caso concreto.

Somente das afirmações de Hart e Warat, até então expostas, já é possível depreender que a normativa analisada, na tentativa de especificar cada vez mais as hipóteses de sua aplicação a determinadas situações, acaba por restringir, de forma determinante, a oportunidade para sua interpretação ampliada e, ao contrário de solucionar os impasses decorrentes de aparentes conflitos normativos, acaba por acirrá-los ao regular excessiva e contraditoriamente acerca do mesmo tema.

Também devido a constatada pluralidade de leis abordando as questões urbanísticas, é que se faz cada vez mais necessário considerar a aplicação dos princípios de interpretação¹². Eles constituem referência privilegiada para a interpretação das normas urbanísticas, cada vez mais sujeitas ao casuísmo.

A interpretação das leis, ao demandar a adoção de um método para tornar possível a aplicação das normas aos casos concretos, não constitui um processo simples. Assim, os diversos métodos que propiciam a interpretação da lei não sempre proporcionam a produção de um sentido diverso segundo cada caso concreto. No âmbito da hermenêutica jurídica, os métodos que visam à segura interpretação da lei, podem constituir apenas “um conjunto de princípios e conceitos que funcionam como diretrizes retóricas para os raciocínios dos juristas”.¹³

Surge, então, a necessidade de buscar um método capaz de harmonizar a legislação pertinente, sem, necessariamente, optar pela revogação ou não-aplicação definitiva de uma delas.

Assim, analisando todo o escopo legal que envolve a questão do direito à moradia e do direito ao meio ambiente a fim de superar o discurso doutrinário indicativo dos “conflitos”¹⁴ existentes entre eles, este trabalho busca reconhecer a pertinência do método do diálogo das fontes¹⁵ no campo da tutela do direito à cidade.

¹² Ver Capítulo 3.

¹³ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 65.

¹⁴ Refere-se, aqui, a “conflitos” uma vez que já fora afirmado neste capítulo que é preciso questionar a concepção de que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente nas cidades constituem um conflito.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

Como já vem sendo aplicado no campo do Direito do Consumidor¹⁶, o método do diálogo das fontes vem a significar a utilização, dentre as diversas normas acerca do tema, daquela que melhor vem a atender as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos na questão.

Podemos estabelecer, para efeito de argumentação, um paralelo entre os sujeitos vulneráveis das relações de consumo, quais sejam os consumidores, assim definidos no Código de Defesa do Consumidor, com os sujeitos vulneráveis envolvidos na tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. São vulneráveis, assim, no contexto do tema da dissertação, aquelas pessoas carentes de moradia e que necessitam da tutela do Estado, seja através do Poder Executivo ou Poder Judiciário, para verem garantido o seu direito à moradia, constitucionalmente assegurado.

O método do diálogo das fontes permite que se escolha, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a norma que tutela, de forma mais plena, o direito dos vulneráveis. As normas que aparentemente estejam em conflito não serão avaliadas de acordo com os critérios da hierarquia, da especialidade e da anterioridade, que visam decidir qual delas possui validade e eficácia jurídica, mas sim de acordo com os fins que visam atingir, como a preservação da dignidade da pessoa humana; da sua legitimidade, coexistindo simultaneamente no ordenamento jurídico, sem necessidade de revogação¹⁷, privilegiando-se a análise da eficácia social da norma.¹⁸

O método do diálogo das fontes possibilita, então, que no processo de interpretação sejam consideradas normas de hierarquias diversas, um grande avanço para análise dos casos desta dissertação, pois o método da ponderação¹⁹ é uma técnica de interpretação restrita ao plano dos princípios. Pretende-se aplicar esse potencial do método do diálogo das fontes, no campo da tutela do direito à cidade, para articular princípios, diretrizes e regras, autorizando a escolha, após

¹⁶ Para esclarecer a aplicação do método do diálogo das fontes no Direito do Consumidor, ver: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

¹⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Práticas Sociais Instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*. Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, v. I, jan./mar. 2000.

¹⁹ Sobre a ponderação de princípios ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

análise simultânea, de qual a norma mais adequada para a solução do caso, independentemente de estarem em planos de competência diversos.

Segundo Cláudia Lima Marques, existem três tipos de diálogo possíveis entre as fontes para superar “conflitos”. São eles: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

O diálogo sistemático de coerência é aquele que permite que

“na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma lei é a central do sistema e a outra um microsistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade”.²⁰

O diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade possibilita que

“na aplicação coordenada de duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei.”²¹

O diálogo de coordenação e adaptação sistemática, também chamado de “diálogo das influências recíprocas sistemáticas” ocorre

“como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si; no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 28.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 29.

em uma lei para outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*".²²

Conforme ensina Cláudia Lima Marques, cada tipo de diálogo conta com algumas especificidades. O diálogo de coerência é naturalmente mais amplo, podendo se adequar tanto ao diálogo de complementaridade quanto ao diálogo de coordenação. Isso porque, supondo-se que o ordenamento jurídico deva formar um todo coerente, determinadas regras de caráter geral podem ser utilizadas para esclarecer pontos que a lei especial não explicitou.

Assim, o diálogo de coerência permite que se apliquem simultaneamente duas leis, uma com caráter geral e outra com caráter específico, o que é recorrente na legislação urbanística e ambiental.

O diálogo de complementaridade também admite a adoção de regras gerais em leis especiais. Porém, esse diálogo tem caráter subsidiário, com o fim de complementar a previsão de uma norma. Não se busca, neste diálogo, obter uma coerência entre o sistema jurídico disponível, mas segundo o caso concreto, permite-se a adoção de regra geral que, embora possa contradizer alguma outra norma prevista na lei específica, por ser mais adequada para solucionar o caso, deve ser adotada em caráter subsidiário.

O diálogo de coordenação ou diálogo das influências recíprocas sistemáticas, por sua vez, leva em conta a finalidade que lei visa alcançar. E analisando essa finalidade o diálogo permite que se conclua qual das leis disponíveis no ordenamento deve ser aplicada, afastando a incidência de uma delas no caso específico. Assim, poder-se-á optar pela lei especial ou pela lei geral de acordo com a questão que se apresenta. Esse tipo de diálogo revela-se possibilitador de uma gama maior de hipóteses de aplicação das normas provenientes de diferentes diplomas legais, conforme a sua adequação ao caso.

Assim, vê-se que é possível utilizar uma outra lógica de interpretação na análise da legislação, porque o processo de escolha entre a prevalência de uma ou outra norma por meio dos critérios da anterioridade, hierarquia e especialidade não é necessariamente o único.

O que pretendemos em nosso estudo é adotar um outro corte metodológico no processo de interpretação, que amplie o alcance da tutela do direito à cidade,

²² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 29.

em consonância com a abordagem interdisciplinar, permitindo assim que se transponha o plano do simples conflito entre normas, redefinindo o sentido da norma através da produção de novos sentidos que autorizem a escolha da norma que estiver melhor e mais adequadamente promovendo a tutela do direito à cidade.

Nesta perspectiva, o equacionamento dos conflitos entre direito à moradia e direito ao meio ambiente, pode se valer dos três tipos de diálogos entre as fontes, segundo a doutrina de Cláudia Lima Marques.

Em nossos estudos, levantamos a hipótese de talvez incluir um novo tipo de diálogo que se denominaria “diálogo de preferência”.

A reflexão sobre esta quarta forma de diálogo surge em virtude dos obstáculos encontrados nos tipos elaborados por Claudia Lima Marques, especialmente no que diz respeito a sua aplicação nos casos de tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. Isso porque, os tipos de diálogo da doutrina de Claudia Lima Marques permitem uma interpretação que flexibiliza apenas a regra da especialidade, não abrangendo as regras da hierarquia e da cronologia, no campo da normativa urbanística e ambiental. Senão, vejamos.

O diálogo sistemático de coerência, conforme já exposto, ocorre entre duas leis, sendo uma geral e a outra especial, uma servindo de base à outra. O diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade possibilita que as cláusulas gerais de uma lei complementem situação regulada por outra lei. E, por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática também envolve as influências entre leis gerais e especiais no que se refere à sua finalidade.

Os referidos diálogos permitem que as leis gerais e especiais atuem simultaneamente, sem excluir umas às outras, servindo para clarear o significado e definir o âmbito de incidência de cada uma delas.

No entanto, ainda que as leis gerais e especiais passem a atuar simultaneamente, aplicando-se aquela que for mais benéfica à parte vulnerável da relação, como é o caso dos consumidores e moradores, ainda subsiste um impasse, que é o referente à aplicação de leis de hierarquias diferentes e leis promulgadas em datas diversas.

Levanta-se, assim, a possibilidade de aplicação de um quarto tipo de diálogo, que possa oferecer um caminho no equacionamento de conflitos entre

fontes de diferentes datas, competências e hierarquias. Sugerimos, então, o diálogo de preferência.

De acordo com esse tipo de diálogo haveria uma troca constante, simultânea e dinâmica das fontes normativas. A própria palavra “diálogo” nos remete a pensar na ocorrência de uma troca, de uma simbiose, daí conceber essa “quarta espécie” de diálogo.

Segundo o diálogo de preferência, a norma aplicada seria aquela que atendesse ao critério da adequação, representado pela sua identificação com o caso concreto, e também ao critério da capacidade de solucionar a demanda. Dessa forma, não se criaria um padrão ou um senso comum teórico acerca de qual regra deva ser aplicada em determinado caso. O diálogo possibilitaria abrir o leque de opções no momento da aplicação das leis.

Seria o caso de dar preferência à aplicação de determinada normativa, independentemente do fato de ser federal, estadual ou municipal; tratar de áreas urbanas ou não; ser geral ou específica. Apenas o que deveria ser analisado é a sua preferência de aplicação no caso concreto porque mais adequada para solução da demanda.

Assim, o critério fundamental para aplicação do diálogo de preferência é a constatação que esgotadas todas as possibilidades para aplicação dos demais tipos e ainda não equacionado o caso segundo a tutela do direito à cidade, avaliem-se quais são as leis vigentes que incidiriam sobre o fato, sejam elas federais, estaduais ou municipais. Na seqüência será preciso, de acordo com as características específicas do caso concreto, verificar qual dessas normas vai atender aos interesses dos vulneráveis envolvidos na questão e optar pela sua aplicação. Trata-se de dar preferência à norma que estiver atingindo seus fins com razoabilidade. De acordo com a tese defendida nesta dissertação, por exemplo, defenderíamos a aplicação da norma que privilegiasse a tutela do direito à cidade, promovendo simultaneamente o direito à moradia digna dos cidadãos e a preservação ambiental.

Dessa forma, não se pretende especificar aqui o artigo e a lei que devam prevalecer no equacionamento dos conflitos entre o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente nas áreas urbanas, pois isso pode ser distinto de acordo com o caso apresentado. Porém, pode-se afirmar que a escolha recairá sobre a norma que privilegiar a visão equitativa dos interesses envolvidos, em via de

regra, mantendo a população no local em que já está consolidada sua moradia e promovendo medidas de regularização fundiária necessárias para a preservação do meio ambiente em que a moradia está inserida. Nesse sentido, temos como exemplo as finalidades previstas nas imposições normativas da Medida Provisória n. 2220/2001²³, que no seu artigo 5º, III, não impõe a remoção dos moradores em caso de ocupação em áreas de preservação ambiental, apenas facultando ao Poder Público assegurar o exercício do direito à moradia de quem as ocupa em outro local.²⁴

Esse posicionamento privilegia o conceito de direito à cidade, composto por um feixe de direitos, dentre os quais o direito à moradia e ao meio ambiente, os quais devem convergir para a realização da dignidade da pessoa humana, que se manifesta no proporcionar uma vida de qualidade.

E a aparente preferência ao direito à moradia popular ocorre porque, ao contextualizar os direitos que compõem o feixe de direitos do conceito de direito à cidade, constata-se que no conceito de direito à moradia com dignidade está implícita a preservação do meio ambiente.

Com base, então, no método do diálogo das fontes, faz-se necessário retomar os conceitos trazidos nesta dissertação sobre os direitos à moradia, ao meio ambiente e à cidade, bem como resgatar a importância da aplicação dos princípios no equacionamento da tensão que se estabelece entre o direito à moradia e ao meio ambiente.

Além disso, é importante destacar como essa construção teórica acerca do diálogo das fontes é relevante para a interpretação dos acórdãos estudados²⁵, tanto quanto se mostrou adequada na aplicação à normativa pertinente, consoante demonstrado em análise anterior.

Destacamos, nesse sentido, o caso mencionado no início deste capítulo, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, qual seja, Apelação Cível n.171.834-5/8-00, da Comarca de São Sebastião²⁶.

²³ Comentários gerais sobre a MP 2220/2001, ver Capítulo 4.

²⁴ Medida Provisória 2220/2001 – Art. 5º, III – “É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: (...) III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais (...)”.

²⁵ Ver Capítulo 5.

²⁶ Ver Capítulo 5, item 5.4.2.4.

Neste acórdão, o Tribunal, acompanhando o posicionamento do Ministério Público, autor da demanda, considerou inconstitucional e ilegal a lei municipal de São Sebastião n. 1273/98, pois ela impunha restrições aquém das previstas no Código Florestal para a ocupação nas margens de cursos d'água.

Ficou claro, nesse caso, que o TJSP considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal. E dentre outras justificativas, o Tribunal afirmou que o legislador municipal não pode restringir as previsões contidas em lei federal “sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro”.

Dessa forma, o Tribunal aplicou a regra da hierarquia na solução da demanda. No entanto, se aplicássemos o método do diálogo das fontes para solucionar o mesmo caso apresentado em juízo, a decisão seria outra.

Isso porque, conforme o método do diálogo das fontes, que tem como fim a eficácia social da norma, não se deve utilizar a regra da hierarquia para equacionar conflitos entre leis. Para alcançar a eficácia social da norma é preciso, então, analisar a sua finalidade, incidência e legitimidade.

Assim, se a finalidade da lei municipal for tutelar o direito à moradia da população de baixa renda ao impor restrições menores que a do Código Florestal, podemos concluir pela sua legalidade e constitucionalidade.

Afinal, o método do diálogo das fontes determina que, dentre várias leis que regulam a mesma situação, prevaleça aquela que melhor atenda as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos no caso concreto com que se depara. Trata-se, aqui, portanto, de dar preferência à lei municipal de São Sebastião porque ela tem por fim atender às demandas sociais daquele município em específico, incidindo em benefício da população de baixa renda que ali habita. Adequando-se, então, à situação que se pretende tutelar, a lei municipal será aplicada em detrimento da lei federal.

Outra hipótese de aplicação do método do diálogo das fontes na jurisprudência pode ser encontrada no caso da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, julgamento em 26.04.2002.²⁷

²⁷ Comentários completos sobre a decisão, ver Capítulo 5, item 5.3.2.4.

Trata-se de um pedido de indenização efetuado por um morador de Rio das Ostras, que teve sua casa demolida pela Prefeitura sob a alegação da construção estar localizada em área de preservação ambiental, nos termos da Lei 4771/65, o Código Florestal.

O TJRJ negou o direito à indenização do morador, considerando legal o ato da Administração Pública, pois consoante o exercício regular de seu poder de polícia. Além disso, o Tribunal alegou que a irregularidade da obra não deve gerar direito à indenização, ainda que existam outras construções irregulares no mesmo local.

Nesse caso o Tribunal não aplicou as regras da hierarquia, cronologia ou especialidade. Porém, ao restringir-se à análise estritamente positivista da norma contida no Código Florestal, na Lei 9605/98 e no Código de Obras do Município de Rio das Ostras, o Tribunal deixou de considerar a aplicação de importantes textos normativos ao caso, os quais poderiam dar-lhe um outro caminho para decidir.

Se aplicássemos ao caso o método do diálogo das fontes, primeiramente consideraríamos a realização da eficácia social da norma. Isso implica na abordagem mais ampla do problema contido na demanda, levando-nos a buscar outras leis aplicáveis ao caso. Vejamos.

Quando a decisão do TJRJ foi prolatada já estava vigente no ordenamento jurídico brasileiro a Medida Provisória 2.220/2001, que conforme exposto anteriormente, instituiu a concessão especial de uso para fins de moradia.

Segundo norma contida na medida provisória, “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural”.

Assim, seria o caso de analisar se o apelante da demanda interposta junto ao TJRJ se encaixava nessas condições. Se a resposta for positiva, tendo em vista o fato da demolição da casa já ter ocorrido, há que se aplicar o artigo 5º da Medida Provisória, que assegura o exercício do direito em outro local se a Administração Pública considerar mais adequado promover a remoção do morador.

Nesse caso, sem dúvida, remanesce direito à indenização para que o apelante possa exercer o seu direito à moradia em outro local.

Além da Medida Provisória 2.220/2001, o Tribunal poderia ter se baseado no princípio da razoabilidade para prolatar sua decisão, considerando que se existem outras construções irregulares no mesmo local e que perduram até o momento, a omissão da Administração no tratamento do caso, bem como o seu desrespeito ao princípio da isonomia, culmina no seu dever de indenizar. Isso porque não é razoável que o Poder Público aja de formas diversas com pessoas que se encontram nas mesmas condições.

Dessa forma, a aplicação do diálogo das fontes nesta decisão revela-se plenamente possível quando admitimos a ampliação do olhar dado ao caso, trazendo aos autos outras leis ou princípios que prevalecessem no equacionamento da questão.

Ocorre que, conforme já fora afirmado na análise jurisprudencial²⁸, os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro não incorporaram o conceito de direito à cidade, tendo até mesmo deixado de mencionar essa nova espécie de direito coletivo, parecendo não tê-lo reconhecido.

Assim, os Tribunais citados ainda encontram-se vinculados às regras da hierarquia, cronologia e especialidade na solução das demandas que envolvem diversas leis sobre o direito à moradia e meio ambiente, sem considerar o método do diálogo das fontes.

Portanto há uma tendência majoritária e conservadora dos julgados, que não privilegiam o direito à moradia, baseando-se na concepção de que o direito de propriedade ainda é um direito absoluto e que o direito ao meio ambiente é merecedor de maior tutela.

Essa visão dicotômica entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente vem, assim, a confirmar a reflexão feita anteriormente sobre o não reconhecimento do direito à cidade pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Porém, deve-se admitir que tanto os conceitos de direito à moradia digna quanto de meio ambiente ecologicamente equilibrado são amplos o bastante para

²⁸ Ver Capítulo 5.

abarcarem em seu conteúdo, respectivamente, o respeito ao meio ambiente natural e a tutela do meio ambiente construído.

Isso quer dizer que não se pode vislumbrar moradia digna onde não existem condições de salubridade e preservação ambiental, bem como não existe tutela ambiental efetiva sem que se compreenda o meio ambiente como um bem único, cuja proteção abrange o meio ambiente natural, construído e cultural, inserindo-se nesse cenário a vida humana, e portanto, a moradia.

Não há como falar da cidade sem falar da moradia, ela é parte essencial da paisagem urbana. A estruturação espacial da cidade resulta essencialmente da concreção do direito à moradia, pois o homem mora num lugar, e esse local é a sua casa, protegida constitucionalmente por meio da sua inviolabilidade²⁹. Todos os demais serviços e direitos são levados até este local porque o homem mora ali, por exemplo, o transporte, o saneamento, o trabalho, a iluminação pública, a segurança pública. Portanto, a relevância do direito à moradia para o equilíbrio e a realização do direito à cidade.

Assim, passa a ser clara e coerente a concepção do direito à cidade como a realização da tutela simultânea do direito à moradia e do direito ao meio ambiente, entre outros bens que compõem o feixe de direitos, definição de direito à cidade adotada nesta dissertação.

Por isso, cada lei, independentemente de ser federal, estadual ou municipal; cada tratado internacional; cada documento reconhecido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais e que contenha diretrizes acerca do direito à moradia e do direito ao meio ambiente, aqui estudados, remete à tutela de todos eles.

Nesse sentido, é possível afirmar que, por exemplo, a Carta Mundial do Direito à Cidade, destina-se à proteção conjunta do direito à cidade, do direito à moradia e do direito ao meio ambiente.

E a própria possibilidade e adequação da aplicação do método do diálogo das fontes justifica a afirmação de que os direitos mencionados são coexistentes e complementares. Isso porque demonstra que independentemente da norma aplicada ao caso concreto, ela será capaz de privilegiar a materialização de todos eles por meio da tutela do direito à cidade.

²⁹ Vide art. 5º, XI, Constituição Federal de 1988.

A mesma constatação pode ser feita no que tange à aplicação dos princípios de interpretação, que assim como as normas narrativas³⁰, podem ser a fonte utilizada no método do diálogo.

Podemos citar aqui, nessa linha de argumentação, a escolha pela incidência do princípio da sustentabilidade das cidades³¹ e da função social da propriedade pública e privada³², pois realizam, simultaneamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente na perspectiva do direito à cidade.

Dessa forma, buscou-se oferecer, neste trabalho, uma nova leitura da tensão entre meio ambiente e moradia nas cidades, privilegiando todos os sujeitos e direitos que envolvem a questão, demonstrando que é possível promover a tutela do direito à cidade sem que se esteja necessariamente atrelado à escolha de um direito em detrimento do outro.

Através do método do diálogo das fontes privilegia-se o “espaço dos possíveis”³³ no campo do Direito Urbanístico para qualificar como cabível a escolha, dentre o vasto aparato legislativo disponível, da norma que mais perfeitamente atender aos interesses sociais em jogo na demanda social apresentada. Dessa forma, cria-se mais uma via para a materialização da eficácia social da norma.

³⁰ JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*, p. 33 a 37. “(...) Normas narrativas neste sentido são normas que trazem valores (*Wertträgernormen*), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklung des Rechts*) com orientações e ajudas. (...) normas que não obrigam, apenas “iluminam”. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são descritos e narrados. (...)”.

³¹ Ver Capítulo 3, item 3.4.7.

³² Ver Capítulo 3, item 3.4.2.

³³ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, 2005.

7

Conclusão

Tendo trazido à tona a análise sobre o conceito de direito à cidade, bem como as concepções do direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direitos humanos, sociais e transindividuais, com o respaldo dos princípios de Direito Urbanístico e do método do diálogo das fontes, considera-se equivocado admitir a ocorrência de conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sob o prisma do direito à cidade sustentável constante do Estatuto da Cidade.

Primeiramente, devemos considerar a transcendência do conflito entre a concepção biocêntrica do Direito Ambiental e a sua concepção antropocêntrica. Isso porque, não se trata de decidir se o homem ou o meio ambiente em si mesmo devem ser protegidos pelas leis urbanísticas e ambientais, mas sim que ambos devem estar amparados com equidade.

Além disso, discutir o que deve prevalecer entre Direito Urbanístico e Direito Ambiental implica num conflito apenas do ponto de vista do discurso, no sentido de que tal dicotomia reflete uma tentativa de preservação dos campos de conhecimento e saber, bem como uma imposição de um conhecimento científico, conforme ocorre na disputa entre os “marrons” e “verdes”.

No entanto, o conhecimento científico pós-moderno não se constitui de forma estanque, ignorando outros ramos da ciência e nem mesmo ignorando o conhecimento vulgar. Além disso, ele é um conhecimento que evita as dicotomias¹, sejam elas entre as ciências - direito urbanístico e direito ambiental,

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, p. 64: “O conhecimento do paradigma emergente tende assim a ser um conhecimento não dualista, um conhecimento que se funda na superação das distinções tão familiares e óbvias que até há pouco considerávamos insubstituíveis, tais como natureza/cultura, natural/artificial, vivo/inanimado, mente/matéria, observador/observado, subjetivo/objetivo, coletivo/ individual, animal/pessoa.”

sejam entre os direitos propriamente ditos - direito à moradia e direito ao meio ambiente.

Trata-se, ainda, de um falso conflito sob o prisma do direito à cidade porque neste todos os campos devem estar articulados², conforme se pode notar da própria definição de direito à cidade, sendo ele um direito difuso composto por um feixe de direitos³, que possui linhas convergentes, dirigidas à obtenção de melhor qualidade de vida aos habitantes da cidade.

Dentre as referidas linhas, destacamos a do direito ao meio ambiente e a do direito à moradia, pois não se pode admitir a existência real de um conflito entre os direitos que constituem o núcleo do direito à cidade. Como poderiam tais direitos divergir se eles estão garantidos e tutelados simultaneamente, fazendo parte de um mesmo conceito?

Seria contraditório admitir o conflito uma vez que se adota a definição do direito à cidade como um feixe de direitos convergentes, destinados a realizar o mesmo objetivo.

Logo, tendo em vista essa premissa, a nossa proposta vai permitir uma reflexão num outro plano, que de fato vai interessar e está de acordo com a realidade contemporânea, qual seja a da situação do cidadão e a sua possibilidade de realizar os seus direitos numa sociedade sustentável.

Não se pode mais restringir-se à estrita legalidade na solução das demandas contemporâneas, uma vez que o aparato legislativo disponível tem se demonstrado, apesar de extenso, ineficiente e conflitante. É preciso ver e reconhecer a realidade plural e achar soluções mais eficazes que com ela sejam condizentes. Há muito tempo já se reconhece que o direito positivo é insuficiente para solucionar todas as questões sociais presentes no cotidiano.⁴

² “(...) o Estatuto da Cidade encampou de maneira exemplar a proposta de integração entre o direito urbanístico e o direito ambiental no contexto da ação municipal (...)”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 328.

³ CAVALLAZZI, Rosângela. *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. Trabalho apresentado no 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. São Paulo, 03 de junho de 2005.

⁴ Em seu curso geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, já ensinava que, face ao atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. “Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporânea”. MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. In *Revista de Direito do Consumidor*, 2003.

Outro aspecto a ser considerado é que quando os direitos sociais são realizados não remanesce conflito⁵. Aquele que não vê garantidos os seus direitos básicos, sociais, não estará apto a reconhecer o direito ambiental, a respeitar o meio ambiente, uma vez que sequer é respeitado como ser humano e cidadão. O respeito aos direitos sociais reflete o próprio respeito ao direito à vida.

Casos há em que as ocupações com fins de moradia são recentes e outros em que elas já estão consolidadas. No caso das ocupações consolidadas, é possível obter a tutela dos moradores através da aplicação da Medida Provisória 2.220/2001. No entanto, no caso de ocupações recentes, há uma lacuna no que diz respeito a melhor forma de tutelar os interesses dos moradores.

E se por um lado, o governo deve esforçar-se para impedir novas ocupações, em especial em áreas de proteção ambiental; por outro, a tutela do direito à cidade em determinados casos significa fazer uma escolha pelo ser humano vulnerável, carente de direitos, que necessita ver preservado seu direito à moradia digna, pois caso contrário sua família ficará sem destino, sem abrigo, sem proteção alguma.

A ocupação humana em áreas de preservação ambiental, muitas vezes próximas de mananciais, demonstra a busca do homem por sobrevivência diante da omissão do Estado em possibilitar-lhe, além de um “teto”, uma moradia digna em que haja acesso à água, saneamento, transporte.

A concepção disseminada cotidianamente de que o direito ao meio ambiente e o direito à moradia são conflitantes impede que se possam oferecer soluções para os problemas que se colocam na realidade. Admitir que há incompatibilidade entre tais direitos inviabiliza a regularização fundiária no local, impossibilita a ação urbanística do Estado e o reconhecimento do direito dos moradores e do próprio direito ao meio ambiente.

Nesse sentido, a primeira conclusão que se pretende trazer e que vai guiar todas as demais conclusões que seguirem, sejam elas quanto à aplicação da norma

⁵ FERNANDES, Edésio. *Preservação ou moradia? Falso conflito*. In *Jornal do Brasil*. Espaço Livre, 05 de março de 2005. Os grupos divididos entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico tem sido insensíveis para com as demandas do outro. Porém, o conflito entre a preservação e a moradia é uma falsa questão: “os dois são direitos sociais constitucionalmente protegidos com a mesma raiz conceitual, o princípio de função sócioambiental da propriedade. O desafio é compatibilizar esses dois direitos, o que somente pode ser feito pela construção não de cenários ideais, certamente não de cenários inadmissíveis, mas de cenários possíveis. Onde os valores constitucionais forem incompatíveis e um tiver que prevalecer, medidas concretas têm que ser tomadas para mitigar ou compensar o valor afetado. Muitos programas locais têm construído esses cenários possíveis em que preservação e moradia são associadas”.

urbanística e dos princípios, ou à interpretação das decisões judiciais, é a concepção de que direito à moradia e direito ao meio ambiente são direitos plenamente conciliáveis sob a perspectiva do direito à cidade.

Consoante foi possível perceber ao longo de toda a exposição do problema e das variadas formas como ele vem sendo enfrentado pelos juristas, pela comunidade e pelo Poder Público, a opção entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente tem se revelado, muitas vezes, o caminho mais fácil para não se enfrentar a questão de maneira definitiva.

Porém, como já fora afirmado em diversas ocasiões desta dissertação, a eficácia social do direito à cidade é capaz de promover a equidade e harmonizar os direitos que compõem o seu conceito. A admissão de conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no âmbito do direito à cidade contraria a própria definição constitucional da cidade sustentável, que é aquela que proporciona qualidade de vida para os presentes e futuros habitantes. Isso porque, se seguirmos o conceito de sustentabilidade, que envolve a preservação dos direitos do presente para assegurar o seu gozo futuro, não se pode admitir a supressão do direito à moradia digna ou de qualquer outro direito que lhe seja inerente.

Em relação aos casos-referência utilizados como exemplos reais da questão que se estabelece entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no cotidiano social, podem ser traçadas algumas semelhanças.

A primeira delas é a situação consolidada em que se encontram os moradores das respectivas áreas. As ocupações, tanto do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico quanto do entorno das Represas Billings e Guarapiranga, são bastante antigas. Esse fator não pode ser ignorado para compreender a importância da manutenção dos moradores nas áreas ocupadas.

Não se trata aqui de falar da remoção de pessoas que chegaram ontem, mas de pessoas que construíram ali a sua vida e de sua família, algumas por gerações. Sendo assim, os moradores demonstram entender a importância de viver em equilíbrio e harmonia com o meio ambiente, valorizando as áreas naturais existentes a sua volta⁶.

⁶ Isso pode ser facilmente percebido na entrevista realizada com a vice-presidente da Associação de Moradores e Amigos do Horto (Rio de Janeiro) e na leitura dos projetos realizados para recuperação das áreas de mananciais em São Paulo. Ver a respeito o Capítulo 2.

Outra semelhança entre os casos-referência consiste no fato das ocupações serem, majoritariamente, compostas por famílias de baixa renda. Isso demonstra a carência por moradia presente na sociedade, que obriga as pessoas a se instalarem em locais cujas normas de uso e ocupação do solo são restritivas, empurrando-as para uma situação de irregularidade.

No entanto, foi possível depreender que a maior parte da legislação pertinente até então elaborada, parece ter contribuído para manter a “cerca jurídica da terra”⁷. Esse fato tem contribuído para que o direito fundamental à cidade, garantia constitucional consolidada no Estatuto da Cidade, encontre razões para não entrar na pauta do Judiciário, conforme ficou claro na análise dos julgados.

A compreensão “fundiária” da Magistratura mostra resistência aos direitos coletivos. Porém, o Poder Judiciário tem um papel importante para possibilitar a emancipação de tais direitos, abrindo precedentes relevantes na consolidação da categoria dos direitos metaindividuais.

Além disso, há que se contar com a aplicação dos princípios de interpretação, os quais não foram amplamente utilizados pelos juízes nos acórdãos. Atente-se, nesse sentido, à única vez em que o princípio da função social do direito de propriedade fora adotado, em que sua concepção era conservadora, no sentido do Código Civil de 1916 e Constituições que antecederam a de 1988.⁸

Sobre a pesquisa jurisprudencial, também podem ser expostas diversas outras conclusões. Conforme se observou nos acórdãos, analisados quantitativa e qualitativamente, o Tribunal, levando em conta a tutela do meio ambiente, tem aderido às reivindicações ministeriais, que via de regra ficam restritas à tutela do meio ambiente, deixando de atender aos anseios da população por moradia. Isso porque tem optado por manter os moradores na área ocupada apenas liminarmente, não abordando a questão do direito à moradia de forma ampla, escusando-se de posicionar-se firmemente a seu favor de maneira a proporcionar segurança àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade aguardando a intervenção do Poder Executivo ou do próprio Judiciário.

⁷ BALDEZ, Miguel. *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p. 89.

⁸ A decisão que fez menção ao princípio da função social do direito de propriedade é a seguinte: TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.11576, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgamento em 24.08.2004.

Nas questões envolvendo direito sociais, como é o caso do direito à moradia, o processo interpretativo realizado pelos juízes não se deve restringir à aplicação da norma, mas precisa levar em conta também, e principalmente, os fatos e os atores envolvidos no conflito, a fim de alcançar-se a realização da justiça distributiva com vistas à consecução do princípio da equidade.

Assim, a acolhida dos Tribunais a pedidos de remoção da população que ocupa as áreas objeto de litígios representa a visão ainda conservadora acerca do direito urbanístico, não atentando para o falso conflito que se estabelece entre moradia e meio ambiente nas cidades.

Essa constatação pode ser atribuída ao fato do Tribunal ainda não adotar expressamente o Estatuto da Cidade, que não foi reconhecido como marco normativo das decisões.

Sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos totalmente complementares, não subsistindo qualquer conflito entre eles, uma vez que o Poder Público deve garanti-los, simultaneamente, no espaço urbano. E, mesmo se fosse o caso de conflito, estamos propugnando pelo diálogo das fontes, caso de conciliação dos interesses. Teríamos, portanto, como superar esse conflito, privilegiando o diálogo entre as fontes normativas.

Isso porque, sendo preciso trabalhar com a legislação disponível, apesar de muitas vezes mostrar-se contraditória, foi evidenciada a necessidade de incorporar-se a metodologia do diálogo das fontes, por nós adotada em todas as suas modalidades, inclusive naquela aqui denominada de “diálogo de preferência”.

Este método permite que, dentre as inúmeras normativas existentes e aplicáveis, em tese, ao caso concreto, escolha-se aquela que melhor realize o direito à cidade, na sua perspectiva mais ampla e completa, compreendendo o direito à moradia e o direito ao meio ambiente como mercedores de tutela especial e equitativa.

Assim, a promoção dos direitos que compõem o conceito do direito à cidade será mais facilmente alcançada, se compreendidos como direitos realizáveis simultaneamente, sem admissão de conflitos.

Essa compreensão do direito à cidade é viabilizada mediante a adoção dos princípios da equidade, da função social do direito de propriedade, da proteção do meio ambiente e da sustentabilidade das cidades, que garante, de forma equitativa,

qualidade de vida aos seus habitantes, compreendendo, conforme disposição do Estatuto da Cidade, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

Nas cidades contemporâneas, o princípio da função social do direito de propriedade pública e privada adquiriu caráter fundamental, pois através dele é que se possibilita a realização de direitos sociais, como a moradia, e, mais amplamente, o direito à cidade sustentável.

E é possível citar ainda o princípio da precaução como possibilitador da manutenção da moradia em áreas de preservação ambiental, privilegiando a definição do direito à cidade adotada nesta dissertação⁹. Tendo em vista a existência de um risco social na hipótese de remoção dos moradores, convém utilizar o princípio da precaução para manter a população no local em que se encontra e promover medidas de regularização que realizem o direito à cidade em todos os seus aspectos, em especial no que se refere aos direitos ao meio ambiente e à moradia.

Para tanto, é preciso considerar fator importante na condução das políticas das cidades segundo sua gestão democrática, a participação popular nas decisões que dizem diretamente respeito a sua vida.

Levar em conta a opinião e os desejos dos cidadãos é extremamente relevante para promover a integração da cidade e confirmar a primazia do interesse público.

Permitir que os próprios moradores opinem na regularização de suas casas, nas eventuais remoções que possam ocorrer, significa propiciar a construção de um espaço público democrático, pleno, que atenda aos mais diversos interesses.

A participação política das comunidades amplia o senso de responsabilidade dos indivíduos, que passam a sentir-se verdadeiros cidadãos, encarregados pela manutenção do equilíbrio do ambiente em que vivem.

E essa é a verdadeira materialização da tutela do direito à cidade, porque vê e entende a cidade como um todo. Não há setorialização dos direitos que compõem o seu conceito, abandonando a perspectiva de que onde se realiza o direito à moradia não se pode realizar o direito ao meio ambiente.

⁹ Sobre o conceito do direito à cidade, ver Cap. 02.

Assim, enquanto não houver uma preocupação do Poder Público em promover políticas habitacionais, as invasões e ocupações continuarão ocorrendo e não serão muros de contenção, cercas ou qualquer espécie de isolamento que barrarão esse crescimento, pois não é difícil “pular o muro” e construir do outro lado, pois a cidade é uma só, e todos, independentemente da condição social ou espaço onde fixam moradia, têm direito à cidade.

Assumir o direito à cidade como via para a solução dos conflitos implica, portanto, numa série de responsabilidades para todas as partes envolvidas. O Poder Público fica obrigado a promover a regularização fundiária das moradias harmonizando-a com a preservação ambiental, ficando também vinculado à promoção de fiscalizações constantes nos locais ocupados a fim de evitar que ocorram danos tanto aos moradores quanto ao meio ambiente; a comunidade fica responsável pela manutenção do meio ambiente sadio e preservado; e o Poder Judiciário é obrigado a assumir uma posição de enfrentamento direto da questão, avaliando o direito material envolvido e comprometendo-se com o dever de condenar o Poder Público quando este não realizar suas funções.

No entanto, a visão restrita dos problemas sociais que envolvem a moradia e o meio ambiente tem demonstrado que o conceito de direito à cidade não foi ainda apreendido em sua plena acepção. Nesse sentido, é que a presente dissertação pugna pela afirmação do direito à cidade como via para solução dos problemas urbanos, entendendo como falso o conflito que se estabelece entre direito à moradia e direito ao meio ambiente. Há, portanto, a possibilidade de garantia e efetivação simultânea de todos os direitos que compõem o feixe do conceito de direito à cidade, assumindo-o plenamente como um direito difuso.

Esta nova leitura que propomos dos problemas urbanos, interpretados a partir de um paradigma recente, representado pelo Estatuto da Cidade, suas diretrizes e o conceito de direito à cidade, é resultado do reconhecimento da cidade como um sujeito único e está comprometida com a realização da função socioambiental das cidades, abrindo caminho para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

8

Bibliografia

ABRAMO, Pedro (org.). *A Cidade da Informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003.

ACSERALD, Henri (org.). *A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

AFONSO, Miguel Reis e LISO, Carlos Henrique. *A Concessão de Direito Real de uso na Regularização Fundiária*. In FERNANDES, Edésio (coord.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 121 a 131.

ALBUQUERQUE, Ana Rita V. *A Propriedade, a posse e a usucapião no Novo Código Civil: Breve Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916*. In Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 19. S/ Data, pp. 29 a 82.

ALFONSIN, Betânia. *O Estatuto da Cidade e a Construção de Cidades Sustentáveis, justas e democráticas*. Disponível em <http://www.geocities.yahoo.com.br>. Acesso em 10 de julho de 2003.

ALFONSIN, Betânia et. al. (coord.). *Regularização da Terra e Moradia. O que é e como implementar*. Gráfica da Caixa, 2002.

ALFONSIN, Betânia. *O significado do Estatuto da Cidade para a regularização fundiária no Brasil*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: Fase, 2003, pp. 93 a 102.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *O Estatuto da Cidade e a Questão Ambiental*. Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 10 julho de 2003.

ASCHER, François. *Les Nouveaux Principes de L'urbanisme*. France: Editions de L'aube, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: Fase, 2003, pp. 71 a 92.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARRAL, Welber. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRE-PEPIN, Martine e COUTANT-LAPALUS, Christelle (org.). *Logement et famille: des droits en question*. Paris: Dalloz, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARTHES, Roland. *Aula*. 2ª edição. São Paulo: Cultrix, 1983.

BEAUD, Michel. *Arte da Tese: como preparar e redigir uma tese de mestrado, uma monografia ou qualquer outro trabalho universitário*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman (org.). *10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.

_____. *Direito, Água e Vida*. Vol. 1 e 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

BERCOVICCI, Gilberto. *O Direito de Propriedade e a Constituição. Algumas Considerações Críticas*. In Caderno de Direito. Piracicaba: Unimep, 2003.

BEZNOS, Clóvis. *Desapropriação em nome da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 118 a 136.

BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar*. 7ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CALSAMIGLIA, A. *Ensaio sobre Dworkin*. In DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

CAMMAROSANO, Marcio. *Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade. Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 21 a 26.

CAMBI, Eduardo. *Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil*. In RTDC. Ano 4. Vol. 16. Out./dez. 2003, pp. 31 a 48.

CANARIS, Claus. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª edição. 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. 8ª edition. France: LGDJ, (?).

CARCOVA, Carlos Maria. *Sobre el razonamiento judicial*. Noviembre de 2003.

CARDOSO, Adauto Lúcio. *Política Habitacional no Brasil: balanço e perspectivas*. In Revista Proposta. Revista Trimestral de Debate da FASE, Ano 30, dezembro/fevereiro de 2002/2003, nº 95, p. 6 a 17.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *A Imagem da norma e a imagem da cidade: Um novo olhar sobre a norma urbanística*. Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado A Paisagem Urbana como patrimônio ,PROURB/UFRJ, Rio de Janeiro. 2004.

_____. *A Paisagem urbana como patrimônio e seus instrumentos de tutela*. Relatório de Pesquisa entregue ao CNPq, 2003.

_____. *A plasticidade na teoria contratual*. Rio de Janeiro, UFRJ, Faculdade de Direito, 1993.

_____. *Contestado: espaço do camponês, tempo da propriedade privada*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. *Práticas sociais instituintes e sua tradução jurídica e urbanística. Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional*. RTDC – Revista trimestral de Direito Civil. Ano I, Vol. I JAN/MAR 2000.

_____. *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Gestão de Riscos Ambientais: Licenciamento e outros Instrumentos. São Paulo, junho de 2005. Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado A Paisagem Urbana como patrimônio ,PROURB/UFRJ, Rio de Janeiro. 2004.

_____. *Urbanismo e direito: notas para uma abordagem interdisciplinar do espaço urbano*. In MACHADO, Denise B. Pinheiro (org.). *Anais do IV Seminário*

de História da Cidade e do Urbanismo. Vol. 02. Rio de Janeiro: UFRJ/PROURB, 1996.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; ARAÚJO, Eloisa Carvalho. *Revendo os papéis da ordem jurídica e urbanística na cidade do Rio de Janeiro*. In: SCHICCHI, Maria Cristina; BENFATTI, Dênio. (Org.). *Urbanismo: dossiê São Paulo - Rio de Janeiro*. Campinas: PUCCAMP/PROURB, 2004.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; D'OLIVEIRA, Sônia Azevedo Le Cocq. *Gestão ambiental do solo urbano: o direito à paisagem*. In FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema Marteleto. (Org.). *Cidade, memória e legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002, p. 293-298.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In Revista Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 03, v. 01, 1997, pp. 92 a 97.

COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério. (Org.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico – 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Following the Movement of the Pendulum: between universalism and relativism*. In COWAN, Jane; DEMBOUR, Marie-Bénédicte e WILSON, Richard. *Culture and Rights: anthropological perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

DERANI, Cristiane. *Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica*. In *Direito Ambiental e Urbanístico*. Revista da Advocacia Pública e Sociedade. Ano II. N. 03.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2002.

Direito à Memória e à Moradia: realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do acampamento da Telebrasília. Núcleo de

Prática Jurídica e Escritório de Direitos Humanos e Cidadania (UnB). Brasília: Ed. Teixeira, 2001.

Direitos Humanos: Instrumentos internacionais, documentos diversos. Índice: Ana Valderez Ayres Neves de Alencar; colaboração: José Vicente dos Santos. P. 471. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990.

DONNELLY, Jack. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.* In PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI.* IPRI, 1998.

DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights.* In ibidem. *The End of human rights – critical legal thought at the turn of the century.* Oxford: Hard Publishing, 2000.

DUGUIT, Leon. *Les Transformations Generales du Droit prive depuis le Code Napoleon.* Paris: Librairie Felix Alcan, 1912.

_____. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome II, III.* Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Serio.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da propriedade privada e do Estado.* 4ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

_____. *A Questão da Habitação.* Belo Horizonte: Aldeia Global, 1979.

Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica n. 12. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de Indicadores Sociais 2003. Rio de Janeiro, 2004.

Estudos e Pesquisas – Informação Geográfica n. 04. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Geociências. Coordenação de Recursos Naturais e Estudos Ambientais. Coordenação de Geografia. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável 2004. Rio de Janeiro, 2004.

EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito.* Lisboa: Ed. Vega, 1993.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de Direito de Propriedade. Invasões Urbanas.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. *A Função Social como princípio legitimador da propriedade.* In PEIXINHO, Manoel Messias e outros (org.). *Os princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2001, pp. 499 a 508.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FERNANDES, Edésio. *Direito e Urbanismo: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito e Urbanização no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil*. In ABRAMO, Pedro (org.). *A Cidade da Informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003, pp. 139 a 172.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Heline Sivini e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 1990.

FINK, Daniel Roberto (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.). *Direito em Revista*. Rio de Janeiro: Letra Capital, OAB/RJ, UNIGRANRIO, 2004.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Notas Preliminares sobre o Método Sócio-Jurídico-Crítico*. In *Revista de Teoria Jurídica e Práticas Sociais*. Volume I. Rio de Janeiro: Núcleo Interdisciplinar de Direito e Sociedade – NIDS, 1989.

FONTENELLE, Miriam. *Direito de Propriedade e Regularização Fundiária em Área Ambientalmente Protegida: o caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro*.

Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Orientador: Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro, 2004.

FONTES, André R. C. *Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 435 a 456.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

FREEMAN, Michael. *Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais*. In PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI*. IPRI, 1998.

FREITAS, Jose Carlos de (coord.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

FREITAS, Jose Carlos de (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 2*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em Evolução n. 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

GUERSI, Carlos Alberto. *Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas*. Argentina: Ediciones Gowa, 2001.

GIORDANI, José Acir Lessa. *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*. Revista dos Tribunais, n. 669. São Paulo, julho 1991, pp. 47 a 56.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14ª edição. Atualização e notas de Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GÓMEZ, José Maria. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECEÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones en el siglo XXI*. Buenos Aires: Clacso, 2004, p. 173 a 196.

GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 397 a 433.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRAZIA, Grazia de. *Direito à cidade e meio ambiente*. Rio de Janeiro: FASE, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1963.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos*. In RTDC, Ano 4, Vol. 14, Abril/ Junho, 2003, pp. 79 a 111.

IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. In Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 61. São Paulo, 2004.

JACQUOT, Henri e PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Dalloz, 2004.

JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, Vol. 1. Rio de Janeiro: PADMA, janeiro/ março 2000.

JAYME, Erick. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna*. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, 2003.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 457 a 466.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LASSUS, Paul. *Harmonie et règle urbaine*. Paris: Anthropos, 2002.

LEBRETON, Jean Pierre. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

LIRA, Ricardo Pereira. *A propriedade urbanística*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

_____. *Direito à moradia, cidadania e o Estatuto da Cidade*. In RTDC, Vol. 12, Outubro/ Dezembro 2002, pp. 259 a 291.

_____. *Direito de Superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo*. In Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 11, p. 193-205, jul./set. 2002b.

_____. *Disciplina do uso do solo urbano. A propriedade urbanística. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80.* in: Revista de Direito da Faculdade de Direito da UERJ, 1ª ed., 1987.

_____. *Elementos de direito urbanístico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Liberdade e direito a terra. Controle do uso de solo urbano. Solo criado. Direito de superfície.* in: Revista de Direito Administrativo, vol. 143, maio de 1980.

_____. *Moderno direito de superfície – ensaio de uma teoria geral.* in: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 35, s/d.

_____. *O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície.* In *Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”*. Palestra proferida em Seminário realizado em 11 de outubro de 2002.

_____. *O uso do solo urbano e a criminalidade.* in: Temas Atuais do Direito Administrativo, vol 163, 1986.

_____. *Urbanismo e Gestão Popular das Cidades.* Palestra apresentada na XIX Conferência Nacional dos Advogados. Florianópolis, setembro de 2005.

LOUREIRO, Francisco. *Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade.* In RTDC. Vol. 09. Janeiro/ Março 2002, pp. 25 a 49.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy.* In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XII. Direitos Fundamentais. Coord.: Gustavo Binenbojm. Ed. Lúmen Júris, 2003.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole periférica, desigualdade social e meio ambiente.* In VIANA, Gilney; SILVA, Marina e DINIZ, Nilo (org). *O Desafio da Sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas.* Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 45, janeiro. São Paulo. 2003.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2000.

MATA, Luiz Roberto da. *O Estatuto da Cidade à Luz do Direito Ambiental*. Disponível em <http://www.riodejaneiro.rj.gov.br>. Acesso em 10 de julho de 2003.

MATTEI, Ugo. *Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade*. In RTDC, Vol. 06, Abril/ Junho de 2001, pp. 99 a 126.

MEDAUAR, Odete. *A força vinculante das diretrizes da política urbana*. In FINK, Daniel Roberto (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MELO, Mônica de. *Meio Ambiente, Desenvolvimento e Constituição*. In Direito Ambiental e Urbanístico. Revista da Advocacia Pública e Sociedade. Ano II, n. 03.

MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 Anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Legislação Ambiental do Brasil*. São Paulo: APMP, 1991.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1955.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

_____. *Direito Urbanístico e limitações administrativas urbanísticas*. In Revista de Informação Legislativa, ano 27, n. 107, 1990.

_____. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MOSER, Cláudio e RECH, Daniel (orgs.). *Direitos Humanos no Brasil. Diagnóstico e Perspectivas*. Rio de Janeiro: CERIS – Mauad, 2003.

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

NERY JÚNIOR, Néilson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PANIZZI, Wrana Maria. *Entre cidade e Estado, a propriedade e seus direitos*. In Espaço e Debates. Revista de Estudos Regionais e Urbanos. Ano IX, N. 26. São Paulo: Fapesp, Programa de Apoio a Publicações Científica do MCT/CNPq/FINEP e Núcleo de Estudos Regionais e Urbanos NERU, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 04. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

PERIGNON, Sylvain. *Le Nouvel Ordre Urbanistique. Urbanisme, Propriete, Libertes*. Paris: Les Editions du Cridon, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. *Função Social da Propriedade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Temas de Direito Urbanístico – 2*. São Paulo: Editora RT, 1991, pp. 213 a 258.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, 2001.

Revista de Direito Ambiental. Coord.: Antonio Herman Benjamin e Edis Milare. Ano 6, n. 24, outubro/ dezembro 2001.

Revista de Direito Ambiental. Coord.: Antonio Herman Benjamin e Edis Milare. Ano 7, n. 25, janeiro/ marco; n. 26 abril/ junho e n. 27, julho/ setembro, 2002.

Revista de Direito Ambiental. Coord.: Antonio Herman Benjamin e Edis Milare. Ano 8, n. 30, abril/ junho e n. 31, julho/ setembro, 2003.

Revista Espaço e Debates. Revista de Estudos Regionais e Urbanos. Ano IX. N. 26. São Paulo: FAPESP, Programa de Apoio a Publicações Científicas do MCT/CNPq/FINEP e Núcleo de Estudos Regionais e Urbanos – NERU, 1989.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. *O Principio da Função social da propriedade e a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de propriedade*. In Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 07. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 87 a 106.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *Dos Cortiços aos Condomínios Fechados. As formas de produção da moradia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro: IPPUR, UFRJ, Fase, 1997.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: Fase, 2003.

RODOTA, Stefano. *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*. In RODOTA, Stefano. *Il Diritto Privato nella Società Moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971, pp. 355 a 383.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. Vol. 05. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil III*. 3ª edição. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasargada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada a Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*.

_____. *Um Discurso sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Milton. *Técnica Espaço-Tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional*. São Paulo: Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais como “Clausulas Pétreas”*. In Cadernos de Direito. Piracicaba: Unimep, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SAULE JR., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SCHMIDT, Caroline Assunta e FREITAS, Mariana Almeida Passos de. *Tratados Internacionais de Direito Ambiental. Textos essenciais ratificados pelo Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. In RTDC. Vol. 06. Abril/ junho 2001, pp. 159 a 182.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma distinção*. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, pp. 607 a 630.

SMOLKA, Martim O. *Regularização da ocupação do solo urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução*. In ABRAMO, Pedro (org.). *A Cidade da Informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003, pp. 119 a 138.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*. New York: Oxford University Press, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Função social da propriedade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Temas de Direito Urbanístico – 1*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

_____. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade. Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 44 a 60.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TIERNEY, Brian. *Modern Problems and Historical Approaches*. In ibidem. *The idea of natural rights*. Grand Rapids: Emory University, 1997.

TORRES, Marcos Alcino de A. *Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade urbana imóvel (implicações e confronto por conta da função social da cidade e propriedade urbana)*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 467 a 513.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais*. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cancado. *O Direito Internacional em um mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TSIOMIS, Yannis. *O meio ambiente e a questão urbana*. In RAYNAUT, Claude e ZANONI, Magda (editores científicos). *Cadernos de Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Sociedades, Desenvolvimento, Meio Ambiente. N. 01. Curitiba: Editora da UFPR, 1994, p. 131 a 136.

VENOSA, Silvio de Salvo. (org.). *Novo Código Civil. Texto comparado*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Civil. Direitos Reais*. Vol. 05, 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

VERÍSSIMO, Antônio Augusto. *O parcelamento do solo na cidade do Rio de Janeiro: um estudo sobre a produção informal da década de 40 aos anos 90*. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte do requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Planejamento Urbano e Regional. Orientador: Prof. Dr. Pedro Abramo. Rio de Janeiro, 2005.

VIANA, Gilney; SILVA, Marina e DINIZ, Nilo (org.). *O Desafio da Sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

YAMAZAKI, Dirceu Rioji e outros. *Programa de Saneamento Ambiental da Bacia do Guarapiranga em São Paulo*. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras*. 2. Ed. Studio Nobel, s/ data.

Documentos:

Guarapiranga 2005. Diagnostico Socioambiental Participativo. Apresentação dos Resultados do Diagnostico Instituto Socioambiental. São Paulo: Senac, Fehidro, Alto Tiete e Instituto Socioambiental, 12 de dezembro de 2005.

Pesquisa na Internet:

www.dhnet.org.br. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.fase.org.br. Acesso em 25 de novembro de 2004.

www.ibge.gov.br. Acessos em 17 de fevereiro de 2005 e 9 de março de 2005.

www.onu.org. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.socioambiental.org.br. Acesso em 25 de janeiro de 2006.

www.utp.br. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.uama.br. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.ibge.org.br. Acesso em outubro, novembro e dezembro 2005.

www.trf2.gov.br. Acesso em março, abril e maio de 2006.

www.tj.rj.gov.br. Acessos em setembro, outubro e novembro de 2005 e março de 2006.

www.tj.sp.gov.br. Acessos em setembro, outubro e novembro de 2005.

1

Introdução

Na presente dissertação, escolheu-se pesquisar dois aspectos do problema da regularização fundiária: a tutela do direito à moradia e a tutela do meio ambiente. Isso porque são muito constantes os conflitos que as envolvem nos centros urbanos, o que é facilmente detectado desde a leitura de notícias de jornais até a compilação de jurisprudência e doutrina sobre o tema.¹

Edésio Fernandes define algumas das razões que levam ao conflito, dando destaque para o fato da “agenda verde” vir sendo essencialmente naturalista e a “agenda marrom” estar restringindo a sua discussão e excluindo o impacto socioambiental ocorrido nas áreas urbanas.²

O grande desafio será fazer uma reflexão sustentável entre a tutela do direito à moradia e a tutela do meio ambiente à luz do direito à cidade, demonstrando que as cidades também podem constituir um espaço em que meio ambiente e moradia se complementam e são tutelados plenamente, afastando qualquer hipótese de conflito.

Nesse sentido, é preciso fazer, desde logo, uma ressalva acerca da utilização da palavra conflito. Conforme é possível observar, recorrentemente, encontramos

¹ De acordo com Ermínia Maricato, “a falta de alternativas habitacionais, seja via mercado privado, seja via políticas públicas sociais, é evidentemente o motor que cria o pano de fundo dessa dinâmica de ocupação ilegal e predatória de terra urbana”. In MARICATO, Ermínia. *Metrópole periférica, desigualdade social e meio ambiente*. In VIANA, Gilney; SILVA, Marina e DINIZ, Nilo (org). *O Desafio da Sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil*, p. 225.

E, Edésio Fernandes completa: “Conduzido principalmente por forças do mercado e pela ação elitista e excludente do Estado, particularmente no que concerne às condições de acesso à terra urbana e de produção de moradia, a urbanização no Brasil resultou em cidades fragmentadas e no que tem sido chamado de “urbanismo de risco”, onde, por força do processo de especulação, a vasta maioria dos grupos pobres tem sido condenada a viver em favelas, cortiços, loteamentos irregulares e loteamentos clandestinos – em suma, em condições habitacionais precárias em assentamentos informais inadequados do ponto de vista das condições urbanísticas e ambientais, em áreas centrais e em áreas periféricas”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 295.

² FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 311.

sua incidência nos discursos leigos e acadêmicos no que se refere às questões que envolvem o direito à moradia e o direito ao meio ambiente.

No entanto, os conflitos não são passíveis de serem resolvidos, pois eles se transformam, segundo lição de Tércio Sampaio Ferraz³. Dessa forma, consideramos que, no campo da ciência do Direito, não há que se falar em conflito, mas numa tensão entre direitos.

Tal afirmação, em relação aos direitos à moradia e ao meio ambiente, comprova-se porque, sob a ótica do direito à cidade, não se pode admitir a existência de conflito, uma vez que o feixe de direitos que compõem o conceito do direito à cidade, sendo direitos convergentes, que se destinam a garantir a qualidade de vida humana, inviabilizam qualquer hipótese de conflito.

Pretende-se, assim, trazer conceitos, princípios e diretrizes do Direito Urbanístico que possam contribuir para embasar esse posicionamento, destacando-se a normativa do Estatuto da Cidade que, após a Constituição Federal de 1988 e, juntamente com ela, representa importante marco para o Direito Urbanístico no Brasil.⁴

Para desenvolver o tema, dada a sua complexidade e pluralidade de aspectos, será utilizada uma abordagem interdisciplinar, que contará, especialmente, com a contribuição do Direito e do Urbanismo.⁵

A dissertação também se propõe a

“interpretar a dinâmica do espaço urbano através de análise crítica do instrumental jurídico e suas interfaces com práticas sociais instituintes,

³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, p. 313. Segundo o autor: “(...) se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre, implícita entre as alternativas. Decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o transformam”.

⁴ Nesse sentido, vale a pena trazer as palavras do Professor Ricardo Pereira Lira: “O que importa considerar, no momento, é que o Direito, contemporaneamente, não é apenas um singelo instrumento de composição de conflitos intersubjetivos, mas sim um significativo e relevante instrumento de transformação social”. In LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

⁵ “Com respeito ao urbano, não se trata evidentemente de avançar uma teoria e, menos ainda, um método exclusivo de abordagem interdisciplinar. Trata-se simplesmente de admitir que a complexidade do fenômeno urbano não cabe nos “compartimentos” usados pelas disciplinas”. TSIOMIS, Yannis. *O meio ambiente e a questão urbana*. In RAYNAUT, Claude e ZANONI, Magda (editores científicos). *Cadernos de Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Sociedades, Desenvolvimento, Meio Ambiente, p. 131 a 136.

procurando alterar o alcance do direito instituído a fim de atingir o direito à cidade”.⁶

Esse objetivo será possível por meio da utilização do método sócio-jurídico-crítico, que conta com duas etapas de atividades: o levantamento dos dados empíricos acerca do tema e a análise dos dados obtidos de acordo com um marco teórico.

Para facilitar a compreensão dessa interação das práticas sociais instituintes (fatos) com o instrumental jurídico (doutrina, norma e decisões judiciais) serão utilizados, a título de exemplo e a fim de ilustrar o conflito que tem se estabelecido no campo fático entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, dois relevantes casos ocorridos, respectivamente, no município do Rio de Janeiro – Instituto de Pesquisas do Jardim Botânico - e no município de São Paulo – Bacia da Represa de Guarapiranga e Billings, devido a sua notoriedade e identificação com o objeto de estudo neste trabalho.

A metodologia contará também com a compilação de jurisprudência relativa ao tema nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro durante o período de 1995 a 2005, elegendo-se dentre os acórdãos, as decisões mais relevantes que, por seu valor simbólico e real, servem para melhor elucidar as questões acerca do tema e as conseqüências de sua judicialização.

A análise crítica das decisões visa superar a perspectiva “estatista, formalista e dogmática” do Direito, buscando no contexto social “modos de composição de interesses não incorporados ao direito positivo”, compreendendo-se como “ponto de partida da reflexão o problema tal como se apresenta na vida social”.⁷

Em relação à interpretação e aplicação da legislação referente ao tema, destaca-se a utilização do método do diálogo das fontes, elaborado por Cláudia

⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional. Práticas sociais instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*, 2000. Essa proposição resulta da experiência no grupo de pesquisa interinstitucional coordenado pela Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi com o apoio de órgãos de fomento como o CNPq e a FAPERJ e de instituições de ensino como a UFRJ-PROURB - Mestrado em Urbanismo - e a UERJ - Mestrado e Doutorado em Direito - e, ainda, com o apoio da OAB/RJ através de seu Departamento de Pesquisa e Documentação.

⁷ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Notas Preliminares sobre o Método Sócio-Jurídico-Crítico*, p. 11,12 e 18.

Lima Marques⁸, pois propicia amplo alcance das normas aos variados casos concretos que se apresentam no cotidiano.

Ressalte-se, também, que o trabalho estará pautado na constatação de que o direito à cidade é um direito humano fundamental, haja vista assinatura da Carta Mundial do Direito à Cidade no Fórum Social Mundial realizado em Porto Alegre, em janeiro de 2005, demonstrando uma preocupação internacional com a conciliação das agendas “verde” e “marrom”, conforme palavras de Edésio Fernandes.⁹

Para o estudo do Direito Urbanístico, nesta dissertação, consideram-se marcos teóricos o trabalho de José Afonso da Silva e Ricardo Pereira Lira, no plano nacional, e na doutrina estrangeira adota-se Jean-Pierre Lebreton.

Segundo José Afonso da Silva, o Direito Urbanístico é uma teoria jurídica que visa à composição de conflitos entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço físico para a realização da qualidade de vida e os interesses dos proprietários em que toda a superfície de seus lotes seja aproveitada.¹⁰

Ricardo Pereira Lira, por sua vez, define o Direito Urbanístico como “um conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da cidade, sobre a ocupação do espaço urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer”.¹¹

Dessa forma, ambos apontam no sentido de um campo do Direito que visa, precipuamente, alcançar a satisfação das necessidades humanas por meio da ordenação do espaço urbano, destacando-se a preocupação de Lira com melhores condições de habitação em contraposição à definição de José Afonso que privilegia o interesse dos proprietários.

Jean-Pierre Lebreton, marco teórico estrangeiro, foi escolhido tendo em vista o fato do Direito Urbanístico francês ter grande tradição. Afinal, a primeira lei urbanística francesa é datada de 14 de março de 1919, tendo sido chamada de

⁸ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 45, janeiro. São Paulo. 2003. e MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁹ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 311.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 18 e 19.

¹¹ LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

Loi Cornudet em homenagem ao seu relator na Câmara dos Deputados, tratando do regime de planificação urbana.¹² Desde então, o Direito Urbanístico francês vem evoluindo no sentido de promulgar diversas leis que tratam das questões urbanas, possuindo, desde 1955 um Código de Urbanismo.

Assim, Lebreton destaca não só a importância da compreensão do que vem a ser o Direito Urbanístico, como também define o que é o Urbanismo. Segundo ele a compreensão de que o Urbanismo era a ciência da organização das cidades foi derrubada no curso dos anos sessenta. Isso porque, atualmente, o conhecimento do fenômeno urbano está no cruzamento de uma multiplicidade de abordagens, não somente a geografia; a economia; a demografia e a sociologia; mas também a semiologia, contribuindo para demonstrar a razão simbólica das ocupações; e as etiologias humanas, indispensáveis para compreender-se o fenômeno da apropriação de um lugar pelos habitantes da cidade como seu local de vida. Além disso, o Urbanismo ainda tenta reproduzir as novas formas dos bairros.¹³

Já o Direito Urbanístico nasceu como um novo ramo do direito público, reconhecível ao seu objeto que, de abordagem limitada à organização espacial das cidades, abrangia, ao fim de uma notável expansão, diferentes formas de utilização do solo. Após os anos setenta, porém, o Direito Urbanístico passou por uma mutação, que no seu apogeu começou a levar em conta a organização da ocupação do solo de uma sociedade urbanizada.¹⁴

É interessante também destacar que, atualmente, no direito francês, quando se fala em direito à moradia, nota-se que a organização do espaço urbano se abriu à coletividade de pessoas interessadas pelos projetos urbanos, em especial os moradores, reconhecendo-os como parceiros da Administração Pública e colocando-os na posição de responsáveis, também, pelas decisões e escolhas de interesse público.¹⁵

Destacados os marcos teóricos e normativos; e exposta a metodologia de trabalho a ser utilizada ao longo da dissertação, a seguir consta um pequeno resumo do que será tratado em cada capítulo.

¹² LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 23.

¹³ LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 18.

¹⁴ LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 21 a 23.

¹⁵ LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*, p. 280.

Após esta introdução, preocupando-se em oferecer um referencial básico dos conceitos adotados na dissertação, o 2º capítulo cuidará da “tutela do direito à moradia e direito ao meio ambiente nas cidades”. Para tanto, faz-se necessário explicitar qual o cenário brasileiro no que diz respeito ao direito à moradia nas cidades. Em seguida, a fim de exemplificar a tensão que tem se estabelecido entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, são narrados os dois casos-referência selecionados como fatos concretos da discussão sobre o tema. Trabalhando no campo doutrinário, o capítulo traz o conceito de direito à cidade aqui adotado, pois será fundamental para entender toda a argumentação da dissertação, já que ela está totalmente baseada na definição do direito à cidade como feixe de direitos, além de ressaltar a importância do Estatuto da Cidade como recente marco normativo do Direito Urbanístico. Além disso, são analisados o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, esclarecendo qual vem sendo o entendimento da doutrina acerca de suas especificidades.

O 3º capítulo trata da institucionalização do Direito Urbanístico e destaca a importância dos princípios para a interpretação da norma urbanística e dos fatos sociais que envolvem as cidades, colacionando os princípios mais relevantes da disciplina que se adequam à análise que se pretende desenvolver na dissertação.

O 4º capítulo traz os principais marcos normativos nacionais, estaduais e municipais que compõem o campo do Direito Urbanístico, fazendo uma análise crítica de suas disposições.

O 5º capítulo expõe a pesquisa jurisprudencial sobre o tema nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, analisando-se criticamente os resultados gerais da pesquisa, bem como os principais acórdãos encontrados em cada Tribunal.

O 6º capítulo expõe a concepção deste trabalho de que os conflitos entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente são falsos quando interpretados à luz do direito à cidade, e analisa sob o método do diálogo das fontes, a doutrina, a legislação e a jurisprudência colhida anteriormente.

A conclusão da dissertação, por seu turno, visando conjugar os diversos fatores trabalhados no decorrer dos capítulos, busca fazer uma análise conjunta dos resultados obtidos com as pesquisas empírica, doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se dos princípios de interpretação do capítulo 4º para tornar possível a

leitura do direito à moradia e do direito ao meio ambiente sob a ótica do direito à cidade.

2

A tutela do direito à moradia e do meio ambiente na cidade

2.1

O direito à moradia no cenário brasileiro

A avaliação das condições do direito à moradia no cenário urbano brasileiro implica a compreensão da ocupação e crescimento das cidades. Nesse sentido, torna-se relevante destacar que foi a partir da década de 50 que a economia brasileira passou a ser gerada principalmente nas áreas urbanas, sendo que, no ano 2000, segundo o Censo do IBGE, 81,23% do total da população brasileira – estimada em 169.590.693 – vivem nas cidades, o que representa um importante e considerável impacto ambiental.¹

Além disso, os processos de urbanização e industrialização geraram um processo de exclusão política e segregação sócio-espacial da maior parte da população, além de aumentar o desequilíbrio regional e as desigualdades sociais.

O déficit de moradia no Brasil, por sua vez, tem alcançado diversas classes sociais². No entanto, é na faixa de renda até três salários mínimos que se

¹ Disponível em www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/sinopse_preliminar/Censo2000sinopse.pdf. Consulta em 31 de outubro de 2005.

² O Ministério das Cidades divulgou recentemente que o déficit habitacional brasileiro é de 7,2 milhões de novas moradias, cálculo efetuado pela Fundação João Pinheiro. Porém, estudos de pesquisadores do IBGE e do Núcleo de Estudos da População da Unicamp questionam o cálculo efetuado pelo governo federal, considerando que há um exagero derivado da inclusão no cálculo de todos os domicílios em que convive mais de uma família. Para o Ministério das Cidades, onde há duas famílias habitando o mesmo domicílio, já existe a necessidade de uma nova moradia. Porém, segundo o IBGE e a Unicamp o que se observa nesses casos são novas formas de convivência em que há ganhos para todas as gerações, por exemplo, o fato das famílias estarem ficando maiores e os idosos estarem vivendo mais, levando-os a morar na mesma residência. Segundo esses pesquisadores, « se o domicílio comporta esse tipo de arranjo e se a convivência for uma questão de opção, então não há porque considerá-lo déficit habitacional, a não ser que haja densidade excessiva de moradores ». Assim, segundo a pesquisa do IBGE e da Unicamp o número necessário de novas moradias seria de 3,5 milhões. O Ministério das Cidades, embora defenda a metodologia da pesquisa da Fundação João Pinheiro, concorda que não é possível, a partir dos

concentra a maior parte dele: 82,5%.³ Essa constatação torna evidente a razão pela qual, atualmente, nas cidades brasileiras temos visto crescer o número de favelas, loteamentos clandestinos, ocupações de terrenos e imóveis públicos e privados, dentre outras formas ilegais de moradia e, o que é ainda pior, formas indignas e desumanas de habitação.

Acrescido a esse fato, temos a ausência de uma política pública eficaz em favor da moradia desde a extinção do BNH em 1986.⁴ E aliada à expansão irregular da cidade detectamos a falta de infra-estrutura urbana apta a suportar a demanda por serviços públicos.

Mas o problema do déficit habitacional não é fato enfrentado exclusivamente pelo Brasil. Diversos países do mundo enfrentam a carência de moradia. A fim de melhor elucidar essa afirmação há um importante trabalho de Engels⁵ acerca das formas de produção da moradia.

Visando tratar dos impasses da produção capitalista da moradia Engels oferece valiosas informações sobre a situação habitacional da Europa continental durante a segunda metade do século XIX.

A crise da moradia, segundo ele, surgiu numa situação histórica específica: o momento em que se realiza a industrialização da Alemanha e quando a França paga as indenizações decorrentes da guerra de 1871. A destruição da economia manufatureira camponesa também estimulou um processo migratório para as grandes cidades, que necessitam de reestruturação.

A primeira causa da crise das moradias foi a combinação de um rápido aumento da população urbana com a destruição de imóveis do parque imobiliário existente. Cria-se, assim, uma situação de penúria aguda de moradias.

O mercado de criação de moradias torna-se, então, rentável. Porém, os alojamentos continuam precários. Não há investimentos nesse setor. E a isso Engels atribui o fato do desinteresse das classes dominantes em resolver a crise da

dados do Censo, estimar com precisão de quanto é o déficit habitacional no Brasil, admitindo que estão sendo discutidas formas de aprimorar o cálculo. In *Estudo vê exagero em escassez de moradia*. Reportagem do Jornal *Folha de São Paulo*, do dia 19 de dezembro de 2004. Possível acesso também no site <http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u103202.shtml>, em 07 de março de 2006.

³ Dados disponibilizados pelo jornal O Globo, em 30 de outubro de 2005, na reportagem *Habitação em xeque*, p. 01 do suplemento Morar Bem.

⁴ Para uma análise retrospectiva dos programas habitacionais brasileiros, ver CARDOSO, Adauto Lúcio. *Política Habitacional no Brasil: balanço e perspectivas*. In Revista Proposta. Revista Trimestral de Debate da FASE, Ano 30, dezembro/fevereiro de 2002/2003, nº 95, pp. 6 a 17.

⁵ ENGELS, Friedrich. *A Questão da Habitação*. Belo Horizonte: Aldeia Global, 1979.

moradia como estratégia capitalista para manter a classe operária premida pela necessidade constante de vender sua força de trabalho para ter acesso ao direito à moradia.

Outro fator que contribui para agravar a crise da moradia no período é, também, o desequilíbrio entre o valor da moradia e o poder aquisitivo dos trabalhadores.

Dessa forma, fica claro que a crise da moradia na Europa não é decorrente de uma situação conjuntural na qual a população urbana cresce a ritmo superior ao da construção de novas habitações. Ela é consequência dos obstáculos enfrentados pelo capital para se investir na produção deste bem.

Quanto à situação brasileira, a história também parece não ser muito diferente. Isso porque nossas cidades são o retrato de uma ocupação irregular e indiscriminada, provocando um crescimento desordenado e injusto da área urbana que culminou na chamada segregação territorial. Além disso, há que se acentuar a omissão do Estado em promover o direito à moradia, o que se pode comprovar por meio da constatação de que o direito à moradia como um direito social somente fora incluído no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional n.26, de 2000.

Assim, uma das principais características do processo de urbanização no Brasil tem sido a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano. Mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas não têm oferecido condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os pobres, provocando assim a ocupação irregular e inadequada.

Além disso, a ordem jurídica brasileira também contribuiu para a reprodução da informalidade urbana ao passo que a doutrina e a jurisprudência entendem o direito de propriedade ainda de forma meramente individualista; e a ausência de leis urbanísticas – ou sua existência baseada em critérios técnicos falhos – tem tido um papel fundamental na consolidação da ilegalidade e da segregação, alimentando as desigualdades provocadas pelo mercado imobiliário.⁶

⁶ FERNANDES, Edésio. *Introdução*. In *Regularização da Terra e Moradia. O que é e como implementar*. Gráfica da Caixa, 2002.

2.2

Direito à moradia e direito ao meio ambiente: o conflito situado no tempo e no espaço. Os casos-referência no “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro” e no entorno das Bacias Hidrográficas da Represa de Guarapiranga e Represa Billings na região metropolitana de São Paulo

Com o intuito de oferecer exemplos da tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente foram escolhidos dois casos-referência recentes, que por sua notoriedade e identificação com a questão das ocupações em áreas ambientalmente tuteladas merecem destaque neste trabalho.

Não se pretende fazer uma análise aprofundada dos casos narrados a seguir. O que se objetiva é apenas demonstrar como o “conflito” tem se colocado no cotidiano dos habitantes da cidade, dividindo opiniões, chamando a sociedade como um todo para discutir a situação da moradia e do meio ambiente.

A exposição dos casos vem para esclarecer em quais moldes a tensão entre os direitos se revela na sociedade e compõe a dimensão dos “fatos” que estruturam o Direito juntamente com os valores e as normas.

Além disso, pretende-se dar aos casos uma abordagem jurídica que privilegia o direito à cidade, que é recorrentemente esquecido quando nos deparamos com notícias em jornais acerca do tema que envolve a moradia e o meio ambiente.

O primeiro caso-referência escolhido foi o da ocupação com fins de moradia no “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro”, cujo breve histórico e análise consta adiante.

O Jardim de Aclimação, atual Jardim Botânico do Rio de Janeiro, foi criado em 13 de junho de 1808 por D. João, Príncipe Regente da época, para aclimatar as especiarias vindas das Índias Orientais.

Com a vinda da nobreza portuguesa para o Brasil e a instalação da sede do governo no Rio de Janeiro, a cidade ganhou uma Fábrica de Pólvora, construída no antigo Engenho de Cana de Açúcar de Rodrigo de Freitas, hoje localizado dentro do Jardim Botânico.

Em 11 de outubro de 1808, encantado com a exuberância da natureza do jardim, D. João passou a chamá-lo Real Horto. As primeiras plantas que

chegaram ao Jardim vieram das ilhas Maurício, do Jardim La Pamplemousse, por Luiz de Abreu Vieira e Silva, que as ofereceu a D. João.⁷

O Jardim passou a ser aberto à visitação pública após 1822.

Recentemente, em 06 de dezembro de 2001, foi promulgada a Lei n. 10.316, que “cria a autarquia federal Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, e dá outras providências”. A autarquia é vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, ou seja, trata-se de área pertencente à União. Porém, ela possui autonomia financeira, sendo que apenas no caso de sua dissolução, os seus bens e direitos passam a integrar patrimônio da União.

Na área pertencente ao Jardim Botânico e ao Horto, hoje incorporado ao Jardim Botânico, e, portanto, à União Federal, vivem inúmeras famílias, algumas delas há mais de 50 anos, sendo compostas basicamente de descendentes dos antigos empregados do Jardim Botânico, que foram autorizados a morar no local de trabalho pra facilitar o seu acesso, já que na época do Império o Jardim Botânico ainda estava longe da cidade.

Com o tempo, a ocupação do Jardim Botânico foi crescendo, tanto pela construção de residências de outros funcionários e parentes de funcionários, quanto por invasões de pessoas que também construíram sua moradia ali. As ocupações se deram, em especial, em torno do Rio dos Macacos, que nasce no Maciço da Tijuca, Rio de Janeiro, percorrendo os bairros do Horto e Jardim Botânico, desembocando na Lagoa Rodrigo de Freitas. Ao longo do seu percurso, o entorno se modifica, havendo áreas de proteção, como o parque do Jardim Botânico, e outras bastante degradadas, em que o rio recebe esgoto das residências que o cercam.

No Jardim Botânico, as casas operárias da Vila Chácara do Algodão foram os únicos resquícios que sobreviveram à especulação imobiliária e ali, o rio dos Macacos também sobreviveu, apesar das condições desfavoráveis.

O Instituto de Terras do Rio de Janeiro – ITERJ - promoveu o cadastramento das famílias residentes no local durante o período de janeiro a abril

⁷ Fonte: www.jbrj.gov.br/historic/index.htm. Acesso em 08 de junho de 2005.

⁸ CD-ROM *Legislação Urbanística e Ambiental Sistematizada dos Municípios do Rio de Janeiro e Niterói. Casos-Referência: Rio dos Macacos e Orla da Boa Viagem*. Projeto Integrado de Pesquisa. Práticas Sociais Instituintes e sua Tradução Jurídica e Urbanística. Coordenadora: Rosângela Lunardelli Cavallazzi. Pesquisa Interinstitucional PROURB/UFRJ – UERJ – OAB/RJ. Rio de Janeiro, 2004.

de 2004, a fim de subsidiar o processo de regularização fundiária das áreas ocupadas pelas comunidades. Segundo eles,

“o equacionamento de conflitos sócio-ambientais que envolvem as famílias de baixa renda, com assentamentos consolidados por anos de ocupação, devem ser solucionados reservando o direito à moradia, de acordo com as normas constitucionais e o Estatuto da Cidade”.⁹

O cadastro concluiu que existem 589 famílias no Jardim Botânico, divididas em doze comunidades, sendo que 550 foram cadastradas. As comunidades são: Caxinguelê, Morro das Margaridas, Estrada do Grotão, Vila São Jorge 1, Vila São Jorge 2, Rua Pacheco Leão, Solar da Imperatriz, Estrada D. Castorina, Jardim Botânico n. 1008, Jardim Botânico n. 1024, Rua Major Rubens Vaz, 64 e Rua Major Rubens Vaz, 122.¹⁰

Em relação à renda familiar, o relatório demonstrou que a maioria dos moradores cadastrados ganha até três salários mínimos. São 232 famílias que correspondem a 42,1% do total. Em seguida, entre três e seis salários encontram-se 192 famílias que correspondem a 35%; de seis a dez salários são 76 famílias que correspondem a 13,8%; acima de dez salários mínimos são 34 famílias que correspondem a 6,2%. Apenas 16 famílias não informaram a sua renda, correspondendo a 2,9% do total.

Em relação ao tempo de moradia, tempo de posse, a pesquisa realizada pelo ITERJ comprovou que grande parte dos moradores vive no local entre 30 e mais de 50 anos. Para melhor visualização, veja-se a tabela:

Tempo	Quantidade de Famílias	Percentual (%)
Até 10 anos	19	3,4
De 10 a 20 anos	27	5,0
De 20 a 30 anos	72	13,1
De 30 a 50 anos	260	47,2
Mais de 50 anos	166	30,2
Sem informação	6	1,1
TOTAL	550	100

⁹ Acesso ao Relatório elaborado pelo ITERJ em 16 de dezembro de 2005, na sede da instituição, localizada à Rua Marechal Câmara, 160, 4º andar, Centro, município do Rio de Janeiro.

¹⁰ Acesso ao Relatório elaborado pelo ITERJ em 16 de dezembro de 2005, na sede da instituição, localizada à Rua Marechal Câmara, 160, 4º andar, Centro, município do Rio de Janeiro.

E sobre a identificação dos moradores como funcionários do Jardim Botânico, ativos ou inativos, ou parente de funcionário, o relatório elaborado pelo ITERJ comprovou que, 460 famílias, correspondendo a 83,6% do total, são compostas por funcionários, ativos ou inativos, ou parentes de funcionários. Apenas 78 famílias nada tem a ver com os funcionários, correspondendo a 14,2%, sendo que 12 famílias não informaram a sua condição de funcionário ou parente, correspondendo a 2,2%.

No entanto, existe uma ampla discussão acerca do direito à moradia dos ocupantes da área do Jardim Botânico, sendo que as opiniões ainda estão bastante divididas.

O Presidente do Instituto de Pesquisas do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, Sr. Liszt Vieira¹¹, alega que os ocupantes estão em situação de ilegalidade há muitas gerações, contrariando as normas ambientais. Assim, ele defende a retirada dos moradores argumentando que ao proteger o direito particular de alguns moradores se está privilegiando o interesse particular em detrimento do interesse público representado pela defesa do meio ambiente. E quanto à concessão de títulos de propriedade aos moradores ele se manifesta totalmente contrário, pois, segundo ele, isso facilitaria a especulação imobiliária, pois os moradores iriam acabar vendendo suas casas ao capital imobiliário.

De acordo com o seu entendimento, “o direito social de um indivíduo, no caso o direito à moradia, não pode prevalecer contra o direito coletivo de toda a sociedade. Desta forma, o direito de dois indivíduos não deve prevalecer em face do direito ao meio ambiente de toda a população.”

O Presidente do Jardim Botânico afirma, ainda, que existem hoje no Jardim Botânico cerca de 600 moradias irregulares que lá estão há décadas e que uma comissão mista dos ministérios do Meio Ambiente e do Planejamento, com participação de representante do Jardim Botânico e do Serviço de Patrimônio da União, discute uma proposta de acordo entre as partes, mediante a transferência

¹¹ O artigo do presidente do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, Liszt Vieira, foi publicado na edição do dia 19 de julho de 2004, no jornal O Globo e está disponível em www.jbrj.gov.br/materias/20_07_2005.htm, acesso em 19 de dezembro de 2005.

de moradores para unidades habitacionais a serem construídas pela Caixa Econômica Federal ou para imóveis já existentes em outros bairros.

Com esse discurso, percebe-se claramente que o Presidente do Jardim Botânico não entende o direito à moradia como um direito humano, fundamental, difuso e coletivo, que também atende ao interesse público, tanto quanto a proteção do meio ambiente. Sendo assim, ele contraria a tese deste trabalho que defende a tutela do direito social à moradia, compreendido como um direito transindividual e humano, pois, conforme será exposto a seguir, são inúmeros os tratados internacionais que garantem o direito à moradia, bem como, no plano interno, a Constituição Federal já consagrou a moradia como um direito social, em seu artigo 6º, sendo que a legislação tem acompanhado essa disposição.

Miguel Baldez, por sua vez, em artigo para o *Jornal do Brasil*, posiciona-se favorável à manutenção dos moradores no Jardim Botânico. Segundo ele,

“moradores do Horto Florestal, uma pequena vila de vida e convívio construída com alma e suor pela própria comunidade, têm sido vítimas de uma teia de omissões, meias verdades e inverdades com o claro objetivo de submeter o cidadão menos informado à crença de que, naquele local, a proteção do meio-ambiente exige a exclusão do já tão excluído mais ainda chamado ser humano”.¹²

E ele se coloca claramente contra a posição adotada pelo Presidente do Jardim Botânico, Sr. Liszt Vieira, de que “gente e meio ambiente são incompatíveis”, defendendo o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Ademais, Miguel Baldez condena a consideração de que os moradores deveriam ser removidos para outros bairros, considerando classista a concepção de direitos humanos e coletivos manifestada pelo Presidente do Jardim Botânico.

Segundo Baldez, o Sr. Liszt Vieira assumiu que os moradores vivem lá há décadas, embora não respeite o seu direito à moradia, confirmando a existência de um “apartheid social”. E a tentativa do Presidente do Jardim Botânico de justificar a não concessão do direito de propriedade aos moradores por poder vir a ser causa de especulação imobiliária no local também é fortemente combatida por Baldez, que a considera um “desrespeito a quem, de geração para geração, vem

¹² BALDEZ, Miguel. *Inverdades no Jardim Botânico*. In *Jornal do Brasil*, 26 de julho de 2005, p. 11.

enfrentando com continuadas vitórias sucessivas tentativas de despejo massivo”.¹³

Por fim, Baldez defende a segurança da posse dos moradores, acrescentando que todos eles estão cientes de que a área não pode ser usucapida, chamando atenção para a integração existente entre a terra e os seus moradores, entre o meio ambiente e os habitantes do Horto.

O Instituto de Terras do Rio de Janeiro, ITERJ, segue a linha de argumentação de Baldez. Segundo o ITERJ,

“descendentes e antigos funcionários do Jardim Botânico estão sendo vítimas da intolerância das autoridades federais e da Diretoria do Jardim Botânico, que mediante diversas ações judiciais individuais se propõem a retirar as famílias de trabalhadores e aposentados humildes que há anos moram no local justificando esta conduta pela necessidade de desenvolver projetos científicos no local”.¹⁴

A respeito das ações que já envolveram a área ocupada, destacamos a atuação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Em pesquisa jurisprudencial efetuada no *site*¹⁵ do TRF da 2ª região, ao utilizar a palavra-chave “Jardim Botânico”, foi indicada a existência de 83 ementas que citavam o termo escolhido. Deste total, 68 se referiam ao conflito envolvendo o direito à moradia dos ocupantes do Jardim Botânico.¹⁶

No entanto, esse número não representa a quantidade real de demandas acerca da questão, pois desde 1987 encontramos ações judiciais que discutem a legalidade e a legitimidade das ocupações do Jardim Botânico. São, ao todo, 385 ações de reintegração de posse movidas pela União em face dos moradores, segundo informação do Instituto de Terras do Rio de Janeiro (ITERJ).¹⁷

¹³ BALDEZ, Miguel. *Inverdades no Jardim Botânico*. In Jornal do Brasil, 26 de julho de 2005, p. 11.

¹⁴ Informação obtida em <http://www.iterj.rj.gov.br/not01.asp?id=66>, acesso em 19 de dezembro de 2005.

¹⁵ Pesquisa em http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jud:v_jur, acesso em 31 de janeiro de 2006.

¹⁶ A análise das ementas encontradas do *site* do TRF da 2ª Região demonstra que este Tribunal não tem levado em consideração o direito à moradia dos ocupantes do Jardim Botânico, apoiando os pedidos de reintegração de posse efetuados pela União Federal.

¹⁷ Informação contida na Ata da Reunião realizada em 21 de outubro de 2004, na Gerência Regional do Patrimônio da União no Rio de Janeiro, com a presença de representantes do ITERJ, Ministério Público Federal e Secretaria do Patrimônio da União (SPU) para discutir sobre a Regularização Fundiária.

A seguir será descrito um acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que decidiu demanda versando sobre a reintegração de posse na área ocupada do Jardim Botânico. A decisão é do ano de 2004 e sua descrição visa dar um panorama da argumentação do TRF da 2ª Região na solução dos casos judicializados.

O acórdão¹⁸ cuida de remessa necessária e apelações cíveis, interpostas por Maria de Lourdes Amorim Pelluci e União Federal, respectivamente, inconformadas ambas as partes com a sentença de 1ª instância, que julgou procedente em parte o pedido formulado em ação de reintegração de posse, determinando que “após indenizar a acessão e as benfeitorias no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), à época do laudo, devidamente corrigidos, seja expedido mandado de reintegração de posse a favor da União Federal do imóvel situado na Rua Pacheco Leão nº 1161, Jardim Botânico, nesta cidade, que está sob seu controle administrativo.”

Em sede de apelação, a recorrente Maria de Lourdes Amorim Pelluci, pretendeu, preliminarmente, o julgamento de agravo retido por entender que a União Federal é parte ilegítima no feito. Ademais, pugna a Apelante pelo “reconhecimento do cerceamento de defesa com a conseqüente anulação do respeitável julgado, e respectiva restituição do processado ao MM. Juiz “a quo” para oitiva de testemunhas”.

No mérito, a recorrente visa a integral reforma da sentença e o julgamento pela improcedência do pedido reintegratório e, ainda, caso improvido o recurso, seja majorado o valor da indenização fixado para R\$ 68.519,00 (Sessenta e oito mil, quinhentos e dezenove reais).

A União Federal apresentou razões de apelação visando reforma parcial da decisão do juiz “a quo”, que, sem amparo legal, determinou a indenização das benfeitorias realizadas no imóvel, alegando que elas são imprestáveis para a Administração, “tendo em vista se tratar de área de preservação ambiental, devendo ser reincorporada ao Parque, o que envolverá até mesmo o custo da demolição”.

¹⁸ Brasil. TRF 2ª Região. Apelação Cível n. 2001.02.01.004627-6. Apelante: Maria de Lourdes Amorim Pelluci e União Federal. Apelados: os mesmos. Relator: Rogério Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106410/1/67/97205.rtf>. Acesso em 22 de março de 2006.

Em contra-razões, a União Federal sustentou estar prejudicada a apreciação do Agravo Retido, em virtude do julgamento do Agravo de Instrumento, rechaçando os argumentos do recurso da ré, pleiteando a manutenção da sentença, no que tange ao pedido reintegratório.

Maria de Lourdes Amorim Pelluci, apresentou contra-razões ao recurso da União, pugnando pelo seu improvimento.

O representante da Procuradoria Regional da República, em parecer, opinou pela confirmação do provimento judicial de primeiro grau.

Segundo o MM. Juiz de 2ª instância, a recorrente é viúva de ex-servidor do Jardim Botânico e a União Federal alega que a recorrente ocupa imóvel nacional, dentro de área de preservação ambiental – Jardim Botânico – e que mesmo tendo sido solicitada a sua desocupação, recusou-se a fazê-lo dentro do prazo previsto na legislação, configurando-se esbulho possessório.

Sendo assim, o Tribunal entendeu que a sentença de primeiro grau não merece qualquer reforma, considerando a decisão justa e jurídica, adotando a fundamentação do juiz “a quo”.

Em relação à ilegitimidade “ad causam” da União Federal, o Tribunal ressaltou que a questão já se encontrada superada com o julgamento do Agravo de Instrumento nº 99.02.20736-7. Isso porque

“(…) em virtude de reorganização de órgãos vinculados à União Federal foi criado o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, expressamente vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, ficando sua representação judicial a cargo da Advocacia Geral da União. Esclareça-se ainda que a medida provisória em comento foi convertida na Lei nº 9.649, de 27.05.98, cujo art. 18, inciso II, “b” reproduz tal reestruturação. Ora o art. 41 do CPC veda a substituição voluntária das partes, na ausência de lei expressa. As razões do agravo não desvelam óbice a presente substituição, decorrente de sucessão ocorrida por força de expresse dispositivo legal. É de se mencionar, ainda, que o IBDF já detinha legitimidade para propor as referidas ações, quando foi sucedido, nos termos da Lei 7.735/89, pelo IBAMA, a quem incumbiu a tarefa de dar continuidade ao trabalho por aquele desenvolvido, não só no aspecto administrativo, quanto no judicial. (Decreto nº 97946/89).”¹⁹

¹⁹ Brasil. TRF 2ª Região. Apelação Cível n. 2001.02.01.004627-6. Apelante: Maria de Lourdes Amorim Pelluci e União Federal. Apelados: os mesmos. Relator: Rogério Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106410/1/67/97205.rtf>. Acesso em 22 de março de 2006.

Assim, não conheceu o agravo retido.

No mérito, sobre a indenização pelas benfeitorias, o Tribunal argumentou que a administração pública sempre teve conhecimento das benfeitorias que eram realizadas no imóvel, e que efetivamente o foram. Assim, não admitiu as alegações da União Federal no sentido da indenização ser indevida. Por outro lado, quanto ao valor fixado, o Tribunal também negou à recorrente seu aumento, mantendo a quantia determinada pelo Juízo de 1º grau.

O recurso foi, então, julgado improvido, negando-se a remessa necessária do recurso da União e não conhecendo o agravo retido interposto pela recorrente, por unanimidade.

Conforme pode ser notado, o Tribunal sequer considerou a questão do direito à moradia da recorrente, deixando de discutir a questão da ocupação em área de preservação ambiental. Apenas os aspectos formais, como a legitimidade da parte, o conhecimento do recurso de agravo e a fixação do valor da indenização pelas benfeitorias foi abordado na argumentação do Tribunal, que se manteve alheio em enfrentar o conflito real que se impõe como base na ação de reintegração proposta pela União, qual seja, a preservação da moradia em áreas urbanas ambientalmente protegidas.

Como marco normativo, foram citadas a Lei 9649/98, pois em seu art. 18, II, “b” previu a criação do “Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro”, reestruturando a organização de órgãos da União Federal; o art. 41, do Código de Processo Civil; a MP 1549-29/97, a Lei 7735/89 e o Decreto 97946/89, que se referem, respectivamente, às sucessivas mudanças de organização ocorridas na União Federal que atribuíam a administração do Jardim Botânico a diferentes órgãos.

Não foi utilizado nenhum marco teórico pelo juiz relator do acórdão, que não abordou o mérito da questão de maneira mais profunda, conforme já fora afirmado.

Seguindo o posicionamento adotado na decisão que acabara de ser descrita, no ano de 2005, a fim de cumprir mandado de reintegração de posse expedido pela Justiça Federal em outro processo, a Polícia Federal juntamente com oficiais de justiça dirigiram-se ao Jardim Botânico no intuito de retirar os moradores de

suas casas. Houve, então, um confronto entre policiais e moradores que impediram a passagem dos policiais, obrigando a suspensão da operação.²⁰

Em entrevista realizada com a vice-presidente da Associação de Moradores e Amigos do Horto, Emília Maria de Souza²¹, foi informado que atualmente o que se tenta é chegar num acordo acerca da regularização das moradias localizadas no Horto. Como todas as ações já transitaram em julgado, a União deveria assumir o compromisso de comparecer perante o Poder Judiciário e declarar que não exige o cumprimento das sentenças que determinam a reintegração de posse.

Ocorre que o impasse para a solução da questão está justamente na proposta de regularização oferecida pela União. Isso porque, o Poder Público pretender remover todos os moradores situados à margem esquerda do Rio dos Macacos, na área interna do parque, para prédios a serem construídos na área externa, na Rua Pacheco Leão, mantendo as casas localizadas na margem direita do rio. A Administração Pública alega já ter verba federal para fazê-lo e que, com isso, os moradores receberão o título de propriedade. O projeto foi elaborado pelo Instituto Pereira Passos do Rio de Janeiro.

No entanto, os moradores não concordam com a hipótese de remoção para a área externa, propondo uma reformulação e restauração da área já existente. Em projeto formulado pelo arquiteto Carlos Alberto “Chalo”, apoiado pela comunidade, as famílias permaneceriam em suas residências, que seriam restauradas, mas não teriam os títulos de propriedade. A idéia é utilizar um instrumento de direito urbanístico apto a promover a regularização e a permanência das famílias, que terá todos os seus termos discutidos pela sociedade e pelo Instituto de Pesquisa Jardim Botânico. Apenas aqueles moradores que estivessem em áreas de risco seriam removidos para outro local, ainda assim, dentro do parque.

²⁰ A respeito, ver Jornal O Dia, de 08 de junho de 2005, p. 04; <http://oglobo.globo.com/jornal/rio/168600792.asp>, acesso em 08 de junho de 2005; e Jornal Folha de São Paulo, de 08 de junho de 2005, pág. C5.

²¹ Em 10 de março de 2006, na Sede da Associação de Moradores e Amigos do Horto, localizada no Grêmio dos Funcionários do Horto Jardim Botânico, foi realizada entrevista com a Vice-Presidente da Associação, Sra. Emília Maria de Souza.

A fim de dar andamento a este projeto, a vice-presidente da Associação de Moradores pretende realizar no ano de 2006, conforme informação concedida em sua entrevista, um seminário aberto ao público, aos representantes do Poder Público e aos moradores do Horto para discutir as propostas de ambas as partes.

Conforme se pode perceber existe uma tendência do Poder Público em manter a dicotomia entre meio ambiente e moradia. No entanto, a hipótese de remoção é totalmente rechaçada pela Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, que no seu artigo 429, VI apenas a admite em caso de áreas de risco. Inúmeros são os instrumentos de direito urbanístico que o Poder Público pode se valer para promover a regularização da área ocupada. São exemplos: a concessão de uso especial com fins de moradia, prevista na Medida Provisória 2.220/2001; o direito de superfície, previsto no Estatuto da Cidade e a cessão de uso. Alternativamente, pode ainda ser celebrado Termo de Ajustamento de Conduta, conforme previsão do art. 5º, da Lei 7347/85, e proposta Ação Civil Pública por responsabilidade pelos danos causados à ordem urbanística, consoante o art. 1º, III, da Lei 7347/85 com redação dada pela Lei 10.257/01.

Para promover, no entanto, essa regularização sob a égide do direito à cidade é preciso incorporar preceitos como o respeito aos direitos humanos e fundamentais, reconhecendo, inclusive o direito à moradia como um direito coletivo. Além disso, é preciso admitir que a sustentabilidade das cidades é possível de ser alcançada com um equilíbrio urbano-ambiental, integrando o homem à natureza.

Analisar a questão apenas sob o âmbito do direito ao meio ambiente é adotar um posicionamento maniqueísta, que ignora as necessidades sociais e função sócio-ambiental da propriedade e que se impõe, inclusive, à propriedade pública. A União também deve observar e cumprir os princípios de tutela do direito à cidade, pois no Estado Democrático de Direito o Poder Público também deve subordinar-se às leis que edita, estando vinculado às previsões constitucionais.

O segundo caso-referência utilizado como exemplo vem a ser a ocupação com fins de moradia no entorno das Bacias Hidrográficas da Represa de Guarapiranga e Represa Billings na Região Metropolitana de São Paulo.

A Região Metropolitana de São Paulo conta, para o abastecimento da sua população, entre outras fontes, com a água que é produzida pelos mananciais que

ainda restam na região - em especial a Represa Billings, Guarapiranga e Sistema Alto Tietê.

A represa de Guarapiranga está localizada na região sul da cidade de São Paulo, e sua vasta extensão, 637 quilômetros quadrados, compreende parte dos territórios dos municípios de São Paulo, Embu, Itapeverica da Serra e toda a área de Embu-Guaçu, além de pequenas parcelas territoriais de Cotia, São Lourenço da Serra e Juquitiba. A Bacia Hidrográfica onde se encontra, forma uma das principais áreas de mananciais da metrópole, compreendida também pela Represa Billings, que ocupa o município de São Paulo, Diadema, São Bernardo do Campo, Santo André, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra.²²

No entanto, a área localizada no entorno desses mananciais sofre intenso processo de ocupação, levantando discussões acerca da possibilidade ou não de se exercer o direito à moradia em áreas de preservação ambiental.

Assim, como casos emblemáticos, destacam-se as ocupações com fins de moradia no entorno das Represas Billings e Guarapiranga, analisados sucintamente a seguir.

O atual bairro de São Paulo denominado Santo Amaro, no início do século XIX era município distinto do de São Paulo. Nos primeiros tempos de sua colonização essa região produzia essencialmente gêneros alimentícios para a população que residia no planalto central. A partir da segunda metade do século XIX, o bairro passa a receber famílias para trabalhar em fazendas de café. Essas famílias se fixaram nas margens de rios, o que facilitava a sua locomoção e a irrigação de suas culturas, tendo início a ocupação das margens do rio Guarapiranga.

A ocupação das margens do rio para fins de moradia não apresenta mudanças durante décadas, mesmo após a crise da economia cafeeira, quando os imigrantes passaram a realizar outras atividades, dentre elas a produção de carvão, pois a região possuía uma vegetação rica. As famílias viviam, então, em chácaras de economia familiar muito modestamente.

A partir do final do século XIX, a cidade de São Paulo iniciou um processo de crescimento acelerado, atraindo milhares de pessoas que desejavam encontrar nela uma vida melhor. A energia elétrica necessária para abastecer a cidade era

²² Informação obtida em <http://www.socioambiental.org/inst/sem/billings/documentos.htm>, acesso em 25 de janeiro de 2006.

produzida pela Usina Hidroelétrica de Parnaíba, construída em 1901 no rio Tietê. No entanto, durante a estação da seca a produção de energia não era suficiente, pois havia menos água para movimentar as turbinas. Foi quando, em 1908, a Companhia Light and Power decidiu represar a água do rio Guarapiranga, afluente do rio Pinheiros, que serviria para gerar energia nas épocas de seca.

O Rio Guarapiranga foi transformado em um grande lago – a represa – com a finalidade de gerar energia elétrica.

A partir do começo do século XX, a região de Santo Amaro, em virtude de suas características, passa a ser também ocupada por habitações de veraneio, lazer e recreação, surgindo no local muitas chácaras de famílias abastadas e de especuladores imobiliários. As chácaras das famílias mais humildes foram compradas por especuladores e divididas em lotes para venda.

Até a década de 50 a população da região da represa era muito pequena e composta basicamente pelas chácaras de alto padrão e moradias dos descendentes dos antigos trabalhadores das fazendas de café.

No entanto, a seguir, os loteamentos começaram a surgir por conta da enorme demanda de local de moradia para o afluxo de trabalhadores que em São Paulo chegaram. Sem um plano diretor que regulamentasse a ocupação de áreas importantes para a sustentabilidade da cidade a terra foi parcelada e vendida a preços acessíveis à população que não podia pagar aluguel nas áreas centrais da cidade de São Paulo, desconfigurando a disposição espacial inicial do local.

Atualmente vivem na região cerca de 1,6 milhão de habitantes. Apesar da área de mananciais necessitar de preservação para garantir o abastecimento de água da cidade, a contrario senso é o local que apresenta o maior índice de crescimento das ocupações com fins de moradia no município de São Paulo.²³

Sendo assim, o equilíbrio da região está sendo ameaçado dia a dia. Segundo notícia de um jornal local, a cada dia há 64 novos moradores instalados na região da bacia, a imensa maioria em casas construídas ilegalmente em áreas de preservação e muitas sem rede de saneamento.²⁴

²³ QUEIROZ, Eliane e CHIARATTO, Almir. *A Represa de Guarapiranga*. In http://www.partes.com.br/meio_ambiente/memoria.htm. Acesso em 19 de dezembro de 2005.

²⁴ Notícia do jornal Folha de São Paulo. Informação obtida em <http://www.moradia.org.br/moradia/clipping/VisualizarClipping.php?id=2993>. Acesso em 19 de dezembro de 2005.

Recente diagnóstico²⁵ registra que em 2000, havia 766 mil pessoas vivendo na área da bacia, que engloba a zona sul da capital paulista e outros seis municípios.

Revela também que o crescimento da região é fruto de novas invasões a áreas que deveriam ser protegidas. Segundo Marussia Whately, coordenadora do Programa Mananciais do Instituto Sócio-Ambiental (ISA), as invasões continuam e as pessoas que vivem nessas áreas invadidas não dispõem de uma rede adequada de saneamento básico, portanto todo o seu esgoto é diretamente despejado na água da represa, sem qualquer tratamento.

A principal conclusão do estudo foi a de que a ausência de saneamento, o crescimento urbano e de atividades humanas comprometem mais da metade da Bacia Hidrográfica de Guarapiranga, o segundo manancial mais importante da Região Metropolitana de São Paulo.²⁶

Além disso, consta no diagnóstico que a represa de Guarapiranga está cada vez menor: em 30 anos sua área encolheu em 20%. A bacia da Guarapiranga vem sendo desmatada, alterada, ocupada e urbanizada em ritmo crescente e sem planejamento ou controle algum. Os dados do ISA demonstram, por exemplo, que a população residente na bacia aumentou em 210 mil pessoas no período de 1991 a 2000 (um aumento de quase 40%) e que quase 20% da região já está totalmente urbanizada.

A tendência da ocupação atual, segundo o referido diagnóstico, é o desmatamento de áreas para usos diversos, o surgimento gradual de núcleos de moradia e o adensamento progressivo destes núcleos. 42% do território sofre algum tipo de intervenção humana que dá origem aos núcleos habitacionais que se adensam, muitas vezes em locais proibidos ou perigosos, como encostas ou perto de corpos d'água.

Cerca de 37% das áreas de preservação permanente inseridas na bacia foram invadidas ou ocupadas, demonstrando a gravidade do processo experimentado pela represa.

²⁵ O diagnóstico sobre a represa de Guarapiranga foi realizado pela organização não-governamental Instituto Socioambiental (ISA) e denomina-se “Guarapiranga 2005 – Diagnóstico Socioambiental Participativo” e está disponível no *site* www.socioambiental.org, acesso em 19 de janeiro de 2006.

²⁶ “Diagnóstico Socioambiental revela Guarapiranga cada vez mais degradada”. In <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2167>.

Durante a década de 1990, foi desenvolvido pelo governo do estado de São Paulo a maior intervenção já ocorrida em área de manancial: o Programa de Recuperação Ambiental da Guarapiranga, com investimentos superiores a US\$ 300 milhões financiados pelo Banco Mundial. Eram objetivos do programa: assegurar a qualidade da água do manancial para o abastecimento da região metropolitana de São Paulo, desenvolver a capacitação técnica, financeira e institucional para a gestão da bacia e melhorar a qualidade de vida de seus habitantes, otimizando e expandindo a infra-estrutura urbana e de saneamento, além de executar medidas de recuperação e proteção ambiental, como intervenções em áreas degradadas e implantação de parques.

No entanto, apenas metade dos domicílios da bacia da Guarapiranga conta com algum sistema de coleta de esgoto. E a maioria desse esgoto continua sendo despejada na represa, já que não há redes para transportá-lo até estações de tratamento.

A Represa Billings, por sua vez, reservatório artificial construído na década de 20 pela Light and Power para geração de energia elétrica na usina de Henry Borden no município de Cubatão, passou a ser utilizada como manancial de água potável após mais de 30 anos do início de sua construção, quando em 1958 é inaugurada a Estação de Tratamento de Água - ETA, em São Bernardo do Campo, para abastecer as cidades de Diadema e São Bernardo. Além dos rios da região, o reservatório Billings é alimentado essencialmente por águas da bacia do Tietê, aduzida pelo canal dos rios Pinheiro e Grande.

A Represa Billings é um dos maiores reservatórios de água da Região Metropolitana de São Paulo. Tem aproximadamente 100 Km² e sua bacia hidrográfica estende-se por mais de 500 km², nos municípios de Ribeirão Pires, Diadema, Rio Grande da Serra, São Bernardo do Campo, Santo André e São Paulo.

As ocupações na área já vêm ocorrendo há décadas por atividades extrativistas ou para o lazer, mas foi a partir de 1988 que o processo de ocupação desordenada por loteamentos clandestinos de populações de baixa renda teve início.

Atualmente, aproximadamente 700 mil pessoas vivem no entorno da Represa Billings, gerando problemas ambientais devido ao lançamento de esgotos domésticos e ao desmatamento de áreas verdes.

Estudo realizado pelo Instituto Socioambiental mostra que a Bacia Hidrográfica da Billings perdeu, no período de 1989 a 1999, mais de 6% de sua cobertura vegetal, enquanto a expansão urbana foi de 48%.²⁷

Diante desses problemas envolvendo a área que compreende as Represas Billings e Guarapiranga, foram instituídos programas pelo Governo do Estado de São Paulo.

O Programa Guarapiranga, instituído em 1992, possibilitou que cerca de 22 mil famílias deixassem de viver em favelas, 459 hectares de áreas foram preservados, seis parques foram construídos e novos aterros sanitários inaugurados. Esse conjunto de ações contribuiu de maneira eficaz para a melhoria da qualidade da água. Além da Represa Guarapiranga, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, a Sabesp, desenvolve ações de recuperação e conservação de outros mananciais da Região Metropolitana de São Paulo, como a Represa Billings e o Sistema Cantareira.²⁸

O Programa Guarapiranga é complexo, pois envolve diversos órgãos municipais e estaduais, sendo que a Sabesp se empenha em possibilitar a ampliação do sistema de coleta e afastamento de esgotos que poluem a água, além de desenvolver projetos e estudos tecnológicos para melhorar a qualidade dos serviços na região. O seu objetivo principal é “assegurar a qualidade da água do manancial para fins de abastecimento da Região Metropolitana de São Paulo” e para isso conta, entre outras ações, com a recuperação urbana, a proteção ambiental, visando, principalmente, a melhora na qualidade de vida da população.²⁹

A recuperação urbana da região optou pela permanência da população no local, urbanizando as favelas, pois os custos da remoção seriam elevados, tanto financeira quanto socialmente. Apenas algumas famílias foram removidas, quando o espaço era necessário para a implantação de infra-estrutura

²⁷ Disponível em <http://www.socioambiental.org/esp/agua/pgn/noticias.html>. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

²⁸ Os programas realizados pela Sabesp encontram-se disponíveis em http://www.sabesp.com.br/sabesp_ensina/intermediario/urbanizacao/default.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

²⁹ YAMAZAKI, Dirceu Rioji e outros. *Programa de Saneamento Ambiental da Bacia do Guarapiranga em São Paulo*. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras*, p.116 a 128.

Como resultado das intervenções, além do reordenamento do espaço, houve a integração dos núcleos de favelas à malha urbana da cidade na forma de novos bairros, o que propiciou um maior equilíbrio na paisagem urbana. Por outro lado, com o desenvolvimento de atividades de educação ambiental, o meio ambiente passou a ser preservado pelos próprios moradores, havendo uma “mudança de *status* da condição de habitante para cidadão partícipe”.³⁰

O Projeto Billings, por sua vez, compreende o monitoramento e controle da qualidade da água utilizada para abastecimento público.

Com a experiência que vem sendo adquirida na realização desses projetos, pode-se notar a importância da concepção de que moradia e meio ambiente podem estar em equilíbrio. Além disso, merece destaque a afirmação de que os custos da remoção de moradores são elevados e que a manutenção em seu local de origem acarreta resultados mais benéficos tanto financeira quanto socialmente, afastando a idéia retrógrada de que a remoção é a alternativa para garantir a preservação ambiental.

É nítida a efetivação, no caso do Programa Guarapiranga, do princípio da função social da propriedade, pública e privada, e do princípio da sustentabilidade das cidades.

Ante os casos expostos, tanto do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico quanto o das ocupações em torno dos mananciais da região metropolitana de São Paulo, é incrível perceber a integração existente entre o homem e o ambiente, a consciência da população que ocupa as áreas em relação à importância da sua preservação. Isso demonstra a plena possibilidade de realização do direito à cidade, tutelando-se, simultaneamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente.

Assim, a manutenção dos moradores no local em que se encontram é possível e deve ser a opção adotada, uma vez que atende ao interesse público de realização do direito à cidade.

Nesse aspecto os projetos de regularização implantados nas áreas do entorno das Represas Billings e Guarapiranga são louváveis, pois promoveram a conciliação entre os interesses sociais e ambientais. Houve um encontro das

³⁰ YAMAZAKI, Dirceu Rioji e outros. *Programa de Saneamento Ambiental da Bacia do Guarapiranga em São Paulo*. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras*, p.116 a 128.

agendas “verde” e “marrom”, sem que para isso tivesse que se fazer uma opção entre uma ou outra.

No contexto das cidades contemporâneas, especialmente as grandes metrópoles como o Rio de Janeiro e São Paulo, promover essa integração é uma premente necessidade, deixando cada vez mais clara a relevância do papel do Plano Diretor e do planejamento urbano, que possibilitam a utilização das áreas já existentes e dos serviços já disponíveis para garantir a todos a realização dos seus direitos de cidadãos.

2.3

Direito à Moradia como direito humano, social e coletivo

Os direitos humanos adquiriram grande importância no cenário contemporâneo. Todo interesse humano, toda necessidade ligada ao ser humano, torna-se relevante no mundo atual.

Jack Donnelly, de forma bastante objetiva, entende que direitos humanos

“são, literalmente, os direitos que se têm simplesmente como ser humano. Como tal, tratam-se de direitos iguais e inalienáveis: iguais porque somos todos igualmente seres humanos; inalienáveis porque, não importa quão desumanos nós sejamos em nossos atos ou na forma de sermos tratados, não podemos ser nada além de seres humanos”.³¹

Nessa perspectiva oferecida por Donnelly, em que não se levam em conta os atos dos seres humanos para que eles tenham seus direitos tutelados, é que se percebe o alcance indiscriminado dos direitos humanos, tanto na perspectiva dos seus titulares quanto no extenso rol de direitos que abrange. Isso porque as necessidades humanas são as mais variadas possíveis, ainda mais numa sociedade plural como a que vivemos, em que os anseios sociais tornam-se ainda mais variados dadas as diferentes condições de indivíduos e grupos, devendo todos estar amparados pelo direito.

E dentre o rol de direitos humanos, destaca-se, privilegiadamente, o direito à moradia. Isso porque, tendo em vista os problemas que o atingem, existe uma preocupação internacional no sentido de protegê-lo, que vem se manifestando por

³¹ DONNELLY, Jack. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. In PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI*, p. 174.

meio da promulgação de Tratados Internacionais³² que visam garantir o direito à habitação para todos.

Embora o processo internacional de afirmação dos direitos humanos nos tratados tenha sido iniciado logo após o fim da II Guerra Mundial³³, no Brasil, somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que se começou a ratificar os tratados internacionais de direitos humanos. E, segundo Flávia Piovesan³⁴, esses tratados internacionais³⁵, uma vez ratificados, entram no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de norma constitucional, adquirindo aplicabilidade imediata.³⁶

Com a ratificação dos tratados, passa, então, a existir a responsabilidade dos Estados pelo cumprimento dos preceitos ali dispostos, ainda que o ordenamento jurídico interno não esteja totalmente adaptado e condizente com os tratados internacionais. No entanto, essa adaptação terá que existir, a fim de que os direitos humanos internacionalmente protegidos não se vejam violados dentro dos países que, inclusive, já aderiram aos tratados.³⁷

³² “Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que nasceu como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo”. In PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 22.

³³ Costas Douzinas, defendendo que os direitos humanos entraram no cenário mundial após a II Guerra Mundial, acentua que nesse momento houve uma passagem do direito natural para os direitos humanos devido a reposição de suas bases filosóficas e suas fontes institucionais. Segundo ele, antes desse marco, todo o direito era direito positivo, estando, portanto, determinado exclusivamente pelo legislador e pelas cortes dos vários países. Porém, ficara provado que tentar garantir os direitos humanos por meio somente de atos legislativos não foi eficaz. Isso porque, mesmo diante das leis postas, as pessoas puderam votar em regimes e partidos determinados a violar direitos humanos, como Hitler na Alemanha e Milocevic na Iugoslávia. Assim, Douzinas vê os direitos humanos internacionais como algo determinado pelo povo e que os governantes tem que expressar. A partir do momento que um país assina um tratado internacional de proteção aos direitos humanos, ele assume que aquela lei torna-se universal em matéria de dignidade humana. Assim, foi apenas após a II Guerra que os direitos humanos tornaram-se expressivos no mundo. DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights*. In ibidem. *The End of Human Rights – critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hard Publishing, 2000.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 37.

³⁵ Os tratados internacionais são, dessa forma, a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo “tratado” é genérico e usado para incluir as convenções, os pactos, as cartas e demais acordos internacionais. Os tratados, são, assim, acordos internacionais celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, sendo regulados pelo regime jurídico do Direito Internacional. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 66.

³⁶ A Emenda Constitucional n. 45/2004, embora prevendo procedimento rígido, confirmou esse posicionamento ao acrescentar um §3º ao artigo 5º, da Constituição Federal. Segundo ele: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³⁷ E conforme destaca Antônio Augusto Cançado Trindade, “ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos

É certo, assim, que os tratados de direitos humanos vinculam os Estados que os adotam, obrigando o seu cumprimento a nível nacional, representando, hoje, um dos principais instrumentos de que se vale o Direito Internacional Humanitário para estar presente em grande parte dos países do mundo e formar uma teia internacional de proteção dos direitos humanos.

Está clara, portanto, a importância dos tratados internacionais na proteção dos direitos humanos, não se podendo negar também que é essencial o trabalho dos Estados a nível nacional para garantir o cumprimento desses preceitos internacionalmente adotados, seja por meio de políticas públicas de promoção dos direitos humanos, seja através da adaptação de seu ordenamento jurídico interno às diretrizes internacionais, por meio da atuação tanto do Legislativo quanto do Judiciário.

E tendo sido constatado que o direito à moradia faz parte do rol de direitos humanos, é importante destacar os tratados internacionais que se preocuparam em assegurar-lhe proteção.

Primeiramente, temos os tratados “gerais” que tutelam o direito à moradia. Utiliza-se aqui a expressão “geral”, porque os tratados e declarações compilados se referem à proteção dos direitos humanos como um todo, ressaltando, dentre outros direitos, a necessidade de garantir a moradia. São eles: a Declaração sobre os Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (documento anexo à Convenção nº 80 da OIT)³⁸, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948³⁹, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁴⁰, a

direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em Transformação*, p. 702.

³⁸ O item III, “i” da Declaração assim encontra-se redigido: “A Conferência proclama solenemente que Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem a: (...) obter um nível adequado de alimentação, **de alojamento**, de recreação e de cultura; (...)” (grifos nossos).

³⁹ Em seu artigo XI, a Declaração Americana trouxe a seguinte previsão: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais, relativas à alimentação, roupas, **habitação** e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”. (grifos nossos)

⁴⁰ A Declaração Universal dos Direitos do Homem previu em seu artigo XXV: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (...) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. (grifos nossos)

Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1948⁴¹, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959⁴², a Carta Social Européia de 1961⁴³, a Convenção n° 117 de 1962⁴⁴, a Carta Encíclica *Pacem in Terris* de 1963⁴⁵, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965⁴⁶, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁴⁷ e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

⁴¹ A Carta previu em seu artigo 5º: “Os trabalhadores têm direito de participar na distribuição equitativa do bem-estar nacional, obtendo a preços razoáveis os artigos alimentícios, de vestuário e **habitação** indispensáveis. Para alcançar estas finalidades, o Estado deve aceitar a criação e funcionamento de granjas e restaurantes populares e de cooperativas de consumo e de crédito, e organizar instituições destinadas ao fomento e financiamento daquelas granjas e estabelecimentos, assim como a **distribuição de casas baratas, cômodas e higiênicas** para trabalhadores, empregados e camponeses”. (grifos nossos)

⁴² A Declaração trouxe a previsão da proteção do direito à habitação em relação ao segmento especial da sociedade que são as crianças em seu Princípio 4º: “A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à mãe como à criança serão proporcionados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito à alimentação, **habitação**, recreação e assistência médica adequadas”. (grifos nossos) Esse documento fora ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

⁴³ A Carta Social Européia na sua Parte II, artigo 16 também demonstrou a preocupação em preservar o direito à moradia como direitos humanos: “A fim de realizar as condições de vida indispensáveis para um pleno desenvolvimento da família, célula fundamental da sociedade, as Partes Contratantes se comprometem a promover a proteção econômica, jurídica e social da família, em especial mediante benefícios sociais e familiares, disposições fiscais, de **apoio à construção de moradias adaptadas às necessidades das famílias**, de ajuda aos casais jovens, ou de qualquer outra medida adequada”. (grifos nossos) Esse tratado entrou em vigor em 1965 e foi completada em 5 de maio de 1988, ocasião em que foram adicionados outros direitos em matéria social. Porém, foi em 1966 que a Carta Européia consagrou, dentre outros, expressamente, o direito à moradia.⁴³

⁴⁴ A Convenção n. 117 trata dos Objetivos e Normas Básicas da Política Social e trouxe previsto no item 7 do seu artigo 11: “(...) Nos casos em que a alimentação, **a habitação**, o vestuário e outros suprimentos e serviços essenciais constituam parte da remuneração, a autoridade competente tomará todas as medidas práticas e possíveis para assegurar que os mesmos sejam adequados e seu valor em espécie seja calculado com exatidão”. (grifos nossos)

⁴⁵ No item 11 da Carta Encíclica *Pacem in Terris* consta: “(...) E, ao nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, **a moradia**, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis. Segue-se daí que a pessoa tem também o direito de ser amparada em caso de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, de desemprego forçado, e em qualquer outro caso de privação dos meios de sustento por circunstâncias independentes de sua vontade”. (grifos nossos)

⁴⁶ A Convenção traz no seu artigo V, “e”, III: “De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo II, os Estados-Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: (...) III) **direito à habitação**; (...)”. (grifos nossos) Esta convenção fora ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e promulgada pelo Decreto n° 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

⁴⁷ O Pacto merece aqui grande destaque devido ao fato de ser o primeiro a tratar especificamente dos direitos sociais. Assim, seu artigo 11 prescreve: “1º. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito a toda pessoa a um nível de vida suficiente para ela e sua família, compreendendo a alimentação, vestuário e **habitação** suficientes, assim como a uma melhoria constante das suas condições de existência. Os Estados –Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a realização deste direito e reconhecem para este efeito a importância essencial de

contra a Mulher de 1979⁴⁸.

Existem, ainda, dois documentos específicos de tutela internacional do direito à moradia: o primeiro é resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul (1996); e o segundo é a Carta Mundial do Direito à Cidade, resultado do Fórum Social das Américas realizado em Quito (julho, 2004) e finalmente assinada no Fórum Social realizado em Porto Alegre (janeiro, 2005).

Esses documentos foram escolhidos para análise especial devido a sua atualidade e especificidade, sendo que representam também marcos no direito internacional humanitário no que tange à proteção de direitos sociais e à manutenção da qualidade de vida nas cidades, demonstrando uma recente preocupação das organizações internacionais com a urbanização desregulada.

A Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos foi realizada em junho de 1996 em Istambul. Anteriormente já havia sido realizada uma primeira conferência Habitat, na qual foi criada a Agência Habitat, cujo perfil inicial era o tratamento das situações críticas de habitações ocasionadas por desastres naturais, guerras civis e conflitos urbanos. A sua atuação inicial havia sido focada na necessidade promover um teto, uma moradia para as pessoas refugiadas e desabrigadas. A segunda Conferência, a Habitat II, por sua vez, possuiu como temas globais: “Adequada Habitação para todos” e “O desenvolvimento de assentamentos humanos em um mundo em urbanização”. A conferência teve como principal foco adotar uma agenda, que recebeu o nome de Agenda Habitat, que por sua vez estabelece um conjunto de princípios, metas,

uma cooperação internacional livremente consentida. (...). (grifos nossos). O Brasil somente ratificou este pacto em 24 de janeiro de 1992, conforme dados disponibilizados pelas Nações Unidas. Disponível em www.onu.org. Acesso em 03 de dezembro de 2004. Entretanto, segundo Comparato, o Brasil ratificou este tratado pelo Decreto Legislativo nº 226, 12 de dezembro de 1991, e promulgou-o pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992. In COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 275.

⁴⁸ A Convenção no seu artigo 14, 2, “h”, conta com a seguinte disposição: “Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da **habitação**, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”. (grifos nossos) Esta Convenção fora ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984, segundo www.onu.org. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

compromissos e um plano global de ação, visando orientar os esforços nacionais e internacionais no campo de melhoria dos assentamentos humanos.^{49,50,51}

A Carta segue o seguinte roteiro: primeiramente traz a Declaração de Istambul sobre assentamentos humanos; depois traz o Programa Habitat, que é composto por um Preâmbulo, dos Objetivos e Princípios, dos Compromissos – moradia adequada para todos, assentamentos humanos sustentáveis, habitação e participação, igualdade entre o homem e a mulher, financiamento da moradia e os assentamentos humanos, cooperação internacional e avaliação dos progressos - dos Planos de Ação Mundial (estratégias para a aplicação) – que trata da moradia adequada para todos, do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos num mundo em processo de urbanização, do fomento da capacidade e

⁴⁹ Disponível em www.utp.br em 03 de dezembro de 2004.

⁵⁰ Como a Agenda Habitat possui um texto bastante extenso, não seria prudente descrevê-lo totalmente neste trabalho. No entanto, a seguir, serão destacados alguns aspectos considerados mais relevantes do texto para que se possa ter uma visão um pouco mais esclarecedora sobre o que vem a ser a Agenda Habitat e o que ela tem privilegiado. Primeiramente, pretende-se destacar o item que explicita quais os princípios seguidos pela Agenda Habitat II: “**Capítulo II – Objetivos y principios:** (...) 25. Nosotros, los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), suscribimos una visión política, económica, ambiental, ética y espiritual de los asentamientos humanos basada en los **principios de igualdad, solidaridad, asociación, dignidad humana, respeto y cooperación**. Adoptamos los objetivos y principios de una vivienda adecuada para todos y el desarrollo sostenible de los asentamientos humanos en un mundo en proceso de urbanización”.⁵⁰ (grifos nossos). Quanto aos objetivos seguidos: “(...) 40. Asimismo nos comprometemos a perseguir los siguientes objetivos: (...) b) garantizar la seguridad jurídica de la tenencia y la **igualdad de acceso a la tierra para todos**, incluidas las mujeres y las personas que viven en la pobreza; y emprender reformas legislativas y administrativas para garantizar a la mujer un acceso pleno y equitativo a los recursos económicos, en particular el derecho a la herencia y a la propiedad de tierras y bienes y el acceso al crédito, los recursos naturales y las tecnologías apropiadas; (...) e) **fomentar el acceso amplio y no discriminatorio a servicios de financiación de la vivienda abiertos**, eficientes, eficaces y apropiados para todos, comprendida la movilización de nuevos recursos financieros y de otro tipo -públicos y privados- para el desarrollo de la comunidad; (...) h) **aumentar la oferta de viviendas asequibles fomentando y estimulando la propiedad de viviendas asequibles y aumentando la oferta de viviendas asequibles de alquiler o de propiedad comunal, cooperativa o de otro tipo mediante la asociación de la iniciativa pública, privada y comunitaria, y crear y promover incentivos en el mercado respetando debidamente los derechos y obligaciones de inquilinos y propietarios;** (...) j) **erradicar la discriminación en el acceso a la vivienda y los servicios básicos por cualquier motivo**, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, bienes, nacimiento u otra condición; debe ofrecerse la misma protección contra la discriminación por motivos de discapacidad o edad; y garantizar la protección jurídica contra tal discriminación; (...) n) **proteger a todas las personas contra los desalojamientos forzados que sean contrarios a la ley**, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas”. (grifos nossos)

⁵¹ Edésio Fernandes considera que a Agenda Habitat “clama por ação integrada no sentido de prover moradia adequada para todos, sempre dentro do marco do desenvolvimento sustentável e no contexto de um mundo em crescente urbanização”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 296.

desenvolvimento institucional, da cooperação e coordenação internacionais e da aplicação e seguimento do Programa Habitat.

E conforme precisamente interpretado por Comparato, os objetivos sociais do Programa Habitat são interdependentes,

“de sorte que a não-realização de um deles compromete a realização de todos os outros. A Conferência sobre os Assentamentos Humanos reafirmou como objetivos universais a garantia de uma habitação adequada para todos, e o estabelecimento de assentamentos humanos mais seguros, saudáveis, habitáveis, equitativos, sustentáveis e produtivos. Declarou que o desenvolvimento urbano e o desenvolvimento rural são interdependentes, salientando que a melhoria do habitat urbano pressupõe uma infra-estrutura adequada, no tocante a serviços públicos de saneamento e transporte, o respeito constante aos ecossistemas, bem como a ampliação das oportunidades de emprego”.⁵²

Outro documento específico de grande importância no estudo do direito à moradia e do direito à cidade na contemporaneidade é a Carta Mundial do Direito à Cidade. Resultado de um movimento que une entidades governamentais e não-governamentais do Brasil e do exterior, a Carta pelo Direito à Cidade tem como objetivo fomentar um novo Direito urbano. A ênfase é na dimensão local e em novas formas de direito coletivo e de gestão democrática dos territórios.

A elaboração da Carta Pelo Direito à Cidade foi iniciada no Fórum Social Mundial de 2001, quando um abrangente conjunto de instituições e entidades organizou o *Seminário Mundial pelo Direito à Cidade contra a Desigualdade e Discriminação*. A iniciativa teve como exemplo a *Carta Européia sobre os Direitos do Homem na Cidade* (Saint-Dennis, maio de 2000). Na ocasião, foram definidas estratégias de aprofundamento e continuidade da iniciativa.

Para entender melhor a Carta Mundial, é preciso compreender o ambiente em que ela surgiu. Assim, parte-se para uma breve exposição acerca do que é o Fórum Social Mundial, um processo em construção, demandando constante planejamento, organização, trabalho, transformações.

Desde a manifestação em Seattle contra reunião da OMC, os Fóruns Sociais Mundiais que seguiram afirmaram-se contra a agenda econômica internacional, voltando as atenções para discussões concernentes a uma agenda social, há muito relegada a segundo plano nas discussões governamentais internacionais.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação História dos Direitos Humanos*, p. 334.

O lema “Um outro mundo é possível”, presente na primeira reunião do Fórum, demonstrou qual o perfil que se queria buscar atingir, admitindo para isso a representatividade e participação de movimentos sociais e da população diretamente nas suas mais diversas atividades, como seminários, conferências, painéis, oficinas, etc.

No entanto, quanto a sua definição propriamente dita, pairam ainda muitas dúvidas, uma vez que podemos encontrar as mais diversas concepções sobre algo que não tem precedentes na história, bem como é possível afirmar que uma eventual conceituação virá, com certeza, carregada de implicações intelectuais e políticas.⁵³

O Fórum Social se autodefine, em sua Carta de Princípios, como um espaço de encontro e intercâmbio de experiências, de debate democrático de idéias e de articulação de propostas de ação de movimentos sociais, ONGs, redes de ativistas e demais organizações da sociedade civil que se opõem a organização neoliberal, ao domínio imperial e a guerra.⁵⁴

Conforme destaca José María Gómez, na realidade, o Fórum Social Mundial não é um “hacedor de movimientos y organizaciones sociales de los más variados tipos y procedências, sino que desempeña, en la mejor de las hipótesis, el papel de facilitador o de cristizador de los mismos”. Por outro lado, acentua também que não se pode negar o seu caráter de “movimento dos movimentos”.⁵⁵

O fato é que o Fórum Social Mundial pela sua heterogeneidade de concepções, interesses, grupos, organizações e representações tem tido um significativo desempenho no movimento contra-hegemônico internacional.

⁵³ GÓMEZ, José María. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECENÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones en el siglo XXI*, p. 173 a 196.

⁵⁴ “Presentándose como un espacio de intercambio, debate y articulación de movimientos y organizaciones de la sociedad civil de todos los países del mundo, el FSM no pretende, sin embargo, erigirse “em instancia de representación de la sociedad civil mundial”. Por eso afirma que sus reuniones no tienen carácter deliberativo y que “nadie estará autorizado a manifestar en nombre del Foro y en cualquiera de sus encuentros, posiciones que fueran atribuídas a todos sus participantes (...)” GÓMEZ, José María. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECENÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones em el siglo XXI*, p. 173 a 196.

⁵⁵ GÓMEZ, José María. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECENÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones en el siglo XXI*, p. 173 a 196.

Voltando à Carta Mundial do Direito à Cidade, entre as instituições e redes signatárias estão o Fórum Nacional de Reforma Urbana, o Fórum Nacional de Luta pelo Saneamento Ambiental, o Habitat International Coalition (HIC), a Secretaria Latino Americana de la Vivenda Popular (Selvip) e o Programa de Gestão Urbana da ONU (PGU).

A importância da Carta reside no fato da cidade ser o espaço político, produtivo e reprodutivo da vida social e do cotidiano mais expressivo no mundo atual. Trata-se de um espaço de construção dos direitos. Uma nova concepção de cidade, ligada à luta pelo direito à cidade e pela justiça socioambiental, se corporifica em uma nova institucionalidade jurídica, que valoriza a participação e a autonomia, discute o direito social da propriedade e promove novos hábitos de convivência cidadã. O desafio é construir uma cidade que seja solidária, democrática, justa e inclusiva.

Entre as questões de interesse, estão a violência urbana e o desenvolvimento local; a elaboração de uma política urbana estruturada que vá além das políticas habitacionais; a criação de novas bases de economia solidária; o habitat social; e a implementação de fóruns de debate e discussão, capacitando novas lideranças e permitindo novas articulações entre instituições do *asfalto* e das favelas.^{56 57}

A Carta Mundial do Direito à Cidade congrega em seu texto a proteção do direito à moradia, instrumentos de proteção ao direito à cidade; declara quais são os princípios do direito à cidade; trata do desenvolvimento urbano equitativo e sustentável; da participação no orçamento da cidade; da transparência na gestão da cidade; do direito à informação pública; da liberdade e integridade; da participação política; do direito de associação, reunião, manifestação e uso democrático do espaço público urbano; do direito à justiça; da segurança pública e a convivência pacífica solidária e multicultural; do acesso aos serviços públicos domiciliares e urbanos; do direito ao transporte público e mobilidade urbana; do direito à educação, ao trabalho, à cultura e ao lazer, à saúde, ao meio ambiente; e finaliza com artigos que tratam de medidas de implementação e supervisão do direito à cidade; lesão do direito à cidade; exigibilidade do direito à cidade e, por fim, dos compromissos provenientes da Carta Mundial do Direito à Cidade.

⁵⁶ Disponível em www.fase.org.br. Acesso em 25 de novembro de 2004.

⁵⁷ A Carta Mundial do Direito à Cidade traz consigo a previsão de proteção e promoção do direito à moradia, conforme consta de seu artigo XIV.

É interessante aqui fazer uma ressalva acerca dos compromissos assumidos na Carta pelas organizações sociais, governos nacionais e locais e organismos internacionais. Isso porque, se a efetividade da Carta poderia ser objeto de dúvidas e questionamentos, os compromissos nela descritos refutam a possibilidade do documento ser inócuo.

Na Carta os compromitentes afirmam que irão difundir amplamente o seu conteúdo e possibilitar a realização de espaços destinados à discussões acerca do direito à cidade e os direitos humanos que ela compreende. Além disso, eles assumem que irão trabalhar no sentido de ver o direito à cidade reconhecido internacionalmente como um direito humano, sendo que os governos nacionais e locais se comprometem a ratificar e aplicar pactos de direitos humanos e outros instrumentos internacionais que contribuam na construção do direito à cidade.

A carta representa um verdadeiro pacto dos mais diversos setores da sociedade e do Estado para a promoção do direito à cidade e da luta pela justiça urbano-ambiental em seus âmbitos local, regional e global.

O documento ainda é bastante recente, pois assinado em janeiro de 2005, porém promete ser promissor no tocante às mais variadas espécies de direitos sociais. Resta-nos contribuir para o sucesso do empreendimento, trabalhando a favor de sua divulgação, estudando suas disposições e reconhecendo a sua notoriedade, tendo em vista a pioneira iniciativa.

Durante a análise dos textos dos tratados internacionais, foi possível depreender que a afirmação dos direitos sociais como direitos humanos não foi simples. Isso porque, as necessidades dos países são as mais diversas possíveis, além da possibilidade dos Estados realizarem esses direitos também ser extremamente variável. Demonstra-se, portanto, que a efetivação dos direitos sociais trazidos nos pactos internacionais tem sua dificuldade principal ligada à atuação dos Estados, que, muitas vezes, apesar de signatários dos tratados, não se vinculam, realmente, a eles.

Em relação ao direito à moradia, especificamente, pode-se observar uma evolução na forma com que os tratados, convenções e cartas passaram a tratá-lo no decorrer do tempo.

Primordialmente, há um tratamento genérico, que apenas menciona o direito à habitação dentre uma série de outros, sem dar-lhe uma atenção especial. Entretanto, a partir da realização das conferências específicas sobre assentamentos

humanos, percebe-se uma preocupação mundial em garantir o direito à moradia dos seres humanos de forma mais efetiva. Com a Conferência, passa a existir uma preocupação não só em enunciar o direito à moradia como parte dos direitos humanos, como também é reconhecida a necessidade de criar programas e instrumentos de garantia para a sua efetivação.

Assim, tendo em vista o crescimento gradativo dos problemas habitacionais no mundo, está perfeitamente adequada a preocupação dos países em discutir a questão da moradia e das cidades. E isso é o que vem sendo feito nos Fóruns Sociais Mundiais realizados em que se discutem questões sociais de grande relevância para o mundo e são publicadas cartas de referência para a ação dos Estados em seus territórios.

Nesse aspecto, torna-se bastante adequada a colocação de Douzinas para quem os direitos humanos devem se realizar nos territórios dos Estados, pois é aí que são violados ou cumpridos.⁵⁸

E muito embora o Brasil não seja signatário de diversos tratados ou ainda não tenha ratificado alguns, é importante que o país tome conhecimento desses diplomas e os tenha como paradigmas para sua atuação em programas sociais relativos não só à habitação, como também em outros setores.

Sendo assim, a materialização do direito à moradia está intimamente ligada à realização da dignidade humana a medida que se concebe tal direito não simplesmente como a existência física de um local para morar, mas também como o lugar onde se realizam diversos outros direitos inerentes aos seres humanos, como o direito à privacidade, à saúde, ao saneamento, ao lazer, aos transportes, entre outros.⁵⁹

Dessa forma, preocupando-se com o conceito do direito à moradia, Perlingieri afirma que se pode falar dele no sentido de relações econômicas ou como aspecto de um unitário valor normativo que é a tutela da pessoa. Assim sendo, trata-se, simultaneamente, de um direito patrimonial e existencial.

⁵⁸ DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights*. In *ibidem*. *The End of Human Rights – critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hard Publishing, 2000.

⁵⁹ Nesse sentido, vale destacar o posicionamento de CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*, p. 25, segundo quem “falar em habitação, moradia, casa, lar, é falar em necessidade vital básica do ser humano, que a Constituição assegura como direito social, impondo-se ao legislador e ao administrador público dar-lhe densidade normativa e implementar políticas que lhe assegurem a mais plena eficácia”.

Concebido como direito ao acesso à propriedade da moradia, ele é um dos instrumentos, mas não o único, para realizar o gozo e a utilização da casa. Como direito existencial não incide apenas sobre a propriedade da moradia, mas também sobre as relações de uso, de moradia e aluguel.⁶⁰

De acordo com o artigo 65, da Constituição Portuguesa interpretada por Canotilho e Vital Moreira, a habitação é um direito negativo, sob o ângulo de que não se poderá privar ninguém arbitrariamente da habitação ou impedi-lo de conseguir uma, abrindo-se, inclusive, a possibilidade de exercício do direito de defesa. Por outro lado, trata-se também de um direito positivo sob o aspecto de direito de obtê-la, traduzido na exigência das medidas e prestações estatais adequadas a realizar tal objetivo. Nesse sentido ele é propriamente um direito social, implicando em obrigações positivas do Estado, cujo não cumprimento pode e deve desencadear os mecanismos da inconstitucionalidade por omissão.⁶¹

Nesse sentido, compreendendo-o como um direito fundamental, constitucionalmente previsto, o direito à moradia deve ser garantido por uma prestação estatal, podendo, em caso de omissão do Estado, ser demandado perante o Poder Público.⁶² Além disso, por derivar de norma constitucional, o direito à moradia tem eficácia direta e imediata.⁶³

A Constituição portuguesa valoriza muito a noção de direito social. E a moradia, como direito social que é, está íntima e horizontalmente vinculada à concepção de dignidade da pessoa humana, sendo que abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, considera-se que as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais. Além disso, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-Constitucional*, p. 198 e 199.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 345 e 346.

⁶² “Na nova concepção de direitos fundamentais, diretamente vinculantes, a Administração deve pautar suas atividades no sentido de não só não violar tais direitos, como também de implementá-los praticamente, mediante a adoção de políticas públicas que permitam o efetivo gozo de tais direitos fundamentais por parte dos cidadãos.” FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 45.

⁶³ SAULE JR., Nelson Saule. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*, p. 179 a 184.

econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos.⁶⁴

A Constituição Federal Brasileira, por seu turno, no art. 6º, previu como sendo direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Cumpre destacar que a consagração do direito à moradia dentre esse rol de direitos sociais somente foi expressamente efetivada no ano de 2000 por meio da Emenda Constitucional nº 26, embora indiretamente a moradia já viesse sendo tutelada nas previsões constitucionais de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF) e direito do trabalhador a um salário mínimo que atenda as suas necessidades vitais básicas, dentre as quais se destaca a moradia (art. 7º, IV, CF).⁶⁵

José Afonso da Silva, considerando os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, os define como sendo

“prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”⁶⁶

Nesse sentido, os direitos sociais são uma das dimensões dos direitos fundamentais do homem, constituindo imposição obrigatória para o Estado que visa garantir a qualidade de vida aos seus cidadãos, especialmente àqueles que se encontram em condições vulneráveis. E sendo direitos fundamentais, reafirma-se que os direitos sociais também são dotados de imperatividade, auto-aplicabilidade e inviolabilidade.

Interessante é também destacar o trabalho de Ingo Wolfgang Sarlet, no qual ele reafirma a importância dos direitos sociais na Constituição, considerando-os elementos essenciais, a identidade da constituição, representando autênticos

⁶⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 471,472, 476 e 481.

⁶⁵ Ricardo Lira já fizera tal afirmação. Cf. LIRA, Ricardo Pereira. *Direito à moradia, cidadania e o Estatuto da Cidade*. In RTDC, Vol. 12, Outubro/ Dezembro 2002, pp. 259 a 291.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 284.

limites materiais implícitos à reforma constitucional e constituindo-se em cláusulas pétreas.⁶⁷

A materialização do direito à moradia é, portanto, condição básica e núcleo essencial da defesa da dignidade da pessoa humana, uma vez que garantir a moradia significa possibilitar o seu exercício num local adequado, com acesso a serviços básicos de fornecimento de água tratada, luz, captação de esgoto, transporte, pavimentação de ruas, escola, creche, centro de saúde e áreas de lazer.

Segundo o entendimento de Edésio Fernandes, “elemento essencial ao direito à vida é o direito de todos de morarem em algum lugar adequado, em condições dignas e com qualidade de vida – o que é um dos temas centrais do direito urbanístico.”⁶⁸

Como direito metaindividual, o direito à moradia pode ser contemplado tanto na categoria dos direitos difusos quanto dos direitos coletivos⁶⁹, dependendo da possibilidade de determinar-se o número de pessoas atingidas.

Quando se trata da previsão constitucional de garantia do direito à moradia, podemos classificá-lo como direito difuso, uma vez que o bem jurídico – moradia – é indivisível e os titulares deste direito não são passíveis de determinação, individualização, pois a tutela do direito à moradia abrange todos aqueles que vivem sob a égide da Constituição Federal.⁷⁰

Trata-se, por outro lado, de um direito coletivo quando se refere a um caso específico de violação do direito à moradia de um determinado grupo de pessoas,

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Os Direitos Fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”*. In Cadernos de Direito. Piracicaba: 2003.

⁶⁸ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 317. Destaque-se, também, o entendimento do Prof. Miguel Baldez: “Negar o direito de morar como um direito do homem e da mulher significaria negar o direito fundamental à própria vida”. BALDEZ, Miguel. *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p 87.

⁶⁹ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III definiu o que são os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente. Segundo a definição legal são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 743.

ligados por uma relação jurídica base, sendo determináveis, portanto, os titulares do direito, como é o caso, por exemplo, de uma associação de moradores.

O direito à moradia tem, portanto, um sentido amplo, pois está intimamente ligado à garantia da manutenção da vida humana com dignidade, englobando o direito individual, o direito das famílias, o direito à intimidade da vida privada e familiar, o direito aos equipamentos sociais adequados, e à saúde. Requer, também, uma política urbana global, que abranja a gestão do território e do ambiente.

2.4

O Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado

A preocupação do homem com o meio ambiente é antiga. Entretanto, as nossas Constituições que antecederam a de 1988 não destinavam nenhum capítulo para o tratamento da matéria.

Ocorre que, hoje, uma das maiores preocupações da população, de qualquer cidadão comum, diz respeito a qualidade da água que bebem, do ar que respiram e dos alimentos que ingerem, além das preocupações que já tinham com as ameaças à sua liberdade. Isso porque, a segurança ambiental, uma vez prejudicada, também pode afetar a própria vida humana.

Espera-se, portanto, que o Estado, através de uma Constituição, assegure aos cidadãos a tutela dos direitos que necessitam ver salvaguardados.

Somente na década de 70, contudo, foi que os sistemas constitucionais começaram, efetivamente, a reconhecer o ambiente como valor merecedor da tutela maior. E, ressalte-se, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apenas surgiu porque houve uma preocupação com a dignidade humana, caracterizando uma fórmula estritamente antropocêntrica que, somente mais tarde, foi gradativamente tomando uma concepção biocêntrica e se afastando dos interesses unicamente ligados ao homem, passando a adquirir caráter autônomo e dedicado ao meio ambiente como um todo, do qual o homem é parte.

Porém, essa dicotomia gerada pelas concepções antropocêntrica e biocêntrica, apenas tem contribuído para acirrar disputas entre ambientalistas e outros setores da sociedade civil, dificultando o processo de composição de

conflitos, uma vez que não compreende o meio ambiente como uno, abarcando no seu conceito o meio ambiente natural, construído e cultural, bem como passa a adotar visão que segrega o homem do meio ambiente, tornando-os elementos incompatíveis.

Ocorre que, na verdade, homem e meio ambiente não precisam estar nessa relação de disputa por direitos, uma vez que necessitam de tratamento harmônico para garantir a manutenção da vida como um todo. É aí que se adota, nessa dissertação, uma visão de meio ambiente que compreende, harmônica e simultaneamente, a tutela da vida humana e de todas as outras formas de vida, bem como dos locais em que elas se manifestam, habitam e exercem suas atividades diárias. Trata-se de um posicionamento socioambiental.

Nesse sentido a proteção da vida representa também a tutela das cidades, que compreendem, ao mesmo tempo, meio ambiente natural, construído e cultural, sendo o local adequado para a tutela do meio ambiente como um todo e da realização do direito à cidade, direito humano, fundamental e metaindividual sob a égide do qual não se admitem conflitos.

Na perspectiva da tutela constitucional do meio ambiente⁷¹, levou algum tempo até que as Constituições dessem o devido tratamento à matéria.

As constituições modernas, orientadas pelo princípio da livre iniciativa, garantem o direito de propriedade privada. Porém, o exagero cometido nesse modelo de domínio foi uma das causas da crise ambiental do Século XX, pois permitiu a exploração predatória e não-sustentável dos recursos naturais, pregando a idéia de que ao proprietário tudo era permitido, até mesmo de destruir aquilo que era seu, respeitando apenas os interesses de seus vizinhos.

Procurando corrigir tal lacuna deixada pelo constituinte em relação à preservação ambiental, a princípio, passou-se a inserir nos textos constitucionais o instituto da função social da propriedade, restringindo a liberdade dos proprietários mediante a intervenção estatal na regulação do trabalho, das relações contratuais e do mercado em geral. O meio ambiente estava, primeiramente, incluído entre um dos objetivos do Estado Social.

⁷¹ Meio ambiente aqui compreendido, conforme já exposto, como o meio ambiente uno que inclui o meio ambiente natural, construído e cultural.

Entretanto, por não ser explícito o texto constitucional a respeito do meio ambiente, era necessária uma interpretação extensiva e profunda da expressão “função social da propriedade” para que se pudesse chegar até o fator ecológico.

Ocorre que, no Brasil, o trabalho de interpretação de uma norma leva tempo, justamente o que não é admissível no Direito Ambiental diante do caráter, muitas vezes, catastrófico ou irreversível de grande parte dos atentados à natureza, que rapidamente evoluem. Cumpre ressaltar, nesse sentido, que a discussão acerca do conceito de função social da propriedade perdura até os dias atuais, pois podemos encontrar os mais diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do assunto.

Essa é, portanto, a razão pela qual as Constituições mais recentes resolveram incorporar expressamente ao seu texto a proteção ao meio ambiente.

Durante um primeiro período, países como Grécia (1978), Portugal (1976) e Espanha (1978), que se libertaram de regimes ditatoriais e deliberaram acerca de suas novas constituições, é que trataram da questão ambiental em sede constitucional. Posteriormente, num período marcado pela influência da Declaração de Estocolmo de 1972, outros países passaram a incluir a matéria dentre os capítulos constitucionais, sendo um deles, o Brasil. Mas apenas após a Eco-92 é que outras constituições foram promulgadas e incorporaram, expressamente, o conceito de desenvolvimento sustentável, mais a frente analisado, passando a, como as citadas acima, tratar do meio ambiente como valor fundamental e não mais como um assunto periférico.

Atualmente, a previsão constitucional de proteção ao meio ambiente num capítulo especial representa, portanto, grande marco. A esse respeito preleciona Edis Milaré:

“marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão “meio ambiente”, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos”.⁷²

Tal preocupação se deve, principalmente, à tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos e coletivos, e, em relação ao meio

⁷² MILARÉ, Edis. *Legislação Ambiental do Brasil*. p. 3.

ambiente, especialmente nos termos da Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, em que se consagrou o direito fundamental do homem de desfrutar condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade que lhe proporcione uma vida digna.⁷³

Tratando-se, portanto, de um interesse difuso a ser tutelado administrativa, legislativa e judicialmente, a Constituição Federal de 1988, além de dar-lhe proteção, também previu instrumentos que poderiam ser utilizados para que tal finalidade fosse alcançada.

É que a característica especial deste tipo de direito, chamado difuso, é justamente o fato de afetar a todos, indiscriminadamente, mas não ser possível alguém corrigir a lesão a um interesse que pertence a uma coletividade, sendo que o ingresso com ação individual traria poucos benefícios ao seu autor e permaneceriam carentes as demais pessoas afetadas.

Assim, para suprir a falta de um instrumento apto e eficaz a fazer valer, efetivamente, a tutela do meio ambiente, a própria Constituição previu diversas regras a fim de possibilitar a sua ampla proteção. São elas: as regras de garantia, que permitem que qualquer cidadão seja considerado parte legítima a propositura de ação popular visando anulação de ato lesivo ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII, da CF); regras de competência, que distribuem entre os entes da federação as responsabilidades de proteção ao meio ambiente em suas mais diversas formas (arts. 23 e 24, da CF), bem como atribui ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF); as regras gerais de proteção ao meio ambiente, as quais se encontram em inúmeros dispositivos constitucionais (arts. 170, VI; 173, par. 5º; 174, par. 3º; 186, II; 200, VIII, 216, V; 231, par. 1º, todos da CF); e, por fim, as regras específicas encontradas no capítulo constitucional especialmente dedicado ao meio ambiente.

Assim, o direito ao meio ambiente integra um dos capítulos constitucionais, parte do título que trata da ordem social. Trata-se de um dos mais importantes e avançados capítulos da Constituição Federal de 1988.

⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 679.

A configuração teórica do Direito Ambiental deve começar e terminar pelo texto da Constituição, daí sua relevância, não sendo cabível considerar desnecessária a busca de explicação teórica para compreender tal campo do direito, uma vez que se trata de matéria de alta complexidade, cuja simplificação no seu estudo pode dificultar seu entendimento e sua aplicação.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o artigo 225 da Constituição,

“estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações”.⁷⁴

Nossa Constituição ultrapassou, portanto, muitas outras na proteção do meio ambiente. Tomou-se consciência de que a qualidade do meio ambiente tornou-se um bem, um patrimônio, sendo imperativas sua preservação, recuperação e revitalização pelo Poder Público a fim de assegurar a saúde, o bem-estar do homem e seu desenvolvimento. Nas palavras de José Afonso da Silva, a proteção do meio ambiente visa, em verdade, “assegurar o direito fundamental à vida”⁷⁵, que deve, portanto, orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.

Essa nova postura firmada pelos constituintes confirmou a importância de se avaliar a exploração econômica dos recursos naturais em contrabalanço com aspectos que envolvem a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas, os efeitos a longo prazo da exploração e os benefícios do uso limitado e do não-uso da natureza.

Assim, as normas constitucionais, compreendendo que o valor do direito à vida prepondera sobre os demais, e considerando a tutela ambiental como parte da proteção deste direito maior, tiveram de assumir que o que se protege, através dela, é um valor maior: a qualidade da vida humana.

⁷⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. p. 29.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 818.

Para que possamos entender o conteúdo do dispositivo constitucional que nos assegura o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é essencial a apreensão do que seria, efetivamente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vladimir Passos de Freitas define a expressão da seguinte forma:

“meio ambiente, na visão moderna, vem sendo entendido não apenas como a natureza, mas também como as modificações que o homem nela vem introduzindo. Assim, é possível classificar o meio ambiente em natural, que compreende a água, a flora, o ar, a fauna, e cultural, que abrange as obras de arte, imóveis históricos, museus, belas paisagens, enfim tudo o que possa contribuir para o bem-estar e a felicidade do ser humano”.⁷⁶

Nesse sentido, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é constituído pela interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que se destinam a criar melhores condições para o desenvolvimento da vida em todas as suas formas, especialmente assegurando a qualidade de vida humana. Assim, as classificações que os doutrinadores costumam atribuir ao meio ambiente possuem apenas caráter didático, uma vez que o meio ambiente concebido no ordenamento jurídico brasileiro é uno.⁷⁷

E como direito fundamental para a garantia da qualidade de vida humana, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da ordem dos direitos sociais e por isso tem eficácia imediata.

No Brasil, são inúmeras as leis que tutelam o meio ambiente⁷⁸. Nelas encontramos definições como a de área de preservação permanente, unidades de conservação e suas espécies, entre outras.

⁷⁶ FREITAS, Vladimir Passos de (organizador). *Direito Ambiental em Evolução*. Nº 02, p. 36.

⁷⁷ Acompanhando tal posicionamento encontra-se Sílvia Capelli, pois considera que “o conceito de meio ambiente é único, já que a Constituição Federal não difere o meio ambiente natural, urbano, do trabalho, cultural, etc., ainda que a legislação infraconstitucional valore diferentemente os tipos de meio ambiente, o que se dá por motivos meramente didáticos”. CAPELLI, Sílvia. *Sustentabilidade Urbano-Ambiental*, in Palestra no 8º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 05 de junho de 2003.

⁷⁸ Dentre as leis federais que tutelam o meio ambiente, destacam-se, principalmente, entre outras: Lei 4771/65, que instituiu o Código Florestal, a Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei 8974/95, que estabelece normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, a Lei 9433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos; a Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; a Lei 9795/99, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental; a Lei 9985/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação; Lei 11.132/2005, que acrescenta artigo à [Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000](#), que regulamenta o [art.](#)

Porém, a intenção dessa dissertação não é privilegiar apenas um tipo de meio ambiente natural protegido. Independentemente da classificação ou denominação que receba determinada área ambiental, a leitura que se fará dela em relação ao direito à moradia e ao direito à cidade será a mesma. Isto é, com base nos princípios de interpretação da norma que serão abordados no próximo capítulo e no método do diálogo das fontes, pretende-se demonstrar que, sob a ótica do direito à cidade, não persistirão “conflitos” entre o meio ambiente e a moradia.

2.5

Política Urbana e o Estatuto da Cidade: o direito à cidade

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, autodenominada Estatuto da Cidade, foi promulgada com o fim de regulamentar os artigos 182 e 183, da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a dedicar um capítulo especial à política urbana, tratando a propriedade imóvel urbana como um direito fundamental submetido aos interesses sociais.

O preceito contido no artigo 182, da Constituição Federal abriu campo para que o Estado assumisse a função de ditar diretrizes para o desenvolvimento urbano e convencionou ser da competência do Município legislar sobre a política urbana.

Trata-se de uma competência legislativa especial atribuída aos municípios, que devem assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Nesse sentido, a finalidade precípua dos artigos 182 e 183, da Constituição Federal, é de natureza social, especialmente ligada à promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.⁷⁹

O texto constitucional demonstra, ainda, a preocupação com a integração municipal e com o tratamento da política urbana, sendo que do artigo 182 é ainda possível depreender, através da leitura de seus parágrafos, que para assegurar as

[225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal](#) e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

⁷⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)*, p. 22.

metas a que o *caput* comprometeu-se a atingir, deverá o Município que contar com mais de vinte mil habitantes elaborar o seu Plano Diretor, que vem a ser o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que a função social da cidade somente será alcançada quando as exigências contidas no seu plano diretor forem cumpridas, motivo pelo qual ele deve ser elaborado em atenção ao objetivo traçado no preceito constitucional.

Apesar de ser obrigatório apenas para as cidades que contarem com mais de vinte mil habitantes, nada impede que municípios menores elaborem os seus planos diretores, tendo em vista a operacionalidade de tal instrumento, que dá espaço ao poder público para dispor acerca do lazer, da cultura, do esporte, do meio ambiente, da habitação, entre outros elementos.

E não se deve olvidar que o plano diretor está sujeito à aprovação do Poder Legislativo Municipal, assegurado o princípio da legalidade.

A competência para editar a lei que definirá as diretrizes gerais a cuja obediência está sujeita a política de desenvolvimento urbano é da União, o que se afirma com fundamento no artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal, que dispõe ser deste ente federativo a competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. O Estado poderia também legislar sobre normas gerais, desde que suplementarmente (artigo 24, parágrafo 2º; artigo 25, parágrafo 3º, ambos da Constituição Federal). Ao Município caberia desenvolver diretamente as diretrizes fixadas pela União, devendo editar uma lei de implementação.

O artigo 183, da Constituição, por sua vez, instituiu o usucapião pró-moradia, beneficiando aqueles que possuem como sua “área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. E, em observância ao princípio da igualdade, o parágrafo primeiro do artigo prescreveu que o título de domínio ou de concessão de uso será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Contudo, para que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal realizassem plenamente a sua finalidade, era preciso haver uma norma regulamentadora que possibilitasse a completa aplicação ao caso concreto das medidas e sanções que o texto constitucional trouxera.

Ademais, o próprio artigo 182, da Constituição Federal estabelecia que os Municípios, ao elaborarem seus Planos Diretores, deveriam fazê-lo observando as regras gerais fixadas em lei, cabendo, portanto, aos Poderes Executivo e Legislativo Federais elaborarem tal norma. Assim, a legislação municipal estava sujeita a uma prévia legislação federal.

O Projeto de regulamentação dos dispositivos constitucionais ora analisados, foi apresentado em 1989 e, após onze anos tramitando no Congresso Nacional foi definitivamente aprovado por unanimidade no Senado Federal e tornou-se o chamado Estatuto da Cidade.

E levando-se em conta que o nosso país passou por uma urbanização no último século, a importância desta lei inicia-se no fato de que nas cidades vivem 86,5% (oitenta e seis e meio por cento) dos brasileiros, de acordo com o último censo do IBGE.⁸⁰ Além disso, o Estatuto possibilitou, ao trazer a responsabilidade pela ordenação da política urbana aos Municípios, uma maior aproximação, atuação e participação do povo no cotidiano de sua cidade, asseverando o caráter democrático da lei, gerando reflexos diretos sobre o direito de propriedade. Assim, o Estatuto da Cidade entra, nesse contexto, com um cunho eminentemente social, pois visa o melhor aproveitamento da propriedade urbana.

Com ele, a Constituição legou papel fundamental ao Município, tendo em vista que é no seu território que problemas de ordem urbanística despontam e devem ser resolvidos.

A garantia do direito às cidades sustentáveis, razão da política urbana, reafirma que a cidadania é princípio constitucional fundamental do mais elevado valor, sendo que o Poder Público deve empenhar-se na sua realização.

E é o direito às cidades sustentáveis, criado pelo Estatuto, que embasa todos os dispositivos da lei, apresentando quais as diretrizes da política urbana, os limites da normação geral da União e os instrumentos colocados à disposição da Administração Pública Municipal para a efetivação do direito às cidades sustentáveis.

O Estatuto traz, também, a regulamentação dos instrumentos jurídico-urbanísticos disponíveis no ordenamento, a fim de poder finalmente ser

⁸⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. p. 4.

aplicados, bem como trata do plano diretor, que é essencial para a realização da função social da propriedade urbana.

Com a exigência desse planejamento inaugurou-se uma nova concepção em termos de gestão da coisa pública.

Além disso, a gestão democrática da cidade, prevista no Estatuto da Cidade, possibilita a efetiva participação da população na política urbana de sua cidade, demonstrando a harmonização da norma com o pensamento contemporâneo, reconhecido internacionalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II).⁸¹

E, visando garantir que a lei efetivamente funcionasse, o legislador fixou prazos para sua implementação, esclareceu a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao Estatuto, bem como criou figuras de responsabilização dos atos dos Prefeitos Municipais e do Governador do Distrito Federal.

Assim, o Estatuto passou a constituir-se num avançado diploma legal que quer romper com o descaso do Poder Público para com o povo na condução da política urbana. Ele é, nas palavras de Ricardo Pereira Lira, “um dos pilares fundamentais do Direito Urbanístico”.⁸²

E Sílvio de Salvo Venosa, ao definir os propósitos do que, verdadeiramente, tornou-se um “Estatuto do Cidadão”, dispôs: “Toda fundamentação dessa lei da cidade tem em mira colocar o cidadão em um local urbano e meio ambiente eficientes onde possa realizar seus desígnios com sua família, no que se denomina desenvolvimento sustentável”⁸³.

Tais posicionamentos permitem que se conclua acerca da condição de equidade possibilitada pelo Estatuto, uma vez que congrega diversos direitos e interesses num só diploma legal destinado a um mesmo fim: proporcionar o direito à cidade.

⁸¹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. p. 26.

⁸² LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. p. 156.

Edésio Fernandes afirma que o Estatuto da Cidade, bem como a Constituição Federal, propõem uma mudança de olhar, de paradigma, passando do individual para o social.⁸⁴

E isso se torna claro na redação do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 10.257/01, que afirma ser o Estatuto um diploma composto de normas de ordem pública, cogentes e de interesse social que atuam para o bem-estar coletivo.

Tal disposição tem como paradigma a Constituição Federal, que buscou conciliar os interesses individuais e coletivos dando cunho social a normas geralmente vistas como protetoras de direitos individuais.

Dessa forma, vê-se que o Estatuto da Cidade realmente objetiva a consecução da função social da cidade, e o faz expressamente dispondo que as normas públicas e sociais que o compõem regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Para Celso Antonio 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 (CF, art. 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 art. 6º. (...) a função social da cidade é cumprida quando proporciona a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, em consonância com o que o artigo 225 preceitua”.⁸⁵

Assim, tendo-se em conta que a Constituição determinou como princípio a função social da propriedade urbana, e que ela será atendida sempre que cumpridas as exigências do plano diretor, que é uma lei que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, devendo estar em concordância com as diretrizes gerais estabelecidas pela União, o artigo 1º do Estatuto já desdobra o que vem a ser o bem-estar dos habitantes da cidade.⁸⁶

⁸⁴ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 323.

⁸⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. p. 197 e 198.

⁸⁶ Segundo Nelson Saule Jr.: “O Estatuto da Cidade contribui para que haja uma compreensão adequada do princípio da função social da propriedade, de modo a concretizar uma vinculação do

E esse bem-estar também pode ser compreendido como resultado da harmonização da moradia urbana com o equilíbrio ambiental.

Betânia Alfonsin, constatando as diversas formas de irregularidades presentes nos espaços urbanos, conclui que

“(…) Uma das mais nefastas conseqüências desse processo de produção irregular das cidades é a degradação ambiental dos cenários urbanos. A falta de acesso regular a um espaço de radicação nas cidades leva a população carente a buscar alternativas junto ao mercado imobiliário ilegal, que atua quase sempre em áreas ambientalmente vulneráveis (justamente aquelas áreas “excluídas”, por suas características e gravames legais, do mercado imobiliário regular) loteando áreas de preservação ambiental como encostas e topos de morro, matas nativas e margens de mananciais e cursos d’água”.⁸⁷

Ocorre que, até o momento, a compreensão que se tem da situação exposta por Betânia Alfonsin é a de que meio ambiente e moradia são direitos inconciliáveis no espaço das cidades. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade passa a ser um instrumento que viabiliza a apreensão da questão de uma forma mais equilibrada, pois agrega num só diploma legal a possibilidade de inúmeros direitos serem satisfeitos.

E embora o Estatuto da Cidade ainda não tenha sido totalmente implementado, ele possui um valor simbólico e um poder de aprendizagem muito fortes, tendo um novo perfil marcante, que mantém dentro dele um direito que permite que se decida com justiça. Mesmo sem a aplicação de todos os institutos previstos na Lei 10.257/01, ela continua exercendo um poder sobre os sujeitos passivos da norma que veicula, revelando-se uma verdadeira “lei pedagógica”.⁸⁸

Confirmando essa característica do Estatuto da Cidade, que indica melhores maneiras de se proceder, torna-se relevante destacar o seu artigo 2º, que dispõe

exercício do direito de propriedade urbana com o direito à moradia, ao tratar do Plano Diretor, que é o instrumento básico da política urbana nos Municípios”. In SAULE JR., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*, p. 215.

⁸⁷ ALFONSIN, Betânia. *O Estatuto da Cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas*. p. 3.

⁸⁸ CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, p. 152 a 166. Chapitre V - “En sociologie comme en philosophie du droit, il est devenu assez habituel d’attribuer à la loi des qualités pédagogiques. Les auteurs parlent volontiers d’une fonction pédagogique, éducative du droit. (...)L’étymologie inciterait à définir l’effect pédagogique par l’anfance du sujet passif (pas toujours si passif que ça, du reste). (...) On aura observé dès notre titre que seule la loi était visée par nous, la loi dans un sens peut-être sociologique plus que dogmatique, loi écrite ou même non écrite, mais non pas lê droit tout entier, qui eût englobé avec la loi les decisions de justice. (...)”.

sobre as diretrizes necessárias para que a Política Urbana realize a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Dentre as diretrizes, destacam-se:

“I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (...) VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e do território sob sua área de influência; (...) XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; (...) XIV – regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; (...)”.

As diretrizes podem ser consideradas normas gerais nacionais, vinculando todos os entes federativos, em especial, os Municípios. Elas podem ser concebidas como indicações, orientações para a realização de um plano ou atividade.

Assim, assumindo a função de princípio norteador, as diretrizes determinam o alcance e o conteúdo da norma na produção de sentido realizada pelo intérprete.⁸⁹

Segundo Odete Medauar, quando presentes na legislação, as diretrizes significam “preceitos indicadores, preceitos que fixam esquemas gerais, linhas básicas, balizas em determinadas matérias; preceitos norteadores da efetivação de uma política”.⁹⁰

⁸⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005. “(...) É muito importante que as diretrizes do Estatuto da Cidade se tornem realidade, não só em termos de qualidade de vida para as classes abastadas, mas em termos de atendimento efetivo do direito de moradia digna e saudável para todos, como expressão mínima de cidadania, o que aliás decorre dos princípios republicanos fundamentais, consagrando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor.”

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. *A força vinculante das diretrizes da política urbana*. In FINK, Daniel Roberto (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*, p. 17.

Isso significa que as diretrizes, embora concebidas como orientações, possuem uma força que lhes garante obrigatoriedade e impositividade, já que, necessariamente, é preciso levá-las em conta antes de tomar decisões pertinentes ao tema a que se referem.

As diretrizes do Estatuto da Cidade podem ser consideradas verdadeiras “normas narrativas” no sentido expresso por Erick Jayme⁹¹, pois iluminam o processo de interpretação, indicam outros textos para aplicar. Podem, nesse sentido, serem consideradas, ainda, modelos de regras que guiam a elaboração de planos diretores, por exemplo. Há, inclusive, na esteira desse posicionamento, a abertura para uma comparação, ainda que de forma simplificada, das diretrizes do Estatuto com as diretivas europeias, pois seriam regras que apenas narram uma finalidade a ser perseguida pelas demais normas do ordenamento.

Importante atentar para o fato de que “ao assentar suas diretrizes gerais, o Estatuto expressa a convicção de que, nas cidades, o equilíbrio é possível – e, por isso, necessário”.⁹² Daí concluir-se que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente poderão ser equitativamente considerados quando se avalia a questão do conflito sob a perspectiva das disposições da Lei 10.257/2001.

Reconhecida a importância da cidade como cenário para a realização dos direitos do homem é que se passou a conceber uma nova espécie de direito social, mais abrangente e de caráter difuso, capaz de agregar em seu conteúdo a mais variada gama de direitos: o direito à cidade.

Conforme acentua Rosângela Lunardelli Cavallazzi,

“o direito à cidade, expressão do direito à dignidade humana, constitui o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos incluindo o direito

⁹¹ JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*, p. 33 a 37. “(...) Normas narrativas neste sentido são normas que trazem valores (*Wertträgernormen*), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklung des Rechts*) com orientações e ajudas. (...) normas que não obrigam, apenas “iluminam”. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são descritos e narrados. (...)”.

⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 54. Acrescenta, o autor: “Deve-se buscar o equilíbrio das várias funções entre si (moradia, trabalho, lazer, circulação etc.), bem como entre a realização do presente e a preservação do futuro (art. 2º, I); entre o estatal e o não-estatal (incisos III e XVI); entre o rural e o urbano (inciso VII); entre a oferta de bens urbanos e a necessidade dos habitantes (inciso V); entre o emprego do solo e a infra-estrutura existente (inciso VI); entre os interesses do Município e os dos territórios sob sua influência (incisos IV e VIII)”.

à moradia - implícita a regularização fundiária -, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos - implícito o saneamento -, ao lazer, à segurança, ao transporte público, a preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado - implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis, como direito humano na categoria dos interesses difusos”.⁹³

O direito à cidade foi uma conquista do cidadão, fruto do movimento da reforma urbana que há muito tempo vinha reivindicando a sua concretização. No plano nacional, podemos dizer que o direito à cidade se materializou através da Constituição Federal, nos seus artigos 182 e 183 que tratam da Política Urbana, e da legislação infraconstitucional com a Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade. Já no plano internacional, após muitos anos de espera, finalmente no V Fórum Social Mundial, realizado em janeiro de 2005 na cidade de Porto Alegre, foi assinada a Carta Mundial do Direito à Cidade pelos movimentos sociais e organizações participantes.

Mas antes mesmo de encontrar sua definição exata no Estatuto da Cidade, o direito à cidade já se encontrava previsto na Constituição Federal de 1988 quando, em seu art. 182, ela previa como um dos objetivos da política urbana o “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”.

A Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, veio, então, esclarecer qual o conteúdo desse direito social à cidade, fazendo-o no inciso I, do art. 2º.⁹⁴ E o próprio legislador, ao definir o que seria o direito às cidades sustentáveis, atribuiu-lhe o cunho de um direito social que vem a exigir da Administração Pública atos no sentido de se obter uma política urbana que privilegie a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o direito à cidade compreende a garantia e a realização de uma série de outros direitos sociais, alcançando a qualidade de direito difuso e humano.⁹⁵

⁹³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. Trabalho apresentado no 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. São Paulo, 03 de junho de 2005.

⁹⁴ Art. 2º, I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

⁹⁵ “A natureza do feixe de direitos que estrutura o direito à cidade, a exemplo dos direitos do consumidor e do meio ambiente, é a sua titularidade indefinida, vez que se desloca da clássica prerrogativa da titularidade individual, de matriz liberal, para alcançar o conjunto da sociedade segundo a perspectiva solidária da justiça distributiva. A tendência crescente no sentido de proteger os interesses difusos torna-se um desafio próprio da sociedade contemporânea. Em sua dimensão simbólica, o direito à cidade configura-se como referência cultural fundamental,

O direito à cidade deve ser entendido, portanto, como um direito de massa, sendo que o feixe de direitos que o compõem deve ser representado por linhas que convergem a um objeto comum e indivisível.⁹⁶

Segundo Carlos Ari Sundfeld, a população “tem o direito coletivo a uma cidade sustentável”.⁹⁷

E seguindo esse entendimento, é preciso admitir que o direito à cidade configura-se como um direito público subjetivo amplo e complexo.

No entanto, uma cidade marcada pela desigualdade social e pela exclusão territorial não é capaz de produzir um desenvolvimento sustentável. Assim, é preciso aproveitar a oportunidade criada pelo Estatuto e pela concepção de direito à cidade para colocar os direitos humanos no centro das preocupações da sociedade e do Estado.

O direito à cidade deve, portanto, ser compreendido como norma e como princípio de interpretação a fim de que seja aplicado na solução de conflitos que se estabeleçam no contexto das cidades.⁹⁸

Além disso, não se pode esquecer, em momento algum, que ao falar em direito à cidade se está falando de um direito humano, metaindividual (difuso ou coletivo), que compreende uma infinidade de indivíduos e grupos, bem como inúmeras demandas sociais, as quais devem estar em harmonia quando colocadas perante a concepção de direito à cidade anteriormente transcrita.

Sob a égide do direito à cidade não se admite mais a existência de inúmeros conflitos, uma vez que a garantia de harmonia e equidade proporcionada pelo conceito deste direito insurgente possibilita a plena coexistência de direitos.

adquirindo sua dimensão mais ampla como bem social de todos.” CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

“O desenvolvimento das funções sociais da cidade, por ser interesse de todos os habitantes da cidade, se enquadra na categoria dos interesses difusos, pois todos os habitantes são afetados pelas atividades e funções desempenhadas nas cidades: proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes e migrantes têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial. Logo, a relação que se estabelece entre os sujeitos é com a cidade, que é um bem de vida difuso”. In SAULE JR., Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 221 e ss.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 725.

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 55.

⁹⁸ Nesse sentido já se manifestou Edésio Fernandes in FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 303.

E é esse entendimento que balizará a discussão acerca da tutela do direito à moradia e do direito ao meio ambiente nas cidades. Assumindo o conceito de direito à cidade como pleno, não serão admitidas contradições dentro de sua própria definição, pois ela compreende, simultaneamente, a realização do direito à moradia e do direito ao meio ambiente num mesmo espaço-tempo.

3

Dos Princípios na Tutela Jurídico-Urbanística

3.1

A Institucionalização do Direito Urbanístico

No plano nacional, o debate da Reforma Urbana, iniciado em 1989, foi o que, principalmente, possibilitou a institucionalização do direito urbanístico.

Entretanto, antes disso, a partir dos anos 30, a legislação urbanística começa a ser aprovada no Brasil, e o paradigma para sua aprovação fora, desde então, o princípio da função social da propriedade, estabelecido pela Constituição Federal de 1934, o qual, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 nunca foi hegemônico em face dos preceitos do Código Civil, não tendo tido, até então, sua noção adequadamente definida.¹⁻²

¹ Os textos das Constituições da República que antecederam a de 1988 e que mencionaram a função social da propriedade encontram-se assim redigidos: **1934, art. 113, n. 17**: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”; **1937, art. 122, n. 14**: é assegurado “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”; **1946, art. 141, §16**: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”, e **art. 147**: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”; **1967, art. 150, § 22**: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, parágrafo 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”, e **art. 157, III**: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) função social da propriedade; (...)”.

Isso quer dizer que, o conjunto de leis urbanísticas promulgado privilegiava a noção ilimitada da propriedade privada, o que ainda é bastante presente e difundido em nossa sociedade, tendo em vista que a maioria das decisões judiciais ainda cultivam a ideologia presente no Código Civil de 1916 acerca dos direitos de propriedade.

A falta de um tratamento constitucional adequado acerca do Direito Urbanístico antes da Constituição Federal de 1988 chegou a criar, até mesmo, problemas quanto à competência legislativa sobre o desenvolvimento urbano, assim como interpretações judiciais conflitantes.³

A legislação dos anos 30 demonstra que, na época, a principal preocupação do governo federal era garantir a modernização do aparato jurídico-institucional vigente, com o objetivo de preparar as cidades para receber o fluxo de imigrantes necessários para a consolidação do novo modelo econômico.

Assim, até 1963, conforme afirma Edésio Fernandes, as várias leis e decisões judiciais relacionadas com o desenvolvimento urbano procuram construir gradualmente uma ordem jurídica sistemática e promover um avanço no campo do controle público do solo urbano, assim como para definir uma nova concepção do direito de propriedade privada.⁴

Merecem destaque nesse período, as seguintes leis: Decreto-lei nº. 25/1937, que rege a proteção jurídica do patrimônio histórico-cultural; o Decreto-lei nº. 58/1937, que estabeleceu regras para o loteamento da terra urbana; o Decreto-lei nº. 3.665/1941, que permitiu a desapropriação de terrenos por razões de “utilidade pública”; e a Lei Federal nº. 4.132/1962, que permitiu a desapropriação de terrenos por razões de interesse social.

Porém, não se deve esquecer que todas as espécies normativas promulgadas estavam convivendo com a vigência do Código Civil de 1916, cuja noção de propriedade privada era essencialmente liberal e determinava a organização político-social do país.

² “O direito urbanístico é o reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das idéias da ciência do urbanismo (como a de plano urbanístico, consagrada a partir da década de 30)”. In SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 48.

³ FERNANDES, Edésio. *Direito e Urbanização no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*, 1998.

⁴ FERNANDES, Edésio. *Direito e Urbanização no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*, 1998.

É o que se pode depreender do artigo 524, do Código Civil de 1916, que previa: “A lei garante ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e recuperá-los do poder de quem quer que os possua injustamente”. As únicas limitações que podiam ser alegadas se referiam ao direito de vizinhança e, também, limitações do direito administrativo.

Assim, mesmo todas as Constituições Federais que seguiram a de 1934 trazendo o princípio da função social da propriedade, ainda prevalecia o entendimento individualista proveniente do Código Civil, tendo em vista que o princípio constitucional carecia de conteúdo consistente e a formação conservadora e positivista dos juristas da época os impedia de interpretar a norma constitucional de maneira ampla, atendendo aos interesses sociais emergentes.

Além disso, a legislação que adveio após o Golpe Militar de 1964 era demasiadamente conservadora e impedia ainda mais qualquer movimento reformista sobre o direito de propriedade.

Somente em 1979, com a promulgação da Lei Federal nº. 6.766, que versa sobre o parcelamento do solo urbano, aumentaram as tentativas de modificar a concepção tradicional até então difundida.

A partir daí, os diplomas legais que surgiram tentavam reforçar o conceito de função social da propriedade. Não é, portanto, coincidência o fato de ter sido a década de 80 o momento que deflagrou a luta pela reforma urbana.

Esse processo de mudança culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, definitivamente, enfrentou o problema da ausência de conteúdo do princípio da função social da propriedade. Além disso, a nova Constituição trouxe um capítulo todo dedicado à Política Urbana; facilitou o tratamento da questão urbana ao permitir que os poderes públicos locais promulgassem leis sobre o uso e desenvolvimento do solo urbano; trouxe a “função social da cidade” como princípio a fim de garantir o bem-estar dos seus habitantes; criou o direito de usucapião nas áreas urbanas de até 250m² depois de 5 anos de posse ininterrupta; e previu a obrigatoriedade da promulgação do Plano Diretor nas cidades com mais de 20.000 habitantes a fim de promover o desenvolvimento urbano. E foi aí que deu conteúdo à função social da

propriedade ao prever que ela somente ocorrerá se obedecer as normas de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor.⁵

Assim, quanto melhor for o Plano Diretor, melhor será realizada a função social da propriedade urbana e melhor atendido será o interesse social.

Papel importante, portanto, hoje, é o do Poder Público Municipal, que está apto a editar leis urbanísticas e está também mais perto da população, podendo, portanto, suprir as carências que possuem nas cidades.

A Constituição Federal é, dessa forma, um inquestionável marco no desenvolvimento da questão urbanística no Brasil. Com ela, o direito à cidade, assim como o direito à moradia, entre outros, tornaram-se direitos difusos, aumentando a sua proteção e garantia, inclusive no acesso ao Judiciário, representando, portanto, uma reafirmação da cidadania daqueles que estavam excluídos do processo de urbanização e que, agora, podem e devem participar mais ativamente e democraticamente das políticas públicas.⁶

Mas foi apenas recentemente, com a promulgação do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil que, em termos legislativos, consagrou-se a importância do Direito Urbanístico para o ordenamento jurídico brasileiro a medida que se institucionalizaram a função social do direito de propriedade e diversos outros instrumentos de realização da política urbana.

Em relação ao Direito Urbanístico como disciplina jurídica, sua autonomia demorou a ser reconhecida. Isso porque somente na Constituição Federal de 1988 é que se deu destaque à disciplina ao prever-se a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a matéria. A destinação de um capítulo específico à política urbana na Constituição de 1988 só vem a confirmar a relevância que o direito urbanístico ganhou na nova ordem constitucional.⁷

⁵ “O direito urbanístico surge, então, como o *direito da política de desenvolvimento urbano*, em três sentidos: a) como conjunto das normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana (exemplo: normas constitucionais); b) como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (os planos urbanísticos, por exemplo); c) como conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (o próprio Estatuto da Cidade, entre outros)”. In SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 49.

⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Gestão de Riscos Ambientais: Licenciamento e outros Instrumentos. São Paulo, junho de 2005. Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado A Paisagem Urbana como patrimônio ,PROURB/UF RJ, Rio de Janeiro. 2004.

⁷ DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico – 2*, 1991.

Conforme se pode concluir, a existência de inúmeras leis tratando das questões urbanas torna a análise da legislação urbanística brasileira bastante árdua. As leis são esparsas, temporárias e com alterações sucessivas, impedindo uma análise sistemática e coerente. Assim, é necessário o desenvolvimento de um estudo amplo e profundo que não pode limitar-se à interpretação literal do texto legal.⁸

Na aplicação da legislação urbanística brasileira aos casos concretos é necessário vislumbrar, a todo momento, a aplicação de seus princípios básicos de interpretação, pois além de facilitar o trabalho com o arsenal legislativo disponível, contribui para a manutenção de um equilíbrio no tratamento das questões urbanas, assegurando a equidade entre os habitantes da cidade.

Nesse sentido é que a legislação urbanística interpretada à luz de princípios é indispensável para a realização do direito à moradia, uma vez que assegura a materialização da justiça social.

No direito francês, por outro lado, há uma tradição normativa no campo do direito urbanístico. Podemos tomar como exemplo o período da Revolução Francesa, pois em 1791 e 1807 encontramos as leis sobre o processo de planejamento das vias públicas. Já o Código de Urbanismo e de Habitação francês data de 1954 (Decreto de 26 de julho), sendo que na década de 70 os Códigos de Urbanismo e de Habitação foram separados.⁹

Finalmente, então, o direito urbanístico pode ser definido, conforme Ricardo Pereira Lira, como “um conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da cidade, sobre a ocupação do espaço urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer”.¹⁰

Assim, dois princípios básicos, segundo ele, estariam embasando o direito urbanístico contemporâneo: o princípio de que a propriedade não é sempre a mesma, uniforme e inalterável; e a consciência de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, a configuração e a magnitude de uma cidade não podem ser realizações privadas.

⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Relatório de Pesquisa para o CNPq*. Rio de Janeiro, 2005.

⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Relatório de Pesquisa para o CNPq*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁰ LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

E considerando o Direito Urbanístico como produto das transformações sociais que vêm ocorrendo nos últimos tempos, José Afonso da Silva divide-o em dois aspectos: o objetivo, composto pelo conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística; e o do Direito Urbanístico como ciência, que busca “o conhecimento sistematizado daquelas normas e princípios reguladores da atividade urbanística”.¹¹

O fato é que atualmente o Direito Urbanístico não é mais um direito relativamente modesto, que trata apenas da ocupação e do uso do solo urbano. O seu campo tem crescido de forma rápida e abrangente, fazendo com que venha a reger a cidade em sua totalidade, incluindo diversas formas de problemas que nela se materializam e que até então não tinham sido apreendidos no campo jurídico, como as questões que envolvem a paisagem urbana e a sustentabilidade urbano-ambiental. É preciso, portanto, consoante Sylvain Pérignon, adotar uma “concepção maximalista do Direito Urbanístico”.¹²

3.2 Identificação de obstáculos e possibilidades na tutela jurídico-urbanística do direito à cidade

No campo jurídico, várias são as possibilidades e os obstáculos a serem observados na interpretação da norma urbanística. A sua identificação visando à política de regularização fundiária e realização do direito social à moradia digna reconhece a complexidade da questão e busca alternativas no sentido da superação dos conflitos.¹³

Entre as possibilidades, pode-se chamar a atenção para a ampliação do alcance do direito instituído, reconhecendo assim, direitos já consagrados nas práticas sociais instituintes, bem como para a ampliação do alcance de direitos que, embora há muito tempo reconhecidos na legislação, somente recentemente passaram a alcançar eficácia social.¹⁴

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 20 a 22.

¹² PÉRIGNON, Sylvain. *Le Nouvel Ordre Urbanistique. Urbanisme, Propriété, Libertés*, 2004.

¹³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

Nesse sentido, destaca-se a institucionalização do direito urbanístico que, conforme destacado no item anterior, se fez lenta e gradativamente, mas alcançou grande amadurecimento nas previsões do Estatuto da Cidade.¹⁵

Além disso, destaca-se a importância do acesso à Justiça, que através da assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, possibilitou a um maior número de cidadãos a busca pelo reconhecimento de seus direitos,¹⁶ bem como a relevância da atuação do Poder Judiciário na decisão de conflitos que envolvem a matéria, criando precedentes para uma nova interpretação e solução que privilegie o direito social à moradia constitucionalmente assegurado, e o direito à cidade consoante sua previsão constitucional e legal contida no Estatuto da Cidade.

E ainda em relação às demandas, é conveniente ressaltar que o caráter metaindividual do direito à moradia, bem como do direito à cidade, tem contribuído para tornar os conflitos judicializados mais articulados entre si, possibilitando alcance amplo das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Também contribui para a tutela do direito à cidade a constitucionalização do Direito Civil, que tem dado um contorno de caráter público a institutos até então considerados estritamente privados.¹⁷

Por fim, não se pode esquecer do reconhecimento dos princípios da função social do direito de propriedade e da função social da cidade, que aumentaram as possibilidades de tutela da moradia e da cidade, permitindo tratamento equitativo entre os proprietários e os não-proprietários e entre o meio ambiente e os moradores.

Constituem obstáculos na tutela, primeiramente, os problemas ligados ao espaço-tempo, pois vivemos um momento de transição, em que os paradigmas vigentes ainda são decorrentes do conhecimento produzido na Modernidade e os conflitos contemporâneos revelam-se mais complexos, plurais e intersubjetivos,

¹⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

demandando um tratamento diferenciado que é incompatível com os antigos paradigmas.¹⁸

Também se destacam os problemas para aplicação da legislação da regularização do solo e da legislação ambiental, tanto nas esferas federal, estadual e municipal,¹⁹ pois as inúmeras leis existentes acerca do tema dificultam a sua interpretação literal e sistemática, sendo necessário buscar elementos extra-legais para solucionar os conflitos.

Os problemas da titularidade do imóvel e questões relativas à competência e a falta de reconhecimento do direito à cidade e do direito à moradia como direitos humanos, fundamentais e difusos por parte do Poder Público e do Poder Judiciário²⁰, também constituem fatores impeditivos da tutela plena do direito à cidade, o que poderá ser observado quando se analisar a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo.

Quanto à interpretação, destacam-se obstáculos metodológicos, uma vez que as possibilidades para a flexibilização da norma em face das práticas sociais instituintes exigem a tradução dos discursos e categorias analíticas.²¹

“A realização da eficácia da norma jurídica passa, portanto, necessariamente, pelo campo da interpretação, ou seja, da capacidade do intérprete para produzir novos sentidos para a norma. Convém lembrar que esse inigualável processo de redefinição do sentido da norma não é infinito, posto que sempre estará adstrito às fronteiras do ordenamento, por certo móveis, mas sem dúvida diretamente submetidas às tensões resultantes do jogo contínuo entre as práticas sociais instituintes e o espaço dos possíveis²² do campo jurídico”.²³

A eficácia social da norma responde pela necessária aplicabilidade da norma jurídica pelos indivíduos destinatários da mesma e, também, pela sua

¹⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²¹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²² BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, 2005.

²³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

capacidade de garantir os direitos da coletividade como um todo, portanto, em estreita articulação com a tutela do direito à cidade.²⁴

3.3

Princípios de Interpretação normativa

Diante desse quadro em que obstáculos e possibilidades para a tutela do direito à moradia se equilibram, é necessário encontrar elementos que contribuam para a solução das demandas sociais que surgem no cotidiano da cidade.

Se o aparato legislativo não se tem mostrado suficiente, porque vasto, muitas vezes contraditório e incoerente, é necessário buscar pontos de convergência para garantir a isonomia de tratamento entre os cidadãos que demandam do Estado uma prestação e uma solução.

Esses pontos de convergência serão, portanto, os princípios de interpretação. Sob a sua égide, pretende-se encontrar o verdadeiro significado expresso pela infinidade de normas disponíveis no ordenamento, mas que por si só, não têm mais um significado decisivo para a resolução dos conflitos reais.²⁵

A discussão acerca dos princípios gerais de direito passa por todos os momentos da história do Direito no mundo. Tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo e pós-positivismo discutiram a influência dos princípios no Direito, tendo cada um tomado uma posição diversa a respeito. O fato é que na contemporaneidade os princípios gerais de direito adquiriram inegável importância. Eles estão nos textos constitucionais e formam a base de todo o ordenamento, sendo verdadeiros guias.

Os princípios gerais de direito têm como primeira função assegurar a continuidade e a estabilidade da ordem jurídica. Mas essa continuidade é uma continuidade flexível, que tolera as modificações e mesmo as exceções, uma continuidade que acolhe a mudança, fornecendo-lhe ao mesmo tempo a estabilidade do seu quadro jurídico, sendo progressiva e relativa, a medida que se modifica de acordo com as necessidades sociais.

Para Reale, princípios gerais de direito são

²⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

²⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

“enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de atualização prática”.²⁶

Além disso, ele destaca que os princípios gerais de direito podem ser utilizados concomitantemente com a analogia e os costumes para resolver lacunas, sendo que eles não se resumem à função de apenas atuar no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta um apego a uma concepção legalista do Direito.²⁷

Assim, os princípios são considerados as vigas mestras de todo o sistema jurídico, sendo à sua luz que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente, à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao juiz decidir.

Paulo Bonavides acentua a importância da investigação dos princípios para compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo, afirmando que, os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo, pois são, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.²⁸

Humberto Ávila, após estudar e expor as perspectivas de diversos autores sobre princípios, dentre eles, Dworkin e Alexy, elabora sua teoria dos princípios. Após refutar cada um dos conceitos elaborados por estes e outros autores, em seguida dá a sua definição, dispondo que

“os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção”.²⁹

Enfim, o que se pode concluir de todo o exposto, é que, muito embora alguns teóricos tenham, ao longo da história, divergido acerca da definição dos

²⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 306 e 307.

²⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 306 e 307.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 259.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 70.

princípios, todos passaram a concordar, no pós-positivismo, com a sua característica de normatividade. Além disso, nenhum deles mais nega a importância dos princípios nos ordenamentos jurídicos dos países, os quais absorveram os princípios nas Constituições, deixando de concebê-los como proposições meramente abstratas e separadas totalmente do direito positivo.

Atualmente, é característica determinante do Estado Democrático de Direito a submissão de suas leis à Constituição Federal. Portanto, mesmo os diplomas legais considerados pertencentes ao Direito Privado devem observar as disposições constitucionais, uma vez que a afirmação de que o público e o privado são setores totalmente incomunicáveis no Direito já não conta com muita força. Assim, as normas trazidas nos Códigos e nas leis especiais devem ser elaboradas em observância às previsões constitucionais, sob pena de serem declarada sua inconstitucionalidade e conseqüente ineficácia.

E, conforme visto, dentre as disposições constitucionais encontram-se, conferindo unidade ao sistema jurídico, os princípios. Eles representam verdadeiros pilares do ordenamento, sendo, segundo Ronald Dworkin, razões para decidir, possuindo uma dimensão de peso ou importância.³⁰⁻³¹

Canaris, em 1989, já definia a importância dos princípios para dar coerência ao sistema na Ciência do Direito. Segundo ele, princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si, não têm pretensão de exclusividade, ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, e, finalmente, necessitam, para a sua

³⁰ DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos à Sério*, p. 40 e 42.

³¹ Sobre a discussão acerca da definição de princípios ver, entre outros: ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003; CALSAMIGLIA, A, *Ensaio sobre Dworkin*, In DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Editorial Ariel, 1984; DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999 e *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000; HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; IKAWA, Daniela R., *Hart, Dworkin e discricionariedade*, In Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Número 61, São Paulo, 2004; MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Os Princípios Gerais de Direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*, In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Vol. XII, Direitos Fundamentais, Coordenador: Gustavo Binenbojm, Ed. Lúmen Júris, 2003; SILVA, Virgílio Afonso da, *Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma distinção*, In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, p. 607 a 630; GALUPPO, Marcelo Campos, *Os Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre modo de sua aplicação*, Brasília a. 36 n. 143 jul/set. 1999; e ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 e *Derecho y razón practica*, México: Fontamara, 1993.

realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com o conteúdo material próprio.³²

No plano do direito pátrio, destacamos o conceito de José Afonso da Silva, para quem os princípios são verdadeiros mandamentos nucleares de um sistema.³³

Assim, os princípios vêm, gradativamente, transpondo as fronteiras do texto constitucional e alcançando previsão na legislação infraconstitucional.³⁴

Tanto a Constituição quanto os enunciados infraconstitucionais, estejam estes inseridos em Códigos ou Legislações especiais, trazem no seu texto o tratamento das mais variadas matérias e, muitas vezes, regulam o mesmo instituto simultaneamente. Isso faz com que, atualmente, os institutos dos mais diversos ramos do Direito devam ser compreendidos mediante uma análise do ordenamento jurídico como um todo, não mais se limitando exclusivamente ao diploma legal de que emanam, a fim de alcançarem uma melhor efetivação, coerente com as determinações do sistema e com as orientações dos princípios constitucionais.

O estatuto epistemológico, ou seja, a carta de identidade do Direito Urbanístico brasileiro, por sua vez, “está fundamentado em princípios que reconhecem a complexidade e a imprevisibilidade dos conflitos urbanísticos na sociedade contemporânea”, sendo que sua compreensão contribui para a superação de alguns obstáculos à eficácia social da normativa urbanística brasileira, na perspectiva da tutela do direito à cidade.³⁵

No direito francês, também encontramos grande relevância dos princípios no campo da interpretação jurídica. Dentre os princípios de maior relevância no direito urbanístico francês destaca-se o princípio da função social da cidade, o equilíbrio e gestão econômica do solo, a descentralização da planificação urbana e a tutela pública e participação.³⁶

³² CANARIS, Claus, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 1989.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 95.

³⁴ Como exemplo destaca-se, por exemplo, a presença do princípio da função social do direito de propriedade no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Cidade.

³⁵ CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística. Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

³⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Relatório de Pesquisa para o CNPq*. Rio de Janeiro, 2005.

3.4

A identificação dos princípios de interpretação normativa no Direito Urbanístico Brasileiro

3.4.1

Princípio da Eqüidade

Princípio atrelado ao princípio da isonomia e a partir do qual derivam outros dois: 1) afetação das mais-valias do custo da urbanização e 2) justa distribuição dos benefícios e encargos decorrentes da atuação urbanística.

O primeiro desdobramento do princípio objetiva atribuir ao cidadão somente a responsabilidade pelo custeio do benefício que ele obteve com a realização da urbanificação. Pode-se aqui fazer uma analogia com o “princípio do benefício”, decorrente do princípio da igualdade perante a tributação, exposto por José Afonso da Silva. Segundo este princípio, “a carga dos impostos deve ser distribuída entre os indivíduos de acordo com os benefícios que desfrutam da atividade governamental”.³⁷

A eqüidade também está presente no segundo princípio dela derivado uma vez que ele se relaciona com a justiça distributiva. Isso porque o princípio traz implícito em seu conteúdo que a atuação urbanística deve atingir a todos os cidadãos de maneira eqüitativa, tanto em relação aos benefícios auferidos quanto aos ônus decorrentes da prestação estatal.

Trata-se de uma igualdade em matéria social, quando se refere ao amplo alcance dos benefícios da atuação do Estado, e em matéria fiscal, ao atribuir os encargos a todos aqueles que desfrutaram das vantagens obtidas.

3.4.2

Princípio da Função Social da Posse e da Propriedade Pública e Privada

O regime jurídico da propriedade está fundamentado na Constituição, que garante o exercício do direito de propriedade, seja pública ou privada, desde que atendida sua função social.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 224.

Desde logo é possível depreender que a propriedade não pode mais ser considerada como um direito individual nem como mera instituição do Direito Privado. Isso porque a concepção clássica do direito de propriedade trazia a idéia de um direito abstrato de caráter perpétuo, que era usufruído independentemente do exercício desse direito, quer dizer, não se perdia pelo não-uso.

E tal fato é de crucial importância porque, muito embora o direito de propriedade encontre-se disposto dentre os direitos individuais, ele não poderá mais ser considerado um puro direito individual, uma vez que, a inserção do princípio da função social da propriedade dentre as garantias fundamentais relativizou o seu conceito original.³⁸

No Direito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 inovou e representou passo importante na determinação do princípio da função social do direito de propriedade porque lhe conferiu conteúdo. Ademais, fora a primeira Constituição a dedicar um capítulo exclusivo à política urbana, incluindo a função social dentre os direitos fundamentais (art. 5º, CF/88), os princípios da atividade econômica (art. 170, CF/88), e as finalidades da política urbana e rural (arts. 182 a 191, CF/88).

Em relação à função social do direito de propriedade urbana, a Constituição dispôs que ela será cumprida quando “atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, §2º, CF/88)³⁹, e relativamente à função social do direito de propriedade rural dispôs que será cumprida quando atender, “simultaneamente, segundo critério e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho,

³⁸ A respeito podemos destacar o pronunciamento dos civilistas: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*, 2002: “Esse exagerado individualismo perde força no século XIX com a revolução e o desenvolvimento industrial e com as doutrinas socializantes (...) Passa a ser buscado um sentido social na propriedade”; e RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. p. 84: “Talvez se possa dizer que a evolução histórica do direito de propriedade se manifesta, em linhas gerais, no sentido de uma incessante redução dos direitos do proprietário. (...) O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados limites, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito, porque os direitos são concedidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade”.

³⁹ Ver a respeito o seguinte acórdão: TJSP, Apel. Cível 148.409-1, Ubatuba, ementa 34663, julg. em 03.09.91. Nesta decisão o Tribunal considerou que infração ao Plano Diretor do Município, que condiciona o uso do solo e sua função social, pode obstar a construção de prédio em área não permitida, caracterizando restrição ao direito real de propriedade.

e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (art. 186, CF/88)⁴⁰.

Anderson Schreiber reforça o sentido da função social ao afirmar que ela deve ser informada também por valores existenciais e interesses sociais relevantes, ainda que estranhos à literalidade dos artigos 182 e 186, da Constituição Federal. Como exemplo ele menciona as normas municipais de caráter urbanístico, que embora não destacadas pela disposição constitucional devem ser observadas pelo proprietário a fim de realizar a função social de seu direito de propriedade.^{41 - 42}

Contudo, não se pode negar que as previsões constitucionais foram de suma importância, pois se presencia um momento em que as demandas sociais são crescentes e a preocupação com o coletivo tem prevalecido, uma vez que a realização da dignidade humana de cada um de nós depende da atuação cooperativa de todos.

Assim, a função social do direito de propriedade representa para a sociedade também um dever de respeito para com o meio ambiente (art. 225, Constituição Federal), o direito à moradia (art. 6º, Constituição Federal), o direito ao trabalho (artigos 6º e 7º, Constituição Federal), o direito à cidade (artigo 182, Constituição Federal)⁴³ e o próprio direito à vida digna (artigo 1º, III, Constituição Federal).

⁴⁰ Ver a respeito os seguintes acórdãos: TJSP, Apel. Cível 194.578-1, Araraquara, ementa 28751, julg. em 10.11.1993. Nesta decisão o Tribunal considerou que o plantio consoante as condições financeiras do pequeno proprietário, protegido constitucionalmente, atende ao princípio da função social da propriedade. TJSP, Apel. Cível 199.066-5, Jaboticabal, ementa 262330, julg. em 03.12.02. Nesta decisão o Tribunal determinou a demarcação de 20% da propriedade rural para reflorestamento, pois a defesa do meio ambiente emerge da função social da propriedade prevista na Constituição Federal e não fere o direito de propriedade.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Função Social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 159 a 182.

⁴² Sobre esse entendimento vale destacar as seguintes decisões: TJSP, Apel. Cível 74.557-5, 2ª Câmara de Direito Público, julg. em 1.12.98. Segundo este acórdão o direito de construir ou edificar está condicionado pelas normas urbanísticas, em especial pelo princípio da função social da propriedade. Além disso, as restrições urbanísticas convencionais impostas pelo loteador prevalecem sobre as leis urbanísticas em virtude do artigo 39 da Lei 8001/73. STF, Rec. Extr. 178.836/SP, julg. em 08.06.99, publ. no DJ de 20.08.99 e STF, Rec. Extr. 140.436/SP, julg. em 25.05.99, publ. no DJ de 06.08.99. Em ambos os julgados, o Supremo entendeu que o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Lei municipal que não permite ao recorrente construir prédio em determinado local e é anterior à construção deve ser por ele observada.

⁴³ “A função social do direito de propriedade obriga o proprietário a condicionar o seu direito às funções sociais da cidade, devendo, portanto, este titular sofrer as sanções legais pelo não-cumprimento dessa obrigação”.CAVALLAZZI, Rosângela e outros. *Tutela jurídico-urbanística.Plano de Diretrizes. Consultoria para a Fiocruz Setor 1 - Campus Jacarepaguá*. Rio de Janeiro, 2005.

O propósito de conceituar o princípio da função social do direito de propriedade como atualmente é concebido no ordenamento jurídico brasileiro não pode desprezar o fato de que, ao longo do último século, o direito de propriedade passou por uma reavaliação que, pautada no princípio da solidariedade, atribuiu-lhe conteúdo de caráter público.

Segundo Léon Duguit, “na nova concepção de liberdade, o indivíduo deve exercê-la com o fim de cooperar para a solidariedade social, que é a lei fundamental de todas as sociedades modernas”.⁴⁴

Atualmente a função social é considerada atributo do direito de propriedade, exteriorizando-se também com imposições ao proprietário de obrigações de fazer. Trata-se do dever de agir em prol do coletivo, de dar destinação eficiente ao bem.

Segundo Perlingieri,

“A função social passa a ser mais que o respeito a limites negativos, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e atividades do titular”.⁴⁵

Conclui-se, portanto, que não é a propriedade que possui uma função social, mas sim o direito de propriedade.

O princípio da função social do direito de propriedade é multifacetado, pois contribui para a realização dos mais diversos valores presentes no ordenamento jurídico, dentre eles: a moradia, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o trabalho, a vida, a dignidade da pessoa humana e a segurança da posse.

Em relação à proteção da posse, o princípio da função social do direito de propriedade permitiu que fossem ampliadas as hipóteses de usucapião, bem como fez com que os prazos para obtenção das terras fosse diminuído em algumas hipóteses⁴⁶. Além disso, contribuiu para formação de um novo conceito análogo a ele, o de função social da posse.⁴⁷

⁴⁴ DUGUIT, Léon. *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 21.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-Constitucional*, p. 41-42 e 226.

⁴⁶ Ver artigos 183 e 191, Constituição Federal; artigos 1228, §4º; 1238 a 1244, do Novo Código Civil e artigos 9º a 14, da Lei 10.257/01.

⁴⁷ Sobre a função social da posse: ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse: e a sua consequência frente a situação proprietária*, 2001.

3.4.3

Princípio da proteção do meio ambiente

A definição de desenvolvimento sustentável, que data do Relatório Brundtland de 1987, “desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”⁴⁸, foi consideravelmente ampliada com a concepção da Agenda 21 Brasileira, ao adotar as dimensões ecológica, ambiental, social, política, econômica, demográfica, cultural, institucional e espacial. Parece certo que a dimensão temporal, considerando as necessidades futuras, sempre esteve presente, fato que denota não apenas o espírito solidário da concepção, mas, principalmente, a consciência de uma concepção dialética da história.⁴⁹

A Cidade sustentável, nessa perspectiva, significa a concreção da justiça distributiva, o equilíbrio das relações, de todos os atores sociais. Implica em desenvolvimento econômico compatível com a preservação ambiental e a qualidade de vida dos habitantes, em uma palavra, fala-se de equidade.⁵⁰

Assim, tomar a proteção ambiental como princípio significa realizar as atividades necessárias para a vida humana avaliando antecipadamente quais os efeitos que elas poderão causar ao meio ambiente.

Além disso, atenta-se para a preservação ambiental como um todo, tutelando-se o meio ambiente natural, construído e cultural simultaneamente, apreendendo-se a concepção de que proteger o meio ambiente equivale a resguardar a própria vida humana.

3.4.4

Princípio da gestão democrática da cidade

As cidades contemporâneas, lugar de múltipla e complexa significação, exigem para a compreensão de seus conflitos e a tutela de suas demandas uma

⁴⁸ MOUSINHO, Patrícia. *Glossário*. In TRIGUEIRO, André (coord.). *Meio Ambiente no Século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental em suas áreas de conhecimento*, p. 348.

⁴⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

⁵⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

interpretação autêntica, ou seja, dos seus autores. Os autores são os cidadãos, portanto, gestão participativa significa, antes de tudo, reconhecer o lugar da democracia. Significa democracia participativa, novo paradigma constitucional para as políticas públicas⁵¹, ou seja, concreção da cidadania.

Além disso, permitir a participação dos mais variados segmentos sociais na condução da cidade em que vivem significa possibilitar a realização dos princípios republicanos que embasam a Constituição Federal. De acordo com a interpretação do Prof. Ricardo Pereira Lira, é reconhecer

“a cidadania de toda a comunidade, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.⁵²

3.4.5 Princípio da supremacia do interesse público e do espaço público

A cidade constitui um bem social, espaço público de significação e mediação, historicamente construída que impõe ao proprietário do solo o dever de exercer o seu direito em benefício da sociedade.⁵³

A realização da função social da cidade está na razão direta da concreção do conceito de espaço público como elemento mediador na desejada relação de equilíbrio entre o meio ambiente natural e o construído.⁵⁴

O espaço público deve constituir o lugar privilegiado da pluralidade social, a referência autêntica da forma urbana para os novos traçados, para a definição dos parâmetros urbanísticos.⁵⁵

Nesse sentido, a supremacia do interesse público constitui princípio inerente a qualquer sociedade, especialmente quando se trata da atuação do

⁵¹ FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*, 2003.

⁵² LIRA, Ricardo Pereira. Palestra proferida na XIX Conferência Nacional dos Advogados realizada em Florianópolis, Santa Catarina, em setembro de 2005.

⁵³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

⁵⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

⁵⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005

Estado em benefício da sociedade que gerencia. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui “um pressuposto lógico do convívio social”.⁵⁶

3.4.6

Princípio da Precaução

No contexto contemporâneo de conflitos imprevisíveis, de uma sociedade em que a maioria é constituída por vulneráveis e hipossuficientes, com o segmento da pobreza cada vez mais ampliado e segregado, coloca-se de forma relevante a questão e o debate sobre o princípio da precaução.

De acordo com ele põe-se em questão os graus de risco que uma sociedade pode admitir sem conhecer a natureza exata desse mesmo risco. “A precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou do perigo”.⁵⁷

São características do princípio da precaução: a incerteza do dano; a tipologia do risco ou ameaça; a obrigatoriedade do controle do risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; e o custo das medidas de prevenção.⁵⁸

A perspectiva de gestão a longo termo, em especial a gestão das cidades, exige a adoção de um meio de repensar a lógica dominante. O princípio da precaução “visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”.⁵⁹

E, sendo a cidade, o meio ambiente construído artificialmente, o princípio da precaução aplica-se integralmente à ela.⁶⁰

Internacionalmente, a precaução já é uma obrigação necessária dos atores que salvagam a humanidade e o desenvolvimento.

O Princípio 15 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente o Desenvolvimento, reunida no Rio de Janeiro em 1992, já consagrara a precaução, dispondo:

⁵⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 45.

⁵⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 57.

⁵⁸ Mais detalhes sobre tais características podem ser obtidos em: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 64 a 66.

⁵⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 56.

⁶⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito a Cidades Sustentáveis no Âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Artificial*. In FERREIRA, Helene Sivini e LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: Tendências*, p. 271 a 292.

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.⁶¹

O Brasil é, ainda, signatário de duas convenções internacionais, ratificadas e promulgadas, que incorporaram o princípio da precaução: a Convenção da Diversidade Biológica⁶² e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima⁶³.

Assumir, assim, a precaução como princípio é reconhecê-la como valor social maior.⁶⁴

3.4.7

Princípio da Sustentabilidade das Cidades

A terminologia “desenvolvimento sustentável” surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada, em 1972, em Estocolmo e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete princípios.⁶⁵

⁶¹ In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 56, em que consta: Tradução não-oficial, conforme publicada como anexo, *apud* Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Meio Ambiente, Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, *Relatório da Delegação Brasileira*, 1992. Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG / Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais – IPRI, Coleção Relações Internacionais, n. 16.

⁶² Assinada no Rio de Janeiro em 05 de junho de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 2, de 3.2.1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 29 de maio de 1994. No Decreto 2.519/98, em seu Preâmbulo consta: “Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça ...” In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 59.

⁶³ Assinada em Nova York em 9 de maio de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 1, de 3.2.1994, passou a vigorar para o Brasil em 29 de maio de 1994. O Decreto 2.652/98 promulgou-a. O seu art. 3º prevê: “As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível”. In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 59.

⁶⁴ LARCENEUX, André e BOUTELET, Marguerite (direction). *Le Principe de précaution. Débats et enjeux*, 2005.

⁶⁵ Disponível em www.un.org. Acesso em 15 de junho de 2005.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNU-MA), o Fundo Mundial para a Natureza (WWF) e a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), por sua vez, elaboraram uma estratégia minuciosa para o futuro da vida sob o título: “Cuidando do planeta Terra” (Caring for the Earth 1991). Aí estabelecem nove princípios de sustentabilidade da Terra, em que projetam uma estratégia global fundada no cuidado.⁶⁶

Na Constituição Federal Brasileira, podemos dizer o que o desenvolvimento sustentável se encontra esculpido no artigo 225 quando se determina que o Poder Público deve preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, denotando que os recursos ambientais não são inesgotáveis, sendo inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato.

Leonardo Boff, comentando a respeito da mudança no tipo de desenvolvimento, assevera:

“Diz-se que o novo desenvolvimento deve ser sustentável. Ora, não existe desenvolvimento em si, mas sim uma sociedade que opta pelo desenvolvimento que quer e que precisa. Dever-se-ia falar de sociedade sustentável ou de um planeta sustentável como pré-condições indispensáveis para um desenvolvimento verdadeiramente integral.

Sustentável é a sociedade ou o planeta que produz o suficiente para si e para os seres dos ecossistemas onde ela se situa; que toma da natureza somente o que ela pode repor; que mostra um sentido de solidariedade generacional, ao preservar para as sociedades futuras os recursos naturais de que elas precisarão. Na prática, a sociedade deve mostrar-se capaz de assumir novos hábitos e de projetar um tipo de desenvolvimento que cultive o cuidado com os equilíbrios ecológicos e funcione dentro dos limites impostos pela natureza. Não significa voltar ao passado, mas oferecer um novo enfoque para o futuro comum. Não se trata simplesmente de não consumir, mas de consumir responsabilmente.”⁶⁷

A Declaração sobre o Direito dos Povos ao Desenvolvimento, de 18 de outubro de 1993, dispôs à Comissão dos Direitos Humanos da ONU:

⁶⁶ “1. Construir uma sociedade sustentável. 2. Respeitar e cuidar da comunidade dos seres vivos. 3. Melhorar a qualidade de vida humana. 4. Conservar a vitalidade e a diversidade do planeta Terra. 5. Permanecer nos limites da capacidade de suporte do planeta Terra. 6. Modificar atitudes e práticas pessoais. 7. Permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio-ambiente. 8. Gerar uma estrutura nacional para integrar desenvolvimento e conservação. 9. Construir uma aliança global.”

⁶⁷ BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar.*, p. 137.

“O desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante melhoramento do bem-estar de toda a população e de cada pessoa, na base de sua participação ativa, livre e significativa e na justa distribuição dos benefícios resultantes dele”.

O critério do desenvolvimento sustentável vale tanto para as áreas urbanas, quanto para as rurais; para a sociedade, para o povo, enfim, para todo o território nacional, respeitadas as características específicas de cada país.

De acordo com Luiz Roberto da Mata, quando se fala em desenvolvimento sustentável impõe-se “uma dupla relação de equidade: a) a equidade na distribuição dos frutos do desenvolvimento e b) equidade no uso dos recursos naturais pelas presentes gerações e na reserva de tais recursos para as futuras gerações”.⁶⁸

A cidade sustentável, por sua vez, é aquela que oferece, de forma equitativa, qualidade de vida aos seus habitantes, compreendendo, conforme disposição do Estatuto da Cidade, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos e ao trabalho e ao lazer.

Além disso, a cidade que oferece qualidade de vida é uma cidade “multisensorial”, que cria ambientes diversificados, confortáveis, atrativos, incluindo as comodidades necessárias para atender àqueles que sofrem de deficiências.⁶⁹

A sustentabilidade das cidades deve ser, assim, encarada como princípio para que possa nortear a ação do Poder Público e dos cidadãos em prol do bem coletivo e da realização plena da função social da cidade.

Segundo Henri Acselrad, a cidade sustentável atrai investimentos no contexto da competição global, oferecendo

“oportunidade para a legitimação de uma ecocacracia emergente, favorecida em particular pela criação de novas instâncias governativas e regulatórias voltadas para o tratamento da questão ambiental em geral e ambiental urbana, em particular”.⁷⁰

⁶⁸ MATA, Luiz Roberto da. *O Estatuto da Cidade à luz do direito ambiental*, p. 02.

⁶⁹ ASCHER, François. *Les Nouveaux Principes de L'urbanisme*, p. 95 e 96.

⁷⁰ ACSELRAD, Henri (org.). *A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*, 2001.

Dessa forma, conclui-se pela necessidade de uma sustentabilidade voltada para o global e, principalmente, para o local, onde se encontra o campo específico de realização dos direitos sociais.

4

Marcos normativos

A legislação disponível para aplicação em casos que envolvem o direito à cidade, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente é bastante extensa, fato que tem colaborado para acirrar as discussões acerca da hipótese de existência de conflito entre os referidos direitos.

E embora seja insuficiente compreender a questão por meio apenas das leis, não se deve afastar a sua importância, uma vez que a lei é uma das principais fontes do direito e encontra extrema relevância no estudo do Direito como ciência, pois diversos são os autores que adotam o positivismo jurídico na solução de demandas.

Além disso, é preciso compreender a normativa existente para que se possa adequadamente formular uma crítica a ela e utilizá-la dentro das suas possibilidades a fim de oferecer um equacionamento da questão que se analisa.

Dessa forma, apesar da abordagem não se restringir, neste trabalho, ao âmbito normativo, reconhece-se a necessidade de analisá-lo, no que se refere ao direito à cidade, moradia e meio ambiente para, a seguir, mediante a metodologia do diálogo das fontes¹, concluir acerca da melhor forma de interpretação e

¹ O método do “diálogo das fontes” vem sendo utilizado por Erick Jayme e Cláudia Lima Marques. Segundo aquele autor, a “pluralidade de matérias e de textos de lei faz surgir para o seu aplicador a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo” (In JAYME, Erick. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna*. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, 2003). Cláudia Lima Marques, por sua vez, define: “o diálogo das fontes é uma sistemática que permite a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes converge e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo”. (In MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. In Revista do Direito do Consumidor, 2003).

integração do sistema jurídico visando a realização do direito à cidade e da tutela do direito à moradia.

Não se pretende aqui esgotar toda a legislação em vigor que se refere ao tema proposto, mas tenta-se dar um panorama das normas federais, estaduais e municipais existentes. Também não se tem a pretensão de analisar todas as possibilidades de conflitos existentes entre as regras das leis analisadas, bem como não existe a pretensão de esgotar e levantar todas as hipóteses de aplicação ou não do método do diálogo das fontes. A proposta é demonstrar que o método é aplicável ao campo do Direito Urbanístico, conforme se verá a seguir, permitindo ampliar o alcance da tutela do direito à cidade em consonância com a abordagem interdisciplinar a que se propõe esta dissertação.

4.1

Marcos nacionais e internacionais

4.1.1

A Constituição Federal

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo o artigo 1º, III, da Constituição Federal, é a dignidade da pessoa humana, sendo um dos objetivos por ela buscados, de acordo com o inciso III, do artigo 3º, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

O direito à moradia constitui um dos aspectos da realização da dignidade da pessoa humana, sendo a sua materialização importante contribuição na redução das desigualdade sociais.

Nesse sentido, conforme já ressaltado no item que tratou do direito à moradia, antes mesmo de ser incluído no rol do artigo 6º da Constituição, dentre os direitos sociais, o que ocorreu somente com a EC 26/2000, o art. 5º, inciso XI já consagrava a casa como asilo inviolável do indivíduo, determinando também nos incisos XXII e XXIII que a garantia do direito de propriedade estava ligada à realização da sua função social, determinações que contribuem para a afirmação da tutela do direito à moradia.

O § 1º do art. 5º prevê, ainda, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, reforçando a afirmação já

feita anteriormente que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, bem como o direito à cidade, como direitos fundamentais, têm eficácia imediata, sendo que o § 2º do mesmo dispositivo constitucional afirma que também são adotados os direitos e garantias expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Dessa forma, conclui-se que as disposições expressas nos tratados de direitos humanos que tutelam a direito à moradia e o direito ao meio ambiente, e, em especial, o direito à cidade, podendo-se atentar aqui para a importância da Carta Mundial do Direito à Cidade, são incorporadas pela nossa Constituição e totalmente aplicáveis nos casos analisados à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, ainda que já se tenha afirmado repetidas vezes, nunca é excessivo lembrar da relevância do art. 6º, da Constituição, com redação determinada pela EC 26/00, considerando como sendo um dos direitos sociais, a moradia, o que aliás já vinha sendo adotado pela disposição constante do inciso IV do art. 7º, da Constituição, que inclui, dentre as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, a moradia.

A Constituição Federal também deve ser analisada sob a ótica de seus artigos 182 e 183, pois trazem, pela primeira vez, um capítulo especial sobre a Política Urbana, que visa o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

O Plano Diretor ganha destaque a partir da ordem constitucional de 1988, pois segundo o § 1º, do art. 182 ele é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e constitui-se em instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que o §2º do mesmo dispositivo ressalta que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

E segundo a Constituição, aquele que não der destinação a sua propriedade poderá estar sujeito a diversas sanções impostas pelo Poder Público, até mesmo a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Além disso, foi por determinação do artigo 182 que o Poder Legislativo obrigou-se a elaborar uma lei geral para ordenação da cidade, lei esta que veio a constituir o chamado Estatuto da Cidade.

O art. 183, da Constituição Federal, por sua vez, prevê uma hipótese de usucapião que tutela o direito à moradia, pois beneficia aquele que utiliza imóvel para sua moradia ou de sua família.

Na seqüência, o art. 225, da CF/88, prevê a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, internalizando o conceito de sustentabilidade ao prever o dever de preservação e defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

4.1.2

Código Civil de 2002

O novo Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406/2002, resultou do Projeto de lei n. 634/75, denotando, portanto, um grande período de tramitação no Congresso Nacional até sua total aprovação.

O novo Código está estruturado conforme os princípios da socialidade, da eticidade e da dignidade da pessoa humana. A prevalência no Código do princípio da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais sem perder de vista o valor fundante da pessoa humana, segundo Miguel Reale, demonstra que a atualização do direito das coisas no Novo Código Civil não era assunto opcional, mas sim imperatividade de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de função social do direito de propriedade.²

O artigo 1228³ do Código, ao tutelar o direito de propriedade, condiciona no seu parágrafo 1º o exercício do direito de propriedade a suas finalidades

² REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*, 1999.

³ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de

econômicas e sociais, preservando-se, dentre outros elementos, o equilíbrio ecológico.

O parágrafo 3º, do art. 1228, prevê hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social. Já o parágrafo 4º prevê hipótese de perda de propriedade, ocupada por considerável número de pessoas com posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, tendo realizado na área obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

É a proteção do direito à moradia de forma coletiva, muito bem vinda no direito brasileiro. Este dispositivo legal, no entanto, tem causado grandes discussões na doutrina acerca da sua natureza, dividindo as opiniões entre os doutrinadores. Caio Mário considera a regra inconstitucional⁴, pois a desapropriação é matéria constitucional e a norma do Código Civil prevê indenização sem determinar quem deverá pagá-la, deixando “tudo” nas mãos do juiz, o que se configura num extremado positivismo. Carlos Alberto Dabus Maluf, por sua vez, considera que os parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 violam o direito de propriedade, incentivando a invasão das glebas urbanas e, por isto, sendo inconstitucional⁵. Ricardo Pereira Lira, por sua vez, liderando uma terceira corrente, afirma que se trata de uma “desapropriação judicial”.⁶

Não é nosso intuito definir aqui um entendimento sobre a questão que envolve os parágrafos 4º e 5º, do artigo 1228, pois isso demanda o desenvolvimento de amplo estudo e pesquisa. Portanto, apenas apontamos as principais correntes e adotamos aquela que defende a hipótese de desapropriação, considerando que a redação do artigo 1228, §4º e 5º, ao impor o pagamento de indenização ao proprietário, acaba por assumir contornos mais próximos ao instituto da desapropriação em consonância com a tutela do direito à moradia.

Além disso, vale fazer uma ressalva à previsão do referido §4º, do artigo 1228, no que diz respeito à discricionariedade atribuída ao juiz para analisar se a situação da obra ou serviço realizado no local pode ser considerada de interesse

peças, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Crítica ao anteprojeto de Código Civil*. Revista Forense, p. 21.

⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Informativo INCIJUR, vol. 38, set./02, p. 12.

⁶ PEREIRA, Ricardo Lira. Comentários feitos na banca de mestrado de CARDOSO, Fernanda Lousada. *A Propriedade Privada urbana obriga? Conflitos entre o discurso doutrinário e a aplicação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Uerj, 2006.

social e econômico relevante, especialmente nos setores social e econômico. No §5º, do artigo 1228, ao estabelecer a indenização ao proprietário, melhor interpretação é no sentido da indenização de responsabilidade do Poder Público, pois não contraria a essência do princípio da função social da propriedade. Vejamos porque.

As ocupações coletivas geralmente são realizadas por famílias que não têm situação econômica privilegiada, pois se tivessem adquiririam de qualquer outra forma sua propriedade ou até mesmo procurariam alugar um imóvel, não tendo, portanto, condições financeiras de arcar com o pagamento de indenização ao proprietário. Assim, o condicionamento do registro ao pagamento compromete a efetividade do instituto. Ademais, o próprio registro tem suas custas, o que também contribui para inviabilizar o instrumento, uma vez que os possuidores podem não ter condições de efetivá-lo.

E se a desapropriação é decreta pelo juiz da causa, a indenização é devida pelo Poder Público, uma vez que o fim da medida é poupar os ocupantes da área do pagamento da indenização, por faltar-lhes condições financeiras.

Prosseguindo, dentre as hipóteses de usucapião, a prevista no artigo 1238⁷, parágrafo único, merece destaque por diminuir de 15 para 10 anos o prazo de posse a ser exercido pelo ocupante de imóvel, independente de justo título e boa-fé, desde que tenha estabelecido sua moradia habitual no imóvel.

O art. 1239⁸ prevê prazo de 5 anos de posse ininterrupta e sem oposição de área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, tendo nela sua moradia. Em relação à área urbana, a posse também deve ter sido exercida por 5 anos ininterruptamente, em área de até 250 m², desde que utilizada com fins de moradia.

⁷ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

⁸ Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

O parágrafo único do art. 1242⁹ prevê também que aquele que tiver justo título e boa-fé, tendo ocupado o imóvel por 5 anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-o para sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Ressalte-se que pela primeira vez o Código Civil adotou a palavra moradia e, conseqüentemente, tutelou o direito à moradia ao restringir os prazos da usucapião daqueles que utilizassem o imóvel para sua moradia ou de sua família. É um importante passo na concretização do direito à moradia, pois uma lei com olhos do direito privado e individual adota uma noção inerente ao direito público e social.

4.1.3

Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01

A Lei 10.257/01, autodenominada Estatuto da Cidade, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

O parágrafo único do artigo 1º do Estatuto da Cidade estabelece que as normas da lei visam atingir o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos bem como do equilíbrio ambiental.

Dentre as diretrizes do Estatuto, dispostas nos incisos do art. 2º, destaca-se a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; e a regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

⁹ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

A função social da propriedade também encontra espaço privilegiado na redação do Estatuto, pois o art. 39 reafirma que a propriedade urbana realiza a sua função social quando atende as normas de ordenação expressas no Plano Diretor e assegura aos cidadãos qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento de atividades econômicas. O art. 40, por sua vez, dispõe que o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Importante notar a modificação da Lei 7347/85, Lei da Ação Civil Pública, pela Lei 10.257/01, que passa a admitir a hipótese de ajuizamento da ação civil pública em caso de dano à ordem urbanística, admitindo-se, inclusive, ação cautelar.¹⁰

Tal observação é importante porque reafirma o fato do direito à cidade ser um direito difuso, podendo ser tutelado por meio da ação civil pública e demonstra que a falta de ações dessa espécie direcionadas à proteção da ordem urbanística constitui uma lacuna real dentre os conflitos judicializados, conforme se poderá observar da análise da jurisprudência.¹¹

4.1.4

Concessão de uso especial para fins de moradia - Medida Provisória 2.220/01

A Medida Provisória 2.220/01, que instituiu a concessão especial de uso para fins de moradia e criou o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, no seu art. 1º dispõe que: “Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde

¹⁰ Art. 53 e 54, Lei 10.257/01, que alteraram os artigos 1º, inciso III e 4º, da Lei 7347/85, que passaram a vigorar com a seguinte redação: Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [\(Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994\)](#) III – à ordem urbanística; [\(Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001\)](#): (...)

Art. 4º - Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO). [\(Redação dada pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001\)](#)

¹¹ Sobre a pesquisa jurisprudencial, ver Capítulo 4.

que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

Tal direito se estende, segundo o art. 3º, aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até 250m², da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana.

Importante ressaltar que no caso da ocupação estar localizada em área de risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público deverá garantir o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em outro local, segundo mandamento do art. 4º, da Medida Provisória. Isso enfatiza a obrigação do Poder Público realizar a concessão, ainda que em lugar diverso daquele em que a posse vinha sendo exercida.

Nesse sentido, o artigo 5º faculta ao Poder Público remover as pessoas que tenham irregularmente ocupado, entre outros, imóvel de uso comum do povo; destinado a projeto de urbanização; de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais. Nesse sentido, parece razoável entender que o verbo facultar concede à Administração a opção de regularizar ocupações em tais áreas.

Assim, poderia ser o caso da regularização das ocupações no Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, caso em que, conforme exposto no 1º Capítulo, alguns moradores estão na área há mais de 50 anos. E, embora se trate de área de preservação ambiental, na análise da situação, tendo em vista a vulnerabilidade daqueles que não têm onde morar, mister a tutela do direito à moradia.

Mesmo sabendo que a área já fora objeto de litígios desde 1987, a posse anterior a esse período, incontestada e até mesmo concedida pelo Poder Público, deve pesar para considerar e favorecer o direito à moradia e permanência dos moradores no local, já que ali muitas famílias vivem há gerações.

Por fim, é relevante destacar que o art. 7º, da MP 2220/2001 prevê que o direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, o que também se aplicaria aos moradores do Jardim Botânico, pois muitos são herdeiros dos antigos trabalhadores do Instituto.

4.1.5

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) merece aqui grande destaque devido ao fato de ser o primeiro a tratar especificamente dos direitos sociais. Assim, seu artigo 11 prescreve:

1º. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito a toda pessoa a um nível de vida suficiente para ela e sua família, compreendendo a alimentação, vestuário e **habitação** suficientes, assim como a uma melhoria constante das suas condições de existência. Os Estados –Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a realização deste direito e reconhecem para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (...) (grifos nossos)

Segundo o relatório Mundial para o Desenvolvimento Urbano (2000), editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),

“especificamente, no tocante ao direito a uma moradia adequada, um grupo de peritos das Nações Unidas definiu, em 1996, as prioridades de uma política estatal: além da construção de novas habitações, é preciso assegurar a permanência dos locatários e comodatários nos locais que já ocupam, impedir as discriminações e proibir os despejos coletivos”.¹²

Segundo Comparato, o Brasil ratificou este tratado pelo Decreto Legislativo nº 226, 12 de dezembro de 1991, e promulgou-o pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992.¹³

4.1.6

A Carta Mundial do Direito à Cidade

A Carta Mundial do Direito à Cidade constitui importante documento assinado no Fórum Social Mundial de Porto Alegre em 2005. Segundo sua redação, o direito à cidade é representado pelo usufruto equitativo da cidade, apreendendo-a como um direito coletivo. Além disso, a Carta Mundial do Direito

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 350.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 275.

à Cidade materializa a luta dos movimentos sociais pelo reconhecimento dos direitos dos habitantes da cidade, inserindo-a dentre as formas de realização dos demais direitos humanos já reconhecidos.

Esses direitos, conforme já destacado anteriormente¹⁴, constituem um feixe de direitos fundamentais para a materialização da dignidade da pessoa humana assim como concebido em nossa Carta Constitucional.

Segundo o art. IV da Carta Mundial, as cidades se comprometem à produção social do habitat e da habitação, obrigando, no art. V a adoção do princípio da função social da propriedade pública e privada para a realização dos interesses sociais, culturais e ambientais.

Além disso, o art. XII obriga o Poder Público a garantir o acesso equitativo de todos aos serviços públicos. Finalmente, o art. XIV aborda o direito à moradia, e no seu item 3 privilegia a adoção de programas que ofereçam habitações adequadas à população vulnerável, e o art. XVI, que na tutela do direito ao meio ambiente prioriza uma ação preventiva por parte do Estado.

É importante assinalar que a Carta Mundial, embora não tenha formalmente o *status* de tratado, serve de base e contém diretrizes a serem adotadas pelos países do mundo na consecução do direito à cidade.

4.1.7

Código Florestal - Lei Federal 4.771/65

A Lei Federal 4771/65 institui o Código Florestal. De acordo com o seu artigo 1º,

“as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”.

O Código Florestal se destaca porque contém a definição do que são áreas de preservação permanente, estabelecendo limites para a edificação nestes locais.

¹⁴ Reporta-se, aqui, ao Capítulo 1 para maiores considerações acerca da Carta Mundial do Direito à Cidade.

Além disso, o Código Florestal também faz imposições referentes às áreas urbanas.

O inciso II, do artigo 1º, define como sendo área de preservação permanente, a “área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”, sendo que o art. 2º considera de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

(...)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”.

Esse parágrafo único merece destaque por ser o item que supostamente estaria a conflitar com o art. 5º da Lei 6766/79, a lei de uso e ocupação do solo, que coloca como faixa *non aedificandi* ao longo de águas correntes e dormentes a área correspondente a 15 metros de cada lado, diminuindo a exigência do Código Florestal que considera mínima a medida de 30 metros.¹⁵

Quanto a essa exigência, tratando-se as margens dos cursos d’água de área de preservação permanente, é importante ressaltar a previsão do artigo 4º, do Código Florestal, segundo o qual

¹⁵ Sobre a análise do conflito entre o Código Florestal e a Lei 6766/79, ver Capítulo 5.

“a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.”

Assim, mesmo colocando diversas condições para a supressão da vegetação, como a autorização de órgão competente e a indicação de medidas mitigadoras do impacto ambiental que puder vir a ocorrer (contidas dos parágrafos do artigo 4º), o próprio Código Florestal comporta exceção à manutenção das áreas de preservação permanente em virtude de interesse social.

Nesse caso, poderíamos considerar que o interesse social envolvido possa vir a ser o direito à moradia de famílias de baixa renda, que não tendo para onde ir, já fixaram moradia nestes locais ambientalmente protegidos e, tendo a situação consolidada e o fato de se tratar de uma coletividade vulnerável, necessitam permanecer no local.

Esse poderia ser o caso, por exemplo, dos ocupantes do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro e de inúmeros ocupantes dos arredores das Represas Billings e Guarapiranga.

4.1.8

Projetos de Lei Federal que visam alterar o Código Florestal: Projeto de Lei Federal 6001/2005; e Projeto de Lei Federal 5683/2005

O Projeto 6001/2005, de autoria do Deputado Fernando Coruja, do PPS de Santa Catarina, dá nova redação ao parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal, suprimindo o trecho "respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo", passando a redação do parágrafo único a constar da seguinte maneira:

Art. 2º, parágrafo único - “No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo”.

A justificativa do Deputado Fernando Coruja consiste no objetivo de adequar a situação já consolidada dos municípios em relação ao uso e ocupação

do solo urbano, evitando conflitos com a legislação específica superior, que o deputado não esclarece qual é, mas que parece ser a Lei 6766/79.

O Projeto 5683/2005, de autoria do Deputado Fernando Lopes, do PMDB do Rio de Janeiro, acrescenta parágrafo ao art. 2º da Lei nº 4.771/65. Assim, o parágrafo único do artigo passaria a ser o parágrafo 1º e, o parágrafo 2º, acrescentado pelo Projeto teria a seguinte redação: “§ 2º Nos cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura, situados nas áreas definidas no parágrafo anterior, será observada a largura mínima de 05 (cinco) metros para cada margem.”

Haveria, portanto, nas áreas urbanas, uma diminuição da faixa *non aedificandi* às margens de rios de menos de 10 metros de largura, de 30 metros para 5 metros.

O Deputado Fernando Lopes justificou a sua proposição, alegando que o recorrente descumprimento das normas do Código Florestal se dá devido à forma exagerada como trata as áreas de preservação permanente. Assim, corrige tal exagero “que impede, nas cidades, regular a utilização das faixas de terra próximas a córregos, pela absurda exigência de afastamento lateral de 30 (trinta) metros dos mesmos, sob o argumento da preservação permanente de quaisquer formas de vegetação natural ali situadas”.

O projeto, no entanto, não esclarece quais as bases para se tomar como exagero a exigência do afastamento lateral de 30 metros ao longo dos córregos. Além disso, assim como o projeto 6001/2005, não se faz uma abordagem da questão sob a ótica do direito à cidade, o que apenas poderá acirrar ainda mais a questão que divide ambientalistas e urbanistas.

4.1.8.1

Projeto de Lei Federal 5107/05

O Projeto de Lei 5107/2005, de autoria do Deputado Jamil Murad, do Pcdob de São Paulo, “dispõe sobre assentamentos habitacionais de baixa renda situados em zona urbana, em área de preservação permanente ou em zona de risco.”

Segundo o projeto, as áreas de preservação permanente são aquelas da Lei 4771/65, enquanto as zonas de risco “compreendem aquelas sujeitas a inundações, erosão, deslizamentos, queda e rolamento de blocos, corrida de lama, problemas geológicos ou geotécnicos e outros riscos que comprometam a segurança humana”.

E é interessante destacar o posicionamento do deputado que no artigo 2º, do Projeto ora analisado, considerou que “a regularização dos assentamentos habitacionais situados em área de preservação permanente é considerada de interesse social, de acordo com o art. 1º, § 2º, V, do Código Florestal.”, seguindo nosso argumento trazido na análise do Código Florestal.

No entanto, o projeto restringe a regularização dos assentamentos situados apenas nas áreas citadas nas alíneas “a” e “b” do art. 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965¹⁶, e manda respeitar uma faixa mínima *non aedificandi* correspondente à metade daquela constante nas alíneas “a” e “b” do Código Florestal.

Outro aspecto controverso do Projeto é a redação do seu art. 6º, que prevê quais assentamentos habitacionais não são passíveis de regularização: “I – situados em zonas de risco; II – localizados em fundos de vale e outros locais onde seja inviável a implantação de rede de saneamento básico; III – situados em unidade de conservação cujos objetivos sejam incompatíveis com a permanência de ocupação humana; IV – nas áreas de ocupação rarefeitas, passíveis de recuperação ambiental; V – outras áreas de interesse ambiental, histórico, paisagístico ou cultural.” Ora, o que seriam “outras áreas de interesse ambiental”? Tal inciso dá margem para uma interpretação ilimitada e novamente passível de restringir as hipóteses de tutela do direito à moradia dos habitantes dos assentamentos de baixa renda. Além disso, o parágrafo único prevê a hipótese de

¹⁶ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; (...)

remoção, portanto, deveria se ter muito cuidado quando da redação de tal dispositivo.

Afinal, sob a ótica defendida neste trabalho, apenas em caso de risco à vida ou saúde da população é que se admitiria a remoção. E, mesmo assim, a remoção deveria ser para local próximo ao da antiga residência.

A justificativa do deputado Jamil Murad consiste na constatação, por um lado, de que o território urbano está ocupado por assentamentos de baixa renda, nos quais a população carece de diversos serviços públicos e de moradia e, por outro lado, a exigência de proteger os locais em que as ocupações se fixam que, em grande parte dos casos, situam-se em área de preservação permanente. Visando, segundo ele, solucionar o conflito, elaborou o presente projeto permitindo a regularização dos assentamentos habitacionais situados em áreas de preservação permanente com as salvaguardas necessárias, em relação ao meio ambiente e à segurança das comunidades.

Trata-se de louvável iniciativa, porém, há que se observar o cuidado na redação dos artigos para não causar mais conflitos legais do que os que já existem entre o Código Florestal e a Lei de Uso e Ocupação do Solo, não esquecendo que esta também possui um projeto de modificação em andamento.

4.1.9

Lei de Uso e Ocupação do solo urbano - Lei Federal 6.766/79

A Lei 6766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

O parágrafo único, do art. 1º “autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a estabelecerem normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto na Lei 6766/79 às peculiaridades regionais e locais”.

É interessante destacar também, o § 5º, do art. 2º, que considera como infraestrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

E segundo o parágrafo 6º do mesmo artigo, a infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: I – vias de circulação; II – escoamento de águas pluviais; III – rede para o abastecimento de água potável; e IV – soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

É importante, na análise da Lei 6.766/79, voltar a atenção para o art. 4º, III, pois é este que supostamente estaria em conflito com o parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal. Ele dispõe que os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: “(...) III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica”.

Pode-se compreender que essa legislação específica mencionada no inciso III, do art. 4º é o Código Florestal que prevê uma reserva de faixa *non aedificandi* maior de 15 (quinze) metros às margens de cursos d’água. Porém, a Lei 6766/79 é posterior à lei 4771/65, e, devido ao disposto no §1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, deveria prevalecer.

Antonio Augusto Veríssimo, em excelente análise da lei 6.766/79¹⁷, destacou que quando da sua proposição em 1977 ela deveria estabelecer procedimentos mínimos que ordenassem os loteamentos, resguardando com eficiência os direitos dos compradores de lotes e estabelecendo responsabilidades e punição aos loteadores ilegais, atendendo às reivindicações dos urbanistas e dos movimentos de luta dos moradores dos loteamentos irregulares e clandestinos. No entanto, os resultados esperados, segundo Antonio Augusto, não foram alcançados, fazendo da lei 6.766/79 uma das mais polêmicas da história legislativa brasileira, sobre a qual recorrentemente juristas e urbanistas produzem as mais diversas interpretações sobre seus princípios, objetivos e resultados.

No caso do Rio de Janeiro, porém, Antonio Augusto constatou que não foi verificada uma relação direta entre incremento das favelas e a entrada em vigência da lei 6.766/79. O que se constatou, por outro lado, foi uma mudança considerável

¹⁷ VERÍSSIMO, Antônio Augusto. *O parcelamento do solo na cidade do Rio de Janeiro: um estudo sobre a produção informal da década de 40 aos anos 90*. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte do requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Planejamento Urbano e Regional. Orientador: Prof. Dr. Pedro Abramo. Rio de Janeiro, 2005.

na forma de comercialização e na qualidade do parcelamento não-regular (agora predominantemente clandestino) oferecido no mercado.

Assim, somente a parte da cidade que estava nos planos oficiais do Poder Público, que assumiu a sua execução e investimento ou se associou aos interesses do capital imobiliário ou industrial, é que tomou a forma prescrita na norma.

O autor destaca que nos bairros suburbanos e periféricos, onde se assentaram as populações de mais baixa renda, o custo da urbanização não foi assumido nem pelos parceladores, nem pelo Estado, o que resultou na produção de espaços habitacionais irregulares, carentes de infra-estrutura, sem urbanização e serviços públicos.

Assim, a conclusão do autor é que a Lei 6766/79 representou uma ruptura normativa em relação à disciplina do parcelamento do solo, pois ignorou, não reconheceu a produção irregular.

Nesse sentido, nota-se que a Lei 6766/79, devido aos seus rigores, contribuiu para gerar exclusão sócio-espacial e indiferença no tratamento daqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade em relação ao seu direito à moradia.

4.1.9.1

Projeto de Lei Federal 3057/00

O Projeto de lei federal 3057/00, de autoria do Deputado Bispo Wanderval, “inclui §2º no artigo 41 da Lei 6766/79, renumerando-se como parágrafo 1º o atual parágrafo único¹⁸”.

Primeiramente, observa-se que não há parágrafo único no artigo 41 da Lei 6766, apenas o *caput* do artigo. Assim, o projeto incluiria o parágrafo único no artigo, e não o parágrafo 2º como previu.

O texto do suposto parágrafo 2º seria:

“Em se tratando de loteamento suburbano de pequeno valor, assim definido pela prefeitura, implantado irregularmente até o dia 31 de dezembro de

¹⁸ Atual redação: Art. 41 – Regularizado o loteamento ou desmembramento pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprando o depósito de todas as prestações do preço avançado, poderá obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado.

1999, e, posteriormente regularizado através de lei municipal de regularização dos lotes, será procedido o registro pela apresentação dos documentos mencionados no artigo 18 desta lei, sem necessidade de aprovação por outro órgão, ainda que localizados os lotes em região metropolitana”.

Segundo o autor do projeto a finalidade a que se destina é tornar mais acessível para pessoas mais simples o registro dos lotes. O prazo de 31 de dezembro de 1999 foi colocado para evitar que ocorra incentivo à proliferação de loteamentos irregulares.

O Projeto recebeu, até o momento, 136 emendas, cada uma delas refere-se a um artigo em especial. No entanto, mais interessante que o projeto de lei inicial é o Substitutivo n. 01 que dele se originou, elaborado pelo Dr. Evilásio do PSB/SP. O Substitutivo traz uma nova lei sobre o parcelamento do solo para fins urbanos, dedicando um capítulo à regularização fundiária.

O Substitutivo recebeu 26 propostas de emendas, das quais se dará destaque àquelas referentes aos artigos que tratam da regularização fundiária e tocam na questão do direito à moradia e do direito ao meio ambiente.

O artigo 64 do Substitutivo determina que a regularização de um parcelamento deve observar o disposto nos arts. 5^o¹⁹, 6^o²⁰ e 7^o²¹, com algumas

¹⁹ Art. 5º, Substitutivo: Não se admite o parcelamento do solo para fins urbanos em locais: I – alagadiços e sujeitos a inundações; antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; II – que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III – onde as condições geológicas comprovadamente não aconselham a edificação; IV – onde a poluição ambiental impeça condições sanitárias adequadas; V – que integrem Unidades de Conservação da natureza incompatíveis com esse tipo de empreendimento; VI – onde houver restrição para esse tipo de empreendimento em virtude de normas de proteção do meio ambiente ou do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico, arqueológico ou espeleológico; VII – onde for técnica ou economicamente inviável a implantação de infra-estrutura básica ou equipamentos comunitários.

²⁰ Art. 6º, Substitutivo: Sem prejuízo das exigências gerais da legislação estadual ou municipal e das exigências específicas estabelecidas no âmbito do licenciamento urbanístico, os parcelamentos devem atender aos seguintes requisitos: I – os lotes ou unidades autônomas devem ter áreas mínima de 125m² e frente mínima de 5 metros; II – ao longo das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutovias, é obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado, salvo maiores exigências da autoridade competente; III – as áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos devem ser diretamente proporcionais à densidade de ocupação, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º; IV – o sistema viário deve articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local. §1º A autoridade licenciadora pode exigir, complementarmente ao disposto no inciso III, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos. §2 No caso de desmembramento, não se observa o disposto nos incisos III e IV.

²¹ Art.7º. Respeitado o disposto nos incisos I a IV do art. 6º, cabe à legislação municipal definir, para cada zona em que se divida a área urbana ou de expansão urbana do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, os quais devem incluir, pelo menos: I – as áreas mínimas e máximas dos lotes e das unidades autônomas; II – os

ressalvas. Uma delas diz respeito à não aplicação do inciso I do art. 6º no caso de regularização fundiária em zona habitacional de interesse social. Isso quer dizer que os lotes, nesse caso, não precisam ter a medida mínima de 125m² e frente de 5m, possibilitando a regularização de lotes com medida inferior a esta.

Nesse caso, cabe uma crítica ao Substitutivo, pois a regularização de lote de tamanho inferior ao disposto no inciso I do art. 6º não condiz com a exigência de proporcionar a todos uma moradia digna, que observe o princípio da dignidade da pessoa humana e as mínimas condições de salubridade. Por outro lado, tal medida pode significar a regularização de um maior número de casas sem necessidade de haver remoção por falta de espaço no local em que a moradia já se localiza.

O artigo 65 do Substitutivo dispõe que na concessão de uso especial de imóvel urbano instituída coletivamente, na forma da lei, nos locais relacionados nos incisos I a IV do art. 5º²² e em qualquer outro local cuja ocupação possa acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público deve assegurar o exercício do direito à moradia em outro local. O §1º, por sua vez, determina que o exercício do direito à moradia no caso de que trata o *caput* pode ser garantido em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I – de uso comum do povo; II – destinado a projeto de urbanização; III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; e V – situado em via de comunicação. E o §2º prevê que no caso de usucapião especial de imóvel urbano instituído coletivamente, na forma da lei, aplica-se também o disposto no *caput* e nos incisos II a IV do § 1º.

O primeiro detalhe importante a destacar do artigo 65 do Substitutivo, e que já tem causado descontentamento entre os ambientalistas²³, é a exclusão dos

percentuais mínimos de áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos; III – os coeficientes máximos de aproveitamento; IV – os coeficientes básicos de aproveitamento, no caso de aplicação da outorga onerosa do direito de construir; V – a possibilidade, ou não, de implantação de condomínios urbanísticos. Parágrafo único. Inexistindo a definição de que trata o inciso II, o percentual de áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos deve ser, no mínimo, de 25% (vinte e cinco por cento) para empreendimentos habitacionais ou comerciais e de 15% (quinze por cento) para empreendimentos exclusivamente industriais.

²² Vide nota 203.

²³ O Projeto de Lei 3057/2000 e o seu Substitutivo já têm suscitado discussões entre diversos setores da sociedade, sendo que recentemente fora elaborada uma Moção de Repúdio ao Projeto de Lei 3057/2000 e contra a Extinção Legislativa das Áreas de Preservação. É possível encontrar o inteiro teor do documento em: <http://www.abides.org.br/newsView.php?ID=138&PHPSESSID=23e227277cc102a555d635d8d4092fbf> e www.ambientebrasil.com.br/noticias/index.php3?action=ler&id=23378 - 26k

incisos V a VII do art. 5º da regra disposta no *caput* do artigo 65. Isso porque apenas existe previsão de remoção dos moradores nos casos em que o local onde estejam instalados ofereça risco à sua saúde e à sua vida. Nos casos de área ambientalmente protegida, abrangidos pelos incisos V e VI do artigo 5º, a população pode permanecer no local.

Essa disposição entraria em conflito com o disposto no Código Florestal, já analisado, e manteria a discussão sobre qual das normas deve prevalecer.

Por outro lado, há de reconhecer-se a ousadia do Substitutivo que atenta para a necessidade da regularização da moradia em ocupações consolidadas, possibilitando uma compreensão equilibrada entre direito à moradia e meio ambiente, viabilizando uma interpretação condizente com o conceito de direito à cidade.

Outro aspecto importante a destacar é a aparente contradição que se estabelece entre o *caput* do art. 65 e o seu §1º. Isso porque enquanto o *caput* privilegia a regularização dos lotes em áreas de interesse ambiental, o §1º determina que o exercício do direito à moradia pode ser garantido em outro local na hipótese de ocupação de imóvel de interesse da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, segundo redação do inciso III.

É preciso atentar para esse tipo de disposição, pois possibilita inúmeras interpretações e coloca em cheque a própria coerência do artigo.

Aspecto relevante do Substitutivo é a Emenda n. 26 a ele proposta, de autoria do Deputado Walter Feldamn do PSDB/SP. A emenda inclui o inciso III ao art. 6.º, renumerando-se os demais incisos e colocando mais uma restrição ao parcelamento. O inciso III contaria com a seguinte redação: “III – Ao longo das águas correntes, dormentes, lagos, lagoas, nascentes e reservatórios artificiais é obrigatória a reserva de uma faixa de preservação permanente definida por legislação municipal, desde que mais restritiva que a estabelecida em legislação vigente.”

Segundo o deputado, “a Constituição Federal e a legislação federal de proteção ao meio ambiente remetem aos Municípios a competência para definição de faixas de proteção de preservação nas áreas urbana e de expansão urbana, razão pela qual é necessária a inclusão deste dispositivo”.

Nota-se que a emenda n. 26 vem tentar preencher a omissão do projeto em considerar a reserva de áreas *non aedificandi* ao longo das águas. No entanto

determina à lei municipal a definição dessa reserva de faixa. Até o momento a discussão sobre o tamanho dessa área *non aedificandi* tem ficado em torno do Código Florestal e da Lei 6766/79, que são leis federais. Com a mudança proposta no Substitutivo o Município passaria a ser o responsável por determinar essa faixa, o que acarretaria a alegação de que a lei federal, hierarquicamente superior, no caso o Código Florestal, continuaria sendo a responsável pela determinação da restrição às edificações, permanecendo indissolúvel o embate entre os adeptos do Código Florestal e os adeptos da Lei de uso do solo urbano.

4.1.10

Resolução n. 303/2002 do CONAMA

A Resolução 303/2002 do CONAMA “dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente”.

O art. 3º da Resolução define quais são as áreas de preservação permanente, acompanhando, no que se refere a faixa marginal de cursos d’água, o estabelecido pelo Código Florestal e adicionando algumas determinações a respeito das margens de lagos e lagoas naturais.²⁴

A Resolução não conta, portanto, nem no detalhamento que oferece sobre determinadas áreas de preservação, como é o caso das áreas ao redor de lagos e lagoas, com inovação que possa ser útil na regularização de ocupações em áreas de preservação. Ela apenas vem confirmar o disposto no Código Florestal e com isso mantém a discussão do conflito de normas entre ele e a Lei de Uso e Ocupação do Solo.

²⁴ “Art. 3º. Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:
I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:
a) trinta metros, para o curso d’água com menos de dez metros de largura;
b) cinquenta metros, para o curso d’água com dez a cinquenta metros de largura;
c) cem metros, para o curso d’água com cinquenta a duzentos metros de largura;
d) duzentos metros, para o curso d’água com duzentos a seiscentos metros de largura;
e) quinhentos metros, para o curso d’água com mais de seiscentos metros de largura;
II - ao redor de nascente ou olho d’água, ainda que intermitente, com raio mínimo de cinquenta metros de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia hidrográfica contribuinte;
III - ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de:
a) trinta metros, para os que estejam situados em áreas urbanas consolidadas;
b) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros; (...)”

4.1.11

Projeto de Resolução do CONAMA – Proc. n. 02000.002382/2003-92

O Processo n. 02000.002382/2003-92 constitui-se numa Proposta de Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente, CONAMA, que trata da consolidação das áreas de preservação permanente. Até o momento a redação da proposta de resolução está de acordo com o resultado das discussões promovidas na 80ª Reunião Ordinária do CONAMA, com os resultados da Comissão de Negociação, conforme o texto da proposta esclarece.

O art. 1º, segundo esta última versão, estabelece que a resolução “define casos excepcionais em que o órgão ambiental competente pode autorizar a intervenção em área de preservação permanente – APP ou a supressão de sua vegetação para a implantação de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, ou para a realização de ações consideradas eventuais e de baixo impacto.”

O artigo 2º autorizaria a intervenção ou supressão de APP’s, entre outros, no seguinte caso: “(...) II – interesse social: (...) c) a regularização fundiária sustentável de área urbana; (...)”.

A Seção IV da Proposta trata “da regularização fundiária ou urbanística sustentável de área urbana”. Embora não tenha sido ainda totalmente discutida durante a reunião, tendo ainda diversos pontos em que há divergência entre os grupos participantes da sua elaboração, já podemos dela tirar algumas normas.

Dentre as condições para a autorização da intervenção ou supressão, encontramos, especificamente: a ocupação deve ser de baixa renda com finalidade predominantemente residencial; a ocupação deve estar localizada em zona de especial interesse social (ZEIS) no Plano Diretor ou outra legislação municipal; a ocupação deve estar localizada em área urbana que tenha ao menos um dos seguintes itens de infra-estrutura implantado: malha viária, captação de águas pluviais, esgotamento sanitário, coleta de resíduos sólidos, rede de abastecimento de água, rede de distribuição de energia, e apresentar densidade demográfica superior a cinquenta habitantes por hectare.²⁵

²⁵ Tais disposições constam do artigo 10, incisos I, II e III, da Proposta.

A partir do 11º artigo da Proposta ainda não houve acordo sobre a sua redação, porém, vale ressaltar que as áreas de preservação a que se refere, são, entre outras: as margens dos cursos d'água; e as ocupações consolidadas até 10 de julho de 2001, conforme definido no Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257/2001 e Medida Provisória 2.220/2001. Há, ainda, a vedação de regularização de ocupações que estejam em área de risco.

A resolução, dependendo da redação que definitivamente assumir, promete beneficiar bastante a tutela do direito à moradia das populações de baixa renda, regularizando a situação daqueles que ocupam áreas de preservação permanente e que até o momento não tinham, segundo a legislação disponível, norma que lhes fosse amplamente favorável.

No entanto, se ela não enfrentar diretamente as contradições que tem em relação a outras leis, sendo uma resolução, poderá encontrar dificuldades na sua aplicação.

4.2

Marcos normativos estaduais e municipais

4.2.1

Estado do Rio de Janeiro

4.2.1.1

Constituição do Estado do Rio de Janeiro

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro foi promulgada em 05 de outubro de 1989, e logo em seu art. 8º, dispõe que “todos têm o direito de viver com dignidade”. E, no parágrafo único do artigo, dentre os elementos que garantem uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, a Constituição Estadual menciona a habitação.

E na esteira de proteção dos direitos sociais, o art. 39 dispõe que “O Estado e os Municípios assegurarão o pleno exercício dos direitos sociais contemplados na Constituição da República, inclusive os concernentes aos trabalhadores urbanos e rurais”.

O art. 73, ao tratar da competência comum do Estado, União e Municípios, no inciso IX inclui a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, sendo também competente o Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre direito urbanístico, conforme disposição do inciso I, do art. 74.

A respeito especificamente da política urbana, o art. 229 determina que ela seja formulada pelos municípios e, onde couber, pelo Estado, atendendo “ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade com vistas à garantia e melhoria da qualidade de vida de seus habitantes”. O §1º, por sua vez, dispõe:

“As funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso à moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural.”

Conforme se vê, a moradia está dentre o feixe de direitos compreendidos na definição da função social da cidade.

E seguindo a previsão da Constituição Federal, o art. 231 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro considera o plano diretor como obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, sendo o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. E o §1º do referido artigo dispõe: “O plano diretor é parte integrante de um processo contínuo de planejamento a ser conduzido pelos municípios, abrangendo a totalidade dos respectivos territórios e contendo diretrizes de uso e ocupação do solo, vocação das áreas rurais, defesa dos mananciais e demais recursos naturais, vias de circulação integradas, zoneamento, índices urbanísticos, áreas de interesse especial e social, diretrizes econômico-financeiras e administrativas”.

A Constituição Estadual ainda prevê, no art. 233 que “as terras públicas estaduais não utilizadas, subutilizadas e as discriminadas serão prioritariamente destinadas a assentamentos de população de baixa renda e a instalação de equipamentos coletivos, respeitados o plano diretor, ou as diretrizes gerais de ocupação do território”, afirmando o seu §2º que “nos assentamentos em terras públicas e ocupadas por população de baixa renda ou em terras não utilizadas ou

subutilizadas, o domínio ou a concessão real de uso serão concedidos ao homem ou à mulher ou a ambos, independentemente de estado civil”.

Dentre as garantias asseguradas pelas diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, encontramos, no art. 234, dentre outras, (I) a urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área imponham risco à vida de seus habitantes; (II) a regularização dos loteamentos clandestinos, abandonados ou não titulados; (III) a participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes; (V) a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; (VI) a criação de áreas de especial interesse urbanístico, social, ambiental, turístico e de utilização pública.

O artigo 234 merece destaque porque confirma a hipótese de remoção dos moradores apenas em casos de risco, afastando a interpretação de que moradia e meio ambiente são direitos conflitantes.

O art. 238 traz importante previsão porque está de acordo com a perspectiva do direito à cidade contida no Estatuto da Cidade. Segundo ele, “a prestação dos serviços públicos a comunidades de baixa renda independe do reconhecimento de logradouros e da regularização urbanística ou registrária das áreas em que se situem e de suas edificações ou construções”. Nesse aspecto a Constituição adota o princípio da equidade para dar tratamento igual àqueles que se encontram em situação desprivilegiada.

A Constituição do Estado do Rio ainda trata especificamente do direito à moradia e do meio ambiente, valendo a pena destacar nesse sentido as disposições dos artigos 239, que trata dos programas de construção de moradias populares; 240, que aborda o estímulo à criação de cooperativas de moradores destinadas à construção da casa própria; 261, que estabelece a proteção do meio ambiente sob a ótica da sustentabilidade, acompanhando a Constituição Federal; e, finalmente, o art. 268, que define o que são consideradas áreas de preservação permanente, incluindo em seus incisos III e V as nascentes e as faixas marginais de proteção de águas superficiais, e as áreas de interesse arqueológico, histórico, científico, paisagístico e cultural, respectivamente.

4.2.1.2

Lei Estadual do Rio de Janeiro n° 2393/95

A Lei Estadual n. 2393/95 dispõe sobre a permanência de populações nativas residentes em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo a redação do art. 1º, da lei,

“fica o Poder Executivo, através de seus órgãos competentes, autorizado a assegurar às populações nativas residentes há mais de 50 (cinquenta) anos em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro, o direito real de uso das áreas ocupadas, desde que dependam, para sua subsistência, direta e prioritariamente dos ecossistemas locais, preservados, os atributos essenciais de tais ecossistemas e cumpridas as exigências previstas na presente Lei”.

O § 2º do art. 1º, por sua vez, estabelece que

“como contrapartida deste direito, as populações beneficiadas por esta Lei ficam obrigadas a participar da preservação, recuperação, defesa e manutenção das unidades de conservação. E o § 3º exclui da possibilidade de concessão do direito real de uso as áreas consideradas por Lei como Reservas Biológicas”.

Nesse sentido, cumpre trazer a definição do que são unidades de conservação e reservas biológicas.

Unidades de conservação, segundo o art. 2º, I, da Lei Federal 9985/2000²⁶, são

“espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

As unidades de conservação, por sua vez, segundo o art. 7º da Lei Federal 9985/00, dividem-se em (I) unidades de proteção integral e (II) unidades de uso sustentável. De acordo com o § 1º, “o objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus

²⁶ Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei”, sendo que a reserva biológica é uma das unidades de conservação que compõe o grupo das unidades de proteção integral, em consonância com a disposição do art. 8º, II.

E segundo o art. 10 da Lei Federal 9985/00, a Reserva Biológica

“tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais”.

A presente lei estadual do Rio merece destaque porque propicia a regularização de moradias em terrenos pertencentes ao Estado, afastando a hipótese de conflito com o direito ao meio ambiente a medida que cria uma contraprestação para a população, que fica obrigada a manter a preservação do local. Além disso, há um respeito com a situação dos moradores que construíram há muitos anos sua vida no local.

4.2.1.3

Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro

O preâmbulo²⁷ da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro consagra a defesa da dignidade da pessoa humana, dando destaque ao aspecto da justiça social, autorizando uma interpretação que inclua dentre os direitos privilegiados pela Lei, o direito à moradia.

Os direitos fundamentais, individuais e coletivos, também encontram proteção na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, pois o art. 5º dispõe que “através da lei e dos demais atos de seus órgãos, o Município buscará assegurar imediata e plena efetividade dos direitos e franquias individuais e coletivos sancionados na Constituição da República, bem como de quaisquer

²⁷ “Nós, representantes do povo carioca, constituídos em Poder Legislativo Orgânico, reunidos no Palácio Pedro Ernesto, sede da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, dispostos a assegurar à população do Município a fruição dos direitos fundamentais da pessoa humana e o acesso à igualdade, à justiça social, ao desenvolvimento e ao bem-estar, numa sociedade solidária, democrática, policultural, pluriétnica, sem preconceitos nem discriminação, no exercício das atribuições que nos confere o art. 29 da Constituição da República Federativa do Brasil e o art. 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sob a proteção de Deus, promulgamos a seguinte Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro”.

outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos atos internacionais firmados pelo Brasil”.

E dentre os direitos da criança, do adolescente e do idoso, o art. 12 da Lei Orgânica considera como de absoluta prioridade, “o direito à vida, à moradia, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à primazia no recebimento de proteção e socorro, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Nesse dispositivo nota-se como o direito à moradia tem sido incluído dentre os direitos básicos da pessoa.

Na competência do Município, o art. 23 inclui o uso e ocupação do solo, a preservação e proteção do patrimônio urbanístico, arquitetônico, paisagístico e ambiental, os bens imóveis situados no território municipal, inclusive aqueles pertencentes a outros entes federativos. E o art. 30 completa, em seu inciso XXIX, a tarefa de promover, com recursos próprios ou com a cooperação da União e do Estado, programas de construção de moradias, de melhoramento das condições habitacionais e de saneamento básico; e no inciso XLI, o dever de preservar o meio ambiente, as florestas, a fauna, a flora, a orla marítima e os cursos d'água do Município.

Na formulação e administração de políticas, planos, programas e projetos referentes ao seu processo de desenvolvimento, o art. 269 ordena que sejam observados os seguintes princípios: I - exercício da função social da propriedade; II - preservação, proteção e recuperação do meio ambiente; e III - redução das desigualdades sociais.

Tais princípios, quando conjugados para análise, possibilitam uma interpretação favorável ao entendimento de que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente não constituem conflito. Isso porque o exercício da função social da propriedade obriga o proprietário a dar uma destinação socialmente justa ao imóvel, o que inclui a preservação ambiental e o respeito ao direito à moradia, o que tem como resultado a redução das desigualdades sociais e a manutenção do equilíbrio do meio ambiente natural e construído.

A política urbana, segundo o art. 422, implementará o pleno atendimento das funções sociais da Cidade, compreendidas pelo §1º do artigo como sendo o direito da população à moradia, transporte público, saneamento básico, água

potável, serviços de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encostas, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural, tendo o §2º previsto que a conservação do patrimônio ambiental, arquitetônico e cultural do Município também compõem a função social da cidade.

A Lei Orgânica também traz previsões acerca do plano diretor, que segundo o art. 424 deverá respeitar as funções sociais da Cidade e o bem-estar de seus habitantes. E o art. 425, compreendendo o plano diretor como parte integrante do processo de planejamento e como instrumento da política urbana e instrumento regulador dos processos de desenvolvimento urbano, dispõe que ele deverá tratar do conjunto de ações propostas pela Lei Orgânica.

E dentre os preceitos trazidos no art. 429 sobre a política de desenvolvimento urbano, encontramos o princípio da equidade, representado no inciso II pela justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização. No inciso III o que se determina é a ordenação e controle do uso do solo de modo a evitar, entre outros fatores, a) a ociosidade, subutilização ou não utilização do solo edificável. Já o inciso VI determina a “urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras: a) laudo técnico do órgão responsável; b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções; c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento; VII - regularização de loteamentos irregulares abandonados, não titulados e clandestinos em áreas de baixa renda, através da urbanização e titulação, sem prejuízo das ações cabíveis contra o loteador; VIII - preservação das áreas de exploração agrícola e pecuária e estímulo a essas atividades primárias; IX - preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; X - criação de áreas de especial interesse urbanístico, social, ambiental, turístico e de utilização pública; XI - utilização planejada do território e dos recursos naturais, mediante controle da implantação e do funcionamento de atividades industriais, comerciais, residenciais, agropecuárias e extrativas; XII - criação e delimitação de áreas de crescimento limitado em zonas

supersaturadas da Cidade onde não se permitam novas construções e edificações, a não ser as de gabarito e densidade iguais ou inferiores às que forem previamente demolidas no local.

Conforme o art. 429, VI deixa claro, portanto, a remoção apenas é admitida em casos de área de risco. Portanto, o Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, que conforme será constatado a seguir, ao admitir a remoção em outras hipóteses contraria lei que lhe é hierarquicamente superior, não podendo ser considerado válido no que se refere a essa previsão específica.

E disposição bastante importante para a proteção do meio ambiente construído, em especial, no caso deste trabalho, a moradia, encontra-se no art. 468, que dispõe: “Na proteção ao meio ambiente serão considerados os elementos naturais e culturais que constituem a paisagem urbana, tendo por objetivo preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental”, sendo que o §2º entende por elementos culturais as edificações, as construções, as obras de arte, os monumentos e o mobiliário urbano.

4.2.1.4

Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro

A Lei Complementar 16/92, o Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, tem, dentre os seus objetivos, previstos no art. 4º, o de promover uma política habitacional que assegure o direito social à moradia e de cumprir a função social da propriedade.

Dentre as diretrizes do Plano Diretor, compreendidas no artigo 5º da Lei Complementar, encontramos: a promoção de políticas setoriais para o meio ambiente natural e o patrimônio cultural e a habitação, bem como a ordenação do uso e ocupação do solo.

Interessante notar também que dentre os meios de defesa da cidade previstos no artigo 16, encontra-se, entre outros, o impedimento e a fiscalização da ocupação de áreas de risco, entendidas como sendo aquelas definidas em laudo solicitado ou emitido pelo órgão técnico competente, as áreas públicas, faixas marginais de rios e lagoas, vias públicas e áreas de proteção ambiental.

São consideradas macrozonas de restrição à ocupação urbana, dentre outros casos, o daquelas sujeitas à proteção ambiental, segundo o art. 41, §3º, III. E o

artigo 50 especifica ainda mais o que vêm a ser essas áreas de restrição à ocupação, incluindo nesse conceito as áreas frágeis, compreendida pelas encostas, áreas sujeitas a deslizamentos, desmoronamentos ou outras alterações geológicas que comprometam sua estabilidade; as áreas de baixada, sujeitas a alagamento, inundação ou rebaixamento.

O art. 44 prevê os princípios e objetivos que o uso e ocupação do solo devem seguir. Dentre eles, encontramos, no inciso II a proteção do meio ambiente, no inciso III a não remoção das favelas, a inserção das favelas e loteamentos irregulares no planejamento da cidade no inciso IV. O parágrafo 1º do artigo 44, por sua vez, prevê exceções à regra do inciso III acerca da não remoção das favelas nos casos em que elas ocupem, dentre outras, áreas de risco, faixas marginais de proteção de águas superficiais e áreas de especial interesse ambiental ou unidades de conservação ambiental.

Esse parágrafo está em contradição com a Lei Orgânica Municipal que, conforme visto, somente admite a remoção em caso de área de risco, excluindo a hipótese de área de proteção ambiental. Isso faz com que prevaleça o disposto na Lei Orgânica, que é hierarquicamente superior ao Plano Diretor.

O art. 56 cuida da definição das áreas de intervenção do Poder Público, que são aquelas que por suas condições urbanísticas e ambientais necessitem de obras, redefinição das condições de uso e ocupação ou de regularização fundiária. O art. 58, a seu turno, considera que as áreas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais de baixa renda serão objeto de estruturação e regularização, cujas ações compreendem: a regularização fundiária, a realocação de moradias nos casos previsto no par. 1º do artigo 44, urbanização e integração da malha urbana e a recuperação de condições ambientais.

O Jardim Botânico integra o patrimônio paisagístico do Município, segundo o artigo 66, VII. No entanto, a área em que está localizado o Jardim Botânico pertence à União Federal.

O art. 105, §3º define o que são as áreas de especial interesse: “são os espaços da cidade perfeitamente delimitados sobrepostos em uma ou mais zonas, que serão submetidos a regime urbanístico específico, relativo a formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para a Zona ou as Zonas que as contêm”. O art. 107 define cada um dos tipos de área de especial interesse e dentre elas encontramos a área de especial interesse social, sendo aquela que

“apresente terrenos não utilizados ou subutilizados e considerados necessários à implantação de programas habitacionais de baixa renda ou, ainda, aquelas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais, destinadas a programas específicos de urbanização e regularização fundiária”.

O art. 138 trata dos objetivos da política habitacional, que além de visar assegurar o direito social à moradia e a redução do déficit habitacional, pretende reprimir a ação especulativa sobre a terra e garantir o acesso a moradia com infraestrutura, realocar as famílias que estiverem em áreas de risco, urbanizar e promover a regularização fundiária de favelas e loteamentos de baixa renda, implantar lotes urbanizados e de moradias populares, entre outros. O parágrafo 2º define as regras a serem utilizadas na realocação da população nos casos de área de risco. Em primeiro lugar prevê o reassentamento em terrenos da mesma área; o reassentamento em locais próximos, dotados de infra-estrutura sanitária e transporte coletivo e inserção em outros programas que contemplem a solução da questão habitacional.

O Plano Diretor trata, ainda, dos programas de regularização fundiária de favelas e loteamentos de baixa renda, bem como de programa de lotes urbanizados e moradias populares, fazendo-o nos seus artigos 147 a 167.

4.2.1.5

Projeto de Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro

O Projeto de Lei Complementar n. 25/2001 trata de um novo plano diretor para a cidade do Rio de Janeiro.

Dentre os seus principais objetivos previstos no art. 3º, está a garantia da melhoria da qualidade de vida e o bem-estar dos habitantes da cidade e o cumprimento da função social da cidade, que se pretende alcançar, entre outros fatores, através de uma política habitacional que assegure o direito social à moradia.

As diretrizes do projeto, previstas em seu art. 5º são semelhantes às aquelas previstas pelo atual plano diretor em vigor.

As formas de defesa da cidade também acompanham aquelas previstas no Plano Diretor vigente.

Os instrumentos de caráter urbanístico foram acrescentados no art. 18, III, “a” a “t”, seguindo o disposto no Estatuto da Cidade.

As macrozonas agora denominadas de ocupação “controlada” são as mesmas da Lei Complementar 16/92, segundo o art. 57. As áreas frágeis também recebem a mesma classificação da lei anterior segundo o art. 59.

O art. 53, III, prevê como princípio e objetivo do uso e ocupação do solo, a não remoção de favelas. O §1º, porém, exclui da aplicação do princípio da não remoção, dentre outras, as seguintes situações: I – áreas de risco; II – faixas marginais de proteção de águas superficiais; V – unidades de conservação legalmente constituídas ou em áreas reconhecidas como de interesse ambiental para constituição de Unidade de Conservação; VII – áreas que não possam ser dotadas de condições mínimas de urbanização e saneamento básico.

Nesse sentido, o projeto também contraria a Lei Orgânica que apenas admite a remoção em caso de moradia em área de risco.

As áreas sujeitas a intervenção pelo Poder Público, segundo o art. 65 do projeto são as áreas do território municipal que, “por suas condições urbanísticas, ambientais e culturais, necessitem de obras, redefinição das condições de uso e ocupação ou de regularização fundiária, de forma a elevar a qualidade de vida humana”. O art. 67 define que as áreas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais de baixa renda serão objeto de estruturação e regularização, admitindo-se a realocação de moradias.

O Jardim Botânico, segundo o art. 75, inciso VII, integra o patrimônio paisagístico e cultural do Município, sujeito à proteção ambiental.

O art. 113, §3º também define o que vêm a ser as áreas de especial interesse social, trazendo o mesmo conceito da Lei Complementar 16/92, o atual Plano Diretor.

A política habitacional também está definida nos mesmos termos do atual Plano Diretor, segundo o art. 144 do Projeto. Os programas, por sua vez, também são os mesmos adotados na Lei Complementar 16/92, conforme se pode observar dos artigos 153 a 173, do Projeto.

Dentre as disposições finais, o art. 238 veda a edificação de novas construções nas áreas de favelas, exceto as que resultarem de iniciativa e responsabilidade do Poder Público. E o seu §3º dispõe quais as medidas que podem ser tomadas pelo Prefeito a fim de deter o “processo de superadensamento

das favelas”. Dentre elas, encontramos: a desapropriação; a demarcação física dos limites da área de expansão da favela, além dos quais não se permitirá a edificação de construções de qualquer natureza; a promoção do reassentamento daqueles que estiverem em áreas de risco ou espaços florestados; a instituição de sistema de contenção e prevenção de invasão da área florestada do entorno da favela, quando for o caso.

Essa demarcação que pressupõe o projeto somente seria efetiva se houvesse uma fiscalização exercida diretamente nas favelas. Além disso, a necessidade de regularização é muito mais evidente do que a remoção, pois esta apenas visa a manutenção de um meio ambiente “virgem” para satisfazer a elite sobre aquilo que entende como “paisagem”, aumentando a especulação imobiliária.

4.2.1.6

Lei Municipal do Rio de Janeiro 1197/88

A Lei Municipal 1197/88 “transforma em área de proteção ambiental os mananciais, os reservatórios de águas de abastecimento público e as áreas de entorno dos mesmos situados no Município”.

O art. 1º da Lei 1197/88 dispõe que os mananciais passam a ser considerados de proteção ambiental, sendo que o parágrafo único do artigo determina que o limite máximo de afastamento das margens deve ser 200 metros.

Observe-se, no entanto, que há uma impropriedade na utilização da expressão “limite máximo”, uma vez que a interpretação do artigo leva a crer que o que se queria estabelecer era um limite mínimo de afastamento. Do contrário, não havendo o estabelecimento de limite mínimo por lei municipal, deverá ser utilizada outra normativa que defina qual deve ser a proximidade ideal das margens dos rios para a fixação humana. Parece que, nesse caso, volta-se na análise das Leis 4771/65 e 6766/79.

O art. 3º, “a”, porém, proíbe que no limite das áreas de proteção ambiental definidas nesta lei sejam instaladas construções e edificações, não fazendo qualquer ressalva em relação à construção com fins de moradia, apenas tratando no parágrafo único do art. 4º da manutenção das construções já existentes no local, vetando o seu crescimento.

4.2.2

Estado de São Paulo

4.2.2.1

Constituição do Estado de São Paulo

A Constituição do Estado de São Paulo é datada de 05 de outubro de 1989. Não há em sua redação nenhum capítulo específico sobre a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, da análise de outros dispositivos será possível concluir acerca dos direitos tutelados pela Constituição Estadual.

Em relação ao desenvolvimento urbano, o art. 180 dispõe que o Estado e os Municípios deverão assegurar: I - o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes; II - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes; III - a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; IV - a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública; V - a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida; VI - a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos; VII - as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos, alterados.

O art. 181 atribui à lei municipal a competência para a elaboração de normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes. O §1º do artigo em análise determina a obrigatoriedade do plano diretor, que deverá considerar a totalidade do território municipal.

O art. 182 dispõe que “incumbe ao Estado e aos Municípios promover programas de construção de moradias populares, de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Sobre o meio ambiente, o art. 191 prevê que “o Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho,

atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”.

O art. 197, por sua vez, define o que são áreas de proteção permanente, incluindo entre outras, no inciso II, as nascentes, os mananciais e matas ciliares;

A Constituição do Estado de São Paulo não é detalhada e não estabelece regras específicas acerca da moradia de populações de baixa renda, oferecendo apenas diretrizes gerais para a elaboração de leis estaduais e municipais a respeito.

4.2.2.2

Lei Estadual de São Paulo 898/75

A Lei Estadual de São Paulo n. 898/75 disciplina o uso do solo para proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo e dá providências correlatas.

O art. 2º da Lei declara como área de proteção nos termos da lei, no inciso I, o reservatório Billings e, no inciso V, o reservatório de Guarapiranga, até a barragem do Município de São Paulo.

O parágrafo único do art. 3º, por sua vez, determina que nessas áreas de proteção, “os projetos e a execução de arruamentos, loteamentos, edificações e obras, bem assim a prática de atividades agropecuárias, comerciais, industriais e recreativas dependerão de aprovação prévia da Secretaria de Negócios Metropolitanos e manifestação favorável da Secretaria de Obras e Meio Ambiente, mediante parecer da Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Defesa do Meio Ambiente, CETESB, quanto aos aspectos de proteção ambiental, sem prejuízo das demais competências estabelecidas na legislação em vigor para outros fins”.

As áreas dos corpos d’água, segundo esta lei, estão mais sujeitas a restrições. Porém, conforme se pode depreender da narração do caso das ocupações no entorno das represas Billings e Guarapiranga, somente a previsão legal não foi suficiente para barrar a proliferação de loteamentos dos mais diversos tipos na região.

4.2.2.3

Lei Estadual de São Paulo n. 1172/76

A Lei Estadual n. 1172/76 “delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água a que se refere o art. 2º da Lei Estadual 898/75, estabelece normas de restrição do uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas”.

Esta lei define quais as delimitações das áreas de 1ª e 2ª categoria²⁸, permitindo nas áreas de 1ª categoria apenas serviços, obras e edificações destinados à proteção dos mananciais, à regularização de vazões com fins múltiplos, ao controle de cheias e à utilização de águas prevista no art. 8º, conforme disposição do art. 10.

O uso residencial é permitido nas áreas de 2ª categoria, segundo o art. 13, I, da Lei.

Embora esta lei tenha um imenso valor, tendo em vista a data em que foi promulgada, demonstrando uma preocupação antiga com a proteção dos mananciais, há que se admitir uma certa inadequação para o atual momento. Isso porque, a situação dos mananciais mudou muito desde os anos 70 até os dias de hoje, conforme se pode notar da ocupação das represas Billings e Guarapiranga já descrita. A situação hoje é de uma ocupação ampla, com usos dos mais diversos,

²⁸ Art. 2º - Nas delimitações de que trata o artigo anterior, constituem áreas ou faixas de 1ª categoria ou de maior restrição: I – os corpos de água; II – a faixa de 50 metros de largura, medida em projeção horizontal, a partir da linha de contorno correspondente ao nível de água máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados; III – a faixa de 20 metros de largura, medida em projeção horizontal, a partir dos limites do álveo, em cada uma das margens dos rios referidos no art. 2º da Lei 898/75, e da de seus afluentes primários, bem como em cada uma das margens dos afluentes primários dos reservatórios públicos, existentes e projetados; IV – as faixas definidas no art. 2º e sua alínea “a”, da Lei 4771/65, referentes às margens dos demais cursos d’água; V – as áreas cobertas por mata e todas as formas de vegetação primitiva; VI – as áreas com quota inferior a 1,50 metros, medidas a partir do nível máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados, e situados a uma distância mínima inferior a 100 metros das faixas que tratam os incisos II e III deste artigo; VII – as áreas onde a declividade média for superior a 60%, calculada a intervalos de 100 metros a partir do nível de água máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados, e dos limites do álveo dos rios, sobre as linhas de maior declive.

Parágrafo único – consideram-se afluentes primários: 1. os cursos de água diretamente tributários dos reservatórios públicos, existentes e projetados, e dos rios citados no art. 2º, da Lei 898/75; 2. o curso de água diretamente tributário, resultante da confluência de dois ou mais rios, considerando-se, também seu prolongamento, o rio formador que tiver maior área de drenagem.

Art. 3º - Constituem áreas ou faixas de 2ª categoria, ou de menor restrição, aquelas situadas nas áreas de proteção delimitadas no art. 1º e que não se enquadrem nas de 1ª categoria, discriminadas no art. 2º.

sendo necessária uma norma que consiga adequar essa situação consolidada com o direito à cidade expresso na Lei 10.257/01.

4.2.2.4

Lei Estadual de São Paulo n. 9866/97

A Lei Estadual n. 9866/97 “dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências”.

O parágrafo único do art. 1º da Lei define como sendo mananciais de interesse regional “as águas interiores subterrâneas, superficiais, fluentes, emergentes ou em depósito, efetiva ou potencialmente utilizáveis para o abastecimento público”.

Dentre os objetivos da lei, previstos no art. 2º, encontra-se, no inciso II, “compatibilizar as ações de preservação dos mananciais de abastecimento e as de proteção ao meio ambiente com o uso e ocupação do solo e o desenvolvimento socioeconômico” e no inciso V “integrar os programas e políticas habitacionais à preservação do meio ambiente”.

O art. 13 da Lei prevê que são áreas de restrição à ocupação, além das definidas pela Constituição do Estado e as de preservação permanente, aquelas de interesse para a proteção dos mananciais e para a preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais.

O art. 31 dispõe que para cada área de proteção e recuperação de mananciais²⁹ será elaborado um Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA, contendo, entre outros elementos, (I) diretrizes para o estabelecimento de políticas setoriais relativas à habitação, transporte, manejo de recursos naturais, saneamento ambiental e infra-estrutura que interfiram na qualidade dos mananciais; (IV) proposta de atualização das diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional.

²⁹ Art. 3º - Para os fins previstos nesta lei, considera-se Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais – APRM uma ou mais sub-bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional para abastecimento público.

Parágrafo único – A APRM referida no *caput* deste artigo deverá estar inserida em uma das Unidades de Gerenciamento de Recursos Hídricos – UGRHI, previstas no Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SIGRH, instituído pela Lei 7663/91.

Essa lei, mais atual, reflete a necessidade de compatibilizar o uso do solo já instituído ao redor dos mananciais com a sua preservação e manutenção da melhor forma possível. Parece, ainda, bastante adequado o desenvolvimento de planos para cada região, atentando para as necessidades e especificidades que cada setor do manancial possui.

4.2.2.5

Decreto Estadual de São Paulo 43022/98

O Decreto Estadual 43022/98 “regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas”.

O parágrafo 1º, do art. 1º do Decreto estabelece que o Plano Emergencial “contemplará as ações e obras emergenciais consideradas necessárias nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos à vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento”. O parágrafo 2º, por sua vez, considera “obras emergenciais as necessárias ao abastecimento de água, esgotamento e tratamento sanitário de efluentes, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, prevenção e controle da poluição das águas e revegetação”.

Porém, o parágrafo 2º, do art. 2º prevê que “a execução de obras emergenciais não implica na regularização das ocupações desconformes à legislação, sendo que medidas de adaptação e remoção de populações sujeitam-se ao que dispuser os Planos de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA’s específicos de cada qual das APRM’s”.

Nas áreas de restrição à ocupação, que são aquelas previstas no art. 13 da Lei 9866/97, não poderão ser executadas obras de infra-estrutura, devendo ser previsto o reassentamento da população, consoante disposição do art. 4º, do Decreto.

O Decreto delega, portanto, aos planos de desenvolvimento a responsabilidade pelo remanejamento ou regularização das ocupações nas áreas

do entorno da represa, dando maior flexibilidade à tomada de decisões que passa a ser mais política do que baseada na legislação. Isso tem um aspecto positivo que é a possibilidade de haver negociações entre os moradores e aqueles que estão incumbidos da elaboração do plano, propiciando maior participação popular e fazendo crer que a solução para as ocupações contará com um perfil mais democrático.

4.2.2.6

Lei Estadual de São Paulo n. 11.216/02

A Lei Estadual n. 11.216/02 “altera a Lei nº 1.172, de 17 de novembro de 1976, que delimita as áreas de proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo”.

O art. 1º da Lei acrescenta à Lei 1.172/76 o artigo 37-A, que tem a seguinte redação: "Para efeito da aplicação das normas desta lei e da Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, será permitida, mediante prévia aprovação da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, a vinculação ao mesmo empreendimento, obra ou atividade de áreas de terreno ou gleba não contíguas, desde que estas áreas se localizem nas faixas de 1ª categoria ou nas faixas de 2ª categoria, Classes A, B e C, dentro da sub-bacia hidrográfica respectiva.

E o §10 do art. 1º prevê que, “a desocupação de área que implicar remoção de pessoas deve estar associada à construção ou à aquisição de unidade habitacional para cada família a ser transferida da faixa respectiva, arcando o obrigado à compensação, recuperação ou contribuição, ou o interessado na vinculação, com os custos decorrentes, conforme for acordado entre estes e a Secretaria de Estado do Meio Ambiente.”

Louvável o posicionamento adotado neste parágrafo, uma vez que se preocupa em garantir o direito à moradia daqueles que vivem na área de proteção ao manancial e não tem para onde ir com sua família. Trata-se de exceção ao conteúdo da maioria dos diplomas legais que protegem o meio ambiente, pois normalmente não abordam a questão da moradia da população residente no local protegido ambientalmente.

4.2.2.7

Lei Estadual de São Paulo n. 12.233/06

A Lei Estadual n. 12.233 foi promulgada em 16 de janeiro de 2006 e “define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga, e dá outras providências correlatas”.

O artigo 1º declara a Bacia Hidrográfica do Guarapiranga como manancial de interesse regional para o abastecimento público e cria a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga - APRM-G, situada na Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI do Alto Tietê.

O artigo 3º prevê, dentre outros, os seguintes objetivos da lei: II - integrar os programas e políticas regionais e setoriais, especialmente aqueles referentes a habitação, transporte, saneamento ambiental, infra-estrutura e manejo de recursos naturais e geração de renda, necessários à preservação do meio ambiente; e VIII - estabelecer diretrizes e parâmetros de interesse regional para a elaboração das leis municipais de uso, ocupação e parcelamento do solo, com vistas à proteção do manancial.

O artigo 11 define o que são as Áreas de Restrição à Ocupação: “são aquelas de especial interesse para a preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais da Bacia, compreendendo: I - as áreas de preservação permanente nos termos do disposto na Lei federal nº 4771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), e nas demais normas federais que a regulamentam; II - as áreas cobertas por matas e todas as formas de vegetação nativa primária ou secundária nos estágios médio e avançado de regeneração, nos termos do Decreto federal nº 750, de 10 de fevereiro de 1993”.

Segundo o §1º do art. 11, “as áreas de que trata este artigo devem ser prioritariamente destinadas à produção de água, mediante a realização de investimentos e a aplicação de instrumentos econômicos e de compensação previstos nesta lei”.

Nas áreas de restrição à ocupação são permitidas poucas atividades, entre elas, segundo o art. 12, III, “intervenção de interesse social em áreas urbanas, para fins de recuperação ambiental e melhoria das condições de habitabilidade, saúde pública e qualidade das águas”.

Em casos de urbanização consolidada, o artigo 18, §2º prevê que “para a implantação de assentamentos habitacionais de interesse social pelo Poder Público, adotar-se-ão as disposições previstas na Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), sem prejuízo das funções ambientais da área de intervenção”.

Revela-se importante posicionamento o fato desta lei adotar o Estatuto da Cidade na solução de questões habitacionais.

O art. 13, por sua vez, trata das Áreas de Ocupação Dirigida, que “são aquelas de interesse para a consolidação ou implantação de usos urbanos ou rurais, desde que atendidos os requisitos que assegurem a manutenção das condições ambientais necessárias à produção de água em quantidade e qualidade para o abastecimento público”.

Já o art. 20 define as Subáreas de Urbanização Controlada – SUCt, que “são aquelas em processo de urbanização, cuja ocupação deverá ser planejada e controlada, devendo ser garantida a implantação de infra-estrutura de saneamento ambiental”. E uma das diretrizes para o planejamento e a gestão das Subáreas de Urbanização Controlada – SUCt é, segundo o art. 21, II, “estimular a implantação de empreendimentos habitacionais de interesse social, associados a equipamentos comunitários, bem como ao comércio e aos serviços de âmbito local”.

São áreas de recuperação ambiental - ARA, previstas no art. 40, “as ocorrências localizadas de usos ou ocupações que estejam comprometendo a quantidade e a qualidade das águas, exigindo intervenções urgentes de caráter corretivo”.³⁰

³⁰ Artigo 41 - Para efeito desta lei, as Áreas de Recuperação Ambiental - ARA compreendem:

I - Área de Recuperação Ambiental 1 - ARA 1;

II - Área de Recuperação Ambiental 2 - ARA 2.

§ 1º - As ARA 1 são ocorrências de assentamentos habitacionais de interesse social, desprovidos de infra-estrutura de saneamento ambiental, onde o Poder Público deverá promover programas de recuperação urbana e ambiental.

§ 2º - As ARA 2 são ocorrências degradacionais previamente identificadas pelo Poder Público, que exigirá dos responsáveis ações de recuperação imediata do dano ambiental.

Artigo 42 - As Áreas de Recuperação Ambiental 1 - ARA 1 serão objeto de Programas de Recuperação de Interesse Social - PRIS, que serão elaborados pelo Poder Público, em parceria com agentes privados quando houver interesse público.

Parágrafo único - Os PRIS deverão contemplar os projetos e ações necessários para:

1. reduzir o aporte de cargas poluidoras, mediante implantação de sistema de coleta e tratamento ou exportação de esgotos;
2. implantar e adequar os sistemas de drenagem de águas pluviais, de abastecimento de água e de fornecimento de energia elétrica;
3. adequar o sistema de coleta regular de resíduos sólidos;
4. adequar o sistema de circulação de veículos e pedestre, e dar tratamento paisagístico às áreas

A presente lei é relevante porque trata especificamente da Represa de Guarapiranga, manancial de abastecimento da população paulista que conta um elevado grau de ocupação e necessita de um tratamento específico para assegurar a realização do direito à cidade como um todo.

4.2.2.8

Lei Orgânica do Município de São Paulo

A Lei Orgânica do Município de São Paulo é de 4 de abril de 1990. O seu preâmbulo³¹ já vem consagrar a defesa da dignidade humana como um dos objetivos da lei.

E conforme o seu art. 2º, a organização do Município observará, dentre outros princípios e diretrizes, o seguinte: “VIII - a garantia de acesso, a todos, de modo justo e igual, sem distinção de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade, condição econômica, religião, ou qualquer outra discriminação, aos bens, serviços, e condições de vida indispensáveis a uma existência digna”.

Pode-se, assim, considerar dentre as condições de vida digna a serem proporcionadas pelo Município, a tutela do direito à moradia, garantindo-o a todos os habitantes da cidade.

Embora localizado somente no art. 237, merece destaque o preceito que impõe como dever ao Município de São Paulo o apoio e incentivo à defesa e promoção dos direitos humanos, estejam eles previstos na Constituição, em leis ou em tratados internacionais.

verdes públicas;

5. recuperar áreas com erosão e estabilizar taludes;

6. revegetar áreas de preservação;

7. desenvolver ações sociais e de educação ambiental dirigidas à população beneficiada pelos Programas, antes, durante e após a execução das obras previstas, de modo a garantir sua viabilização e manutenção;

8. reassentar a população moradora da ARA, que tenha de ser removida em função das ações previstas nos Programas;

9. estabelecer padrões específicos de parcelamentos, uso e ocupação do solo.

³¹ “Nós, representantes do povo do Município de São Paulo, reunidos em Assembléia Constituinte, respeitando os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgamos, sob a proteção de Deus, a presente Lei Orgânica, que constitui a Lei Fundamental do Município de São Paulo, com o objetivo de organizar o exercício do poder e fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa humana”.

Sabendo-se, então, que o direito à moradia e o direito à cidade são tanto constitucional quanto internacionalmente tutelados, não cabe dúvida acerca da sua proteção e defesa por parte do Poder Público Municipal.³²

E tendo em vista que o direito à moradia e o próprio direito à cidade são direitos metaindividuais, cumpre destacar o art. 7º da Lei Orgânica Municipal que prevê que “é dever do Poder Municipal, em cooperação com a União, o Estado e com outros Municípios, assegurar a todos o exercício dos direitos individuais, coletivos, difusos e sociais estabelecidos pela Constituição da República e pela Constituição Estadual, e daqueles inerentes às condições de vida na cidade, inseridos nas competências municipais específicas, em especial no que respeita a: I - meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, para as presentes e futuras gerações; II - dignas condições de moradia; (...)”.

E no sentido da proteção do direito à cidade, as normas relativas à política urbana, segundo o art. 148, terão “por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes, procurando assegurar: I - o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado de seu território; II - o acesso de todos os seus cidadãos às condições adequadas de moradia, transporte público, saneamento básico, infra-estrutura viária, saúde, educação, cultura, esporte e lazer e às oportunidades econômicas existentes no Município; III - a segurança e a proteção do patrimônio paisagístico, arquitetônico, cultural e histórico; IV - a preservação, a proteção e a recuperação do meio ambiente; V - a qualidade estética e referencial da paisagem natural e agregada pela ação humana”.

Parece que sob a égide da Lei Orgânica do Município, assim como ocorre no direito à cidade, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente devem ser tratados com equidade, garantindo-se ambos simultaneamente. Trata-se de assegurar justiça socioambiental aos habitantes da cidade, garantindo-lhes qualidade de vida ao proteger tanto o seu direito à moradia como a manutenção de um meio ambiente natural e construído sadio.

E para cumprir o disposto no art. 148, o Município deverá, de acordo com a disposição do art. 149, promover igualmente, dentre outras ações, “(...) IV - a

³² Acerca da tutela do direito à moradia na Constituição Federal e em Tratados Internacionais, ver Capítulo 1.

criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, social, ambiental, arquitetônico, paisagístico, cultural, turístico, esportivo e de utilização pública, de acordo com a sua localização e características; V - ações precipuamente dirigidas às moradias coletivas, objetivando dotá-las de condições adequadas de segurança e salubridade; (...) VII - a preservação dos fundos de vale de rios, córregos e leitos em cursos não perenes, para canalização, áreas verdes e passagem de pedestres”.

E o art. 149-A, acrescentado pela Emenda 24/01, vem confirmar a inadmissibilidade de conflito de direitos sob a vigência da Lei Orgânica Municipal, pois determina que “a lei ordenará a paisagem urbana, promovendo-a em seus aspectos estético, cultural, funcional e ambiental, a fim de garantir o bem-estar dos habitantes do Município, considerando, de modo integrado, o conjunto de seus elementos, em especial os sistemas estruturais, viário e de transporte público, a topografia, os cursos d`água, as linhas de drenagem e os fundos de vales, como eixos básicos estruturadores da paisagem.”

Conforme se percebe, a preocupação da lei tem sido, até o momento, promover um equilíbrio entre os direitos que devem ser garantidos pelo Poder Público visando, sempre, o alcance da qualidade de vida dos habitantes da cidade.

E, será, segundo o art. 150, o Plano Diretor o responsável pela “política de desenvolvimento urbano e de orientação de todos os agentes públicos e privados que atuam na cidade”³³, uma vez que a função social da propriedade urbana somente será cumprida se a atuação do proprietário estiver de acordo com as exigências traçadas no Plano Diretor.³⁴

³³ Art. 150, § 1º - O Plano Diretor deve abranger a totalidade do território do Município, definindo as diretrizes para o uso do solo e para os sistemas de circulação, condicionados às potencialidades do meio físico e ao interesse social, cultural e ambiental.
§ 2º - Será assegurada a participação dos munícipes e suas entidades representativas na elaboração, controle e revisão do Plano Diretor e dos programas de realização da política urbana.

³⁴ Art. 151 - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor e na legislação urbanística dele decorrente.

§ 1º - Para assegurar o cumprimento da função social da propriedade o Município deverá:
I - prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor;
II - assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos, respeitados os limites da capacidade instalada dos serviços públicos;
III - assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infraestrutura urbana e recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público.

Em relação à definição de Plano Diretor, podemos considerar que “(...) é o processo compreensivo e participativo no qual pode se dar o enfrentamento dos diversos conflitos existentes acerca do uso e ocupação do solo urbano e de seus recursos. (...) entendido em sentido amplo como o conjunto integrado da legislação urbanística e ambiental municipal, é a própria condição constitucional de reconhecimento do direito individual de propriedade imobiliária”.³⁵

E com relação à política de habitação a ser desenvolvida pelo Município de São Paulo, cabe destacar o art. 158 da Lei Orgânica que prevê que “os bens públicos municipais dominiais não utilizados serão prioritariamente destinados, na forma da lei, a assentamentos da população de baixa renda e à instalação de equipamentos coletivos, assegurada a preservação do meio ambiente”, sendo uma das competências do Município, na redação do art. 167, I, “elaborar a política municipal de habitação, integrada à política de desenvolvimento urbano, promovendo programas de construção de moradias populares, garantindo-lhes condições habitacionais e de infra-estrutura que assegurem um nível compatível com a dignidade da pessoa humana”.³⁶

E a disposição “assegurar a dignidade humana” deve ser compreendida como assegurar uma moradia em um ambiente saudável, que promova qualidade de vida.

Por fim, tendo em vista o exemplo que se utilizou para ilustrar o “conflito” nos moldes em que ele se apresenta na realidade, cabe fazer referência ao art. 185 da Lei Orgânica do Município de São Paulo que classifica, dentre outros locais, as Represas Billings e Guarapiranga como espaços especialmente protegidos.³⁷

³⁵ FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 319 e 320.

³⁶ Art. 171 - Considera-se para os efeitos desta lei, habitação coletiva precária, de aluguel, a edificação alugada no todo ou em parte, utilizada como moradia coletiva multifamiliar, com acesso aos cômodos habitados e instalações sanitárias comuns.
 § 1º - As habitações coletivas multifamiliares, com cadastro específico a ser instituído, serão submetidas a controle dos órgãos municipais, visando melhorar as condições de segurança e higiene dos imóveis.
 § 2º - As irregularidades, nos termos da legislação própria, cometidas por proprietários, sublocadores ou terceiros que tomem o lugar destes em imóveis alugados que se constituam em habitações coletivas precárias, acarretarão aos mesmos, além das sanções civis e criminais cabíveis, outras penalidades e providências administrativas previstas em lei.
 Art. 180 - O Município, em cooperação com o Estado e a União, promoverá a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente.

³⁷ Art. 185 - Os Parques Municipais, o Parque do Povo, a Serra da Cantareira, o Pico do Jaraguá, a Mata do Carmo, as Represas Billings e Guarapiranga, a Área de Proteção Ambiental do Capivari-Monos, a Fazenda Santa Maria, outros mananciais, os rios Tietê e Pinheiros e suas margens, nos

4.2.2.9

Plano Diretor do Município de São Paulo

A Lei 13.430/02 promulgou o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. Trata-se de uma lei bastante minuciosa, com diversas previsões específicas, conforme se poderá perceber ao longo da breve análise a seguir oferecida.

Primeiramente, o art. 2º do Plano Diretor estabelece que ele é “instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano, determinante para todos os agentes públicos e privados que atuam no Município”.

São princípios definidos no art. 7º do Plano Diretor Estratégico, dentre outros: “I - justiça social e redução das desigualdades sociais e regionais; II - inclusão social, compreendida como garantia de acesso a bens, serviços e políticas sociais a todos os munícipes; III - direito à Cidade para todos, compreendendo o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer; IV - respeito às funções sociais da Cidade e à função social da propriedade; VI - direito universal à moradia digna; IX - preservação e recuperação do ambiente natural.”

É possível entender que esse artigo privilegia o conceito de direito à cidade trazido no Estatuto da Cidade, e nele compreende o direito à moradia e meio ambiente, assegurando um tratamento equitativo de ambos os direitos e estabelecendo harmonia entre eles. Merece destaque o inciso VI por dar especial atenção ao direito à moradia digna.

Como objetivos, o Plano Diretor Estratégico definiu vários, porém, daremos especial destaque aos previstos no art. 8º, incisos: “(...) II - elevar a qualidade de vida da população, particularmente no que se refere à saúde, à educação, à cultura, às condições habitacionais, à infra-estrutura e aos serviços públicos, de forma a promover a inclusão social, reduzindo as desigualdades que atingem diferentes camadas da população e regiões da cidade; III - promover o desenvolvimento sustentável, a justa distribuição das riquezas e a equidade social no Município; (...) V - garantir a todos os habitantes da cidade acesso a condições seguras de qualidade do ar, da água e de alimentos, química e bacteriologicamente

segmentos pertencentes a este Município, constituem espaços especialmente protegidos.(Alterado pela Emenda 24/01)

seguros, de circulação e habitação em áreas livres de resíduos, de poluição visual e sonora, de uso dos espaços abertos e verdes; (...) X - democratizar o acesso à terra e à habitação, estimulando os mercados acessíveis às faixas de baixa renda; XI - prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor, de modo a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

E como objetivos da política urbana, definidos no art. 9º, são bastante importantes para o tema da dissertação os seguintes: (...) III - a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; e IV - a redução dos deslocamentos entre a habitação e o trabalho, o abastecimento, a educação e o lazer”. Quanto às diretrizes, o art. 10 traz nos incisos I e XII, as seguintes: implementação do direito à moradia, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte e serviços públicos, trabalho e lazer; e a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Importante destacar a preocupação do Município em estabelecer regras que evitem a segregação territorial. É o caso do art. 20, que prevê que “o Poder Público Municipal priorizará combater a exclusão e as desigualdades sociais, adotando políticas públicas que promovam e ampliem a melhoria da qualidade de vida dos seus munícipes, atendendo às suas necessidades básicas, garantindo a fruição de bens e serviços socioculturais e urbanos que a cidade oferece e buscando a participação e inclusão de todos os segmentos sociais, sem qualquer tipo de discriminação”.

E seguindo essa tendência, também encontra-se o art. 76, que ao definir os objetivos da Política de Urbanização e Uso do Solo, dispõe, no inciso I, que o Município deverá “evitar a segregação de usos promovendo a diversificação e mesclagem de usos compatíveis de modo a reduzir os deslocamentos da população e equilibrar a distribuição da oferta de emprego e trabalho na cidade”; no inciso IX, “urbanizar, requalificar e regularizar favelas, loteamentos irregulares e cortiços, visando sua integração nos diferentes bairros”; e, principalmente, no inciso XII, “evitar a expulsão de moradores de baixa renda das áreas consolidadas da cidade, providas de serviços e infraestrutura urbana”; e inciso XIII “coibir o surgimento de

assentamentos irregulares, implantando sistema eficaz de fiscalização e definir as condições e parâmetros para regularizar os assentamentos consolidados, incorporando-os à estrutura urbana, respeitado o interesse público e o meio ambiente”.

Nestes dois últimos incisos, o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo demonstra a preocupação em manter a população no local em que já se encontra estabelecida a sua moradia, as relações sociais, de emprego e vizinhança, privilegiando o entendimento aqui já esboçado acerca do direito à cidade.

O art. 77, IV, também traz como diretriz “a promoção de regularização fundiária e urbanística dos assentamentos habitacionais populares, garantindo acesso ao transporte coletivo, e aos demais serviços e equipamentos públicos”, demonstrando a preocupação em manter os habitantes integrados com o restante da cidade.

O primeiro objetivo da política de habitação do Município, segundo o inciso I, do art. 79, do Plano Diretor Estratégico é “assegurar o direito à moradia digna como direito social, conforme definido no artigo 6º da Constituição da República”.

Assumir esse compromisso é assumir a moradia não só como um direito constitucional social, mas também como um direito humano e coletivo, de aplicabilidade imediata, responsabilizando-se por todas as conseqüências decorrentes desse tratamento.

Isso justifica a diretriz da política habitacional prevista no inciso IX do art. 80, que assegura a “promoção da regularização física e fundiária de assentamentos já consolidados e das unidades construídas, garantindo moradia digna às famílias de baixa renda”, determinando, inclusive, no inciso X “a intervenção em áreas degradadas e de risco, de modo a garantir a integridade física, o direito à moradia e a recuperação da qualidade ambiental dessas áreas”.

Com essa diretriz, demonstra-se claramente que o objetivo da política urbana não deve ser a remoção dos moradores, mas a regularização das terras onde vivem para assegurar a harmonia entre o meio ambiente e a moradia, alcançando a concretização do direito à cidade.

4.2.2.10

Lei Municipal de São Paulo 13.558/2003 com alteração dada pela Lei Municipal 13.876/2004

A Lei Municipal n. 13.558/2003 “dispõe sobre a regularização de edificações e dá outras providências”.

De acordo com os incisos II e VI do art. 3º da Lei 13.558/2003, a regularização das edificações situadas em área de proteção dos mananciais e nas áreas de proteção ambiental, dependerão de prévia autorização do órgão municipal competente.

Isso demonstra que há viabilidade para a regularização de moradias em áreas como as citadas pela Lei, demonstrando a perfeita harmonização entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente na cidade.

Porém, o art. 4º prevê, ao que parece, uma exceção a essas possibilidades de regularização, não as admitindo nos casos em que as edificações “estejam situadas em faixas não-edificáveis junto a represas, lagos, lagoas, córregos, fundo de vale, faixa de escoamento de águas pluviais, galerias, canalizações e linhas de transmissão de energia de alta tensão ou em áreas atingidas por melhoramentos viários previstos em lei”.

Tal previsão poderá trazer problemas no momento da implementação da regularização, pois muitas das construções em áreas de preservação ambiental e proteção de mananciais podem estar localizadas nas faixas *non aedificandi* das margens dos corpos d’água. Assim, considera-se que se deva proceder de maneira a não prejudicar o direito à moradia, apenas afastando um pouco mais a população dessa faixa ou regularizando a moradia no local em que se encontra instalada, no caso da situação já estar consolidada.

5 Interpretação das decisões judiciais à luz do direito à cidade

5.1 Importância do Judiciário no equacionamento de conflitos envolvendo o direito à moradia e o meio ambiente

A ocorrência de litígios, fenômeno previsto e esperado, dá ensejo para a principal função do Poder Judiciário: a função jurisdicional. Cabe ao Estado, por meio de um de seus Poderes, a composição das lides. Leis genéricas e abstratas incidem no caso concreto e, com a interpretação dos magistrados, as partes obtêm seu direito resguardado¹. O processo judicial, sistema pelo qual o Poder Judiciário exerce a jurisdição culmina em uma sentença. Ocorre, neste ponto, o exercício da fundamental função do Poder Judiciário juntamente com a presunção da concretização da justiça.

A jurisprudência, entendida como a visualização de um rumo palpável nos julgados dos magistrados de um mesmo tribunal, ou ainda, como um ponto de interseção nas interpretações de diferentes juizes num mesmo tribunal, auxilia os intérpretes do Poder Judiciário na realização de suas funções. O sistema de composição das lides é afetado pelos indicadores jurídicos presentes na jurisprudência, consistindo em poderosa ferramenta disponibilizada pelos magistrados para futuras decisões, posto que produz um norte para o processo de interpretação da normativa e doutrina jurídica.²

Nesse sentido, a norma jurídica é, sem dúvida, bastante importante para a composição dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário. Ela serve como um ponto de partida para o julgador decidir o caso que lhe é apresentado, na maior parte das vezes, de forma dedutiva.

¹ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 553 a 555.

² In Relatório de Pesquisa apresentado ao CNPq sob o título “Direito à Cidade: Práticas Sociais Instituintes e Paisagem Consentida”. Coordenadora: Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi. Rio de Janeiro, 2006.

No entanto, a norma não é instrumento único e suficiente para a solução dos conflitos judicializados. O processo de sua aplicação conta com a interação dos mais variados fatores - como valores, fatos, formações políticas e ideológicas - e não é dotado de imparcialidade plena, pois implica numa participação do sujeito que aplica a norma com suas histórias e experiências pessoais.

O chamado “processo de interpretação da norma jurídica” é capaz, assim, de produzir novos sentidos.

E o intérprete constitui, portanto, elemento da maior relevância no processo interpretativo da norma jurídica.³ Sua formação cultural e ideológica muito refletirá nas decisões por ele tomadas. Boaventura de Sousa Santos, de forma bastante esclarecedora, já desenvolveu trabalho expondo a importância da interação entre o sujeito e o objeto de seu conhecimento e dizendo que o objeto é a extensão do sujeito, sendo que, dessa forma, todo conhecimento é autoconhecimento.⁴

É graças a essa atuação do Poder Judiciário através de seus magistrados que se pode concluir que o Direito é uma realidade dinâmica,⁵ flexível, plástica, viva⁶ e de grande adaptabilidade às novas realidades sociais. Porém, essa adaptabilidade somente será verificada se o intérprete-aplicador da norma jurídica conseguir conferir-lhe, além da eficácia jurídica que ela já possui, uma eficácia social.

Em relação à composição de conflitos, a decisão judicial é capaz de lhes colocar um fim. Conforme já apresentado na introdução deste trabalho, os conflitos não são passíveis de serem solucionados, em especial na atualidade

³ Carlos María Cárcova, em estudo denominado *Sobre el razonamiento judicial*, atenta para o fato da subsunção não mais atender as necessidades da sociedade e, conseqüentemente, deixar de ser utilizado pelos juízes na aplicação da lei. Assim, o autor insere no texto a concepção de “egologia” como sendo um método de interpretação a ser utilizado pelos magistrados em que o conhecimento parte da própria conduta e volta reflexivamente sobre ela. In CÁRCOVA, Carlos Maria. *Sobre el razonamiento judicial*. Noviembre de 2003.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*, p. 81 a 84. “Hoje sabemos e suspeitamos que nossas trajetórias de vida pessoais e colectivas (enquanto comunidades científicas) e os valores, as crenças e os preconceitos que transportam são a prova íntima do nosso conhecimento, sem o qual as nossas investigações laboratoriais ou de arquivo, os nossos cálculos ou os nossos trabalhos de campo constituiriam um emaranhado de diligências absurdas sem fio nem pavio”.

⁵ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, p. 72.

⁶ Segundo Spota, a jurisprudência “tende a configurar o direito vivo”, evitando que se crie um abismo entre a lei e a justiça. SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do Direito através da Jurisprudência*, 1985.

plural em que vivemos. Porém, a decisão judicial, embora não resolva, propriamente, um conflito, ao menos impede que ele continue.⁷

Dessa forma, quando um conflito jurídico é apresentado perante o Poder Judiciário, como é o caso da tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado abordado nesta dissertação, a importância está justamente no fato de que com a sua judicialização ele deve encontrar um fim, um limite que, ao menos naquele caso específico, impede que o conflito perdure ao longo do tempo.

Porém, o fato da decisão judicial ser capaz de colocar limite aos conflitos não significa que qualquer que seja o seu conteúdo, a sua forma de limitar o conflito, seja satisfatória. É preciso que o Poder Judiciário esteja apto a atender as demandas sociais insurgentes, os conflitos coletivos que se apresentam na atualidade, bem como esteja ciente de que o direito estatal não é o único direito presente na sociedade contemporânea, pois paralelamente a ele existem outros direitos reconhecidos pelos cidadãos e que, por isso, precisam do reconhecimento pelo Judiciário para que melhor sejam solucionados os conflitos postos em juízo.

Assim, comportamentos derivados do positivismo jurídico, como o dogmatismo e a lógica-formal, demonstram-se ineficazes para limitar os conflitos complexos com que têm que trabalhar nossos magistrados, sendo necessária a superação desse paradigma em que se formaram a maioria de nossos juízes para que seja possível a composição mais equitativa dos conflitos atuais sob uma reflexão crítica da hermenêutica jurídica.⁸

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, p. 314: “Ao contrário dos outros conflitos sociais, com os religiosos, os políticos, os econômicos, os conflitos jurídicos são tratados dentro de uma situação em que eles encontram limites, não podendo mais ser retomados ou levados adiante indefinidamente (ver, por exemplo, a noção de coisa julgada)”.

⁸ Nesse sentido, FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A Função social do Judiciário*, p. 5 a 13. “Dogmático e lógico-formal, tendo na ênfase ao equilíbrio entre os poderes e à imparcialidade e neutralidade do Judiciário dois pilares fundamentais, esse modelo privilegia a lei como fonte primária e quase exclusiva de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais, aceita o Estado como a única fonte de direito, o qual é encarado como a cristalização de uma razão abstrata e atemporal, concebe a norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes e considera os juízes como simples aplicadores/ executores dos padrões normativos vigentes, vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais exerçam e ditem as regras de conduta a partir de sua própria existência.” E FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, 1992.

5.2

Metodologia da Pesquisa Jurisprudencial e categorias analíticas adotadas como palavras-chaves

Os conflitos entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontram lugar privilegiado, neste trabalho, nas cidades. Isso porque, atualmente, a cidade representa um espaço acirrado de conflitos, desejos e identidades plurais que compõem um rol de direitos e deveres a serem tutelados e realizados pelo poder político e pela sociedade civil.

As necessidades que se manifestam no espaço urbano são, em consequência da complexidade do direito à cidade, as mais diversas, ensejando o seu pleito perante o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário no âmbito do equacionamento desses conflitos é de extrema relevância, impondo, assim, a realização de pesquisa jurisprudencial⁹ sobre o tema do direito à moradia e seu conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas cidades. Averiguar qual tem sido a experiência e a tendência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro constitui, justamente, o objetivo da pesquisa no que se refere ao equacionamento desses conflitos propriamente ditos sob a ótica da justiciabilidade do direito social à moradia.¹⁰

A pesquisa contará, ainda, com o levantamento e a sistematização de acórdãos, segundo palavras-chave, privilegiando os conflitos envolvendo o direito à moradia e meio ambiente apreciados pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro.

As palavras-chaves selecionadas como critérios para a identificação e sistematização da jurisprudência constituem verdadeiras chaves de sentido. Isso porque permitem a reflexão que encaminha para a redefinição e produção de novos conteúdos do texto, constituindo de forma plena categorias analíticas.

⁹ O conceito de jurisprudência adotado é o de SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, p. 30, para quem a jurisprudência é “o conjunto, não necessariamente homogêneo, de decisões prolatadas pelos órgãos julgadores componentes do sistema Judiciário”.

¹⁰ Entende-se aqui por justiciabilidade do direito social à moradia o seu atributo de ser objeto de pleito em juízo. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos, ver artigo de PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas*, 2005.

O referido recorte espacial foi escolhido em virtude dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e Rio de Janeiro serem responsáveis pelo julgamento de demandas das duas maiores metrópoles do país, onde estão situadas suas respectivas capitais¹¹, apresentando uma gama enorme de demandas judiciais envolvendo os conflitos entre direito à moradia e a preservação urbano-ambiental. Além disso, a escolha foi norteada pelo fato de São Paulo e Rio de Janeiro serem os Estados da Região Sudeste onde se encontra a maior parte da população urbana. Além dessas especificidades, em virtude de pesquisas realizadas anteriormente, a escolha do Rio de Janeiro e de São Paulo permite mais amplo acesso a fontes documentais. A acessibilidade a esses Tribunais também é muito maior, tendo em vista o fato de serem a primeira instância recursal, o que permite a obtenção de uma medida mais exata da quantidade e qualidade dos casos existentes.

Quanto ao recorte temporal, a pesquisa jurisprudencial será efetuada no período compreendido entre os anos de 1995 e 2005. Justifica-se o referido recorte, tendo em vista a data de promulgação da Constituição Federal (05 de outubro de 1988), do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil (10 de julho de 2001 e 10 de janeiro de 2002, respectivamente), e considerando um tempo razoável para que as demandas venham a ser objeto de julgamento na 2ª instância permitindo aos respectivos Tribunais apreciá-las em conformidade com a legislação em vigor, que representa significativo marco institucional do Direito Urbanístico e da nova ordem constitucional de 1988.

No entanto, cumpre esclarecer que a pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontra certas limitações que, inevitavelmente, serão repassadas para este trabalho. A pesquisa virtual viabilizada pelo *site* do Tribunal em tela permite apenas que se consultem duzentas (200) ementas por vez, restringindo o universo da pesquisa. Além disso, não há como efetuar a pesquisa por período, uma vez que não é possível delimitar o ano no qual se pretende obter informações dos julgados. No que diz respeito ao acesso ao inteiro teor das decisões, somente é possível obtê-las em relação aos acórdãos julgados a partir de 1998, desde que as ementas disponibilizem o número do processo e a data de julgamento.

¹¹ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15 de junho de 2005.

Devido a essas dificuldades, a pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo será realizada, no caso de algumas das palavras-chaves, por amostragem, tentando-se, ao máximo, obter a mais variada gama de julgados.¹²

A análise da jurisprudência buscará observar o referencial teórico e normativo adotados na fundamentação dos acórdãos estudados, além de verificar quais são as partes envolvidas na demanda, qual fora a decisão monocrática anterior que ensejou o recurso e qual tem sido o alcance dos tratados de direitos humanos e da proteção constitucional ao direito à moradia.

A caracterização das tendências dos julgados será especialmente norteadada pelos princípios do direito urbanístico e ambiental, permitindo identificar o marco teórico e normativo predominante nas decisões.

As categorias analíticas também constituem palavras-chaves selecionadas para orientar a pesquisa. Assim, tendo em vista o tema da dissertação, que envolve os conflitos referentes ao direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas cidades, foram escolhidos os seguintes vocábulos e referências normativas: moradia, área de preservação, meio ambiente, habitação, direitos humanos, direitos fundamentais, Lei 6766/79, Lei 10.257/01, Código Florestal, Lei 4771/65, direito e cidade, Estatuto da Cidade, ambiente natural, ambiente construído, ocupação, assentamento, princípios de direito urbanístico, princípios de direito ambiental, plano diretor, Lei Complementar 16/92 e lei orgânica do município.

Algumas palavras e referências normativas selecionadas para a pesquisa no TJSP, devido às peculiaridades da pesquisa no *site* do respectivo Tribunal, diferem das palavras escolhidas para o TJRJ. Assim, no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo temos, além dos vocábulos descritos acima, com exceção do vocábulo ocupação, os seguintes: meio ambiente e cidade, Lei 6766, Lei 10257, direito à cidade, uso e ocupação e lei orgânica do município de São Paulo.

Outra observação importante a ser feita é a de que no curso da pesquisa jurisprudencial, o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformulado. Os resultados obtidos de acordo com a nova forma de pesquisa

¹² Recentemente o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformulado e são disponibilizados um número maior de acórdãos. Porém, a pesquisa ainda não pode ser feita por período e o acesso ao inteiro teor continua sendo possível somente a partir das decisões datadas de 1998.

disponibilizada no *site* dizem respeito às seguintes palavras-chaves: habitação, direitos fundamentais, direito à cidade e Lei 10.257.

5.3

Quadro dos acórdãos levantados no TJRJ segundo a incidência das palavras-chaves

	Total	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Moradia	501 6	79 2	96 0	71 0	44 0	34 1	37 2	35 0	53 0	27 0	13 0	12 0
Área de preservação	82 13	10 3	22 1	15 1	9 2	3 1	7 2	5 1	8 2	1 0	1 0	1 0
Meio Ambiente	383 27	50 3	75 5	75 4	51 5	23 3	30 0	23 1	16 3	12 1	19 2	9 0
Habitação	831 3	117 0	148 0	127 0	90 0	71 0	77 0	50 2	56 0	36 1	38 0	21 0
Direitos Humanos	186 0	50 0	30 0	28 0	16 0	10 0	13 0	16 0	8 0	4 0	9 0	2 0
Direitos Fundamentais	1133 2	302 2	296 0	210 0	109 0	40 0	52 0	51 0	39 0	10 0	19 0	5 0
Lei 6766/79	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Código Florestal	2 0	1 0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1 0
Lei 4771/65	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Direito e cidade	220 5	33 0	54 2	48 2	22 0	11 0	20 0	6 0	8 0	6 1	8 0	4 0
Lei 10.257/01	0	0	0	0	0	0	XX	XX	XX	XX	XX	XX
Estatuto da Cidade	16 1	10 0	2 1	3 0	1 0	0	XX	XX	XX	XX	XX	XX
Ambiente natural	30 1	9 0	12 0	2 0	3 1	1 0	0	1 0	1 0	0	1 0	0
Ambiente construído	2 1	1 0	0	0	0	0	0	0	1 1	0	0	0
Ocupação	1325 10	123 2	176 2	145 1	142 0	74 3	133 1	102 0	87 0	37 0	52 1	34 0
Assentamento	107 3	22 1	8 0	16 0	13 1	11 1	13 0	7 0	6 0	6 0	4 0	1 0
Função social da propriedade	356 0	40 0	99 0	78 0	72 0	31 0	27 0	7 0	2 0	0	0	0
Princípios de direito urbanístico	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Princípios de direito ambiental	19 3	2 2	2 0	8 0	3 0	0	0	1 0	0	1 0	2 1	0
Plano Diretor	57 0	11 0	14 0	16 0	9 0	1 0	2 0	2 0	1 0	0 0	1 0	0 0
Lei Compl. 16/92	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lei Orgânica do Município	748 1	117 1	131 0	52 0	55 0	29 0	32 0	16 0	18 0	14 0	18 0	18 0

A análise dos acórdãos indica, em primeiro lugar, considerado o espaço temporal pesquisado, a escassez de casos envolvendo o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que no universo temporal de 1995 a 2005, ou seja, dez anos, o *site* fonte da pesquisa contém apenas 75 julgados, indicando, portanto, que tais conflitos, embora sejam reconhecidos na literatura e na realidade social brasileira, não foram, em sua maioria, judicializados.

Outro aspecto interessante e que merece atenção é que se observa um aumento gradativo de casos em que a incidência da palavra-chave “direitos humanos” é citada nos acórdãos. Porém, ainda que tenham se tornado mais constantes, permanece restrito o número de acórdãos que lhe fazem menção, apesar da reconhecida importância e alcance internacional dos direitos humanos na atualidade. É relevante registrar que nenhum dos casos onde a palavra-chave “direitos humanos” foi encontrada dizia respeito a julgado envolvendo a moradia e o meio ambiente.

Constatar que no discurso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não se inclui o conceito de direitos humanos em causas que julgam os conflitos envolvendo a moradia, realização da dignidade da pessoa humana enquanto direito humano fundamental, é inadmissível, mesmo porque considerando que a categoria é referenciada em outros julgados, não poderemos deduzir que se trata de desconhecimento da relevância dos direitos humanos para a fundamentação da tutela jurídica.

Não estando presentes nas causas que dizem respeito aos conflitos entre a moradia e o meio ambiente parece indicar uma restrição setorializada dos fundamentos dos direitos humanos. Nesse sentido, talvez deva se observar que os textos normativos nacionais utilizam de forma parcimoniosa o conceito¹³.

Os direitos fundamentais, por sua vez, tiveram um aumento considerável no número de citações em acórdãos, passando de 5 referências em 1995 a 302 em 2005, sendo interessante registrar que nos últimos 5 anos a incidência foi muito ampla, pois registramos 53 ocorrências no ano 2000, 40 em 2001, 109 em 2002,

¹³ Encontramos menção ao termo “direitos humanos” na Constituição Federal, art. 4º, II; e no Decreto 678/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

210 em 2003, tendo um total de 296 no ano de 2004.¹⁴ Tudo indica, porém, que a moradia tem sido muito raramente considerada um direito fundamental pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em virtude da sua ocorrência em somente dois dos julgados analisados, que convém ressaltar, não diziam respeito ao conflito do direito à moradia com o direito ao meio ambiente, mas que foram relevantes porque os únicos que definiram o direito à moradia como um direito fundamental. Por outro lado, há uma progressiva incidência da palavra-chave “direitos fundamentais” nos conflitos atinentes ao direito à saúde e direito do consumidor.

A categoria “direito à cidade”, institucionalizada em nosso ordenamento constitucional em 1988, pouquíssimas vezes tem sido mencionada nas decisões do referido Tribunal. A sua inexpressiva incidência, apesar da palavra direito à cidade ter conteúdo importante para o ordenamento jurídico brasileiro, demonstra que o conceito não foi incorporado pelo Tribunal, observando-se apenas 5 julgados distribuídos em um caso em 1997, dois casos em 2003 e dois em 2004.

O conceito “cidade” não apresenta relevante incidência no discurso presente nos julgados analisados, pois ele nunca aparece como sujeito ou objeto nas decisões.

Promulgado em 2001, o Estatuto da Cidade também parece não ter o devido reconhecimento, uma vez que a sua referência foi observada em apenas um caso no ano de 2004.

Existe, assim, uma lacuna real no que diz respeito à tutela do direito à cidade no âmbito dos julgados que envolvem conflitos entre o direito à moradia e o meio ambiente. No intuito de compreender este quadro, podemos levantar algumas razões ou hipóteses que podem ter corroborado, entre elas: a rara incidência dos conceitos-chaves, o não reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental e até mesmo o fato das demandas, em sua maioria, terem sido oriundas do Ministério Público que reconhecidamente tutela causas coletivas, realizando com grande responsabilidade e eficiência sua função

¹⁴ “(...) também o Judiciário foi chamado a dar sua contribuição para a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídico-privadas. (...) quando o juiz civil deve interpretar e definir o alcance concreto de certas previsões normativas do código civil, deve ele levar em consideração, como verdadeiras “linhas diretivas”, o sentido dos direitos fundamentais”. FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 45 e 47.

de curador do meio ambiente, mas que no entanto pode estabelecer uma dicotomia com sérias conseqüências caso se compreenda que a tutela do meio ambiente, reconhecidamente um direito coletivo, está em campo oposto à tutela dos direitos individuais, se assim for reconhecido o direito à moradia.

Afinal, historicamente, o direito à moradia foi sempre considerado direito privado protegido pelo Código Civil, como se pode observar da redação do Código Civil de 1916 em que não havia nenhuma citação expressa da moradia, e do próprio texto do Código Civil de 2002 em que a palavra moradia ainda aparece de forma bastante tímida.

Portanto, foi observado que o Tribunal, majoritariamente, privilegiou em suas decisões o direito ao meio ambiente. E, sistematicamente, na fundamentação dos julgados, desconsiderou as questões que envolviam o direito à moradia, destacando-se raros exemplos em que a questão habitacional foi considerada como um dos eixos do conflito.

Sobre as decisões judiciais, cabe ainda registrar o quanto tem sido limitada a fundamentação teórica e normativa nos julgados levantados. Preponderantemente, observaram-se citações legislativas que já haviam sido mencionadas pelas partes durante o processo, sem o enriquecimento do conteúdo do acórdão com novos textos normativos que pudessem contribuir para solucionar a questão. Em relação à fundamentação teórica, ficou evidente que o Tribunal restringe bastante a sua utilização, fazendo-o em raríssimas ocasiões.

Observa-se, ainda, que nas raras vezes em que observamos a indicação de marco teórico e normativo, a fundamentação foi excessivamente técnica e processual, mitigando a importância do direito material na solução das demandas. Com isso, o Tribunal manteve-se preso às formalidades e foi bastante breve na abordagem do direito material, tendo até mesmo, em determinados casos, deixado de apreciá-lo em nome da discussão de pontos estritamente processuais como, por exemplo, questões ligadas à legitimidade passiva da demanda e à adequação da medida utilizada, entre outros aspectos.

Em relação aos direitos coletivos e a sua compreensão pelo Poder Judiciário, primeiramente é preciso admitir que a solução dos conflitos na sua dimensão molecular¹⁵ permite mais fácil acesso à justiça, pois possibilita que todos os

¹⁵ “Dimensão molecular” é a expressão utilizada por Ada P. Grinover para denominar as demandas coletivas. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*

envolvidos no problema do qual decorre a ação sejam beneficiados pelo ingresso em juízo, acarretando, inclusive, menores custos em comparação à interposição de diversas ações individuais, além de evitar decisões contraditórias acerca do mesmo objeto.

Porém, é preciso admitir que no campo da concreção os direitos coletivos necessitam de individualização. O processo civil prevê, desde a legitimidade para a proposição da ação, que se concentra numa associação ou no Ministério Público, por exemplo, até a dimensão da eficácia da sentença, a necessidade de individualização. Isso significa que as questões coletivas não são possíveis de se enfrentar plenamente com o direito dado.¹⁶

A necessidade de representação do coletivo nas demandas pode, então, ser questionada, pois até que ponto é possível construir uma representação coletiva que não traia a sua identidade coletiva?¹⁷

De acordo com Miguel Baldez, “é preciso abrir brechas para uma nova subjetividade”¹⁸. Essa subjetividade deve ser coletiva e compreendida a partir da ação política dos movimentos, que devem ter a sua personalização discutida.

Segundo referido autor, a subjetividade é algo aberto, em construção. Os movimentos, por sua vez, são uma demanda de sujeitos. Essa nova subjetividade contraria o direito colocado em códigos. É preciso pensar o direito como potência, passível de atravessar uma dimensão coletiva.

O ordenamento jurídico atual limita o coletivo dos movimentos. Segundo Miguel Baldez, citando Pontes de Miranda, o Direito estava baseado na concepção

pelos autores do anteprojeto, p. 729; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*, p. 19 a 39. Neste artigo a autora se posiciona acerca do acesso à justiça: “Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser uma promessa vã. Facilitá-lo, por intermédio de ações coletivas, é um grande avanço, assimilado pelo direito processual brasileiro. Mas admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente úteis só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores com relação à justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário”.

¹⁶ Essa tese é defendida por Miguel Baldez, que concedeu-nos uma entrevista em 06 de fevereiro de 2006, no Rio de Janeiro.

¹⁷ Pergunta de Miguel Baldez, que questiona a legitimidade da representação, sugerindo que os movimentos coletivos devem ser “presentados” e não “representados”, pois eles devem “presentar” a si mesmos. Entrevista concedida em 06 de fevereiro de 2006, no Depto. de Direito da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro. Também encontramos tal posicionamento de Miguel Baldez em seu artigo *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p. 91.

¹⁸ Entrevista realizada com o Prof. Miguel Baldez em 06 de fevereiro de 2006, no Rio de Janeiro.

de que só existe direito subjetivo se houver uma outorga de direito objetivo. Ou seja, deve haver uma relação do sujeito com o bem jurídico. Essa concepção não dá espaço para o coletivo.

A escassez de demandas propostas por moradores também merece destaque. Ela pode estar ligada ao medo do despejo ou de chamar a atenção para suas condições de ilegalidade, conforme fora afirmado por Boaventura de Souza Santos em estudo efetuado numa favela do Rio de Janeiro.¹⁹ Além disso, Boaventura atenta para o fato de juízes e advogados serem vistos como muito distanciados das classes baixas para poder entender as suas necessidades e aspirações, sendo também serviços muito caros.²⁰

A seguir foram selecionados nove acórdãos do TJRJ para serem analisados mais detidamente. O critério de escolha destas decisões levou em consideração o fato de representarem a questão principal da dissertação, qual seja, o contexto do conflito entre o direito à moradia e a preservação do meio ambiente nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ou aqueles julgados que melhor realçaram a relevância do direito à moradia.

5.3.1

Principais casos selecionados no TJRJ

Nº do Processo do TJRJ	Data do julgamento	Tipo de ação e Partes	Pedido ²¹	Legislação Aplicada	Marco Teórico	Decisão do Tribunal
1995.002.02200	09/04/1996	Agravo de Instrumento em Ação Civil	Apreciação do pedido liminar na ação principal para manter o	Art. 129 e 225, CF Art. 5º, §1º, Lei 7347/85 ²²	Conceito legal de poluidor ²⁶ Responsabilidade e municipal	Provimento do Recurso de Agravo por

¹⁹ SANTOS, Boaventura Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*.

²⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, p. 113.

²¹ O pedido, segundo Humberto Theodoro Jr., “exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. (...) É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.318.

		Pública Agte.: Ministério Público Agdo.: Município do Rio de Janeiro	município no pólo passivo da ação e determinar-lhe que delimite a área de proteção ambiental invadida no Penhasco Dois Irmãos e cadastrar as construções existentes no local	Art. 39, IV, Lei 6938/81 ²³ Art. 443, Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro ²⁴ Art. 22, Código Florestal ²⁵	Rodolfo de Camargo Mancuso - defesa de interesses difusos pelo princípio da solidariedade	unanimidade
1998.002.00781	26/05/1998	Agravo de Instrumento em Interdito Proibitório Agte.: Município do Rio de Janeiro Agdo.: Espólio de Monoel Pinto Jr. e outra	Permitir a atuação administrativa do Município na área ambiental ocupada pelos agravados	Art. 572, Código Civil de 1916 Art. 2º, 3º e 5º, §2º, Lei 1912/92 ²⁷	Hely Lopes Meirelles - conceito de polícia administrativa geral e especial	Provimento do recurso por unanimidade

²² Lei que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

²³ Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

²⁴ Não consta o número da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro no *site*: www2.rio.rj.gov.br/pgm/LeiOrganica/leiorganica.html, consultado em 20 de janeiro de 2006. O art. 443, da LOMRJ dispõe: "Qualquer construção ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença é sujeita a interdição, embargo ou demolição, nos termos da legislação pertinente, executadas aquelas localizadas nas áreas de regularização fundiária conforme previsto em legislação específica".

²⁵ Lei 4771/65.

²⁶ Art. 3º, Lei 6938/81: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV. poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.

²⁷ Lei que criou a Área de Proteção Ambiental do Morro dos Cabritos e Morro da Saudade.

2001.002.04085	10/10/2001	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública Agte.: Ministério Público Agdo.: Município de Niterói	Retirar invasores e demolir construções irregulares edificadas no Morro do Cavalão na vertente voltada para o Bairro de São Francisco	Art. 526, Código de Processo Civil	Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação	Parcial provimento ao recurso por unanimidade para que o agravado tome providências para evitar o alargamento da área já ocupada por construções irregulares em área de preservação
2002.001.05493	13/11/2002	Apelação em Ação Indenizatória Apte.: Município de Rio das Ostras Apdo.: Romildo de Souza	Considerar legal a demolição sumária da casa do apelado erguida em área de preservação ambiental não impondo ao Município o pagamento de indenização	Lei 4771/65 ²⁸ Lei 9605/98 ²⁹ Código de Obras do Município de Rio das Ostras ³⁰	Área de preservação permanente Construção irregular Exercício do poder de polícia	Provimento ao recurso por unanimidade
2002.004.01892	26/02/2003	Mandado de Segurança Impte.: Gabriela Lomba	Fazer com que a autoridade coatora abstenha-se de praticar qualquer ato que importe	Art. 6º, CF Decreto Municipal 22.317/02 ³¹	Direitos sociais – direito à moradia Voto vencido: Impossibilidade de regularização	Concede a segurança, por maioria de votos

²⁸ Código Florestal.

²⁹ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

³⁰ Lei 208/96. Para obter o inteiro teor da lei que institui o Código de Obras de Rio das Ostras, consultar:

http://www.pmro.rj.gov.br/modules.php?name=Downloads&d_op=viewdownload&cid=3. Acesso em 24 de janeiro de 2006.

³¹ Decreto que ordena a demolição do prédio em vive a impetrante.

		Araújo de Oliveira repres. pela mãe Cristina Maria Lomba de Araújo Réu: Prefeito do Rio de Janeiro	na demolição do prédio em que está localizada sua moradia			
2004.001.11576	24/08/2004	Apelação em Embargos de Terceiro (interposto em Reintegração de posse) Apte.: Edvaldo Gomes de Araújo e outros Apdo.: Condomínio do Edifício Parque Residencial Laranjeiras	Os apelantes requerem o seu reconhecimento como terceiros e não como partes legítimas, como considerou a sentença dos embargos. Por isso, alegam que os efeitos da sentença que concedeu a reintegração de posse aos proprietários do imóvel que eles ocuparam não pode atingí-los.	Art. 505, Código Civil de 2002	Propriedade e posse Condomínio - coletividade Função social da propriedade	Denegam o recurso por unanimidade
2004.001.18744	06/10/2004	Apelação em Ação Civil Pública Apte.: Município de Niterói	Pleiteia o chamamento da União e do Estado do Rio de Janeiro como litisconsortes passivos	Art. 30, VIII, CF Art. 182, CF Art. 358, VIII e 358, Constituição	Padrões urbanísticos e bem-estar da população Princípio da legalidade Hely Lopes	Negam, por unanimidade, provimento ao recurso e confirmam parcialmente a sentença

		Apdo.: Ministério Público	necessários, assim como os moradores da área e requer a improcedência do pedido de delimitação da área ocupada pela Favela do Cavalão com a construção de um muro, de forma a permitir o controle do crescimento da favela com a devida fiscalização	o do Estado do Rio de Janeiro	Meirelles: princípio do interesse público Celso Antonio Bandeira de Mello: discrecionalidad e	em reexame necessário para isentar o Município do pagamento das custas processuais
2004.002.04292	16/02/2005	Agravo de Instrument o em Ação Indenizatór ia Agte. 1: Heraldo Soares Vieira Agte. 2: Amarílis Bernacchi Alves e Prata Agdo.: Município do Rio de Janeiro	O 1º agravante requer seja garantido o seu direito de retenção pelas benfeitorias e a 2º agravante requer o direito de não ser desalijada de seu lar, <i>manu militari</i> , antes e independenteme nte da medida judicial pertinente	Art. 17 e 273, Código de Processo Civil Dignidade da pessoa humana e direito à moradia Art. 5º, XXII, CF Art. 1º, CF	Bem público de proteção ambiental dignidade humana direito à moradia Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery - litigância de má- fé	Parcial provimento ao recurso por unanimidade para determinar apenas que o 2º agravante possa permanecer no imóvel enquanto o agravado não adotar providências cabíveis
2005.001.03660	07/06/2005	Apelação em Ação	Permanência dos apelantes na	Dec. 2365 Serla ³²	Dano ambiental Ocupação	Denega o recurso por

³² Decreto que define área *non aedificandi* situada na Faixa Marginal de proteção ambiental, entre a margem direita da Via Parque e a Lagoa da Tijuca.

		Civil Pública Apte.: José Deolindo de Oliveira Filho e outros Apdo.: Município do Rio de Janeiro	faixa marginal de proteção ambiental da Lagoa da Tijuca por eles ocupada	Lei 4771/65, art. 2º ³³ Art. 37, §6º, CF	irregular	unanimidade
--	--	--	--	---	-----------	-------------

5.3.2

Análise dos principais acórdãos do TJRJ

5.3.2.1

TJRJ, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1995.002.02200, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Martinho Campos, julgamento em 09.04.96.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual por danos causados ao meio ambiente em face do Município do Rio de Janeiro, requerendo que o réu demolisse construções situadas na encosta da Avenida Niemeyer, entre os números 550 e 720, acima da quota cem do nível do mar. Liminarmente, o autor pediu para que a área invadida fosse delimitada com cercas e placas e que as construções existentes no local fossem cadastradas com posterior envio ao Juízo de 1ª instância de “croquis” identificando as edificações.

O Município do Rio de Janeiro interpôs agravo de instrumento alegando sua ilegitimidade passiva por não ser o causador da poluição ambiental, mas sim os ocupantes da área. Alegou também a existência de litisconsórcio necessário da União que tombou a área, cuja fiscalização compete ao IBAMA e ao Costituto Estadual de Florestas, e litisconsórcio com os ocupantes e proprietários da área. Além disso, sustentou a incompetência absoluta do juízo por ser a área tombada pela União.

³³ Código Florestal.

O juízo de 1ª instância exerceu a retratação em relação ao 1º agravo por ter considerado a discussão de grande complexidade jurídica, envolvendo indagação plúrima de responsabilidade, revogando a liminar concedida.

Desse despacho, o Ministério Público interpôs outro agravo, remetido ao Tribunal, objeto da presente análise.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso. O Município manifestou-se pelo desentranhamento do parecer alegando que o Ministério Público é autor da ação e não pode funcionar ao mesmo tempo como fiscal da lei.

O Tribunal acolheu as alegações do Município e determinou o desentranhamento do parecer. Quanto à retratação do juízo monocrático, o Tribunal chamou a atenção para o fato de que não pode o juiz deixar de decidir as questões suscitadas pelas partes a pretexto de sua complexidade.

Assim, passou a decidir nos seguintes termos.

A legitimidade passiva, segundo o juízo de 2ª instância, “decorre da conceituação de poluidor” dada pela Lei 6938/81, em seu artigo 3º, VI. Como o Município tem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, impedindo sua degradação, e o dever legal, na forma do artigo 443, da Lei Orgânica, de interditar, embargar ou demolir, segundo o texto legal, “qualquer construção ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença”, ele é responsável indireto pela degradação. Assim, a ação civil pública foi contra ele corretamente dirigida.

Quanto ao litisconsórcio passivo necessário, a ação civil pública tem suas peculiaridades, pois destina-se à defesa de interesses difusos, sendo regida pelo princípio da solidariedade - que permite que o autor escolha contra quem demandar. Por isso, conforme afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, a reparação pode ser exigida de todos e de qualquer um. Assim, também fica afastada a competência da Justiça Federal.

Assim, acordaram os Desembargadores, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do Ministério Público a fim de evitar que a ocupação ainda incipiente progrida desordenadamente.

Analisando o julgado, foi possível observar que a discussão acerca da fundamentação do conflito fica restrita ao campo do direito ao meio ambiente na perspectiva da responsabilidade do Poder Público em preservar, fiscalizar e evitar a degradação das áreas de preservação.

Em nenhuma parte da sentença, tanto na argumentação das partes quanto do Tribunal, foi abordada a questão do direito à moradia das pessoas que ocupam a área do Morro Dois Irmãos. Pode-se sugerir ao menos duas razões pelas quais a argumentação não seguiu esta linha: ou porque não havia pertinência com a demanda levada ao Poder Judiciário, ou porque de fato o direito à moradia não tem sido reconhecido pelo Tribunal.

No entanto, é certo que o Poder Público tem o dever de garantir o direito à moradia daqueles que estão residindo no Morro Dois Irmãos. Não basta promover a demolição das construções irregulares sem oferecer alternativas de regularização ou de moradia em locais próximos para a população. Aliás, a remoção dos moradores é medida admissível apenas nos casos de área de risco, ou seja, trata-se de exceção, segundo a legislação vigente³⁴.

A solução para o problema da degradação ambiental, na visão das partes e do Tribunal, ignora o problema social que é o déficit habitacional associado à ocupação de áreas de preservação ambiental.

O Município, ao arguir a solidariedade passiva da União e do Estado na presente demanda, parece buscar transferir a outrem a sua responsabilidade pela fiscalização e recuperação do meio ambiente. E ao atribuir a culpa pela degradação do meio ambiente aos moradores da área objeto da demanda, também demonstra tentar esquivar-se de tal responsabilidade.

Dessa forma, observamos que a discussão a respeito dos direitos sociais à moradia e ao meio ambiente no contexto da cidade sustentável não é trazida à baila, ficando a argumentação centrada apenas na atribuição ou não da responsabilidade a um dos entes da Federação. Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁵ a isso atribui o conceito de “mecanismo de dispersão”, que pode se dar de duas formas: através da ahistoricização dos conceitos ou por meio do deslocamento da

³⁴ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- a) laudo técnico do órgão responsável;
- b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

³⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, 2003.

discussão para um campo estritamente técnico, desconsiderando a realidade dos fatos e inviabilizando a aplicação do princípio da equidade e da hermenêutica que privilegia a razoabilidade, como é o caso dos autos.

Contudo, observa-se que apesar do discurso ter sido deslocado para o campo técnico, de fato não faz desaparecer o conteúdo político-social do conflito. Afinal, não se garante a neutralidade da discussão jogando-a para o campo estritamente técnico.

5.3.2.2

TJRJ, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1998.002.0781, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Roberto Wider, julgamento em 26.05.98.

Cuida-se de agravo de instrumento requerido pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão que concedeu liminar, após justificação de posse, em ação de interdito proibitório, em área de proteção ambiental do Morro dos Cabritos, no município do Rio de Janeiro, Bairro de Copacabana, suscitando o agravante tratar-se de legítima e regular atuação municipal na área ambiental, restringindo a construção de edificações em desconformidade com as normas edilícias.

O Tribunal entendeu que o direito de posse dos agravados não lhes confere nenhum direito de erguerem na área usucapienda, de preservação ambiental, construções irregulares. Assim, devem obedecer os limites do direito de construção, uma vez que dentro dos limites de unidade de conservação ambiental não há que se falar em proteção possessória.

O recurso da Municipalidade foi provido, por unanimidade.

Analisando o julgado, notou-se que, mais uma vez o Tribunal apenas analisou a questão sobre o âmbito do direito ao meio ambiente. O direito à moradia não é considerado no mesmo patamar do direito à preservação ambiental, segundo se pode depreender do acórdão.

Apesar da área ser de usucapião, havendo inclusive ação em andamento, e comprovada a presença de habitações, a discussão toda ficou restrita à questão ambiental e, principalmente, ao exercício do poder de polícia administrativa do Município.

Ao tutelar a área de preservação instituída pela Lei Municipal 1912/92, o Tribunal deixou de considerar que a proteção possessória não deve estar condicionada ao local em que a área está situada. O direito à moradia não é garantido constitucionalmente mediante condições.³⁶ Ele é pleno, auto-aplicável e fundamental para a promoção da dignidade humana.

Em relação ao poder de polícia municipal, o relator do acórdão adota o conceito de Hely Lopes Meirelles³⁷, valendo consignar que toda a argumentação gira em torno da constatação de que o poder de polícia administrativa especial cuida de ações que afetem bens de interesse coletivo, como é o caso do meio ambiente, autorizando o Poder Público a restringir o direito individual em benefício do bem-estar da coletividade.

Nota-se, portanto, que o Tribunal atribui ao direito à moradia e à posse a qualidade de direito individual, não os reconhecendo como direitos sociais e, conseqüentemente, como bens jurídicos coletivos de interesse social em igualdade de tratamento com o direito ao meio ambiente.

A contrario sensu, apesar de buscar fundamentação nos direitos coletivos e no bem-estar da coletividade, o Tribunal não traz a baila qualquer discussão a respeito do direito da população que lá reside há tanto tempo e que também tem o direito de usufruir desse direito da coletividade em consonância com o seu direito à moradia.

Fica clara a tendência de atribuir-se ao direito à moradia a qualidade de matéria de direito privado como concebido no Código Civil de 1916 e nas Constituições que antecederam a de 1988, ignorando o caráter social que adquiriu após a constitucionalização do direito à moradia e, especialmente, após a consagração do princípio da função social do direito de propriedade pública e privada como previsto na Constituição Federal de 1988, ou seja, não se trata mais

³⁶ Vejamos a redação do dispositivo constitucional que tutela o direito à moradia: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Vale também ressaltar que a Medida Provisória 2.220/01, que instituiu a concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas facultada ao Poder Público (art. 5º) assegurar o exercício do direito em outro local se a área for de preservação ambiental. Assim, mesmo que o Município considere necessária proteção da área ocupada, ele deve garantir em outro local o exercício do direito adquirido pelos moradores.

³⁷ O livro utilizado no acórdão analisado é: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª edição, p. 115 a 117.

de mera limitação ao direito de propriedade, mas também da atribuição de deveres ao proprietário.

5.3.2.3

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2001.002.04085, Comarca de Niterói, Relator: Desembargador Milton Fernandes de Souza, julgamento em 10.10.2001.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão que, em ação civil pública, indeferiu liminar para retirar invasores e demolir construções irregulares edificadas no Morro do Cavalão.

Alega o agravante que a área é de preservação ambiental e o Município tem o dever de preservá-la. Além disso, as construções são clandestinas e não contam com licença ou autorização municipal representando perigo de lesão à área.

O agravado respondeu alegando que não é responsável pela proliferação de favelas e não pode demoli-las, tendo realizado diversas ações urbanísticas.

O Tribunal considerou que, neste feito, pretendia-se a tutela do direito à proteção ambiental de área específica, sendo que a expansão de sua ocupação irregular permite o advento de dano irreparável ou de difícil reparação, pois pode resultar na destruição permanente da flora e da fauna ainda preservadas.

Além disso, ao agravado compete promover o controle do uso e da ocupação do solo urbano. Sendo assim, foi dado parcial provimento ao recurso para que o Município de Niterói tome providências a fim de evitar a expansão da área irregularmente ocupada.

Analisando o julgado, diversos argumentos trazidos pelas partes e pelo Tribunal merecem ser discutidos.

Primeiramente, tem ficado bem claro o posicionamento do Ministério Público Estadual nas ações civis públicas: preocupa-se exclusivamente com a preservação ambiental e praticamente tem ignorado as questões que envolvem o direito à moradia, pois nas decisões aqui examinadas sempre requer a demolição das edificações irregulares sem avaliar as conseqüências sociais de tal medida.

O Município mais uma vez adota o discurso onde busca escusar-se de sua responsabilidade, alegando até mesmo não ser o responsável pela proliferação de favelas, apesar de admitir que realizou diversas ações urbanísticas no local, que

denotam não só o reconhecimento do direito à moradia dos moradores como também assume a responsabilidade no sentido da melhoria das condições da habitação.

Além disso, o planejamento urbano é de inteira responsabilidade e competência municipal³⁸, sendo que a sua falta de fiscalização e promoção de políticas habitacionais contribui muito para a geração de assentamentos irregulares.

5.3.2.4

TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, Relator: Desembargadora Mariana Pereira Nunes, julgamento em 26.04.2002.

Trata-se de ação indenizatória por danos material e moral baseada no fato da Prefeitura do Município de Rio das Ostras ter destruído a casa construída pelo autor em terreno considerado área de preservação ambiental.

Em 1ª instância a ação foi julgada procedente, tendo ensejado a interposição de recurso de apelação.

Avaliando o recurso, o Tribunal considerou que o fato de existirem outras obras irregulares na mesma área não afasta a ilegalidade da obra do apelado, não lhe dando direito à indenização.

Ademais, a Prefeitura agiu no exercício regular de seu poder de polícia, cumprindo o disposto nas Leis 4771/65, 9605/98 e no Código de Obras do Município. Assim, tratando-se de atitude legal não há porque haver direito de indenização.

O recurso foi, então, provido, reformando a sentença apelada.

Analisando o julgado, podemos afirmar que o Tribunal parece ignorar a incidência do princípio da isonomia e da razoabilidade ao caso julgado. Primeiro porque a existência de outras edificações no local inviabiliza a preservação do

³⁸ Sobre a competência municipal, destacamos o art. 30, incisos I, VIII, da Constituição Federal, que se referem, respectivamente, à obrigação de legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. A Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, por sua vez, entre outros dispositivos, em seu art. 4º, inciso III dispõe que é instrumento da lei o planejamento municipal, em especial: b) a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; h) planos de desenvolvimento econômico e social.

meio ambiente como um todo, segundo porque deixa de considerar a ilegalidade das demais construções, tratando de forma desigual o cidadão que se encontra na mesma condição dos outros ocupantes da área.

E tendo em vista que a edificação do apelado já fora demolida pela autoridade municipal, não parece razoável o Tribunal negar o direito à indenização, ainda mais pela pura aplicação da norma legal incidente ao fato. Isso porque deixam de ser analisados aí outros fatores importantes para concluir-se acerca do cabimento de indenização, como a condição social do morador, a permanência de outras construções no local, a desídia do Poder Público que não evitou a construção da residência antes que ela ficasse totalmente pronta.

A omissão da Administração Pública deve, portanto, ser levada em consideração. Uma vez que existe o dever de fiscalização das áreas de proteção e ele falha, deve ser avaliada a possibilidade de imposição de indenização ao morador que, muitas vezes, constrói a sua casa na expectativa de estar realizando algo regular já que outras moradias ali se localizam.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles acentua que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”³⁹. Tal constatação decorre do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal⁴⁰, segundo o próprio doutrinador conclui. Assim, a inação do servidor público em fiscalizar as áreas de proteção ambiental acarreta-lhe responsabilidade civil quando disso decorre lesão a direito alheio. Como consequência, “para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexó causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante”.⁴¹

Com base nesta doutrina considera-se que no caso ora analisado a omissão do Poder Público Municipal em fiscalizar a área de preservação ambiental e com isso possibilitar que ali se assentassem várias pessoas, como restou claro das alegações trazidas pelas partes, impossibilita que a demolição das moradias não gere direito à indenização.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁴⁰ Art. 37, CF – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 619

5.3.2.5

TJRJ, 15ª Câmara Cível, Mandado de Segurança n. 2002.004.01892, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Nilton Mondego de Carvalho Lima, julgamento em 06.08.2003.

Foi impetrado mandado de segurança por Gabriela Lomba Araújo de Oliveira, representada por sua mãe Cristina Maria Lomba de Araújo, visando impedir a autoridade coatora, o Prefeito do Município do Rio de Janeiro, de praticar qualquer ato que importe na demolição do prédio em que está localizado seu apartamento com fundamento de que nele reside desde outubro de 2000, e que desde tal data vem tentando regularizar a obra juntamente com os demais moradores.

Ocorre que a impetrante fora notificada a desocupar o imóvel porque o edifício será demolido.

Nas informações, a autoridade coatora alegou não ser parte legítima para figurar na demanda e não ser cabível o mandado de segurança.

O Tribunal afastou a possibilidade de ilegitimidade passiva ao considerar que a ordem de demolição constante do Decreto 22.317/02 é do Prefeito do Município.

Segundo narra o magistrado *ad quem*, Ricardo Eugenio Gomes Paseli e Maria das Dores Leite, através de Escritura Pública de Cessão de direitos de Posse adquiriram os direitos relacionados ao imóvel e ali construíram um edifício de apartamentos, vendendo as unidades. Uma dessas unidades foi adquirida pela impetrante através de escritura pública de “Promessa de Venda de Benfeitorias”.

Dessa forma, o prédio jamais poderia ter sido legalizado, pois Ricardo e Maria nunca foram proprietários do terreno. No entanto, construíram o edifício sob o olhar complacente dos fiscais municipais. E o fato está consumado.

A impetrante está residindo no imóvel construído irregularmente e sob esse aspecto ela não teria em seu favor, o *mandamus*.

No entanto, em louvável posicionamento, o Relator da decisão acentua que a impetrante tem a seu favor o aspecto social da questão, qual seja, o problema de falta de moradia no Brasil.

No caso do Rio de Janeiro, o Excelentíssimo Desembargador assevera que não se tem notícia de que o Município, através do Chefe do Executivo, tenha editado, em tempo algum, decreto determinando a regularização ou demolição das milhares de favelas construídas ao longo do tempo na cidade. Assim, prevalecendo o Decreto 22.317/02, ora impugnado, “estar-se-ia criando odiosa desigualdade” entre a impetrante e os demais moradores em situação semelhante.

E tendo em vista que o direito à moradia é um direito social constitucionalmente assegurado ele deve ser respeitado pelas autoridades públicas sob pena de sua violação manifestamente ilegal.

O Tribunal decidiu, assim, que tendo descumprido o dever de fiscalização e contribuído, portanto, para a lesão sofrida pela impetrante, deve o Poder Público procurar outra solução, concedendo a segurança, por maioria de votos, à impetrante.

Analisando o julgado, considera-se que ele possui relevância simbólica e real na discussão sobre a tutela do direito à moradia. Apesar de não apresentar um direto conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, apresenta um campo de conflito entre os moradores da área irregular e o dever da Prefeitura de exercer a fiscalização, destacando-se pela maneira como trata o direito à moradia.

O acórdão destaca-se dentre os demais porque reconhece explicitamente os problemas atinentes ao direito à moradia vividos no Brasil e, em especial, no Rio de Janeiro, bem como reafirma o referido direito como sendo um direito social constitucionalmente assegurado e fundamental para a realização da dignidade humana, objetivo do Estado Brasileiro.

Diferentemente das demais decisões, nesta o Judiciário impede que o Executivo destrua a casa da impetrante e recomenda que ele encontre outra solução que não venha a ferir e impedir o exercício do direito à moradia, que lhe está garantido, portanto, de forma definitiva.

Apesar de considerarmos um avanço esse tipo de solução, não podemos ignorar que a decisão foi por maioria de votos, ficando portanto consignado que a questão ainda está longe de ser pacífica.

No entanto, nada deve ofuscar o brilho da argumentação tecida pelo Relator do acórdão acerca do direito à moradia e sua tutela constitucional e legal. Além disso, na esteira do que fora comentado na decisão anterior, a omissão do Poder

Público na fiscalização durante a construção do prédio de apartamentos tem que ser levada em conta para reconhecer o direito da impetrante.

Tal decisão tem, portanto, caráter paradigmático no tratamento dispensado ao direito à moradia, destacando-se dentre as demais, pois embora sem confronto com o meio ambiente ressaltou a importância da tutela do direito social à moradia, afastando-se da tendência dos julgados anteriormente analisados em considerar a moradia um direito individual.

5.3.2.6

TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.11576, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgamento em 24.08.2004.

O Condomínio Edifício Parque Residencial Laranjeiras propôs ação de reintegração de posse de área contígua ao prédio que havia sido ocupada por diversas famílias. No curso desta ação, Edvaldo Gomes de Araújo e outros opuseram-lhe embargos de terceiro, alegando que são os legítimos possuidores da área pretendida. Ocorre que, em 1ª instância, foi apurado que os embargantes não ocupavam a área quando da propositura da ação. Assim, concluiu-se que invadiram a área pertencente ao Condomínio, erigindo construções irregulares e deteriorando a natureza.

Não consta também que tenham ingressado com ação de usucapião e não lograram provar a existência de posse *ad usucapiones* neste feito. Assim, tiveram seu pedido julgado improcedente pelo juízo monocrático.

Conseqüentemente, ingressaram com recurso de apelação no Tribunal de Justiça alegando que ocupavam o imóvel na época da perícia e que o apelado provou a propriedade, mas não a posse do local, contrariando as regras constitucionais de interpretação de normas de direito privado em consonância com as necessidades da sociedade.

O Tribunal considerou que a versão mais aceitável é a de que os apelantes não ocupavam o imóvel ao tempo da perícia. A grande rotatividade de invasores impede que se consiga citar todos eles e isso não poderia consistir óbice para a continuidade da ação, senão esta nunca se concluiria.

Assim, a sentença foi considerada correta pelo juízo *ad quem*.

Quanto a alegação de que o apelado tinha a propriedade da área e não a sua posse, o Tribunal afirmou que o terreno é contíguo à edificação do Condomínio e que, por isso, não há como acolher-se os argumentos dos embargantes.

Assim, concluiu que, em nome da função social da propriedade, é inadmissível que se queira estimular a invasão de propriedade alheia e a proliferação de edificações clandestinas, ilegais e lesivas ao meio ambiente, negando provimento ao recurso.

Analisando o julgado, considera-se que a função social da propriedade, ao contrário do sentido adotado pelo acórdão, não deve estar sendo cumprida pelos proprietários da área ocupada, uma vez que, se estivessem dando destinação ao imóvel, não teria sido possível a sua ocupação durante tanto tempo por tantas famílias, conforme ficou bastante evidente da afirmação de que no local há grande rotatividade de invasões.

Isso porque a função social da propriedade pública e privada, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser considerada atributo do direito de propriedade, exteriorizando-se também com imposições ao proprietário de obrigações de fazer. Trata-se do dever de agir em prol do coletivo, de dar destinação eficiente ao bem. Nesse sentido, o direito de propriedade passou por uma reavaliação que, pautada no princípio da solidariedade, atribuiu-lhe conteúdo de caráter público.

Seria interessante questionar também, no presente caso, se a opção por uma avaliação coletiva da situação fática não se impõe. Isso porque a existência de muitas moradias, reunindo inúmeras famílias, não sendo possível determinar os sujeitos individualmente, inviabiliza atingir um tratamento igualitário a todos eles. Além disso, a hipótese do usucapião coletivo urbano, previsto no art. 10, da Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, e no §4º, do art. 1228, do Código Civil de 2002, onde os moradores daquela área delimitada comprovam os requisitos necessários e todos, de forma a respeitar o princípio da isonomia, adquirem a propriedade de parte da terra, não foi levantada.

Vale a pena argumentar nesse sentido quando se percebe que pela via da usucapião individual alguns podem ver o seu direito à moradia reconhecido, enquanto outros, investidos de condições semelhantes, por não terem sido citados na ação de reintegração de posse - que há tanto tempo está em curso - correm o risco de serem removidos, muitas vezes até violentamente, do local, ampliando a

situação de conflito, havendo prejuízos como a perda do emprego e a separação de famílias.

Outro aspecto que merece destaque, como já vem sendo exposto nas análises anteriores, é a falta de fiscalização, tanto do Poder Público quanto dos proprietários particulares de terrenos, que tem sido uma das principais causas da invasão das terras.

Conforme já fora consignado na análise tecida acerca de acórdão anterior sobre a responsabilidade da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles acentua que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”⁴², gerando direito à indenização, conforme interpretação do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal⁴³.

Nesse caso, tratando-se de propriedade privada, pode-se considerar que aquele que se omite no cuidado com sua propriedade não está realizando a função social constitucionalmente prevista⁴⁴, bem como não está exercendo o seu direito em consonância com as suas finalidade econômicas e sociais, conforme disposto no §1º, do artigo 1228, do Código Civil de 2002, podendo, portanto, vir a ser privado da coisa⁴⁵.

A esse respeito é importante destacar que a função social da propriedade realmente não é princípio autorizador das invasões. No entanto, é um princípio que viabiliza a realização do direito à moradia a medida que exige que o proprietário dê um destino ao seu imóvel.

A decisão do Tribunal reflete, ao adotar essa linha de argumentação, uma posição liberal, fato que induz a predominância do conceito conservador de função social que era utilizado antes da Constituição Federal de 1988, ou seja, mera limitação ao direito de propriedade em que se impunha ao proprietário apenas obrigações de não fazer, ao contrário do conceito contemporâneo em que o

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁴³ Art. 37, CF – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁴ Conforme já fora explicado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade passou a ser atributo do direito de propriedade pública e privada, impondo deveres ao proprietário de cuidar e dar destinação à sua propriedade em consonância com os interesses sociais. Nesse sentido, a omissão do proprietário em vigiar, utilizar e dar destinação a sua propriedade cria a possibilidade dele vir a perdê-la em favor de outrem.

⁴⁵ Vide parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 1228, do Código Civil de 2002, comentados no Capítulo 4.

proprietário tem obrigações de fazer, dentre elas, exercer o direito em conformidade com os reclames sociais.

5.3.2.7

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.18744, Comarca de Niterói, Relator: Desembargadora Helena Belc Klausner, julgamento em 06.10.2004.

Cuida-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela proposta pelo Ministério Público em face do Município de Niterói objetivando a delimitação da área ocupada pela Favela do Cavalão com a construção de um muro de forma a permitir o controle do crescimento da favela com a devida fiscalização, retirando-se no prazo de 240 dias os invasores da área e exibindo projeto urbanístico para o local compreendendo o calçamento, iluminação pública, recolhimento de lixo, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, requerendo, ainda, a regeneração da área degradada.

A sentença de 1ª instância julgou procedente a ação civil pública, determinando ao Município de Niterói a execução no prazo de 240 dias de projetos de urbanização e de regeneração das áreas do Morro do Cavalão, bem como a demolição das construções irregulares, com multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais) no caso de descumprimento.

Houve interposição de recurso de apelação pelo réu que pugnou pela improcedência do pedido inicial, pleiteando preliminarmente o chamamento da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro como litisconsortes passivos necessários, assim como os moradores da referida área, aduzindo ter havido invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Município quando determina onde, como e quando realizar obras e serviços públicos.

O Tribunal, primeiramente, avaliou o pedido preliminar, considerando que o chamamento dos demais interessados para integrarem a lide não procede. Isso porque é competência constitucional do Município promover o ordenamento territorial, o planejamento, uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Assim, a Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo para assegurar o respeito à função social da cidade em nome do interesse público.

Para justificar esse posicionamento traz a contribuição de Hely Lopes Meirelles sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.⁴⁶

A alegação de invasão de competência do Judiciário na esfera do Executivo também não foi acolhida pelo Tribunal. A Constituição Federal, Estadual e a legislação infra-constitucional prevêm que o Município está vinculado ao dever de assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e isso já é o bastante para justificar a decisão do Judiciário. Nesse sentido traz o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, que considera que a discricionariedade significa apenas a liberdade da administração decidir o modo como tornará possível o alcance do objetivo da norma, não podendo fazê-lo como bem entender.

Dessa forma, o Tribunal nega provimento ao apelo, confirmando parcialmente a sentença de 1º grau em reexame necessário para isentar o Município das custas.

Analisando o julgado, embora se reconheça a necessidade de buscar soluções com o fim de prevenir futuros conflitos em virtude do adensamento de proporções imprevisíveis nas comunidades faveladas, o requerimento da construção de um muro para contenção da ocupação no Morro do Cavalão feito pelo Ministério Público é surpreendente.

Isso porque, primeiramente, a medida adotada pelo Ministério Público evidencia a segregação espacial e social que sofrem os moradores de favelas e outras ocupações irregulares, segundo porque a colocação de muros, cercas ou outras formas de tentar barrar o crescimento das ocupações é totalmente inócua, pois as famílias que lá moram, como quaisquer outras, crescem. Então, o poder público tem que encontrar uma solução para que essas pessoas possam morar de outro modo ou fazer construções verticais, se for o mais razoável.

⁴⁶ Segundo Hely Lopes Meirelles, “o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia”. In *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 95. A respeito do princípio do interesse público, ver Capítulo 02. Em relação à finalidade, cumpre ressaltar que, ao lado da incidência e da legitimidade, ela constitui um dos critérios da eficácia social da norma, sendo, portanto, importante para a concretização dos direitos legalmente previstos que ultrapassam os limites da eficácia jurídica.

Estabelecer cercas físicas ao invés de soluções cria outros problemas no que diz respeito à tutela do direito à cidade e do direito à moradia.

Enquanto não houver uma preocupação do Poder Público em promover políticas habitacionais, as invasões e ocupações continuarão ocorrendo e não é difícil “pular o muro” e construir do outro lado, pois a cidade é uma só, todos, independentemente da condição social ou espaço onde fixam moradia, têm direito à cidade.

Por outro lado, a exigência de apresentação de projeto urbanístico que compreenda o calçamento, iluminação pública, recolhimento de lixo, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, se coaduna com a perspectiva de realização do direito à cidade.

E o Município, por sua vez, ao pedir, em sede de contestação, “a convocação dos demais entes públicos responsáveis nas respectivas esferas de competência, aduzindo que a função social da cidade não é restrita ao Município, mas também têm responsabilidade o Estado do Rio de Janeiro e a União, devendo os entes públicos agirem em ação conjunta, sendo a área de interesse social e não ambiental”, reconhece a função social da cidade, imposição da Constituição Federal de 1988, dispositivo nuclear no campo da política urbana e meta na efetividade do Plano Diretor segundo o Estatuto da Cidade, apesar de estar no plano do discurso.

Isso quer dizer que, a Municipalidade reconhece a função social da cidade apesar de argumentar em outro sentido, demonstrando existir um signo de aplicação do Estatuto da Cidade, embora não o mencione expressamente.

Porém, mais uma vez é evidente que a preocupação com o meio ambiente tem suplantado outros interesses constitucionalmente protegidos, mantendo, assim, o direito à moradia, alijado das discussões levadas aos Tribunais.

Tal afirmativa é confirmada pelo pedido do Ministério Público de demolição das edificações irregulares e remoção dos moradores, que foi deferido em 1ª instância e confirmado pelo Colegiado.

Primeiramente é preciso compreender que a remoção somente é admitida nos casos de ocupações em área de risco⁴⁷. Tal risco é à vida, à integridade dos

⁴⁷ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

moradores e não do meio ambiente. Não há autorização legal e nem mesmo consenso social de remoção em casos de ocupações em área de preservação. Portanto, no presente caso, é absolutamente inaplicável a remoção dos moradores.

Além disso, é preciso salientar que o acórdão, embora confirme a hipótese de demolição das casas, não esclarece se, havendo remoção, os moradores terão outro lugar para se instalarem. E não basta assegurar a moradia em qualquer outro lugar. Deve ser um local próximo à moradia atual, que garanta acesso fácil aos transportes, ao trabalho e aos equipamentos públicos necessários para o exercício de um direito à moradia digna.⁴⁸

A presente decisão também está contrária à perspectiva do Estatuto da Cidade acerca do direito à cidade sustentável. Sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos totalmente complementares⁴⁹, não subsistindo qualquer conflito entre eles, uma vez que o Poder Público deve garanti-los, simultaneamente, no espaço urbano. E, mesmo se fosse o caso de conflito, estamos propugnando pelo diálogo das fontes⁵⁰, caso de conciliação dos interesses. Teríamos como, portanto, superar esse “conflito”.

Assim, a acolhida do Tribunal ao pedido de remoção representa a visão ainda conservadora acerca do direito urbanístico, não atentando para o falso conflito que se estabelece entre moradia e meio ambiente nas cidades.

Por outro lado, é relevante a adoção por parte do acórdão de disposições constitucionais referentes à Política Urbana, como é o caso do artigo 182, da Constituição Federal⁵¹, pois demonstra o reconhecimento do direito urbanístico,

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- d) laudo técnico do órgão responsável;
- e) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- f) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

⁴⁸ Vide conceito de direito à cidade exposto no Capítulo 2.

⁴⁹ O direito à cidade é constituído por um feixe de direitos, conforme preceito do artigo 2º, inciso I do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais*. Vol. 45, janeiro. São Paulo, 2003. e MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁵¹ O acórdão cita o art. 182, CF/88 – “A política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” E

bem como da função social do direito de propriedade, da função social da cidade e do próprio direito à cidade. Além disso, o acórdão cita também a Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁵², cabendo apenas fazer uma ressalva acerca da não adoção expressa do Estatuto da Cidade, que não foi ainda reconhecido como marco normativo das decisões.

Em relação à alegação feita pelo Município de que o Judiciário estaria invadindo a esfera de competência do Poder Executivo, substituindo-o no exercício de seu poder discricionário, algumas considerações merecem ser tecidas.

Segundo o acórdão, em definição adotada de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o fundamento da discricionariedade reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei”. Assim, mesmo a sentença tendo se encaminhado para uma solução técnico-jurídica, ao reconhecer a finalidade está atuando também no campo da eficácia social da norma e não da eficácia jurídica.

E Bandeira de Mello continua: “a discricionariedade existe, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha de providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a administração decidir a seu talante mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”. Nesse trecho encontra-se a expressão do princípio da supremacia do interesse público⁵³ e também a constatação de que as normas que atribuem à Administração Pública um poder discricionário devem ser encaradas como normas narrativas⁵⁴, a medida que servem como modelos de regra e indicações de

também o seu §2º - “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

⁵² O acórdão cita os seguintes artigos da Constituição Estadual: Art. 358 – “Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156: VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...)” e Art. 359 – “Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição da República, de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna”.

⁵³ Vide Capítulo 3.

⁵⁴ O conceito de norma narrativa foi elaborado pelo Prof. Erik Jaime e esclarecido em entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil. JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, Vol. 1. Rio de Janeiro: PADMA, janeiro/ março 2000.

caminhos que podem ser seguidos, cabendo ao seu aplicador valer-se da melhor opção.

5.3.2.8.

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2004.002.04292, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador José Carlos de Figueiredo, julgamento em 16.02.2005.

Trata-se de ação indenizatória movida por Heraldo Soares Vieira e Amarílis Bernacchi Alves e Prata em face do Município do Rio de Janeiro em que foi requerida tutela antecipada para que fosse garantido àquele o direito de retenção por benfeitorias e a esta o direito de não ser desalijada de sua casa, *manu militari*, antes de medida judicial pertinente.

Tendo em vista a não concessão pelo juízo monocrático do pedido cautelar, ingressaram os autores com agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado, sustentando que têm direito à retenção das benfeitorias erigidas no terreno de propriedade do Município, sendo arbitrária a ameaça de desocupação.

O Tribunal, porém, considerou que o pedido de reconhecimento do direito de retenção do apelante, ao menos em sede de tutela antecipada, é insubsistente, pois se afasta do requisito da verossimilhança da alegação e não condiz com o juízo de probabilidade e cognição sumária do art. 273, do CPC.

Entretanto, deu razão aos agravantes no que se refere à impossibilidade do Município desalijar a agravante *manu militari*. Isso porque o fato do bem ser público e de proteção ambiental não afasta a necessidade de se observarem questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Assim, considerando as previsões constitucionais acerca da preservação do direito à moradia, não pode a Municipalidade valer-se da auto-tutela para ingressar no imóvel, sendo condição a autorização judicial. Se o Município tivesse agido tão logo as construções tivessem sido erigidas, poderia demoli-las. No entanto, por longos anos conviveu com a ocupação indevida do imóvel e até mesmo recebeu os tributos incidentes sobre o bem, razão pela qual não pode pretender a desocupação da casa sem a utilização dos remédios legais.

O recurso, então, foi parcialmente provido para reconhecer, em sede de tutela antecipada, o direito da agravante de permanecer no imóvel enquanto o agravado não adotar as providências cabíveis.

Analisando o julgado, nota-se que já existe um reconhecimento do direito à moradia enquanto fundamental, porque o acórdão faz referência à dignidade da pessoa humana. Entretanto, esse direito não é reconhecido no mesmo patamar do direito à preservação do meio ambiente.

Outro problema desta decisão é que, muito embora tenha reconhecido o direito à moradia da autora, não afasta a possibilidade do Poder Público vir a desalijá-la em outra oportunidade em que recorrer aos meios judiciais cabíveis. Assim, o direito à moradia não está garantido definitivamente, mas apenas até que a Municipalidade intente nova ação para remover a moradora do local.

A solução dada pelo Magistrado de reconhecer o *status* da moradia como sendo equivalente ao do meio ambiente é aparente, pois ela serve apenas para discutir uma questão de procedimento. Do ponto de vista do conteúdo, não há reconhecimento do direito à moradia, pois admite a remoção, só não apoiando neste momento porque a técnica utilizada não foi adequada.

A desídia do Poder Público durante anos de ocupação não consistiu em fator decisivo para que o Tribunal se posicionasse no sentido da permanência dos moradores no local. Dessa forma, a qualquer momento, desde que utilizada a via correta, o Município poderá tomar para si a área pública habitada por inúmeras famílias.

Reprova-se essa tendência dos julgados em privilegiar a técnica em detrimento do conteúdo dos direitos em jogo. É o que ocorre, ainda, na presente decisão, quando o Tribunal deixa de avaliar o direito de retenção do agravante porque o momento processual não é adequado, pois “não condiz com o juízo de probabilidade e a cognição sumária do artigo 273, do CPC”, e avalia a litigância de má-fé suscitada pelo agravado segundo a interpretação de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.⁵⁵ Com tal comportamento, o Tribunal deixa de apreciar o direito porque o instrumental não é correto.

⁵⁵ O Tribunal utiliza-se dos comentários de NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em vigor*”.

Inconscientemente, o Tribunal incorpora o direito à moradia, mas a questão da forma prepondera no momento decisivo. A lógica jurídico-formal prepondera em última análise no fundamento da decisão.

Porém, há que se reconhecer o valor positivo da decisão a medida que abre um caminho para que o Tribunal, ao analisar definitivamente a questão, leve em consideração o direito à moradia envolvido na demanda, sendo relevante transcrever o trecho em que o magistrado assumiu a tutela do direito à moradia: “Se é certo que a Constituição Federal consagra o direito da propriedade (art. 5º, XXII), não menos correto que a mesma prevê, em seu artigo 1º, o princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, tudo intimamente ligado ao direito social da moradia e ao reconhecimento da casa como asilo inviolável”.

Além disso, ao expressamente referir-se ao “direito social à moradia”, o Tribunal está assumindo que o direito à moradia, por ser um direito social, é também um direito humano e fundamental. Tal posicionamento dá margem ainda para deduzir-se que nesta concepção está implícito o direito à cidade, que também tem *status* de direito fundamental.

É relevante também o posicionamento do Magistrado que considerou a desídia da Municipalidade em vigiar a área objeto do litígio fato relevante para que ela não possa, repentinamente, resolver tomar para si o imóvel e desalojar as famílias ali residentes.

O fato da Municipalidade ter recebido por longos anos os tributos incidentes sobre o bem constitui um signo de boa-fé e uma externalidade do domínio, já que somente se paga por aquilo que se acredita ser seu ou ter a possibilidade de vir a sê-lo.

Sobre a recusa dos agravantes em atender a notificação administrativa municipal na qual se postula a desocupação imediata do imóvel público, foi relevante o posicionamento do Tribunal que entendeu que tal atitude “não legitima a intenção do Município na demolição das construções erigidas no terreno”. Isso porque, levanta-se a questão da legitimidade, que é um dos critérios da eficácia social da norma, ao lado da incidência e da finalidade.

5.3.2.9

TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação n. 2005.001.03660, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Antonio César Siqueira, julgamento em 07.06.2005.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Município do Rio de Janeiro a fim de promover a imediata desocupação de áreas invadidas, a derrubada de construções existentes em área situada em faixa marginal de proteção ambiental.

A sentença de 1º grau decidiu pela procedência do pedido, determinando a proibição da permanência ou do retorno dos réus à faixa marginal de proteção ambiental da Lagoa da Tijuca, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Apelaram, então, da decisão, José Deolindo de Oliveira Filho e outros, bem como José Euclides da Silveira Abreu e outros.

O Tribunal iniciou a decisão ressaltando que tanto a ocupação quanto a construção no local se deram de forma indevida. A área em questão é de preservação permanente segundo o art. 2º, do Código Florestal.

A condição social dos réus não justifica, segundo o Tribunal, a prática de atos ilícitos, pois as leis ambientais tutelam direitos difusos, resguardando uma gama indefinida de pessoas, o que se sobrepõe a eventual direito coletivo à moradia de alguns, ainda mais no caso em que se trata de verdadeira invasão de bem público.

A cobrança de IPTU dos ocupantes também não altera a situação de ilicitude da ocupação. Segundo o juízo de 2ª instância, a simples cobrança de um tributo não indica qualquer concordância do poder público com a situação fática.

Em relação à demolição das edificações, o Tribunal se manifesta favoravelmente, pois a remoção dos moradores da área infere a destruição dos imóveis, bem como viabiliza a recuperação da área degradada.

Dessa forma, negou-se provimento aos recursos, por unanimidade.

Analisando o julgado, a argumentação que causa maior impacto nesta decisão é a clara sobreposição do direito ao meio ambiente sobre o direito à moradia que o Tribunal adota. Além disso, o TJRJ suscita dúvida quanto ao direito à moradia dos cidadãos, uma vez que se refere a um “eventual direito coletivo à moradia de alguns”. Ora, todos os cidadãos possuem o direito à moradia

e este não é menos importante que o direito ao meio ambiente, pois também está constitucionalmente assegurado e só tem sentido real na perspectiva da qualidade de vida humana. Afinal, o conteúdo da diretriz da sustentabilidade do Estatuto da Cidade é o alcance de uma melhor qualidade de vida aos habitantes da cidade.

Também na Constituição Federal, o conceito de meio ambiente inclui o homem, pois o meio ambiente é uno e compreendido pelo meio ambiente natural e construído, não havendo qualquer tipo de exceção.

Ademais, o direito à moradia também é um direito difuso⁵⁶ a medida que, quando constitucionalmente assegurado pelo Art. 6º, da Constituição Federal de 1988, ele se destina indiscriminadamente a todos os cidadãos brasileiros, uma coletividade não passível de identificação.

Considerar, assim, apenas o direito ao meio ambiente como sendo um direito transindividual é flagrantemente equivocado. O direito à cidade, também direito difuso e de caráter mais amplo, a medida que contempla tanto o direito à moradia quanto o direito ao meio ambiente, impede que sejam dadas interpretações como essa do Tribunal à questão. Conforme já ressaltado, sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos que devem coexistir, sendo portanto falso o reconhecimento de um conflito inerente à sua coexistência, ainda mais em se tratando de dois direitos sociais, como o são.

A garantia do direito coletivo à moradia de “alguns”, como quer dizer o Tribunal, representa a garantia do direito difuso à cidade de todos nós: uma cidade única, plena, que realiza os direitos sociais de seus habitantes em seu âmbito urbano e rural segundo uma concepção de Plano Diretor que viabiliza a política urbana, que promove a integração social, que se interessa com o bem-estar coletivo e que é, verdadeiramente, a cidade de todos.

Pode-se aferir que a decisão adota uma linha muito específica que não privilegia o direito à moradia, pois trata da remoção das famílias, bem como da demolição de suas casas como um fato bastante natural decorrente da definição legal de que a área ocupada é de preservação permanente.

Não há qualquer avaliação do impacto social que esta decisão causará e das conseqüências que dela podem advir, inclusive de responsabilidade do Poder

⁵⁶ O direito difuso é indivisível e os titulares deste direito não são passíveis de determinação, individualização. Conceito de GRINOVER, Ada Pellegrini. da Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 743.

Executivo, além do que, conforme já se teve oportunidade de ressaltar, a remoção não é permitida em casos de área de preservação, apenas admitindo-se nos casos de área de risco.⁵⁷

Em relação ao posicionamento do Tribunal acerca da cobrança de IPTU dos ocupantes, estabelece-se um grande contraponto com a decisão anteriormente analisada (item 4.3.2.8). Isso porque, segundo o presente acórdão, o pagamento do tributo por parte dos ocupantes não altera a sua situação de ilicitude, enquanto para a decisão anterior o mesmo pagamento servia para confirmar a desídia do Município em fiscalizar e proteger, devidamente, a área ocupada. Nesse sentido, é necessário destacar-se novamente que o pagamento de tributos é signo de boa-fé e externalidade do domínio, devendo beneficiar os ocupantes pois agiam como se fossem proprietários da área.

5.4 Quadro dos acórdãos levantados no TJSP segundo a incidência das palavras-chaves

	Total	S/Data	Fora	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Moradia	175 1	23 0	38 0	0	0	3 0	8 0	6 1	15 0	19 0	21 0	18 0	16 0	8 0
Área de preservação	171 18	45 6	30 0	0	0	2 1	2 0	17 1	8 2	11 0	10 1	12 3	26 4	8 0
Meio Ambiente	668 3	19 0	127 0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	25 1	29 2
Meio ambiente e cidade	16 0	1 0	1 0	0	0	0	0	1 0	0	2 0	5 0	4 0	2 0	0
Meio ambiente urbano	21 2	3 1	8 0	0	0	1 1	0	0	1 0	1 0	0 0	4 0	1 0	2 0
Habitação	270 0	105 0	63 0	1 0	0	0	0	9 0	7 0	0	0	0	8 0	8 0
Direitos	5	1	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	1

⁵⁷ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- g) laudo técnico do órgão responsável;
- h) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- i) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

Ver também a respeito o comentário das decisões n. “5.3.2.1” e “5.3.2.7”.

Humanos	0	0									0			0
Direitos Fundamentais	46	16	9	5	0	2	3	1	1	4	1	0	1	3
Lei 6766/79	0	0	0	0		0	0	0	0	0	0		0	0
Lei 6766	32	0	31	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
	0		0				0							
Lei 6766	40	3	9	0	0	0	4	4	4	3	1	4	4	4
	0	0	0				0	0	0	0	0	0	0	0
Código Florestal	128	25	26	0	0	0	6	15	13	12	7	10	8	7
	1	0	0				0	1	0	0	0	0	0	0
Lei 4771/65	3	0	2	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
	0		0								0			
Direito à cidade	58	2	1	8	4	6	1	3	3	11	7	7	5	0
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Lei 10.257	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
	0						0							
Lei 10257	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0		0											
Estatuto da Cidade	3	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	1	0
	0								0			0	0	
Ambiente natural	24	5	8	0	0	1	1	3	1	0	0	1	2	2
	1	0	0			0	0	1	0			0	0	0
Ambiente construído	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0		0											
Uso e ocupação	49	7	7	0	0	1	2	4	1	8	6	6	4	2
	6	1	0			0	0	0	0	0	0	4	1	0
Assentamento	90	25	12	0	0	0	1	0	8	9	5	12	13	5
	1	0	0				0		0	1	0	0	0	0
Princípios de direito urbanístico	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
	0										0			
Princípios de direito ambiental	26	0	0	0	0	1	2	7	3	3	5	3	2	0
	2					0	0	1	0	1	0	0	0	
Função social da propriedade	22	4	3	0	0	0	2	1	1	3	2	1	3	2
	0	0	0				0	0	0	0	0	0	0	0
Plano Diretor	15	3	6	0	0	0	0	0	0	3	0	2	0	1
	0	0	0							0		0		0
Lei 13.430/02	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lei Orgânica do Município de São Paulo	130	48	12	0	0	1	2	0	7	17	15	10	14	4
	0	0	0			0	0		0	0	0	0	0	0

Considerando o espaço temporal pesquisado, qual seja, do ano de 1995 ao ano de 2005, foi baixa a incidência de casos envolvendo o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foram apenas 35 casos identificados no universo de 10 anos pesquisado, sendo um total de dois casos em 1995; seis casos no ano de 1996; sete casos em 1997; um em 1998; dois em 1999; dois em 2000; cinco em 2001; dois em 2003; e oito casos sem data identificada.⁵⁸ A pesquisa demonstrou que o número de acórdãos pertinentes ao tema no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é menor que o número de decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

E muito embora se esteja diante de direitos humanos e fundamentais, o discurso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo parece não reconhecer tais atributos ao direito à moradia e ao meio ambiente, uma vez que não encontramos nenhuma decisão mencionando tais palavras-chaves nos acórdãos que trazem hipóteses de conflito entre os direitos estudados.

Essa constatação é relevante por diversas razões. Primeiro porque leva a questionar qual tem sido a incidência das referidas palavras-chaves no período pesquisado. Segundo porque o Tribunal já se utiliza do conceito de direitos humanos e fundamentais em outras decisões, como é o caso de demandas envolvendo o direito à saúde, demonstrando reconhecer a importância do tema para o Direito contemporâneo. E, finalmente, porque se presencia um momento de afirmação dos direitos difusos, coletivos, fundamentais e humanos, inclusive no plano internacional.

Quanto à incidência das palavras-chaves, da análise da tabela confeccionada no item 4.4, chega-se à conclusão de que o Tribunal tem utilizado ainda de forma bastante parcimoniosa os direitos humanos e fundamentais para embasar suas decisões. Isso porque foram apenas cinco julgados ao longo dos dez anos pesquisados que contiveram a palavra-chave “direitos humanos”, distribuídos da

⁵⁸ Cumpre ressaltar novamente que o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo oferece dificuldades para a pesquisa jurisprudencial. Uma delas consiste no fato de várias ementas não contarem com o número do processo e a data de julgamento. Além disso, à época da pesquisa, o *site* somente disponibilizava 200 julgados por palavra-chave pesquisada, sendo que os únicos critérios que ultrapassaram o marco de duzentas ementas foram: “meio ambiente” e “habitação”, conforme se pode verificar na tabela apresentada no início do item 5.4.

seguinte forma: um em 1995; três em 1998 e um sem data, lembrando-se, novamente, que nenhum deles tratava do direito à moradia e do direito ao meio ambiente. Em relação à palavra-chave “direitos fundamentais”, o Tribunal conta com um maior número de acórdãos, embora ainda não tenha alcançado grandes proporções na utilização do conceito, sendo um total de 46 decisões encontradas ao longo de todo o período pesquisado, distribuídas em: três casos em 1995; um em 1996; um em 1998; quatro em 1999; um em 2000; um em 2001; três em 2002; dois em 2003; cinco em 2005 e 16 que não contém a data.

Sobre a utilização dos conceitos ora analisados em outras decisões, conclui-se que existe uma restrição setorializada na utilização dos direitos humanos e fundamentais, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Outro aspecto relevante é a ausência de decisões utilizando a Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, na argumentação do TJSP, embora referida lei tenha grande importância no ordenamento jurídico atual ao passo que instituiu inúmeras diretrizes e instrumentos para uma melhor administração do espaço urbano pelo Poder Público.

Semelhante ao que ocorre no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também não tem privilegiado a palavra “cidade” em seu discurso, bem como demonstrou não ter reconhecido ainda o direito à cidade. Apesar da tabela do item 4.4 acusar um total de 58 casos utilizando a palavra-chave “direito à cidade”, cumpre observar que os julgados não trouxeram em si o conceito contido na expressão utilizada. Isso porque a pesquisa trouxe inúmeras decisões que apenas mencionavam separadamente as palavras “cidade” e “direito”, sem no entanto dotá-las do conteúdo que a Constituição Federal, a Carta Mundial do Direito à Cidade e o Estatuto da Cidade atribuíram-lhes.⁵⁹

Os princípios também não têm sido privilegiados no discurso do TJSP. Veja-se, por exemplo, o caso do princípio da função social da propriedade, previsto desde a Constituição de 1937, embora com conteúdo diverso daquele dado pela Constituição Federal de 1988⁶⁰, que teve um total de apenas 22 aparições em acórdãos, nenhum deles referente ao caso de conflito entre o direito à moradia e o meio ambiente.

⁵⁹ Sobre o conceito de direito à cidade, ver Capítulo 2.

⁶⁰ Sobre o conteúdo do princípio da função social da propriedade, ver Capítulo 3.

Em relação à baixa judicialização dos conflitos, o quadro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se mostra bastante semelhante ao do Rio de Janeiro. O total de casos encontrados não se coaduna com a realidade vivida pela sociedade brasileira, em especial nas grandes cidades.

Além disso, existe uma lacuna real no que diz respeito à tutela do direito à cidade no âmbito dos julgados que envolvem o direito à moradia e o meio ambiente, pois em ambos os Tribunais pesquisados a iniciativa das demandas visa, em sua grande maioria, a tutela do meio ambiente e não uma solução equitativa.

Não foram encontrados acórdãos em que o autor da ação principal visasse materializar o direito à moradia, constitucionalmente assegurado. Em alguns casos, porém, tem-se que admitir a iniciativa positiva dos magistrados em tutelar o direito à moradia, ao menos provisoriamente, no caso de liminares, resguardando o direito daqueles que já vivem em área de preservação e não têm para onde ir. Nesses casos, a questão do direito à moradia, conforme se poderá verificar a seguir, é abordada apenas como um dos eixos do conflito, não constituindo discussão principal.

A tutela do direito à moradia, tanto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto em São Paulo, não tem tido autonomia suficiente para dar ensejo a ações coletivas com vistas a protegê-la.

A fim de demonstrar com maior clareza tais conclusões, a seguir foram selecionados quatro acórdãos do TJSP para serem analisados mais detidamente. O critério de escolha destas decisões levou em consideração o fato de representarem a questão principal da dissertação, qual seja, o contexto do conflito entre o direito à moradia e a preservação ambiental ou aqueles julgados que se destacaram pela maneira como realçaram e deram relevância ao direito à moradia.

5.4.1

Principais casos selecionados no TJSP

Nº do Processo do TJSP	Data do Julgamento	Tipo de Ação e Partes	Pedido ⁶¹	Legislação aplicada	Marco Teórico	Decisão do Tribunal
49.576-5	30/11/1998	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública. Agte.: Mário Sérgio Gonçalves e outros Agdo.: Ministério Público, Sociedade de Amigos do Bairro do Sahy e Prefeitura Municipal de São Sebastião.	Os agravantes querem continuar a exercer o direito de habitar a área já construída do Morro do Capuçu até julgamento final da ação civil pública que havia pedido a lacração e interdição dos imóveis.	Decreto n. 27.070/87 ⁶²	Exercício regular de direito de habitar	Recurso de agravo provido por unanimidade para que aqueles que já residem no local continuem fruindo de seus imóveis até o julgamento final da ação civil pública.
125.688-5	21/06/2000	Apelação em Ação Civil Pública (recurso <i>ex officio</i>) Apte.:	Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta sustentam que não podem ser responsabilizados	Art. 2º, CF/88 ⁶³ Lei 6766/79 ⁶⁴ Art. 128, 460 e 461, §1º, CPC ⁶⁵	Hely Lopes Meirelles: sobre área de compensação ⁷⁰	Parcial provimento aos recursos oficial e do Ministério Público e total improvimento

⁶¹ O pedido, segundo Humberto Theodoro Jr., “exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. (...) É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 318.

⁶² Decreto que regulamenta o Fundo Estadual de Recuperação de Interesses Difusos Lesados.

⁶³ Art. 2º, CF – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶⁴ Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

⁶⁵ Art. 128, CPC – O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460, CPC – É defeso ao juiz proferir sentença em favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único – A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Art. 461, CPC – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

⁶⁶ Lei 4771/65 – Institui o Código Florestal.

Art. 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

~~i) (Vide Lei nº 7.803 de 18.7.1989)~~

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

⁶⁷ Lei Estadual de São Paulo 9866/97 – Dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências.

⁶⁸ Decreto Estadual 43022/98 – Regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

⁶⁹ Lei Estadual 898/75 – Disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo e dá providências correlatas.

Lei Estadual 1172/76 – Delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água, a que se refere o artigo 2º da Lei Estadual 898/75, estabelece normas de restrição do uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª edição. RT, p. 446: “A aquisição de área de compensação não precisa ser feita, necessariamente, por via expropriatória. Pode ser feita por contrato de venda e compra.”.

		Antonio Gomes da Cunha e outros Apte. 2: Ministério Público Apdo.: Ministério Público e outros Apte. 2: Antonio Gomes da Cunha e outros				
188.792- 5	08/11/2000	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública Agte: Fazenda do Estado de São Paulo Agdo: Ministério Público	Recorreu-se de decisão liminar que mandou extinguir o núcleo habitacional e restaurar a área degradada, pedindo a ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado,	Art. 2º, CF/88 ⁷¹ Lei 4771/65, art. 22 ⁷² Art. 2º, Lei 8437/92 ⁷³ Art. 664, CPC ⁷⁴	“fumus boni iuris” e “periculum in mora”	Parcial provimento do recurso, tendo sido acatados apenas os pedidos para não demolição das habitações e diminuição do valor da multa diária

⁷¹ Art. 2º, CF – São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷² Lei 4771/65 – Institui o Código Florestal.

Art. 22 – A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.

§1º - Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do artigo 2º desta lei, a fiscalização é da competência dos Municípios, atuando a União supletivamente.

⁷³ Lei 8437/92 – Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

Art. 2º - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

⁷⁴ Art. 664, CPC – Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.

Parágrafo único – Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.

			considerar a decisão nula, aumentar o prazo para realização da medida e retirar a exigência de multa, pois além de ser inviável impor-se multa à Fazenda, o valor é muito alto.			
171.834-5/8	06/08/2001	Apelação em Ação Civil Pública Apte: Prefeitura Municipal de São Sebastião e	Permitir ao Município alterar os limites de preservação ambiental previstos no Código Florestal por se cuidar de matéria de	§1º, art. 24, e II, art. 30, CF ⁷⁵ Lei Municipal 1273/98 ⁷⁶ Art. 1º, 2º e 3º, Código Florestal ⁷⁷	Daniel Roberto Fink – função ecológica da propriedade ⁸¹ José Afonso da Silva: limites de atribuições dos	Negou-se provimento ao recurso para considerar inconstitucional a lei municipal que diminuiu as restrições de edificação às

⁷⁵ Art. 24, §1º, CF – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) §1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Art. 30, II, CF – Compete aos municípios: (...) II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

⁷⁶ Lei que alterou o artigo 26 da Lei 848/92 diminuindo as restrições para construção em áreas de preservação ambiental. O *site* da Prefeitura de São Sebastião não disponibiliza o inteiro teor da legislação anterior a julho de 2005.

⁷⁷ Lei 4771/65. Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Parágrafo único. As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade (art. 302, XI b, do Código de Processo Civil).

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. [\(Incluído pela Lei nº 6.535, de 1978\)](#) [\(Vide Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

⁷⁸ A Resolução do CONAMA 4/95 estabelece as "áreas de segurança aeroportuária" – ASA's. Pesquisa efetuada em <http://www.mma.gov.br/port/conama/legipesq.cfm?tipo=3&numero=4&ano=1995&texto=>.

Acesso em 30 de janeiro de 2005. Provavelmente o número da resolução foi erroneamente colocado no acórdão, pois o tema da demanda não tem a ver com o objeto desta resolução.

⁷⁹ Lei 6938/81 – Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Art. 8º, VII – Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA: (...) VII – estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

⁸⁰ Lei 6766/79 – Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

Art. 4º, III – Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

(...) III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

⁸¹ Daniel Roberto Fink, em seu artigo "Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano" In Revista de Direito Ambiental, Editora RT, n. 02, p. 81: "A função ecológica da propriedade, particularmente a preservação dos elementos naturais, deve ser observada no exercício do direito de propriedade, seja esta urbana ou rural, pública ou particular. Isto funda-se

		outro Apdo: Ministério Público				
--	--	---	--	--	--	--

na importância de que os recursos naturais (água, flora, fauna, ar e solo) representam para a vida do homem, considerando-se, inclusive e, talvez principalmente, as futuras gerações”.

⁸²José Afonso da Silva (sem referência) “A política dos espaços verdes se revela, pois, na proteção da natureza, a serviço da urbanização, conexas com a proteção florestal ou parte dela, com o objetivo de ordenar a coroa florestal em torno das grandes aglomerações, manter os espaços verdes existentes nos centros das cidades, criar áreas verdes abertas ao público, preservar áreas verdes entre habitações, tudo visando contribuir para o equilíbrio do meio em que mais intensamente vive e trabalha o homem. Essa política há de ser estabelecida pelos planos diretores de leis de uso do solo dos Municípios ou Regiões Metropolitanas e Aglomerações Urbanas, mas no referente às florestas de preservação permanente terão que observar os princípios e limites previstos no artigo 2º, parágrafo único, do Código Florestal, conforme determinação de seu parágrafo único acrescentado pela Lei 7803/89”.

Sobre a competência do Município, José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª edição, p. 215) pontua que ele só pode formular “normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas”.

⁸³ Segundo o acórdão, Norberto Bobbio considera que a “norma inferior não pode violentar norma principal do sistema jurídico, sob pena de decretar a sua falência”.

5.4.2

Análise dos principais acórdãos do TJSP

5.4.2.1

TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 49.576.5/4, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 30.11.98.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Sociedade de Amigos do Bairro do Sahy em face de Mário Sérgio Gonçalves, Toque-Toque Empreendimentos Imobiliários Ltda., espólio de José Ventura Neto e Carmem Consuelo Chacon Coelho, figurando como assistente a Prefeitura do Município de São Sebastião. Objetiva a demanda condenar os réus em obrigação de não fazer consistente na cessação das atividades nocivas ao meio ambiente, como desmatamento, retirada de terra, construções de casas, instalação de loteamento, ligação de esgoto clandestino ou inadequado, ou alternativamente, em obrigação de fazer, consistente em recuperar o Morro do Capuçu, recompondo a paisagem desmatada pelos réus e demolindo as edificações existentes. Na impossibilidade, requerem os autores o pagamento de indenização pelos danos ambientais causados a ser recolhido ao Fundo Estadual de Recuperação dos Interesses Difusos Lesados, regulamentado pelo Decreto 27.070/87.

Foi concedida medida cautelar pelo juízo monocrático para manter a área no estado em que se encontra. No entanto, os agravantes conseguiram suspender o curso da ação civil pública por meio de embargos de terceiro.

Mais tarde, observando a desobediência à liminar deferida, o representante do Ministério Público pleiteou a lacração das residências dos réus e a proibição da venda de qualquer lote de terreno ou casa, tendo o seu pedido atendido pelo magistrado *a quo*.

Ingressaram, assim, os réus com agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, primeiramente, concedeu efeito suspensivo ao agravo para que os agravantes exerçam o direito de fruir os imóveis já construídos na área, mantendo os demais efeitos da medida cautelar.

Alegam em sede de agravo que com a suspensão da ação civil pública, suspenderam-se também os efeitos da liminar nela obtida, por isso continuam construindo no Morro do Capuçu.

O juízo de 2ª instância assevera que os agravantes obtiveram aprovação municipal do projeto para construção na área de preservação ambiental localizada no Morro do Capuçu, entendendo, por isso, estarem no exercício regular de seus direitos.

Assim, desconsiderando as questões principais que serão discutidas em sede de ação civil pública, o Tribunal atenta para o fato de existirem, na data do julgamento, cerca de 40 residências, com aproximadamente 200 famílias, no Morro do Capuçu, sendo que desabrigá-las antes do término do processo principal em nada mudará o panorama da região, que já foi desmatada, explorada e comprometida em sua vegetação primária.

O Tribunal concluiu, então, por unanimidade de votos, pela procedência do agravo e conseqüente reforma da decisão agravada para que os agravantes exerçam o direito de habitar os imóveis já construídos na área do Morro do Capuçu até julgamento final da ação civil pública, destacando, porém, que ficam proibidas novas construções.

Analisando o julgado, nota-se que o Tribunal, ao permitir que os agravantes permanecessem nos imóveis até o final da ação principal, ainda que não tenha sido expressamente, tutelou o direito à moradia das inúmeras famílias que ali habitam, evitando a demolição dos imóveis.

No entanto, a decisão não confere segurança aos moradores, pois, a qualquer momento, por força de decisão divergente na ação principal, eles podem ser obrigados a deixar o local. Assim, o Tribunal, ao não abordar diretamente a questão da moradia no acórdão, deixando para a decisão final apurar o mérito do processo na ação principal, acabou não tutelando o principal direito envolvido na questão, que é o direito social à moradia.

E como bem observado pelo juiz relator do acórdão, os moradores obtiveram aprovação municipal do projeto para construção na área, não podendo, de uma hora para outra, terem suas residências demolidas e serem obrigados a deixar o local quando, muitas vezes com grande sacrifício, construíram ali suas casas.

Cabe aqui a observação tecida em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a responsabilidade do Poder Público pela fiscalização das áreas de preservação ambiental e das construções que são erigidas no Município.⁸⁴ A desídia da Administração em fiscalizar devidamente as áreas de sua competência e promover o adequado uso do solo não pode depois justificar uma intervenção repentina, desabrigando famílias, ainda mais no presente caso em que houve, inclusive, aprovação pela Municipalidade do projeto para construção das casas.

5.4.2.2

TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 125.688-5/9-00, Comarca de São Bernardo do Campo, Relator: Paulo Travain, julgamento em 21.06.2000.

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Sociedade Amigos do Parque Ideal, Osvaldo Gomes de Moura e sua mulher Rute Maria Gomes de Moura, Antonio Gomes da Cunha, Luiz José Pimenta, Inácio Alves de Souza, José Carvalho Leal, Felismino Crino Martins, Marianna Caligiuri Ronchetti e Prefeitura Municipal de São Bernardo, visando reparar dano ao meio ambiente em razão de implantação de loteamento clandestino em área de mananciais de preservação permanente, requerendo-se a condenação dos réus a, solidariamente, restaurarem a área, no estado anterior, recompondo o complexo ecológico atingido, demolindo as edificações e recompondo a superfície do terreno.

A sentença de 1ª instância julgou parcialmente procedente o pedido em face de Osvaldo Gomes de Moura, Antonio Gomes da Cunha, Luiz José Pimenta, Marianna Caligiuri Ronchetti e Prefeitura do Município de São Bernardo.

Houve os seguintes recursos:

Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta sustentam que não poderiam ser responsabilizados porque são pessoas humildes e de pouca instrução e que foram vítimas ao adquirirem os lotes irregulares, o que só ocorreu porque eram sócios da Sociedade Amigos do Parque Ideal. Atribuem a responsabilidade ao

⁸⁴ A respeito consultar os comentários das decisões “5.3.2.4” e “5.3.2.6”, do TJRJ.

Município de São Bernardo do Campo e, subsidiariamente, requerem a citação dos 259 adquirentes dos lotes.

Marianna Caligiuri Ronchetti alega que não promoveu nenhum loteamento e nem causou danos ao meio ambiente pois apenas era proprietária da área e, para facilitar a alienação, promoveu o seu desmembramento regularmente em 8 módulos junto à Prefeitura Municipal. Alega, ainda, que as vendas foram feitas por corretores e que, por isso, desconhecia os destino que os adquirentes lhes daria.

A Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo recorre alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por conter julgamento “extra petita”. Diz que a condenação em indenização é incabível, uma vez que houve condenação em obrigação de fazer. Além disso, diz que a condenação na aquisição da área implica em desapropriação, o que significa ingerência do Judiciário na esfera do Poder Executivo. Ressalta também que as obrigações impostas não atendem ao interesse difuso, além de contrastar com a ordem legal vigente, e, por fim, diz que os prazos fixados são exíguos, não concordando com os honorários do perito e assistente técnico.

O Ministério Público recorreu adesivamente alegando, quanto à recuperação das áreas de preservação permanente, que as medidas determinadas em sentença são insuficientes; em relação ao desassoreamento da Represa Billings diz que a determinação parece primária porque o objetivo da ação é esse; quanto à área de compensação, diz que deve ter o seu tamanho e localização alterados, devendo ser adquirida área livre e vegetada de 129.500 m², tendo como parâmetro o tamanho mínimo do lote; e, por fim, diz que a sentença silenciou sobre a condenação dos apelados ao pagamento de multa diária pelo descumprimento da liminar, fato que restou indubitável.

A preliminar de nulidade levantada pela Municipalidade de São Bernardo do Campo não encontrou procedência segundo o Tribunal. Além disso, considerou-se perfeitamente cabível a cumulação de indenização com obrigação de fazer quando esta não for totalmente possível de se realizar.

Quanto aos réus Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta, o Tribunal declarou que adquiriram a gleba em nome próprio e participaram da diretoria da Sociedade Amigos do Parque Ideal desde a sua criação, então destinada realização do plano. Além disso, eles adquiriram lotes em outros loteamentos clandestinos

próprios e autorizaram a proprietária Marianna a outorgar a escritura pública diretamente à Sociedade de Amigos do Parque Ideal, sendo que os sócios, na verdade, adquirentes, remanescem na titularidade do terreno.

A ausência dos demais adquirentes na ação procede porque ela se volta contra aqueles que idealizaram e colocaram em prática o loteamento clandestino.

Oswaldo Gomes de Moura era presidente da associação quando da aquisição da área e, além disso, comparece pessoalmente como promitente vendedor em contratos padronizados.

Marianna Caligiuri Ronchetti sabia da proibição do loteamento, pois consultara a Secretaria Estadual do meio Ambiente e foi informada da possibilidade do parcelamento da área em apenas 73 lotes, o que foi feito justamente na mesma época em que foi criada a Sociedade Amigos do Parque Ideal. Todas as glebas desmembradas foram alienadas por Marianna com o mesmo fim, construir loteamentos clandestinos através de Associações como Ouro Verde, Parque Ideal, Parque das Garças e Parque dos Pássaros. Assim, ela não poderia ignorar a forma “clandestina” dos loteamentos.

A Municipalidade também tem responsabilidade. Chegou a ajuizar ação civil pública para impedir o referido loteamento e acabou desistindo. Assim, foi omissa e, em seguida, levou para o local infra-estrutura com o que estimulou ainda mais as edificações. Além disso, as obrigações impostas visam a proteção ambiental, o que interessa a toda coletividade, contrariando as alegações da Municipalidade. Por outro lado, a aquisição da área não interfere nas atribuições do Poder Executivo porque apenas condena os réus a repararem os danos causados. Além disso, não se faz necessária via expropriatória, pois como afirma Hely Lopes Meirelles, a aquisição de área de compensação pode ser feita por contrato de compra e venda.

Os prazos fixados são mantidos pelo Tribunal, bem como os honorários do perito e assistente técnico, pois fixados com critério.

O recurso do Ministério Público é parcialmente acolhido pelo Tribunal. Em relação às áreas de risco, o Tribunal determina aos co-réus que apresentem, em 60 dias, projeto técnico para recuperar a vegetação. O desassoreamento dos cursos d'água também é determinado, pois objetivo da ação. Quanto à área de compensação, o Tribunal concorda com a posição ministerial de que ela deve ser maior que a imposta pela legislação (35% segundo a lei 6766/79).

Assim, negou-se provimento aos recursos de apelação e deu-se parcial provimento ao recurso do Ministério Público, por votação unânime.

Analisando o julgado, fica evidente a existência de casos em que o parcelamento, a venda e o loteamento de áreas de preservação ocorrem de forma a fraudar a lei contando com a má-fé de loteadores e proprietários. Foi o que nesse caso ficou comprovado de acordo com o seguinte trecho retirado do acórdão: “(...) E, cientes da proibição legal de se lotear a gleba, os co-réus valeram-se de artifício já utilizado em “loteamentos” irregulares anteriores: adquiriram a gleba em nome de uma “associação de moradores”, composta pelos “sócios”, que nada mais são que os adquirentes das frações do terreno, que são os que, por força dos “Estatutos”, têm direito à aquisição. Auferidos os lucros com a venda das “frações ideais”, o “empreendedor” e seus “laranjas” cedem seus direitos sobre as “frações”, de modo que apenas remanescem, como sócios, os adquirentes, quase sempre pessoas simples e humildes. Esse o artifício que os co-réus já utilizaram em “loteamentos” clandestinos anteriores”.

A ocupação da área, a exemplo de outras, é composta por inúmeras famílias, que desconheciam a origem e forma como foi fragmentada a área, desconhecendo também a proibição de construção do local, não se podendo, portanto, generalizar a consideração de que todo o loteamento é ocupado por fraudadores.

De qualquer forma, os moradores estavam de boa-fé porque eles até pagaram pela obtenção dos terrenos dentro do loteamento acreditando estarem adquirindo a sua moradia. É preciso, portanto, considerar os interesses dos vários sujeitos envolvidos na transação do loteamento. Isso porque, alguns apenas visavam obter vantagens econômicas com a venda dos lotes a pessoas humildes e inocentes, devendo ser responsabilizados, enquanto outros, os moradores, somente queriam ter um lugar para morar.

O conflito de tais interesses é que demonstra, no processo, quem estava de má-fé e quem estava de boa-fé, respectivamente.

O Tribunal, por sua vez, demonstra reconhecer o direito à moradia daqueles que vivem no loteamento, pois decide pela manutenção das pessoas no local, sem a demolição das edificações.

Quanto ao Município de São Bernardo do Campo, vale ressaltar que o fato de ter levado ao local a infra-estrutura necessária, compreendida por asfalto, energia elétrica, entre outros bens, depõe a seu favor, ao contrário do que o

Tribunal considerou como sendo indício de responsabilidade pela ampliação das construções.

Uma vez que a moradia estava consolidada, com inúmeras famílias vivendo no local, era dever da Municipalidade reconhecer o direito à moradia no loteamento, não podendo abandonar os moradores e deixar de oferecer no local os serviços e equipamentos públicos necessários a uma sadia qualidade de vida.

E essa é a grande questão que se considera deva ser analisada quando da decisão em favor do direito à moradia: se a ocupação do local está consolidada, ou seja, existe há muito tempo, conta com inúmeras famílias que já estabeleceram ali suas relações sociais, de emprego, escolares, entre outras, torna-se rigor a sua manutenção na área ocupada, oferecendo-lhes, inclusive, os equipamentos públicos necessários para garantir o pleno exercício do direito à cidade.

Apenas será admitida remoção dos moradores em casos que ofereçam risco à sua vida e integridade física. O fato da área ser de preservação ambiental não deve ser causa de eventual remoção.

Além disso, segundo a Lei Estadual 9866/97⁸⁵, em seu artigo 47, o Estado autoriza a execução de “obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento” e o §1º do

⁸⁵ Lei 9866/97 – Dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências.

Art. 47 – Nas áreas de proteção de mananciais de que tratam as Leis n. 898, de 18 de dezembro de 1975, e 1172 de 17 de novembro de 1976, até que sejam promulgadas as leis específicas para as APRM’s, poderão ser executadas obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento.

§1º - Para os efeitos desta lei, consideram-se obras emergenciais as necessárias ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, controle da poluição das águas e revegetação.

§2º - As obras a que se refere o “caput” deste artigo deverão constar de Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, contemplando o disciplinamento das áreas de intervenção de acordo com a legislação.

§3º - Os projetos emergenciais deverão ser aprovados pelo órgão colegiado.

§4º - vetado.

§5º - O Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo será elaborado pelo Poder Público Estadual, em articulação com os Municípios, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias da publicação desta lei, contendo justificativa técnica, agentes executores, custos e fontes de recursos, cronograma físico-financeiro e resultados esperados.

§6º - O Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo deverá ser aprovado pelo CRH e pelo CONSEMA, após o Poder Público Estadual realizar audiências públicas no prazo de 30 (trinta) dias.

§7º - Após realização de audiências públicas o Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo deverá ser aprovado pelo CRH e pelo CONSEMA no prazo de até 30 (trinta) dias.

referido artigo classifica como obras emergenciais justamente aquelas efetuadas pela Prefeitura de São Bernardo do Campo, quais sejam: “necessárias ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, controle da poluição das águas e revegetação”.

Nesse sentido, observa-se que o objetivo da regra, além de proteger o meio ambiente, é tutelar um valor maior, qual seja, a vida humana, garantindo-lhe qualidade.

Também o artigo 4º do Decreto Estadual 43.022/98⁸⁶ deve ser interpretado nesse sentido, pois ele se refere a um “eventual reassentamento” de moradores de áreas de restrição à ocupação. Isso quer dizer que a remoção deve sempre ser encarada como uma exceção e não como regra de ocupações localizadas em áreas de preservação, reservando a opção para os casos em que a vida humana está exposta a risco.

Em relação a atuação do Ministério Público, observa-se que a instituição tem privilegiado a tutela do direito ao meio ambiente nas ações civis públicas de sua autoria. Como órgão de proteção dos direitos difusos e coletivos, o Ministério Público tem se empenhado bastante em tutelar o meio ambiente. No entanto, há uma lacuna real na atuação em favor do direito à moradia, um direito humano, fundamental e também coletivo.

Assim como na maioria dos acórdãos analisados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem abordado a questão da moradia como um dos eixos da argumentação, sem dotá-la da devida importância. Muitas vezes, a expressão “direito à moradia” não vem contida no discurso do Tribunal, que, indiretamente, acaba por reconhecer tal direito ao impedir a demolição das residências.

⁸⁶ Decreto Estadual 43022/98 – Regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

Art. 4º - Nas áreas assim declaradas como de restrição à ocupação, na forma do artigo 13 da Lei 9866/97 não poderão ser executadas obras de infra-estrutura, devendo ser previsto eventual reassentamento das populações, seguida de ações de recuperação ambiental, especialmente: I – nos corpos de água; II – nas áreas recobertas com vegetação natural primária ou em estágios médio e avançado de regeneração; III – nas áreas de restrição ou de preservação permanente e nas áreas inseridas em unidades de conservação definidas em legislação federal, estadual ou municipal; IV – naquelas declaradas por ato do Poder Público como de interesse para a preservação ou a conservação ambiental; V – nas áreas definidas como de 1ª categoria pelas leis 898/75 e 1172/76.

5.4.2.3

TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 188.792-5/4-00, Comarca de Cubatão, Relator: Paulo Travain, julgamento em 8.11.2000.

Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Fazenda do Estado e da Prefeitura Municipal de Cubatão visando a condenação das rés na obrigação de fazer consistente em extinguir fisicamente o núcleo habitacional situado atrás do C.A.I.C. de Vila Natal, em Cubatão, e em recuperar todas as áreas degradadas.

Foi concedida liminar concedendo prazo de 90 dias para a efetivação dos pedidos sob pena de multa diária.

A Fazenda do Estado interpôs agravo de instrumento alegando, em síntese, ser parte ilegítima para figurar no pólo passível da ação; ser nula a decisão por não ter sido previamente notificada da liminar a pessoa jurídica de direito público conforme a Lei 8437/92; não estarem presentes os requisitos para concessão de liminar sendo que a Fazenda do Estado vem atuando nos limites de seu poder de polícia, autuando os ocupantes; ser necessária a prorrogação do prazo concedido para seis meses conforme pedido do autor; ser o Estado insubstituível pelo Judiciário em ato da competência do Executivo e nem ser cabível a cominação de multa contra as Fazendas Públicas, além do valor ser considerado excessivo.

O Tribunal manifestou-se, primeiramente, em relação à legitimidade da Fazenda, que vem expressa nas Constituições Federal e Estadual e não pode ser afastada por disposição infra-constitucional. Além disso, a liminar não é nula pela ausência de oitiva da Fazenda, uma vez que, conforme previsto na legislação inferida, a sua supressão não gerou prejuízo para a parte.

Quanto aos requisitos para concessão de liminar, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido da agravante, pois os considerou ausentes no caso de desocupação da área e demolição das edificações, uma vez que o dano já ocorreu e tal medida seria irreversível e de difícil reparação, não sendo aconselhável em sede de liminar. Por outro lado, o pedido é improcedente no que tange à vigilância do poder público.

O pedido de prorrogação do prazo perde objeto uma vez que não há mais imposição de se realizar as demolições e desocupações no momento, assim como não há que se falar em falta de previsão orçamentária para tanto.

A multa, por sua vez, é cabível no caso, segundo o artigo 644 do CPC, que não excepciona a Fazenda Pública. Contudo, tendo a liminar ficado restrita à vigilância do local, a multa diária fica reduzida para R\$500,00 (quinhentos reais), dando-se parcial provimento ao recurso por votação unânime.

Analisando o julgado, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, não se considerando responsável pela fiscalização do local. No entanto, a sua responsabilidade, além de decorrer de norma constitucional, conforme ressaltado pelo Tribunal, também advém da sua omissão em fiscalizar a área objeto do litígio de forma a prevenir a consolidação das moradias em área de preservação.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública, já houve oportunidade em que se demonstrou, segundo entendimento de Hely Lopes Meirelles, que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”⁸⁷.

E no acórdão ora analisado, a preocupação da Fazenda Pública parece restringir-se ao aspecto financeiro, ou seja, das despesas que lhe causará tomar providências no local, não havendo argumentação no sentido da proteção do direito à moradia daqueles que vivem no núcleo habitacional.

A Fazenda também constrói sua defesa em cima de alegações técnicas, derivadas do processo civil, quando afirma que não poderia ter sido concedida liminar antes da sua oitiva.⁸⁸ Esse tipo de discurso, que privilegia forma deixa de atentar para problemas sociais graves que envolvem a demanda, como é o caso do direito à moradia daqueles que vivem no núcleo habitacional ameaçado de demolição.

No entanto, conta-se com um posicionamento louvável do Tribunal de Justiça, pois atentando para o fato de que “o dano já ocorreu com o desmatamento da área”, nega a imediata desocupação e demolição das edificações, por

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁸⁸ Art. 2º, da Lei 8.473/92 - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

considerá-la “medida irreversível e de difícil reparação”. Nesse sentido, embora não expressamente, o Tribunal tutela o direito social à moradia, ainda que o faça provisoriamente, pois se encontra em sede de pedido liminar.

A ação principal continuará, então, caminhando no sentido de se obter autorização para serem demolidas as construções do núcleo habitacional localizado na área de preservação. Isso quer dizer que, o problema da garantia do direito à moradia dos residentes no local continuará existindo até que se tome providência definitiva em favor dos moradores da área.

Por fim, vale ressaltar que a presente demanda, bem como as demais ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, foi proposta com o fim de tutelar o meio ambiente, não tocando na questão do direito à moradia. Há, assim, uma tendência do Ministério Público e, também, do Tribunal, em privilegiar o direito ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia.

5.4.2.4

TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 06.08.2001.

Foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Prefeitura Municipal de São Sebastião visando impedir a ré de expedir licença ou autorização ambiental com base na Lei Municipal n. 1273/98, uma vez que impõe restrições menores que as previstas no Código Florestal, sendo por isso, inconstitucional e ilegal.

A sentença de 1ª instância julgou procedente a ação, condenando a Municipalidade a abster-se de autorizar licenciamentos ambientais e licenças de construção com os limites previsto em sua lei municipal, sob pena de multa no valor de dez mil reais para cada licenciamento ou ato administrativo expedido em desacordo com a sentença.

A Municipalidade apelou alegando: ser possível ao legislador municipal alterar os limites de preservação ambiental previstos no Código Florestal por se tratar de matéria de interesse local e pertinente a áreas exclusivamente urbanas; serem tais limites os máximos previstos para as áreas urbanas e não o mínimo;

tratar-se de competência suplementar com o objetivo preservacional; e ser aplicável a Lei 6766/79, mais recente se comparada com o Código Florestal.

O Tribunal desacolheu a pretensão recursal, pois considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal, que é lei nacional que tutela as florestas e demais formas de vegetação natural, bens de interesse comum a todos os cidadãos, conforme estudo de Daniel Roberto Fink.

Além disso, a supremacia do interesse público nacional é superior ao interesse local; e os interesses públicos preservados pelo Código Florestal são indisponíveis, não podendo o legislador municipal restringi-los sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro.

Assim, o Município pode estabelecer sua política urbana, desde que respeitados os limites de atribuições ditados na Constituição, como pontua José Afonso da Silva.

Norma inferior, nesse sentido, não pode violentar norma principal do sistema jurídico sob pena de ser decretada sua falência, conforme pensamento de Norberto Bobbio.

A Lei 6766/79, por sua vez, quando impôs a tutela urbanística e seus requisitos para uso e ocupação do solo, dispôs, no artigo 4º, inciso III, que é obrigatória a reserva de faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado ao longo das águas correntes e dormentes, salvo exigências maiores da legislação específica.

Segundo o Tribunal, a legislação referida na Lei 6766/79 é o Código Florestal que estipula metragens maiores de proteção, dependendo da largura do curso d'água. Assim, o Município somente poderia aumentar a faixa de preservação garantida ao longo dos rios e nunca diminuí-la.

O recurso foi, então, improvido por unanimidade, deduzindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1273/98.

Analisando o julgado, admite-se a sua relevância, pois demonstra a posição do Tribunal frente a um possível conflito normativo entre o Código Florestal e a Lei de Uso e Ocupação do Solo⁸⁹. E nesse sentido, o Tribunal privilegiou a tutela do meio ambiente ao considerar que a faixa *non aedificandi* deve obedecer os parâmetros do Código Florestal por serem maiores que os da Lei de Uso e

⁸⁹ Sobre a legislação pertinente ao tema, sua interpretação e crítica, ver o Capítulo 4.

Ocupação do Solo, bem como da lei municipal de São Sebastião questionada na demanda.

Porém, considera-se que, quando o Município estabelece limites inferiores aos constantes nas leis federais citadas, ele não o faz apenas devido à sua competência em razão do interesse local, mas também em função da sua competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”⁹⁰. E isso compreende também atentar para as características peculiares da área urbana municipal e as necessidades sociais vivenciadas, em especial, as relativas à moradia.

E a tutela do meio ambiente, como o próprio Tribunal admitiu ao adotar o conceito de Daniel Roberto Fink sobre a função ecológica da propriedade, visa proteger um bem maior que é a vida do homem.

Nesse aspecto é que faltou ao Tribunal discutir a questão fundamental do direito à moradia envolvida na demanda. Isso porque o possível conflito das leis citadas no acórdão envolve a proibição de se construir em áreas de preservação situadas à margem de cursos d’água. Construir pode significar, portanto, construir moradias. Assim, não se mostra suficiente a mera discussão a respeito da hierarquia de normas, pois a situação se revela mais complexa.

Novamente é preciso atentar para o fato de que o Tribunal não tem reconhecido, na grande parte das demandas, o direito social à moradia, deixando de abordar o aspecto desafiador do problema que é o conflito real existente entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia.

Também não há menção ao direito à cidade, o qual poderia servir como baliza para solucionar os problemas urbanos, bem como não é aplicado o princípio da sustentabilidade das cidades para direcionar a interpretação dos magistrados.

⁹⁰ Texto do artigo 30, VIII, da Constituição Federal.

6

Direito à cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente

São diversas as espécies de tensão envolvendo o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente. Conforme já fora afirmado, não se pretende aqui esgotar tais possibilidades, trazendo à tona todas as hipóteses em que o conflito ocorre. Também não é nossa intenção oferecer uma análise de todas as possíveis contradições encontradas na normativa brasileira analisada no Capítulo 3 de nosso trabalho.

Assim sendo, apenas a título de exemplo, cumpre-nos demonstrar como essa tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente vem ocorrendo nas áreas urbanas para, a seguir, oferecer as bases para a sua interpretação.

O exemplo adotado é o das ocupações com fins de moradia às margens dos cursos d'água nas áreas urbanas, em que supostamente estariam em conflito a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei 6766/79) e o Código Florestal (Lei 4771/65).

Conforme o artigo 2º do Código Florestal, são áreas de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

(...)

Parágrafo único. **No caso de áreas urbanas**, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, **obervar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo**”. (grifos nossos)

O parágrafo único do artigo 2º merece destaque por ser o texto que supostamente estaria a conflitar com o art. 5º da Lei 6766/79 - Lei de uso e ocupação do solo, que coloca como faixa *non aedificandi* ao longo de águas correntes e dormentes a área correspondente a 15 metros de cada lado, diminuindo a exigência do Código Florestal que considera mínima a medida de 30 metros, conforme se pode observar.

Também cabe destacar a redação da Resolução do CONAMA n. 303/2002, que ao tratar do tema, adotou o mesmo sentido das disposições do Código Florestal.¹

E não bastasse haver essa contradição entre as normas, que usualmente demandaria solução através das regras de hierarquia, competência e especialidade, podem vir a ser observadas também outras hipóteses de conflitos normativos quando, por exemplo, nos deparamos com o caso da decisão do TJSP, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, da Comarca de São Sebastião.²

A demanda trata da proposição de ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Prefeitura Municipal de São Sebastião visando impedir a ré de expedir licença ou autorização ambiental com base na Lei Municipal n. 1273/98, uma vez que impõe restrições aquém das previstas no Código Florestal, considerada, por isso, pelo Ministério Público, inconstitucional e ilegal.

Nesse caso, o Tribunal considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal, que é lei nacional que tutela as florestas e demais formas de vegetação natural, bens de interesse comum a todos os cidadãos, destacando que a supremacia do interesse público nacional é superior ao interesse local; argumentando também que os interesses públicos preservados pelo Código Florestal são indisponíveis, não podendo o legislador municipal restringí-los sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro.

¹ Ver Capítulo 4, item 4.1.10.

² Ver Capítulo 5, item 5.4.2.4.

Fica claro, portanto, que o Tribunal baseou-se na regra da hierarquia para prolatar sua decisão.

Além dessa controvérsia acerca das disposições do Código Florestal e da Lei

de Uso e Ocupação do Solo, é possível destacar outras leis que abordam o tema, como é o caso dos Projetos de Lei Federal 6001/2005 e 5683/2005, que pretendem alterar o Código Florestal³, o Projeto de Lei Federal 3057/00, que altera a Lei de uso e ocupação do solo⁴, o Projeto de Resolução do CONAMA – Proc. n. 02000.002382/2003-92⁵, entre outros, contribuindo, essencialmente, para acirrar a questão⁶.

Posto isso, atentamos primeiramente, ser preciso compreender que a discussão a respeito da ocupação das áreas à margem de cursos d'água é muito mais complexa do que a mera superposição ou conflito de normas entre o Código Florestal, a Lei de Uso e Ocupação do Solo ou qualquer outra normativa a respeito do tema. A discussão sobre o uso e ocupação sustentável das áreas de preservação ambiental deve levar em conta o reconhecimento de suas funções ambientais e urbanísticas na perspectiva da tutela do direito à cidade.

Além disso, nosso objetivo nesta dissertação é transpor a análise que fica restrita ao plano da eficácia jurídica da norma, para alcançar um plano mais amplo: o da eficácia social da norma, que envolve a sua legitimidade, finalidade e incidência.⁷

Portanto, a conclusão a que se chega da análise de todo o escopo normativo pertinente, é que o método ou regra da hierarquia para superar conflitos, embora seja vasto, ele é ao mesmo tempo contraditório e insuficiente para equacionar conflitos como o do direito à moradia e o direito ao meio ambiente, pois fica sempre restrito à visão dicotômica do problema.

E na esteira do entendimento já exposto anteriormente acerca da necessidade de compreender o Direito além da norma, na interpretação das leis é necessário conjugar outros conhecimentos e experiências, em especial neste

³ Ver o item 4.1.8.

⁴ Ver o item 4.1.9.

⁵ Ver o item 4.1.11.

⁶ Sobre uma análise abrangente das normativas nacionais, estaduais e municipais, ver Capítulo 4.

⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Práticas Sociais Instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*. Projeto integrado de pesquisa Interinstitucional. RTDC – Revista Trimestral do Direito Civil, ano I, v. I, jan./mar. 2000.

trabalho que segundo vertente interdisciplinar, considera a produção de sentido no processo de interpretação.

Em todos os campos de conhecimento, não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem: a orientação que a linguagem geral pode proporcionar, considerando a textura aberta dos conceitos.⁸

É por isso que Hart defende a textura aberta do Direito, pois se todas as regras especificassem, adiantadamente, as soluções para todos os problemas, ter-se-ia uma teoria jurídica mecânica, que não exigiria qualquer esforço para interpretar os termos à luz de diferentes questões que estão em jogo nas diversas leis que se apresentam. Somente quando se depara com casos particulares é que se pode saber qual o sacrifício de interesses e valores que se estará disposto a fazer para reduzir o risco de dano.⁹

Nos estudos deste trabalho, os contextos espacial e temporal são considerados, justamente, para viabilizar a eficácia social da norma.

Nesse sentido, Hart defende que o ato de interpretar não deve buscar a intenção do legislador, mas a criação de novas possibilidades frente ao caso que se apresenta. Neste ponto Hart, assim como Warat, admitem que a interpretação implica na produção de novos sentidos para a norma.

A adoção de condições retóricas de sentido¹⁰, relativa ao direito à moradia e preservação do meio ambiente, portanto, é insuficiente para alcançar a finalidade da norma. Aliás, como identificar esse sentido em meio a tantas regras indicando caminhos contrários? Não há um modelo apto a ser seguido que garanta o acerto em toda a atividade interpretativa que é efetuada. É preciso abandonar essa concepção de que a subsunção é a forma mais eficiente de aplicar a norma.

Segundo Warat, o “ato interpretativo pode ser caracterizado como produto do convencimento jurídico”.¹¹ Trata-se propriamente da “produção de um sentido para a norma”, da capacidade que o jurista possui de argumentar e raciocinar em torno do texto legal disponível, convencendo-se do seu alcance e conjugando

⁸ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, p. 157.

⁹ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, p. 160 a 166.

¹⁰ Condição retórica de sentido é “um conjunto de regras de caráter teórico que comandam a produção do efeito de convencimento nos discursos jurídicos”. (...) Ela “indica a existência de um conjunto estereotipado de esquemas fundamentais, um conjunto comum de crenças a partir dos quais se articulam segundo uma arte de invenção chamada retórica, os processos de adequação de opiniões e afirmações particulares com esse repertório de crenças generalizado”. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 145 e 149.

¹¹ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 11.

todos os elementos necessários para dar o contorno e o sentido da norma interpretada segundo o caso concreto.

Somente das afirmações de Hart e Warat, até então expostas, já é possível depreender que a normativa analisada, na tentativa de especificar cada vez mais as hipóteses de sua aplicação a determinadas situações, acaba por restringir, de forma determinante, a oportunidade para sua interpretação ampliada e, ao contrário de solucionar os impasses decorrentes de aparentes conflitos normativos, acaba por acirrá-los ao regular excessiva e contraditoriamente acerca do mesmo tema.

Também devido a constatada pluralidade de leis abordando as questões urbanísticas, é que se faz cada vez mais necessário considerar a aplicação dos princípios de interpretação¹². Eles constituem referência privilegiada para a interpretação das normas urbanísticas, cada vez mais sujeitas ao casuísmo.

A interpretação das leis, ao demandar a adoção de um método para tornar possível a aplicação das normas aos casos concretos, não constitui um processo simples. Assim, os diversos métodos que propiciam a interpretação da lei não sempre proporcionam a produção de um sentido diverso segundo cada caso concreto. No âmbito da hermenêutica jurídica, os métodos que visam à segura interpretação da lei, podem constituir apenas “um conjunto de princípios e conceitos que funcionam como diretrizes retóricas para os raciocínios dos juristas”.¹³

Surge, então, a necessidade de buscar um método capaz de harmonizar a legislação pertinente, sem, necessariamente, optar pela revogação ou não-aplicação definitiva de uma delas.

Assim, analisando todo o escopo legal que envolve a questão do direito à moradia e do direito ao meio ambiente a fim de superar o discurso doutrinário indicativo dos “conflitos”¹⁴ existentes entre eles, este trabalho busca reconhecer a pertinência do método do diálogo das fontes¹⁵ no campo da tutela do direito à cidade.

¹² Ver Capítulo 3.

¹³ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 65.

¹⁴ Refere-se, aqui, a “conflitos” uma vez que já fora afirmado neste capítulo que é preciso questionar a concepção de que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente nas cidades constituem um conflito.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

Como já vem sendo aplicado no campo do Direito do Consumidor¹⁶, o método do diálogo das fontes vem a significar a utilização, dentre as diversas normas acerca do tema, daquela que melhor vem a atender as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos na questão.

Podemos estabelecer, para efeito de argumentação, um paralelo entre os sujeitos vulneráveis das relações de consumo, quais sejam os consumidores, assim definidos no Código de Defesa do Consumidor, com os sujeitos vulneráveis envolvidos na tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. São vulneráveis, assim, no contexto do tema da dissertação, aquelas pessoas carentes de moradia e que necessitam da tutela do Estado, seja através do Poder Executivo ou Poder Judiciário, para verem garantido o seu direito à moradia, constitucionalmente assegurado.

O método do diálogo das fontes permite que se escolha, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a norma que tutela, de forma mais plena, o direito dos vulneráveis. As normas que aparentemente estejam em conflito não serão avaliadas de acordo com os critérios da hierarquia, da especialidade e da anterioridade, que visam decidir qual delas possui validade e eficácia jurídica, mas sim de acordo com os fins que visam atingir, como a preservação da dignidade da pessoa humana; da sua legitimidade, coexistindo simultaneamente no ordenamento jurídico, sem necessidade de revogação¹⁷, privilegiando-se a análise da eficácia social da norma.¹⁸

O método do diálogo das fontes possibilita, então, que no processo de interpretação sejam consideradas normas de hierarquias diversas, um grande avanço para análise dos casos desta dissertação, pois o método da ponderação¹⁹ é uma técnica de interpretação restrita ao plano dos princípios. Pretende-se aplicar esse potencial do método do diálogo das fontes, no campo da tutela do direito à cidade, para articular princípios, diretrizes e regras, autorizando a escolha, após

¹⁶ Para esclarecer a aplicação do método do diálogo das fontes no Direito do Consumidor, ver: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

¹⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Práticas Sociais Instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*. Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, v. I, jan./mar. 2000.

¹⁹ Sobre a ponderação de princípios ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

análise simultânea, de qual a norma mais adequada para a solução do caso, independentemente de estarem em planos de competência diversos.

Segundo Cláudia Lima Marques, existem três tipos de diálogo possíveis entre as fontes para superar “conflitos”. São eles: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

O diálogo sistemático de coerência é aquele que permite que

“na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma lei é a central do sistema e a outra um microsistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade”.²⁰

O diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade possibilita que

“na aplicação coordenada de duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei.”²¹

O diálogo de coordenação e adaptação sistemática, também chamado de “diálogo das influências recíprocas sistemáticas” ocorre

“como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si; no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 28.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 29.

em uma lei para outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*".²²

Conforme ensina Cláudia Lima Marques, cada tipo de diálogo conta com algumas especificidades. O diálogo de coerência é naturalmente mais amplo, podendo se adequar tanto ao diálogo de complementaridade quanto ao diálogo de coordenação. Isso porque, supondo-se que o ordenamento jurídico deva formar um todo coerente, determinadas regras de caráter geral podem ser utilizadas para esclarecer pontos que a lei especial não explicitou.

Assim, o diálogo de coerência permite que se apliquem simultaneamente duas leis, uma com caráter geral e outra com caráter específico, o que é recorrente na legislação urbanística e ambiental.

O diálogo de complementaridade também admite a adoção de regras gerais em leis especiais. Porém, esse diálogo tem caráter subsidiário, com o fim de complementar a previsão de uma norma. Não se busca, neste diálogo, obter uma coerência entre o sistema jurídico disponível, mas segundo o caso concreto, permite-se a adoção de regra geral que, embora possa contradizer alguma outra norma prevista na lei específica, por ser mais adequada para solucionar o caso, deve ser adotada em caráter subsidiário.

O diálogo de coordenação ou diálogo das influências recíprocas sistemáticas, por sua vez, leva em conta a finalidade que lei visa alcançar. E analisando essa finalidade o diálogo permite que se conclua qual das leis disponíveis no ordenamento deve ser aplicada, afastando a incidência de uma delas no caso específico. Assim, poder-se-á optar pela lei especial ou pela lei geral de acordo com a questão que se apresenta. Esse tipo de diálogo revela-se possibilitador de uma gama maior de hipóteses de aplicação das normas provenientes de diferentes diplomas legais, conforme a sua adequação ao caso.

Assim, vê-se que é possível utilizar uma outra lógica de interpretação na análise da legislação, porque o processo de escolha entre a prevalência de uma ou outra norma por meio dos critérios da anterioridade, hierarquia e especialidade não é necessariamente o único.

O que pretendemos em nosso estudo é adotar um outro corte metodológico no processo de interpretação, que amplie o alcance da tutela do direito à cidade,

²² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 29.

em consonância com a abordagem interdisciplinar, permitindo assim que se transponha o plano do simples conflito entre normas, redefinindo o sentido da norma através da produção de novos sentidos que autorizem a escolha da norma que estiver melhor e mais adequadamente promovendo a tutela do direito à cidade.

Nesta perspectiva, o equacionamento dos conflitos entre direito à moradia e direito ao meio ambiente, pode se valer dos três tipos de diálogos entre as fontes, segundo a doutrina de Cláudia Lima Marques.

Em nossos estudos, levantamos a hipótese de talvez incluir um novo tipo de diálogo que se denominaria “diálogo de preferência”.

A reflexão sobre esta quarta forma de diálogo surge em virtude dos obstáculos encontrados nos tipos elaborados por Claudia Lima Marques, especialmente no que diz respeito a sua aplicação nos casos de tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. Isso porque, os tipos de diálogo da doutrina de Claudia Lima Marques permitem uma interpretação que flexibiliza apenas a regra da especialidade, não abrangendo as regras da hierarquia e da cronologia, no campo da normativa urbanística e ambiental. Senão, vejamos.

O diálogo sistemático de coerência, conforme já exposto, ocorre entre duas leis, sendo uma geral e a outra especial, uma servindo de base à outra. O diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade possibilita que as cláusulas gerais de uma lei complementem situação regulada por outra lei. E, por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática também envolve as influências entre leis gerais e especiais no que se refere à sua finalidade.

Os referidos diálogos permitem que as leis gerais e especiais atuem simultaneamente, sem excluir umas às outras, servindo para clarear o significado e definir o âmbito de incidência de cada uma delas.

No entanto, ainda que as leis gerais e especiais passem a atuar simultaneamente, aplicando-se aquela que for mais benéfica à parte vulnerável da relação, como é o caso dos consumidores e moradores, ainda subsiste um impasse, que é o referente à aplicação de leis de hierarquias diferentes e leis promulgadas em datas diversas.

Levanta-se, assim, a possibilidade de aplicação de um quarto tipo de diálogo, que possa oferecer um caminho no equacionamento de conflitos entre

fontes de diferentes datas, competências e hierarquias. Sugerimos, então, o diálogo de preferência.

De acordo com esse tipo de diálogo haveria uma troca constante, simultânea e dinâmica das fontes normativas. A própria palavra “diálogo” nos remete a pensar na ocorrência de uma troca, de uma simbiose, daí conceber essa “quarta espécie” de diálogo.

Segundo o diálogo de preferência, a norma aplicada seria aquela que atendesse ao critério da adequação, representado pela sua identificação com o caso concreto, e também ao critério da capacidade de solucionar a demanda. Dessa forma, não se criaria um padrão ou um senso comum teórico acerca de qual regra deva ser aplicada em determinado caso. O diálogo possibilitaria abrir o leque de opções no momento da aplicação das leis.

Seria o caso de dar preferência à aplicação de determinada normativa, independentemente do fato de ser federal, estadual ou municipal; tratar de áreas urbanas ou não; ser geral ou específica. Apenas o que deveria ser analisado é a sua preferência de aplicação no caso concreto porque mais adequada para solução da demanda.

Assim, o critério fundamental para aplicação do diálogo de preferência é a constatação que esgotadas todas as possibilidades para aplicação dos demais tipos e ainda não equacionado o caso segundo a tutela do direito à cidade, avaliem-se quais são as leis vigentes que incidiriam sobre o fato, sejam elas federais, estaduais ou municipais. Na seqüência será preciso, de acordo com as características específicas do caso concreto, verificar qual dessas normas vai atender aos interesses dos vulneráveis envolvidos na questão e optar pela sua aplicação. Trata-se de dar preferência à norma que estiver atingindo seus fins com razoabilidade. De acordo com a tese defendida nesta dissertação, por exemplo, defenderíamos a aplicação da norma que privilegiasse a tutela do direito à cidade, promovendo simultaneamente o direito à moradia digna dos cidadãos e a preservação ambiental.

Dessa forma, não se pretende especificar aqui o artigo e a lei que devam prevalecer no equacionamento dos conflitos entre o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente nas áreas urbanas, pois isso pode ser distinto de acordo com o caso apresentado. Porém, pode-se afirmar que a escolha recairá sobre a norma que privilegiar a visão equitativa dos interesses envolvidos, em via de

regra, mantendo a população no local em que já está consolidada sua moradia e promovendo medidas de regularização fundiária necessárias para a preservação do meio ambiente em que a moradia está inserida. Nesse sentido, temos como exemplo as finalidades previstas nas imposições normativas da Medida Provisória n. 2220/2001²³, que no seu artigo 5º, III, não impõe a remoção dos moradores em caso de ocupação em áreas de preservação ambiental, apenas facultando ao Poder Público assegurar o exercício do direito à moradia de quem as ocupa em outro local.²⁴

Esse posicionamento privilegia o conceito de direito à cidade, composto por um feixe de direitos, dentre os quais o direito à moradia e ao meio ambiente, os quais devem convergir para a realização da dignidade da pessoa humana, que se manifesta no proporcionar uma vida de qualidade.

E a aparente preferência ao direito à moradia popular ocorre porque, ao contextualizar os direitos que compõem o feixe de direitos do conceito de direito à cidade, constata-se que no conceito de direito à moradia com dignidade está implícita a preservação do meio ambiente.

Com base, então, no método do diálogo das fontes, faz-se necessário retomar os conceitos trazidos nesta dissertação sobre os direitos à moradia, ao meio ambiente e à cidade, bem como resgatar a importância da aplicação dos princípios no equacionamento da tensão que se estabelece entre o direito à moradia e ao meio ambiente.

Além disso, é importante destacar como essa construção teórica acerca do diálogo das fontes é relevante para a interpretação dos acórdãos estudados²⁵, tanto quanto se mostrou adequada na aplicação à normativa pertinente, consoante demonstrado em análise anterior.

Destacamos, nesse sentido, o caso mencionado no início deste capítulo, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, qual seja, Apelação Cível n.171.834-5/8-00, da Comarca de São Sebastião²⁶.

²³ Comentários gerais sobre a MP 2220/2001, ver Capítulo 4.

²⁴ Medida Provisória 2220/2001 – Art. 5º, III – “É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: (...) III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais (...)”.

²⁵ Ver Capítulo 5.

²⁶ Ver Capítulo 5, item 5.4.2.4.

Neste acórdão, o Tribunal, acompanhando o posicionamento do Ministério Público, autor da demanda, considerou inconstitucional e ilegal a lei municipal de São Sebastião n. 1273/98, pois ela impunha restrições aquém das previstas no Código Florestal para a ocupação nas margens de cursos d'água.

Ficou claro, nesse caso, que o TJSP considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal. E dentre outras justificativas, o Tribunal afirmou que o legislador municipal não pode restringir as previsões contidas em lei federal “sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro”.

Dessa forma, o Tribunal aplicou a regra da hierarquia na solução da demanda. No entanto, se aplicássemos o método do diálogo das fontes para solucionar o mesmo caso apresentado em juízo, a decisão seria outra.

Isso porque, conforme o método do diálogo das fontes, que tem como fim a eficácia social da norma, não se deve utilizar a regra da hierarquia para equacionar conflitos entre leis. Para alcançar a eficácia social da norma é preciso, então, analisar a sua finalidade, incidência e legitimidade.

Assim, se a finalidade da lei municipal for tutelar o direito à moradia da população de baixa renda ao impor restrições menores que a do Código Florestal, podemos concluir pela sua legalidade e constitucionalidade.

Afinal, o método do diálogo das fontes determina que, dentre várias leis que regulam a mesma situação, prevaleça aquela que melhor atenda as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos no caso concreto com que se depara. Trata-se, aqui, portanto, de dar preferência à lei municipal de São Sebastião porque ela tem por fim atender às demandas sociais daquele município em específico, incidindo em benefício da população de baixa renda que ali habita. Adequando-se, então, à situação que se pretende tutelar, a lei municipal será aplicada em detrimento da lei federal.

Outra hipótese de aplicação do método do diálogo das fontes na jurisprudência pode ser encontrada no caso da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, julgamento em 26.04.2002.²⁷

²⁷ Comentários completos sobre a decisão, ver Capítulo 5, item 5.3.2.4.

Trata-se de um pedido de indenização efetuado por um morador de Rio das Ostras, que teve sua casa demolida pela Prefeitura sob a alegação da construção estar localizada em área de preservação ambiental, nos termos da Lei 4771/65, o Código Florestal.

O TJRJ negou o direito à indenização do morador, considerando legal o ato da Administração Pública, pois consoante o exercício regular de seu poder de polícia. Além disso, o Tribunal alegou que a irregularidade da obra não deve gerar direito à indenização, ainda que existam outras construções irregulares no mesmo local.

Nesse caso o Tribunal não aplicou as regras da hierarquia, cronologia ou especialidade. Porém, ao restringir-se à análise estritamente positivista da norma contida no Código Florestal, na Lei 9605/98 e no Código de Obras do Município de Rio das Ostras, o Tribunal deixou de considerar a aplicação de importantes textos normativos ao caso, os quais poderiam dar-lhe um outro caminho para decidir.

Se aplicássemos ao caso o método do diálogo das fontes, primeiramente consideraríamos a realização da eficácia social da norma. Isso implica na abordagem mais ampla do problema contido na demanda, levando-nos a buscar outras leis aplicáveis ao caso. Vejamos.

Quando a decisão do TJRJ foi prolatada já estava vigente no ordenamento jurídico brasileiro a Medida Provisória 2.220/2001, que conforme exposto anteriormente, instituiu a concessão especial de uso para fins de moradia.

Segundo norma contida na medida provisória, “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural”.

Assim, seria o caso de analisar se o apelante da demanda interposta junto ao TJRJ se encaixava nessas condições. Se a resposta for positiva, tendo em vista o fato da demolição da casa já ter ocorrido, há que se aplicar o artigo 5º da Medida Provisória, que assegura o exercício do direito em outro local se a Administração Pública considerar mais adequado promover a remoção do morador.

Nesse caso, sem dúvida, remanesce direito à indenização para que o apelante possa exercer o seu direito à moradia em outro local.

Além da Medida Provisória 2.220/2001, o Tribunal poderia ter se baseado no princípio da razoabilidade para prolatar sua decisão, considerando que se existem outras construções irregulares no mesmo local e que perduram até o momento, a omissão da Administração no tratamento do caso, bem como o seu desrespeito ao princípio da isonomia, culmina no seu dever de indenizar. Isso porque não é razoável que o Poder Público aja de formas diversas com pessoas que se encontram nas mesmas condições.

Dessa forma, a aplicação do diálogo das fontes nesta decisão revela-se plenamente possível quando admitimos a ampliação do olhar dado ao caso, trazendo aos autos outras leis ou princípios que prevalecessem no equacionamento da questão.

Ocorre que, conforme já fora afirmado na análise jurisprudencial²⁸, os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro não incorporaram o conceito de direito à cidade, tendo até mesmo deixado de mencionar essa nova espécie de direito coletivo, parecendo não tê-lo reconhecido.

Assim, os Tribunais citados ainda encontram-se vinculados às regras da hierarquia, cronologia e especialidade na solução das demandas que envolvem diversas leis sobre o direito à moradia e meio ambiente, sem considerar o método do diálogo das fontes.

Portanto há uma tendência majoritária e conservadora dos julgados, que não privilegiam o direito à moradia, baseando-se na concepção de que o direito de propriedade ainda é um direito absoluto e que o direito ao meio ambiente é merecedor de maior tutela.

Essa visão dicotômica entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente vem, assim, a confirmar a reflexão feita anteriormente sobre o não reconhecimento do direito à cidade pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Porém, deve-se admitir que tanto os conceitos de direito à moradia digna quanto de meio ambiente ecologicamente equilibrado são amplos o bastante para

²⁸ Ver Capítulo 5.

abarcarem em seu conteúdo, respectivamente, o respeito ao meio ambiente natural e a tutela do meio ambiente construído.

Isso quer dizer que não se pode vislumbrar moradia digna onde não existem condições de salubridade e preservação ambiental, bem como não existe tutela ambiental efetiva sem que se compreenda o meio ambiente como um bem único, cuja proteção abrange o meio ambiente natural, construído e cultural, inserindo-se nesse cenário a vida humana, e portanto, a moradia.

Não há como falar da cidade sem falar da moradia, ela é parte essencial da paisagem urbana. A estruturação espacial da cidade resulta essencialmente da concreção do direito à moradia, pois o homem mora num lugar, e esse local é a sua casa, protegida constitucionalmente por meio da sua inviolabilidade²⁹. Todos os demais serviços e direitos são levados até este local porque o homem mora ali, por exemplo, o transporte, o saneamento, o trabalho, a iluminação pública, a segurança pública. Portanto, a relevância do direito à moradia para o equilíbrio e a realização do direito à cidade.

Assim, passa a ser clara e coerente a concepção do direito à cidade como a realização da tutela simultânea do direito à moradia e do direito ao meio ambiente, entre outros bens que compõem o feixe de direitos, definição de direito à cidade adotada nesta dissertação.

Por isso, cada lei, independentemente de ser federal, estadual ou municipal; cada tratado internacional; cada documento reconhecido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais e que contenha diretrizes acerca do direito à moradia e do direito ao meio ambiente, aqui estudados, remete à tutela de todos eles.

Nesse sentido, é possível afirmar que, por exemplo, a Carta Mundial do Direito à Cidade, destina-se à proteção conjunta do direito à cidade, do direito à moradia e do direito ao meio ambiente.

E a própria possibilidade e adequação da aplicação do método do diálogo das fontes justifica a afirmação de que os direitos mencionados são coexistentes e complementares. Isso porque demonstra que independentemente da norma aplicada ao caso concreto, ela será capaz de privilegiar a materialização de todos eles por meio da tutela do direito à cidade.

²⁹ Vide art. 5º, XI, Constituição Federal de 1988.

A mesma constatação pode ser feita no que tange à aplicação dos princípios de interpretação, que assim como as normas narrativas³⁰, podem ser a fonte utilizada no método do diálogo.

Podemos citar aqui, nessa linha de argumentação, a escolha pela incidência do princípio da sustentabilidade das cidades³¹ e da função social da propriedade pública e privada³², pois realizam, simultaneamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente na perspectiva do direito à cidade.

Dessa forma, buscou-se oferecer, neste trabalho, uma nova leitura da tensão entre meio ambiente e moradia nas cidades, privilegiando todos os sujeitos e direitos que envolvem a questão, demonstrando que é possível promover a tutela do direito à cidade sem que se esteja necessariamente atrelado à escolha de um direito em detrimento do outro.

Através do método do diálogo das fontes privilegia-se o “espaço dos possíveis”³³ no campo do Direito Urbanístico para qualificar como cabível a escolha, dentre o vasto aparato legislativo disponível, da norma que mais perfeitamente atender aos interesses sociais em jogo na demanda social apresentada. Dessa forma, cria-se mais uma via para a materialização da eficácia social da norma.

³⁰ JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*, p. 33 a 37. “(...) Normas narrativas neste sentido são normas que trazem valores (*Wertträgernormen*), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklung des Rechts*) com orientações e ajudas. (...) normas que não obrigam, apenas “iluminam”. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são descritos e narrados. (...)”.

³¹ Ver Capítulo 3, item 3.4.7.

³² Ver Capítulo 3, item 3.4.2.

³³ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, 2005.

7

Conclusão

Tendo trazido à tona a análise sobre o conceito de direito à cidade, bem como as concepções do direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direitos humanos, sociais e transindividuais, com o respaldo dos princípios de Direito Urbanístico e do método do diálogo das fontes, considera-se equivocado admitir a ocorrência de conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sob o prisma do direito à cidade sustentável constante do Estatuto da Cidade.

Primeiramente, devemos considerar a transcendência do conflito entre a concepção biocêntrica do Direito Ambiental e a sua concepção antropocêntrica. Isso porque, não se trata de decidir se o homem ou o meio ambiente em si mesmo devem ser protegidos pelas leis urbanísticas e ambientais, mas sim que ambos devem estar amparados com equidade.

Além disso, discutir o que deve prevalecer entre Direito Urbanístico e Direito Ambiental implica num conflito apenas do ponto de vista do discurso, no sentido de que tal dicotomia reflete uma tentativa de preservação dos campos de conhecimento e saber, bem como uma imposição de um conhecimento científico, conforme ocorre na disputa entre os “marrons” e “verdes”.

No entanto, o conhecimento científico pós-moderno não se constitui de forma estanque, ignorando outros ramos da ciência e nem mesmo ignorando o conhecimento vulgar. Além disso, ele é um conhecimento que evita as dicotomias¹, sejam elas entre as ciências - direito urbanístico e direito ambiental,

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, p. 64: “O conhecimento do paradigma emergente tende assim a ser um conhecimento não dualista, um conhecimento que se funda na superação das distinções tão familiares e óbvias que até há pouco considerávamos insubstituíveis, tais como natureza/cultura, natural/artificial, vivo/inanimado, mente/matéria, observador/observado, subjetivo/objetivo, coletivo/ individual, animal/pessoa.”

sejam entre os direitos propriamente ditos - direito à moradia e direito ao meio ambiente.

Trata-se, ainda, de um falso conflito sob o prisma do direito à cidade porque neste todos os campos devem estar articulados², conforme se pode notar da própria definição de direito à cidade, sendo ele um direito difuso composto por um feixe de direitos³, que possui linhas convergentes, dirigidas à obtenção de melhor qualidade de vida aos habitantes da cidade.

Dentre as referidas linhas, destacamos a do direito ao meio ambiente e a do direito à moradia, pois não se pode admitir a existência real de um conflito entre os direitos que constituem o núcleo do direito à cidade. Como poderiam tais direitos divergir se eles estão garantidos e tutelados simultaneamente, fazendo parte de um mesmo conceito?

Seria contraditório admitir o conflito uma vez que se adota a definição do direito à cidade como um feixe de direitos convergentes, destinados a realizar o mesmo objetivo.

Logo, tendo em vista essa premissa, a nossa proposta vai permitir uma reflexão num outro plano, que de fato vai interessar e está de acordo com a realidade contemporânea, qual seja a da situação do cidadão e a sua possibilidade de realizar os seus direitos numa sociedade sustentável.

Não se pode mais restringir-se à estrita legalidade na solução das demandas contemporâneas, uma vez que o aparato legislativo disponível tem se demonstrado, apesar de extenso, ineficiente e conflitante. É preciso ver e reconhecer a realidade plural e achar soluções mais eficazes que com ela sejam condizentes. Há muito tempo já se reconhece que o direito positivo é insuficiente para solucionar todas as questões sociais presentes no cotidiano.⁴

² “(...) o Estatuto da Cidade encampou de maneira exemplar a proposta de integração entre o direito urbanístico e o direito ambiental no contexto da ação municipal (...)”. In FERNANDES, Edésio. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*, p. 328.

³ CAVALLAZZI, Rosângela. *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. Trabalho apresentado no 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. São Paulo, 03 de junho de 2005.

⁴ Em seu curso geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, já ensinava que, face ao atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. “Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporânea”. MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. In *Revista de Direito do Consumidor*, 2003.

Outro aspecto a ser considerado é que quando os direitos sociais são realizados não remanesce conflito⁵. Aquele que não vê garantidos os seus direitos básicos, sociais, não estará apto a reconhecer o direito ambiental, a respeitar o meio ambiente, uma vez que sequer é respeitado como ser humano e cidadão. O respeito aos direitos sociais reflete o próprio respeito ao direito à vida.

Casos há em que as ocupações com fins de moradia são recentes e outros em que elas já estão consolidadas. No caso das ocupações consolidadas, é possível obter a tutela dos moradores através da aplicação da Medida Provisória 2.220/2001. No entanto, no caso de ocupações recentes, há uma lacuna no que diz respeito a melhor forma de tutelar os interesses dos moradores.

E se por um lado, o governo deve esforçar-se para impedir novas ocupações, em especial em áreas de proteção ambiental; por outro, a tutela do direito à cidade em determinados casos significa fazer uma escolha pelo ser humano vulnerável, carente de direitos, que necessita ver preservado seu direito à moradia digna, pois caso contrário sua família ficará sem destino, sem abrigo, sem proteção alguma.

A ocupação humana em áreas de preservação ambiental, muitas vezes próximas de mananciais, demonstra a busca do homem por sobrevivência diante da omissão do Estado em possibilitar-lhe, além de um “teto”, uma moradia digna em que haja acesso à água, saneamento, transporte.

A concepção disseminada cotidianamente de que o direito ao meio ambiente e o direito à moradia são conflitantes impede que se possam oferecer soluções para os problemas que se colocam na realidade. Admitir que há incompatibilidade entre tais direitos inviabiliza a regularização fundiária no local, impossibilita a ação urbanística do Estado e o reconhecimento do direito dos moradores e do próprio direito ao meio ambiente.

Nesse sentido, a primeira conclusão que se pretende trazer e que vai guiar todas as demais conclusões que seguirem, sejam elas quanto à aplicação da norma

⁵ FERNANDES, Edésio. *Preservação ou moradia? Falso conflito*. In *Jornal do Brasil*. Espaço Livre, 05 de março de 2005. Os grupos divididos entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico tem sido insensíveis para com as demandas do outro. Porém, o conflito entre a preservação e a moradia é uma falsa questão: “os dois são direitos sociais constitucionalmente protegidos com a mesma raiz conceitual, o princípio de função sócioambiental da propriedade. O desafio é compatibilizar esses dois direitos, o que somente pode ser feito pela construção não de cenários ideais, certamente não de cenários inadmissíveis, mas de cenários possíveis. Onde os valores constitucionais forem incompatíveis e um tiver que prevalecer, medidas concretas têm que ser tomadas para mitigar ou compensar o valor afetado. Muitos programas locais têm construído esses cenários possíveis em que preservação e moradia são associadas”.

urbanística e dos princípios, ou à interpretação das decisões judiciais, é a concepção de que direito à moradia e direito ao meio ambiente são direitos plenamente conciliáveis sob a perspectiva do direito à cidade.

Consoante foi possível perceber ao longo de toda a exposição do problema e das variadas formas como ele vem sendo enfrentado pelos juristas, pela comunidade e pelo Poder Público, a opção entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente tem se revelado, muitas vezes, o caminho mais fácil para não se enfrentar a questão de maneira definitiva.

Porém, como já fora afirmado em diversas ocasiões desta dissertação, a eficácia social do direito à cidade é capaz de promover a equidade e harmonizar os direitos que compõem o seu conceito. A admissão de conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no âmbito do direito à cidade contraria a própria definição constitucional da cidade sustentável, que é aquela que proporciona qualidade de vida para os presentes e futuros habitantes. Isso porque, se seguirmos o conceito de sustentabilidade, que envolve a preservação dos direitos do presente para assegurar o seu gozo futuro, não se pode admitir a supressão do direito à moradia digna ou de qualquer outro direito que lhe seja inerente.

Em relação aos casos-referência utilizados como exemplos reais da questão que se estabelece entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no cotidiano social, podem ser traçadas algumas semelhanças.

A primeira delas é a situação consolidada em que se encontram os moradores das respectivas áreas. As ocupações, tanto do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico quanto do entorno das Represas Billings e Guarapiranga, são bastante antigas. Esse fator não pode ser ignorado para compreender a importância da manutenção dos moradores nas áreas ocupadas.

Não se trata aqui de falar da remoção de pessoas que chegaram ontem, mas de pessoas que construíram ali a sua vida e de sua família, algumas por gerações. Sendo assim, os moradores demonstram entender a importância de viver em equilíbrio e harmonia com o meio ambiente, valorizando as áreas naturais existentes a sua volta⁶.

⁶ Isso pode ser facilmente percebido na entrevista realizada com a vice-presidente da Associação de Moradores e Amigos do Horto (Rio de Janeiro) e na leitura dos projetos realizados para recuperação das áreas de mananciais em São Paulo. Ver a respeito o Capítulo 2.

Outra semelhança entre os casos-referência consiste no fato das ocupações serem, majoritariamente, compostas por famílias de baixa renda. Isso demonstra a carência por moradia presente na sociedade, que obriga as pessoas a se instalarem em locais cujas normas de uso e ocupação do solo são restritivas, empurrando-as para uma situação de irregularidade.

No entanto, foi possível depreender que a maior parte da legislação pertinente até então elaborada, parece ter contribuído para manter a “cerca jurídica da terra”⁷. Esse fato tem contribuído para que o direito fundamental à cidade, garantia constitucional consolidada no Estatuto da Cidade, encontre razões para não entrar na pauta do Judiciário, conforme ficou claro na análise dos julgados.

A compreensão “fundiária” da Magistratura mostra resistência aos direitos coletivos. Porém, o Poder Judiciário tem um papel importante para possibilitar a emancipação de tais direitos, abrindo precedentes relevantes na consolidação da categoria dos direitos metaindividuais.

Além disso, há que se contar com a aplicação dos princípios de interpretação, os quais não foram amplamente utilizados pelos juízes nos acórdãos. Atente-se, nesse sentido, à única vez em que o princípio da função social do direito de propriedade fora adotado, em que sua concepção era conservadora, no sentido do Código Civil de 1916 e Constituições que antecederam a de 1988.⁸

Sobre a pesquisa jurisprudencial, também podem ser expostas diversas outras conclusões. Conforme se observou nos acórdãos, analisados quantitativa e qualitativamente, o Tribunal, levando em conta a tutela do meio ambiente, tem aderido às reivindicações ministeriais, que via de regra ficam restritas à tutela do meio ambiente, deixando de atender aos anseios da população por moradia. Isso porque tem optado por manter os moradores na área ocupada apenas liminarmente, não abordando a questão do direito à moradia de forma ampla, escusando-se de posicionar-se firmemente a seu favor de maneira a proporcionar segurança àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade aguardando a intervenção do Poder Executivo ou do próprio Judiciário.

⁷ BALDEZ, Miguel. *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p. 89.

⁸ A decisão que fez menção ao princípio da função social do direito de propriedade é a seguinte: TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.11576, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgamento em 24.08.2004.

Nas questões envolvendo direito sociais, como é o caso do direito à moradia, o processo interpretativo realizado pelos juízes não se deve restringir à aplicação da norma, mas precisa levar em conta também, e principalmente, os fatos e os atores envolvidos no conflito, a fim de alcançar-se a realização da justiça distributiva com vistas à consecução do princípio da equidade.

Assim, a acolhida dos Tribunais a pedidos de remoção da população que ocupa as áreas objeto de litígios representa a visão ainda conservadora acerca do direito urbanístico, não atentando para o falso conflito que se estabelece entre moradia e meio ambiente nas cidades.

Essa constatação pode ser atribuída ao fato do Tribunal ainda não adotar expressamente o Estatuto da Cidade, que não foi reconhecido como marco normativo das decisões.

Sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos totalmente complementares, não subsistindo qualquer conflito entre eles, uma vez que o Poder Público deve garanti-los, simultaneamente, no espaço urbano. E, mesmo se fosse o caso de conflito, estamos propugnando pelo diálogo das fontes, caso de conciliação dos interesses. Teríamos, portanto, como superar esse conflito, privilegiando o diálogo entre as fontes normativas.

Isso porque, sendo preciso trabalhar com a legislação disponível, apesar dela muitas vezes mostrar-se contraditória, foi evidenciada a necessidade de incorporar-se a metodologia do diálogo das fontes, por nós adotada em todas as suas modalidades, inclusive naquela aqui denominada de “diálogo de preferência”.

Este método permite que, dentre as inúmeras normativas existentes e aplicáveis, em tese, ao caso concreto, escolha-se aquela que melhor realize o direito à cidade, na sua perspectiva mais ampla e completa, compreendendo o direito à moradia e o direito ao meio ambiente como mercedores de tutela especial e equitativa.

Assim, a promoção dos direitos que compõem o conceito do direito à cidade será mais facilmente alcançada, se compreendidos como direitos realizáveis simultaneamente, sem admissão de conflitos.

Essa compreensão do direito à cidade é viabilizada mediante a adoção dos princípios da equidade, da função social do direito de propriedade, da proteção do meio ambiente e da sustentabilidade das cidades, que garante, de forma equitativa,

qualidade de vida aos seus habitantes, compreendendo, conforme disposição do Estatuto da Cidade, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

Nas cidades contemporâneas, o princípio da função social do direito de propriedade pública e privada adquiriu caráter fundamental, pois através dele é que se possibilita a realização de direitos sociais, como a moradia, e, mais amplamente, o direito à cidade sustentável.

E é possível citar ainda o princípio da precaução como possibilitador da manutenção da moradia em áreas de preservação ambiental, privilegiando a definição do direito à cidade adotada nesta dissertação⁹. Tendo em vista a existência de um risco social na hipótese de remoção dos moradores, convém utilizar o princípio da precaução para manter a população no local em que se encontra e promover medidas de regularização que realizem o direito à cidade em todos os seus aspectos, em especial no que se refere aos direitos ao meio ambiente e à moradia.

Para tanto, é preciso considerar fator importante na condução das políticas das cidades segundo sua gestão democrática, a participação popular nas decisões que dizem diretamente respeito a sua vida.

Levar em conta a opinião e os desejos dos cidadãos é extremamente relevante para promover a integração da cidade e confirmar a primazia do interesse público.

Permitir que os próprios moradores opinem na regularização de suas casas, nas eventuais remoções que possam ocorrer, significa propiciar a construção de um espaço público democrático, pleno, que atenda aos mais diversos interesses.

A participação política das comunidades amplia o senso de responsabilidade dos indivíduos, que passam a sentir-se verdadeiros cidadãos, encarregados pela manutenção do equilíbrio do ambiente em que vivem.

E essa é a verdadeira materialização da tutela do direito à cidade, porque vê e entende a cidade como um todo. Não há setorialização dos direitos que compõem o seu conceito, abandonando a perspectiva de que onde se realiza o direito à moradia não se pode realizar o direito ao meio ambiente.

⁹ Sobre o conceito do direito à cidade, ver Cap. 02.

Assim, enquanto não houver uma preocupação do Poder Público em promover políticas habitacionais, as invasões e ocupações continuarão ocorrendo e não serão muros de contenção, cercas ou qualquer espécie de isolamento que barrarão esse crescimento, pois não é difícil “pular o muro” e construir do outro lado, pois a cidade é uma só, e todos, independentemente da condição social ou espaço onde fixam moradia, têm direito à cidade.

Assumir o direito à cidade como via para a solução dos conflitos implica, portanto, numa série de responsabilidades para todas as partes envolvidas. O Poder Público fica obrigado a promover a regularização fundiária das moradias harmonizando-a com a preservação ambiental, ficando também vinculado à promoção de fiscalizações constantes nos locais ocupados a fim de evitar que ocorram danos tanto aos moradores quanto ao meio ambiente; a comunidade fica responsável pela manutenção do meio ambiente sadio e preservado; e o Poder Judiciário é obrigado a assumir uma posição de enfrentamento direto da questão, avaliando o direito material envolvido e comprometendo-se com o dever de condenar o Poder Público quando este não realizar suas funções.

No entanto, a visão restrita dos problemas sociais que envolvem a moradia e o meio ambiente tem demonstrado que o conceito de direito à cidade não foi ainda apreendido em sua plena acepção. Nesse sentido, é que a presente dissertação pugna pela afirmação do direito à cidade como via para solução dos problemas urbanos, entendendo como falso o conflito que se estabelece entre direito à moradia e direito ao meio ambiente. Há, portanto, a possibilidade de garantia e efetivação simultânea de todos os direitos que compõem o feixe do conceito de direito à cidade, assumindo-o plenamente como um direito difuso.

Esta nova leitura que propomos dos problemas urbanos, interpretados a partir de um paradigma recente, representado pelo Estatuto da Cidade, suas diretrizes e o conceito de direito à cidade, é resultado do reconhecimento da cidade como um sujeito único e está comprometida com a realização da função socioambiental das cidades, abrindo caminho para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

8

Bibliografia

ABRAMO, Pedro (org.). *A Cidade da Informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003.

ACSERALD, Henri (org.). *A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

AFONSO, Miguel Reis e LISO, Carlos Henrique. *A Concessão de Direito Real de uso na Regularização Fundiária*. In FERNANDES, Edésio (coord.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 121 a 131.

ALBUQUERQUE, Ana Rita V. *A Propriedade, a posse e a usucapião no Novo Código Civil: Breve Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916*. In Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 19. S/ Data, pp. 29 a 82.

ALFONSIN, Betânia. *O Estatuto da Cidade e a Construção de Cidades Sustentáveis, justas e democráticas*. Disponível em <http://www.geocities.yahoo.com.br>. Acesso em 10 de julho de 2003.

ALFONSIN, Betânia et. al. (coord.). *Regularização da Terra e Moradia. O que é e como implementar*. Gráfica da Caixa, 2002.

ALFONSIN, Betânia. *O significado do Estatuto da Cidade para a regularização fundiária no Brasil*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: Fase, 2003, pp. 93 a 102.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *O Estatuto da Cidade e a Questão Ambiental*. Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 10 julho de 2003.

ASCHER, François. *Les Nouveaux Principes de L'urbanisme*. France: Editions de L'aube, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: Fase, 2003, pp. 71 a 92.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARRAL, Welber. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRE-PEPIN, Martine e COUTANT-LAPALUS, Christelle (org.). *Logement et famille: des droits en question*. Paris: Dalloz, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARTHES, Roland. *Aula*. 2ª edição. São Paulo: Cultrix, 1983.

BEAUD, Michel. *Arte da Tese: como preparar e redigir uma tese de mestrado, uma monografia ou qualquer outro trabalho universitário*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman (org.). *10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.

_____. *Direito, Água e Vida*. Vol. 1 e 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

BERCOVICCI, Gilberto. *O Direito de Propriedade e a Constituição. Algumas Considerações Críticas*. In Caderno de Direito. Piracicaba: Unimep, 2003.

BEZNOS, Clóvis. *Desapropriação em nome da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 118 a 136.

BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar*. 7ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CALSAMIGLIA, A. *Ensaio sobre Dworkin*. In DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

CAMMAROSANO, Marcio. *Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade. Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 21 a 26.

CAMBI, Eduardo. *Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil*. In RTDC. Ano 4. Vol. 16. Out./dez. 2003, pp. 31 a 48.

CANARIS, Claus. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª edição. 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. 8ª edition. France: LGDJ, (?).

CARCOVA, Carlos Maria. *Sobre el razonamiento judicial*. Noviembre de 2003.

CARDOSO, Adauto Lúcio. *Política Habitacional no Brasil: balanço e perspectivas*. In Revista Proposta. Revista Trimestral de Debate da FASE, Ano 30, dezembro/fevereiro de 2002/2003, nº 95, p. 6 a 17.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *A Imagem da norma e a imagem da cidade: Um novo olhar sobre a norma urbanística*. Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado A Paisagem Urbana como patrimônio ,PROURB/UFRJ, Rio de Janeiro. 2004.

_____. *A Paisagem urbana como patrimônio e seus instrumentos de tutela*. Relatório de Pesquisa entregue ao CNPq, 2003.

_____. *A plasticidade na teoria contratual*. Rio de Janeiro, UFRJ, Faculdade de Direito, 1993.

_____. *Contestado: espaço do camponês, tempo da propriedade privada*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. *Práticas sociais instituintes e sua tradução jurídica e urbanística. Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional*. RTDC – Revista trimestral de Direito Civil. Ano I, Vol. I JAN/MAR 2000.

_____. *Tutela Constitucional do Direito à Cidade*. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Gestão de Riscos Ambientais: Licenciamento e outros Instrumentos. São Paulo, junho de 2005. Relatório do CNPq de Projeto Integrado de Pesquisa intitulado A Paisagem Urbana como patrimônio ,PROURB/UFRJ, Rio de Janeiro. 2004.

_____. *Urbanismo e direito: notas para uma abordagem interdisciplinar do espaço urbano*. In MACHADO, Denise B. Pinheiro (org.). *Anais do IV Seminário*

de História da Cidade e do Urbanismo. Vol. 02. Rio de Janeiro: UFRJ/PROURB, 1996.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; ARAÚJO, Eloisa Carvalho. *Revendo os papéis da ordem jurídica e urbanística na cidade do Rio de Janeiro*. In: SCHICCHI, Maria Cristina; BENFATTI, Dênio. (Org.). *Urbanismo: dossiê São Paulo - Rio de Janeiro*. Campinas: PUCCAMP/PROURB, 2004.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; ALFONSIN, Betânia e FERREIRA, Rodrigo. *Tutela Jurídico-Urbanística. Plano de Diretrizes*. Consultoria realizada para a Fiocruz, Setor 1, Campus Jacarepaguá, 2005.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; D'OLIVEIRA, Sônia Azevedo Le Cocq. *Gestão ambiental do solo urbano: o direito à paisagem*. In FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema Marteleto. (Org.). *Cidade, memória e legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002, p. 293-298.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In Revista Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 03, v. 01, 1997, pp. 92 a 97.

COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério. (Org.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico – 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Following the Movement of the Pendulum: between universalism and relativism*. In COWAN, Jane; DEMBOUR, Marie-Bénédicte e WILSON, Richard. *Culture and Rights: anthropological perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

DERANI, Cristiane. *Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica*. In *Direito Ambiental e Urbanístico*. Revista da Advocacia Pública e Sociedade. Ano II. N. 03.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2002.

Direito à Memória e à Moradia: realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do acampamento da Telebrasília. Núcleo de

Prática Jurídica e Escritório de Direitos Humanos e Cidadania (UnB). Brasília: Ed. Teixeira, 2001.

Direitos Humanos: Instrumentos internacionais, documentos diversos. Índice: Ana Valderez Ayres Neves de Alencar; colaboração: José Vicente dos Santos. P. 471. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990.

DONNELLY, Jack. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.* In PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI.* IPRI, 1998.

DOUZINAS, Costas. *The Triumph of Humanity: from 1789 to 1989 and from natural to human rights.* In ibidem. *The End of human rights – critical legal thought at the turn of the century.* Oxford: Hard Publishing, 2000.

DUGUIT, Leon. *Les Transformations Generales du Droit prive depuis le Code Napoleon.* Paris: Librairie Felix Alcan, 1912.

_____. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome II, III.* Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Serio.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da propriedade privada e do Estado.* 4ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

_____. *A Questão da Habitação.* Belo Horizonte: Aldeia Global, 1979.

Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica n. 12. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de Indicadores Sociais 2003. Rio de Janeiro, 2004.

Estudos e Pesquisas – Informação Geográfica n. 04. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Geociências. Coordenação de Recursos Naturais e Estudos Ambientais. Coordenação de Geografia. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável 2004. Rio de Janeiro, 2004.

EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito.* Lisboa: Ed. Vega, 1993.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de Direito de Propriedade. Invasões Urbanas.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. *A Função Social como princípio legitimador da propriedade.* In PEIXINHO, Manoel Messias e outros (org.). *Os princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2001, pp. 499 a 508.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FERNANDES, Edésio. *Direito e Urbanismo: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito e Urbanização no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Estatuto da Cidade: Promovendo o Encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil*. In ABRAMO, Pedro (org.). *A Cidade da Informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003, pp. 139 a 172.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Heline Sivini e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 1990.

FINK, Daniel Roberto (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (orgs.). *Direito em Revista*. Rio de Janeiro: Letra Capital, OAB/RJ, UNIGRANRIO, 2004.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Notas Preliminares sobre o Método Sócio-Jurídico-Crítico*. In *Revista de Teoria Jurídica e Práticas Sociais*. Volume I. Rio de Janeiro: Núcleo Interdisciplinar de Direito e Sociedade – NIDS, 1989.

FONTENELLE, Miriam. *Direito de Propriedade e Regularização Fundiária em Área Ambientalmente Protegida: o caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro*.

Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Orientador: Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro, 2004.

FONTES, André R. C. *Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 435 a 456.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

FREEMAN, Michael. *Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais*. In PINHEIRO, Paulo Sérgio e GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI*. IPRI, 1998.

FREITAS, Jose Carlos de (coord.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

FREITAS, Jose Carlos de (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 2*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em Evolução n. 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

GUERSI, Carlos Alberto. *Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas*. Argentina: Ediciones Gowa, 2001.

GIORDANI, José Acir Lessa. *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*. Revista dos Tribunais, n. 669. São Paulo, julho 1991, pp. 47 a 56.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14ª edição. Atualização e notas de Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GÓMEZ, José Maria. *De Porto Alegre a Mumbai. El Foro Social Mundial y los retos del movimiento altermundialista*. In CECEÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonias y emancipaciones en el siglo XXI*. Buenos Aires: Clacso, 2004, p. 173 a 196.

GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 397 a 433.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRAZIA, Grazia de. *Direito à cidade e meio ambiente*. Rio de Janeiro: FASE, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1963.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos*. In RTDC, Ano 4, Vol. 14, Abril/ Junho, 2003, pp. 79 a 111.

IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. In Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 61. São Paulo, 2004.

JACQUOT, Henri e PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Dalloz, 2004.

JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, Vol. 1. Rio de Janeiro: PADMA, janeiro/ março 2000.

JAYME, Erick. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna*. In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, 2003.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 457 a 466.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LASSUS, Paul. *Harmonie et règle urbaine*. Paris: Anthropos, 2002.

LEBRETON, Jean Pierre. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

LIRA, Ricardo Pereira. *A propriedade urbanística*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

_____. *Direito à moradia, cidadania e o Estatuto da Cidade*. In RTDC, Vol. 12, Outubro/ Dezembro 2002, pp. 259 a 291.

_____. *Direito de Superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo*. In Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 11, p. 193-205, jul./set. 2002b.

_____. *Disciplina do uso do solo urbano. A propriedade urbanística. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80.* in: Revista de Direito da Faculdade de Direito da UERJ, 1ª ed., 1987.

_____. *Elementos de direito urbanístico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Liberdade e direito a terra. Controle do uso de solo urbano. Solo criado. Direito de superfície.* in: Revista de Direito Administrativo, vol. 143, maio de 1980.

_____. *Moderno direito de superfície – ensaio de uma teoria geral.* in: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 35, s/d.

_____. *O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície.* In *Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”*. Palestra proferida em Seminário realizado em 11 de outubro de 2002.

_____. *O uso do solo urbano e a criminalidade.* in: Temas Atuais do Direito Administrativo, vol 163, 1986.

_____. *Urbanismo e Gestão Popular das Cidades.* Palestra apresentada na XIX Conferência Nacional dos Advogados. Florianópolis, setembro de 2005.

LOUREIRO, Francisco. *Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade.* In RTDC. Vol. 09. Janeiro/ Março 2002, pp. 25 a 49.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy.* In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XII. Direitos Fundamentais. Coord.: Gustavo Binenbojm. Ed. Lúmen Júris, 2003.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole periférica, desigualdade social e meio ambiente.* In VIANA, Gilney; SILVA, Marina e DINIZ, Nilo (org). *O Desafio da Sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas.* Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 45, janeiro. São Paulo. 2003.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2000.

MATA, Luiz Roberto da. *O Estatuto da Cidade à Luz do Direito Ambiental*. Disponível em <http://www.riodejaneiro.rj.gov.br>. Acesso em 10 de julho de 2003.

MATTEI, Ugo. *Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade*. In RTDC, Vol. 06, Abril/ Junho de 2001, pp. 99 a 126.

MEDAUAR, Odete. *A força vinculante das diretrizes da política urbana*. In FINK, Daniel Roberto (coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MELO, Mônica de. *Meio Ambiente, Desenvolvimento e Constituição*. In Direito Ambiental e Urbanístico. Revista da Advocacia Pública e Sociedade. Ano II, n. 03.

MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 Anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Legislação Ambiental do Brasil*. São Paulo: APMP, 1991.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1955.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

_____. *Direito Urbanístico e limitações administrativas urbanísticas*. In Revista de Informação Legislativa, ano 27, n. 107, 1990.

_____. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MOSER, Cláudio e RECH, Daniel (orgs.). *Direitos Humanos no Brasil. Diagnóstico e Perspectivas*. Rio de Janeiro: CERIS – Mauad, 2003.

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

NERY JÚNIOR, Néilson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PANIZZI, Wrana Maria. *Entre cidade e Estado, a propriedade e seus direitos*. In Espaço e Debates. Revista de Estudos Regionais e Urbanos. Ano IX, N. 26. São Paulo: Fapesp, Programa de Apoio a Publicações Científica do MCT/CNPq/FINEP e Núcleo de Estudos Regionais e Urbanos NERU, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 04. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

PERIGNON, Sylvain. *Le Nouvel Ordre Urbanistique. Urbanisme, Propriete, Libertes*. Paris: Les Editions du Cridon, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. *Função Social da Propriedade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Temas de Direito Urbanístico – 2*. São Paulo: Editora RT, 1991, pp. 213 a 258.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, 2001.

Revista de Direito Ambiental. Coord.: Antonio Herman Benjamin e Edis Milare. Ano 6, n. 24, outubro/ dezembro 2001.

Revista de Direito Ambiental. Coord.: Antonio Herman Benjamin e Edis Milare. Ano 7, n. 25, janeiro/ marco; n. 26 abril/ junho e n. 27, julho/ setembro, 2002.

Revista de Direito Ambiental. Coord.: Antonio Herman Benjamin e Edis Milare. Ano 8, n. 30, abril/ junho e n. 31, julho/ setembro, 2003.

Revista Espaço e Debates. Revista de Estudos Regionais e Urbanos. Ano IX. N. 26. São Paulo: FAPESP, Programa de Apoio a Publicações Científicas do MCT/CNPq/FINEP e Núcleo de Estudos Regionais e Urbanos – NERU, 1989.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. *O Principio da Função social da propriedade e a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de propriedade*. In Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 07. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 87 a 106.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *Dos Cortiços aos Condomínios Fechados. As formas de produção da moradia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro: IPPUR, UFRJ, Fase, 1997.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: Fase, 2003.

RODOTA, Stefano. *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*. In RODOTA, Stefano. *Il Diritto Privato nella Società Moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971, pp. 355 a 383.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. Vol. 05. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil III*. 3ª edição. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasargada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada a Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*.

_____. *Um Discurso sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Milton. *Técnica Espaço-Tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional*. São Paulo: Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais como “Clausulas Pétreas”*. In Cadernos de Direito. Piracicaba: Unimep, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SAULE JR., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SCHMIDT, Caroline Assunta e FREITAS, Mariana Almeida Passos de. *Tratados Internacionais de Direito Ambiental. Textos essenciais ratificados pelo Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. In RTDC. Vol. 06. Abril/ junho 2001, pp. 159 a 182.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma distinção*. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, pp. 607 a 630.

SMOLKA, Martim O. *Regularização da ocupação do solo urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução*. In ABRAMO, Pedro (org.). *A Cidade da Informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003, pp. 119 a 138.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*. New York: Oxford University Press, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Função social da propriedade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Temas de Direito Urbanístico – 1*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

_____. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade. Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 44 a 60.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TIERNEY, Brian. *Modern Problems and Historical Approaches*. In ibidem. *The idea of natural rights*. Grand Rapids: Emory University, 1997.

TORRES, Marcos Alcino de A. *Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade urbana imóvel (implicações e confronto por conta da função social da cidade e propriedade urbana)*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 467 a 513.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais*. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cancado. *O Direito Internacional em um mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TSIOMIS, Yannis. *O meio ambiente e a questão urbana*. In RAYNAUT, Claude e ZANONI, Magda (editores científicos). *Cadernos de Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Sociedades, Desenvolvimento, Meio Ambiente. N. 01. Curitiba: Editora da UFPR, 1994, p. 131 a 136.

VENOSA, Silvio de Salvo. (org.). *Novo Código Civil. Texto comparado*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Civil. Direitos Reais*. Vol. 05, 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

VERÍSSIMO, Antônio Augusto. *O parcelamento do solo na cidade do Rio de Janeiro: um estudo sobre a produção informal da década de 40 aos anos 90*. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte do requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Planejamento Urbano e Regional. Orientador: Prof. Dr. Pedro Abramo. Rio de Janeiro, 2005.

VIANA, Gilney; SILVA, Marina e DINIZ, Nilo (org.). *O Desafio da Sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

YAMAZAKI, Dirceu Rioji e outros. *Programa de Saneamento Ambiental da Bacia do Guarapiranga em São Paulo*. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras*. 2. Ed. Studio Nobel, s/ data.

Documentos:

Guarapiranga 2005. Diagnostico Socioambiental Participativo. Apresentação dos Resultados do Diagnostico Instituto Socioambiental. São Paulo: Senac, Fehidro, Alto Tiete e Instituto Socioambiental, 12 de dezembro de 2005.

Pesquisa na Internet:

www.dhnet.org.br. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.fase.org.br. Acesso em 25 de novembro de 2004.

www.ibge.gov.br. Acessos em 17 de fevereiro de 2005 e 9 de março de 2005.

www.onu.org. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.socioambiental.org.br. Acesso em 25 de janeiro de 2006.

www.utp.br. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.uama.br. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

www.ibge.org.br. Acesso em outubro, novembro e dezembro 2005.

www.trf2.gov.br. Acesso em março, abril e maio de 2006.

www.tj.rj.gov.br. Acessos em setembro, outubro e novembro de 2005 e março de 2006.

www.tj.sp.gov.br. Acessos em setembro, outubro e novembro de 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)