

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO
AMBIENTE EM FACE DO DIREITO À MORADIA**

NATANIEL MARTINS MANICA

Itajaí-SC, julho 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO
AMBIENTE EM FACE DO DIREITO À MORADIA**

NATANIEL MARTINS MANICA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Stanziola Vieira

Itajaí-SC, julho 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço todos os professores da Univali e da Universidad de Alicante pela magnífica experiência proporcionada, em especial aos meus orientadores de Alicante professores Andrés Molina Giménez e Antonio Aledo Tur, bem como ao meu orientador na Univali, Professor Doutor Ricardo Stanziola Vieira pela atenção e contribuição dedicadas ao presente estudo.

Agradeço à PGE, instituição a que me orgulho de pertencer e que defende o interesse público nas próprias práticas, por acreditar que o aperfeiçoamento pessoal e a oxigenação de ideias contribuem com o aprimoramento da própria instituição e, conseqüentemente, do Estado.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e por sempre me incentivarem a seguir estudando.

À minha esposa pelo estímulo e paciência.

Aos amigos que fiz durante o curso e que foram importantes ao estudo pelo constante diálogo sobre algumas ideias da pesquisa, das aulas, dos acontecimentos do cotidiano, que possibilitaram novas perspectivas sobre alguns pontos de vista.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que fizeram parte dessa etapa importante de minha vida.

À minha esposa Karina, que tanto me incentivou e confortou nos momentos de aflição, que soube compreender e ser paciente durante as minhas ausências.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

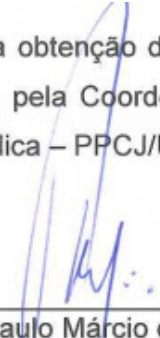
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, 26 de julho de 2019

Nataniel Martins Manica

Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Ricardo Stanziola Vieira (UNIVALI) – Presidente



Doutor Joaquín Melgarejo Moreno (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, ESPANHA) –
Membro



Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 26 de julho de 2019

ROL DE CATEGORIAS

Dignidade da pessoa humana: qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável¹.

Desenvolvimento sustentável: aquele que atende as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas necessidades e aspirações².

Direitos fundamentais: todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não assento na constituição³.

Meio ambiente: compreende a natureza que envolve o solo, a água, o ar, a flora e a fauna acrescidos de todos os elementos criados e modificados pelo ser humano, como as áreas urbanas e rurais, as indústrias, produtos de consumo e bens culturais e históricos com os quais o ser humano interage direta ou indiretamente⁴.

Moradia: bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido⁵.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 42.

² UNITED NATIONS. General Assembly. A/RES/42/187, 11 Dec. 1987. Report of the world commission on environment and development. **United Nations Website**, 16 Dec. 1999. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 281.

⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 134/135.

⁵ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

Precaução: princípio ligado a avaliação concreta dos riscos e impactos previamente conhecidos e que por isso possibilitam a adoção de medidas pelo Estado suficientes ao seu combate, propiciando o desenvolvimento da atividade impactante sem a ocorrência da degradação ambiental.

Prevenção: princípio aplicado a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis.

Princípios: ideais fundamentais de todo um sistema jurídico, detêm a função de conferir a qualquer ordenamento jurídico um sentido lógico, harmonioso e racional, buscando sempre facilitar o entendimento e a compreensão de seu funcionamento.

Sustentabilidade: princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar⁶.

⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 41.

SUMÁRIO

RESUMO	12
RESUMEN	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I - TEMAS RELEVANTES PARA O DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO	17
1.1 NOÇÕES DE PRINCÍPIOS	17
1.1.1 Princípios da prevenção e da precaução.....	19
1.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	21
1.2 SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	23
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.3.1 Conceito	27
1.3.2 Dimensão histórica	31
1.4 DO DIREITO À MORADIA.....	34
1.4.1 Direito à moradia no ordenamento jurídico espanhol	43
1.5 MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	44
1.5.1 A proteção ao meio ambiente na Constituição espanhola.....	49
CAPÍTULO II - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, DIREITO A UMA CIDADE SUSTENTÁVEL E PLANEJAMENTO URBANO E AMBIENTAL .	52
2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	52
2.2 DIREITO À UMA CIDADE SUSTENTÁVEL.....	61
2.3 O PLANEJAMENTO URBANO-AMBIENTAL NA OCUPAÇÃO DAS CIDADES.....	67
CAPÍTULO III - O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O DIREITO À MORADIA	76
3.1 CONFLITO ENTRE NORMAS FUNDAMENTAIS E FORMAS DE SOLUÇÕES.....	76
3.2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.....	82
3.3 O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E O DIREITO À MORADIA	89
3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE CASOS ONDE HOVE O CONFLITO MEIO AMBIENTE X DIREITO À MORADIA.....	97

CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	109

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa “Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente e tem por norte investigar, identificar e analisar a existência do paradoxo entre o direito à moradia (com enfoque nas áreas de ocupações coletivas urbanas) e a busca simultânea pela tentativa de eliminação ou relativização dos impactos ambientais (garantindo um meio ambiente sustentável), bem como apontar se é possível relativizar-se a proteção ao meio ambiente a fim de que outros direitos fundamentais, tais como o direito à moradia, sejam alcançados plenamente. Inicia-se pelo estudo dos princípios gerais de direito referentes ao tema, onde, após uma breve introdução sobre a noção de princípios, são apresentados, de forma rápida, os princípios da dignidade da pessoa humana, da prevenção e precaução, princípios estes diretamente ligados a problemática enfrentada no trabalho. O mesmo capítulo traz a conceituação de desenvolvimento sustentável bem como aprofunda o estudo relativo aos direitos fundamentais, com sua conceituação e dimensão histórica. São ainda abordados os direitos à moradia e ao meio ambiente, com suas conceituações e construções como direitos fundamentais, ambos diretamente ligados ao tema aqui tratado. Em seguida, atém-se aos aspectos diretamente ligados e influenciados pelo direito à moradia e meio ambiente. Inicialmente passando pela função social da propriedade, já que o direito fundamental à moradia em face do direito fundamental ao ambiente passa pela abordagem deste tema. Aborda-se ainda o direito a uma cidade sustentável, com enfoque na sua conceituação e importância, bem como o tratamento que lhe dado no ordenamento jurídico. Cuida-se ainda da importância do planejamento urbano-ambiental na ocupação das cidades, trazendo os mecanismos previstos no ordenamento para que se realize um planejamento urbano adequado, evitando-se assim os conflitos aqui tratados. Por fim, dedica-se ao tema central da presente dissertação, o paradoxo entre o direito à moradia e a busca simultânea pela tentativa de eliminar ou relativizar os impactos ambientais. Trata aqui do conflito entre normas fundamentais, a possibilidade ou não de se relativizar a proteção ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia e inclusão social bem como o posicionamento jurisprudencial acerca do tema. Ao final conclui-se que nas hipóteses em que o direito à moradia colide com o direito fundamental ao meio ambiente se faz necessário a análise do caso em concreto, fazendo-se uma ponderação entre os direitos fundamentais afetados, norteado sempre pela dignidade da pessoa humana, sendo sim possível, em situações concretas, relativizar a proteção ao meio ambiente em face do direito à moradia. A presente Dissertação teve por objetivo institucional obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica por meio do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica vinculado ao Programa de pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – CPJC - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em dupla titulação com a Universidade de Alicante – UA, onde se concentraram os estudos pelo período de dois meses (maio e junho de 2018).

Palavras-chave: Direito à moradia; Direitos fundamentais; Sustentabilidade.

RESUMEN

Esta disertación se inserta en la Línea de Investigación “Derecho, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente” y tiene como objetivo investigar, identificar y analizar la existencia de la paradoja entre el derecho a la vivienda (centrándose en áreas de ocupación colectiva urbana) y la búsqueda simultánea de la eliminación o relativización de los impactos ambientales (garantizando un entorno sostenible), y señalar si la protección del medio ambiente puede relativizarse para que otros derechos fundamentales, como el derecho a la vivienda, se logren plenamente. Comienza con un estudio de los principios generales de derecho sobre el tema, donde después de una breve introducción sobre la noción de principios, se presentan de manera rápida los principios de dignidad humana, prevención y precaución, principios directamente relacionados el problema al que se enfrenta en el trabajo. El mismo capítulo aporta el concepto de desarrollo sostenible y profundiza el estudio de los derechos fundamentales, con su conceptualización y dimensión histórica. Los derechos a la vivienda y al medio ambiente también se abordan, con sus conceptos y construcciones como derechos fundamentales, ambos directamente relacionados con el tema que se discute aquí. A continuación, aborda aspectos directamente relacionados e influenciados por el derecho a la vivienda y al medio ambiente. Inicialmente pasando por la función social de la propiedad, ya que el derecho fundamental a la vivienda frente al derecho fundamental al medio ambiente pasa por el enfoque de este tema. También aborda el derecho a una ciudad sostenible, con un enfoque en su conceptualización e importancia, así como el tratamiento que se le da en el sistema legal. También tiene en cuenta la importancia de la planificación urbano-ambiental en la ocupación de las ciudades, al incorporar los mecanismos previstos en la planificación para que se pueda llevar a cabo una planificación urbana adecuada, evitando los conflictos. Finalmente, el tema central de esta tesis es la paradoja entre el derecho a la vivienda y la búsqueda simultánea de un intento de eliminar o relativizar los impactos ambientales. Se trata aquí del conflicto entre las normas fundamentales, la posibilidad o no de relativizar la protección del medio ambiente en detrimento del derecho a la vivienda y la inclusión social, así como el posicionamiento jurisprudencial sobre el tema. Al final se concluye en la hipótesis que el derecho a la vivienda colisiona con el derecho fundamental al medio ambiente, así es necesario analizar el caso específico, haciendo un equilibrio entre los derechos fundamentales afectados, siempre guiados por la dignidad de la persona humana. Es posible, en situaciones específicas, relativizar la protección del medio ambiente en vista del derecho a la vivienda. El objetivo institucional da presente disertación es obtener el título de Maestría en Ciencias Jurídicas a través del Curso de Maestría en Ciencias Jurídicas vinculado al Programa de Postgrado Stricto Sensu en Ciencias Jurídicas - CPJC - de la Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, en doble titulación con la Universidad de Alicante - UA, donde los estudios se concentraron por un período de dos meses (mayo y junio de 2018).

Palabras-chave: Derecho a la vivienda; Derechos fundamentales; Sostenibilidad.

INTRODUÇÃO

Essa dissertação surgiu da necessidade de pesquisar a possibilidade de se relativizar a proteção ao meio ambiente em face do direito à moradia. Encontra-se inserida na linha de pesquisa “Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente”, em que pese também abordar o tema da sustentabilidade.

O objetivo institucional da presente pesquisa centra-se na elaboração de dissertação de mestrado para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica por meio do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica vinculado ao Programa de pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPJC - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em dupla titulação com a Universidade de Alicante – UA, onde se concentraram os estudos pelo período de dois meses (maio e junho de 2018).

A ausência de moradia adequada bem como de um planejamento quando da ocupação das cidades é uma realidade no Brasil, principalmente quando se tratam de ocupações coletivas urbanas em áreas de proteção ambiental, graças a expansão da população que se concentra cada vez mais nos grandes centros urbanos, bem como da falta de fiscalização e políticas públicas de habitação, seu crescimento é exponencial, gerando diversos problemas ambientais.

O rápido processo de urbanização vivido no Brasil durante as últimas quatro décadas, fez criar e acentuar vários problemas, dentre os quais, a escassez de locais para moradias adequadas afetando sensivelmente o meio ambiente.

Essa concentração da população nas áreas urbanas e o crescimento desordenado das cidades faz com que parcela significativa da população, que sem outra opção, se instale em lugares precários, de grande risco ambiental, sem as devidas estruturas e acesso a equipamentos urbanos, fazendo com que, por vezes, o direito à moradia entre em conflito com o direito a proteção ao meio ambiente.

Ocorre que depois de concretizadas as ocupações urbanas desordenadas em áreas coletivas, estas se justificam pelo fato de que, na sua grande maioria, beneficiam pessoas de baixa renda, sem acesso a moradias em outros locais.

Por isto a importância do tema aqui trado, que analisará se o direito à moradia e direito a um meio ambiente equilibrado são direitos fundamentais, se existe prevalência (hierarquia) entre direitos fundamentais, bem como se é aceitável a

relativização da proteção ao meio ambiente como forma de garantir o direito à moradia.

Portanto, o estudo buscará demonstrar que tanto o direito à moradia como o direito a um meio ambiente equilibrado são direitos fundamentais, não havendo prevalência de um sobre o outro. O ideal é que ambos convivam, uma vez que um não é excludente do outro, no entanto, em havendo a colisão não há predominância de um sobre o outro, logo, a proteção ao meio ambiente equilibrado pode ou deve ser relativizado a fim de que outros direitos fundamentais, tais como a busca pela justiça social e o direito à moradia sejam alcançados plenamente.

Os resultados do trabalho estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como demonstrado adiante:

Principia-se, no Capítulo 1, o estudo dos princípios gerais de direito referentes ao tema, onde, após uma breve introdução sobre a noção de princípios, são apresentados, de forma rápida, os princípios da dignidade da pessoa humana, da prevenção e precaução, princípios estes diretamente ligados a problemática enfrentada no trabalho. O mesmo capítulo traz a conceituação de desenvolvimento sustentável bem como aprofunda o estudo relativo aos direitos fundamentais, com sua conceituação e dimensão histórica.

No referido Capítulo ainda são abordados o direito à moradia, com sua conceituação e construção como direito fundamental, bem como o meio ambiente também como direito fundamental, ambos diretamente ligados ao tema aqui tratado.

O Capítulo 2, na sequência, atém-se aos aspectos diretamente ligados e influenciados pelo direito à moradia e meio ambiente. Inicialmente passando pela função social da propriedade, já que o direito fundamental à moradia em face do direito fundamental ao meio ambiente passa pela abordagem deste tema. Aborda-se ainda o direito a uma cidade sustentável, com enfoque na sua conceituação e importância, bem como o tratamento que lhe é dado no ordenamento jurídico.

O mesmo capítulo cuida ainda da importância do planejamento urbano-ambiental na ocupação das cidades, trazendo os mecanismos previstos no ordenamento para que se realize um planejamento urbano adequado, evitando-se assim os conflitos aqui tratados.

O Capítulo 3 dedica-se ao tema central da presente dissertação, o paradoxo entre o direito à moradia e inclusão social e a busca simultânea pela tentativa de eliminar ou relativizar os impactos ambientais. Trata aqui do conflito entre normas

fundamentais, a possibilidade ou não de se relativizar a proteção ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia e inclusão social bem como o posicionamento jurisprudencial acerca do tema.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o Método Indutivo; na Fase de Tratamento dos Dados será o Método Cartesiano; e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa será composto na base lógica Dedutiva.⁷

As técnicas de investigação nesse estudo serão da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria, do Conceito Operacional, quando necessário⁸, levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

A presente dissertação se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados os aspectos destacados da investigação, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões.

⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 87 e 92.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 215, 27 e 39.

CAPÍTULO I

TEMAS RELEVANTES PARA O DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

1.1 NOÇÕES DE PRINCÍPIOS

Inicialmente antes de adentrarmos mais profundamente no tema a ser tratado ao longo deste trabalho se faz necessário uma breve explanação acerca do que são princípios, sua importância, bem como uma conceituação dos princípios da prevenção, da precaução e da dignidade da pessoa humana, importantíssimos para o transcorrer da dissertação.

Isto pelo fato de que, ao buscarmos analisar a possibilidade de relativizarmos a proteção ao meio ambiente em face do direito à moradia e inclusão social, estaremos lidando diretamente com o conflito entre direitos fundamentais, e para tanto, se mostra salutar conceituarmos os direitos em conflito e os princípios diretamente ligados a eles, bem como buscar a definição de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, intimamente ligados ao tema tratado.

Pois bem, no âmbito do Direito os princípios são muito importantes tanto na elaboração das normas quanto na aplicação do Direito nos casos concretos, pelo preenchimento das lacunas observadas nas leis. Pode-se dizer que os princípios guiam, fundamentam e limitam todas as normas positivadas já sancionadas e em vigor.

Observa-se nitidamente que ao se tratar dos princípios, estes consistem nas ideais fundamentais de todo um sistema jurídico. Pode-se perceber também, que eles detêm uma importante função, qual seja a de conferir a qualquer ordenamento jurídico um sentido lógico, harmonioso e racional, buscando sempre facilitar o entendimento e a compreensão de seu funcionamento.

Pode-se afirmar, ainda, que os princípios exercem a função de legitimar todo o sistema normativo. Neste vértice para Bittar os princípios representam os ideais primeiros de justiça, que se encontram inseridos na consciência coletiva dos povos, através dos tempos e dos espaços, e servem para legitimar o ordenamento jurídico. Para ele podemos encontrar menção aos princípios gerais do direito como fonte do

Direito em todo o nosso Direito positivo “*que deverá ser utilizada pelo juiz para preencher lacuna da lei, após a utilização frustrada da analogia e dos costumes*”.⁹

Não é diferente a leitura do mestre Bandeira de Mello acerca dos princípios:

Princípios, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiros alicerces dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁰

Inúmeras, portanto, são as definições conceituais de princípios, contudo, todas guardam muitas semelhanças umas das outras. Bonavides¹¹ utiliza-se de diversos autores europeus para exprimir o significado mais exato do que seja um princípio, para ele princípio de direito é “*o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo Direito Positivo*”.

No mesmo vértice o mestre Reale¹² leciona que “*os princípios, como enunciações normativas de valor genérico, atuam como condicionantes e orientadores do sistema jurídico, tanto para sua integração, como para a elaboração de novas normas*”.

Ainda sobre o tema, Rocha afirma que os princípios possuem pelo menos três funções: “*a) função fundamentadora; b) função orientadora da interpretação e; c) função de fonte subsidiária*”. Ao lado dessas três funções básicas dos princípios o autor enumera ainda:

(...) de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Volume 1. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1994, p. 46

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**: 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.545-6

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 229.

¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva 1977. p. 300.

regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis.¹³

Diante dessas definições no direito, pode-se considerar, para efeitos deste estudo, que princípio significa uma das fontes do nosso ordenamento jurídico, muito importante e utilizado para resolver situações e criar teses, suprimindo lacunas deixadas pelo legislador e complementando a norma positivada.

1.1.1 Princípios da prevenção e da precaução

Os princípios da precaução e da prevenção são fundamentais para compreensão do Direito Ambiental, ambos, de certa forma, buscam a constante vigilância e ação do Poder Público e da sociedade para evitar a degradação ambiental. Logo, quando passarmos a confrontar a proteção ambiental em face de outros direitos, no caso o direito à moradia, estes princípios serão importantes para chegarmos a uma conclusão.

Ambos têm em comum o fato de sustentarem ações de proteção ao meio ambiente destinadas a evitar danos ambientais. No entanto, na aplicação das normas de direito ambiental, a doutrina costuma distinguir os princípios da precaução e da prevenção.

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis

Para Milaré o princípio da prevenção deve ser aplicado quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa. Deste modo “*o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras*”¹⁴.

Alenza Garcia também traz em seu conceito acerca do princípio da prevenção ao dispor que:

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999. p. 46.

¹⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. pg. 263/264.

Constituye un axioma (una verdad que su evidencia no necesita ser demostrada) que la evitación de riesgos es preferible al remedio del mal causado. Lo cual en el ámbito de la protección ambiental es, si cabe, más cierto porque los daños ambientales en ocasiones son irreversibles y, cuando menos, dejan importantes secuelas.

No es extraño por ello que el principio de prevención se considere la regla de oro del derecho ambiental. La prevención implica, en principio, la prohibición de contaminar. Y cuando sea inviable la contaminación cero, el principio propugna la reducción de la contaminación y su nocividad para el medio.¹⁵

Assim, o princípio da prevenção está ligado a uma avaliação concreta dos riscos e impactos possíveis de uma determinada atividade, riscos e impactos previamente conhecidos e que por isso possibilitam a adoção de medidas pelo Estado suficientes ao seu combate, propiciando o desenvolvimento da atividade impactante sem a ocorrência da degradação ambiental. Dessa forma, garantem-se os benefícios econômicos da atividade sem a ocorrência de danos ao meio ambiente.

Já o princípio da precaução destina-se a evitar um perigo abstrato, ou seja, uma situação de risco ou um potencial dano desconhecido em razão da imprevisibilidade das consequências da atividade impactante. Relaciona-se sem sombra de dúvida à insuficiência do conhecimento científico sobre determinado assunto, preocupando-se com um risco incerto, possível de concretizar-se.

Acerca do princípio da precaução assim leciona Milaré:

A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

A bem ver, tal princípio enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmo. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos.¹⁶

Dessa forma, o princípio da precaução implica uma ação antecipatória à ocorrência do dano ambiental, o que garante a plena eficácia das medidas ambientais selecionadas, e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis

¹⁵ ALENZA GARCIA, José Francisco. **Manual de Derecho ambiental**. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2001.p. 44.

¹⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. pg. 264.

1.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Do mesmo modo que os princípios descritos anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana, talvez seja o princípio norteador de todos os direitos fundamentais. Para tanto, seu estudo é de suma importância para o desenvolvimento do tema tratado, pois este princípio adquiriu papel central nas constituições nacionais e nos tratados internacionais modernos e é frequentemente utilizado como base para decisões judiciais sobre os mais diversos assuntos.

A Dignidade da Pessoa Humana é um atributo da espécie humana e o seu reconhecimento um direito fundamental de cada indivíduo e de toda a coletividade.

A dignidade da dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil expressamente previstos na CR/88 (art. 1º, III), e vincula todo o ordenamento jurídico à sua orientação. Como princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito deve ser respeitada e protegida para viabilizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre das desigualdades sociais e de todas as formas de discriminação.

Moraes apresenta importantes considerações sobre o alcance desse princípio:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁷

Sarmiento aponta que a dignidade humana esta entrelaçada a duas ideias diferentes, a “dignidade da pessoa humana e a dignidade da espécie humana”, sendo que estas duas ideias estão presentes nas constituições contemporâneas. Para ele a dignidade da espécie humana consiste “*no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo*”. Já no tocante a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

*todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”.*¹⁸

No mais, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem garantidas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a Dignidade Pessoa Humana.¹⁹

Sobre a ideia da dignidade da pessoa humana, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Dr^a Carmem Lúcia traz que:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.²⁰

Importante ainda transcrever o conceito de dignidade da pessoa humana do doutrinador Sarlet:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

¹⁸ SAMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016. ps. 27/28.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 61.

²⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. *Revista Interesse Público*. São Paulo. Ano 1. nº 4, outubro/dezembro de 1999. p. 26.

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".²¹

A dignidade da pessoa humana também está vinculada à ideia de que não é possível a submissão do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Elevá-la como direito, significa que o homem é o centro do universo jurídico. Funciona ainda como um limite inatacável de qualquer direito e garantia fundamental. O Estado tem por função e dever cumprir tais direitos. Todo o texto constitucional há que ser interpretado em função do princípio da dignidade humana e do dever estatal em defendê-lo.

Ante o exposto, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como um princípio que coloca limite às ações do Estado. Dessa forma a dignidade da pessoa humana deve ser usada para basear as decisões tomadas pelo Estado, sempre considerando os interesses e o bem-estar dos cidadãos.

1.2 SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A ideia de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável está intimamente ligada ao tema tratado neste trabalho, principalmente no que se refere a cidades sustentáveis, matéria que será abordada no capítulo seguinte.

A questão da preocupação com o meio ambiente equilibrado em conjunto com o acesso à moradia e inclusão social nas áreas urbanas está diretamente ligada a ideias de desenvolvimento sustentável das cidades.

Podemos dizer que a preocupação com o desenvolvimento sustentável nasce pelas dificuldades do homem em manter e resguardar determinadas condições de vida, especialmente quando essas começam a escassear pelo seu próprio modo de agir, não mensurando as consequências de seus atos, tanto para si, quanto para o futuro da humanidade.

Muito embora se constate, mesmo que de forma muito inicial, uma preocupação com o meio ambiente desde tempos mais remotos, as preocupações com as questões ambientais e de sustentabilidade do planeta começaram a se intensificar na década de 50 e 60, quando o ambientalismo se tornou "moda".

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 42.

Boff aponta, como a referência histórica remota do conceito de sustentabilidade, a preocupação pelo uso racional das florestas que surgiu em 1560 na Alemanha, na província da Saxônia. Nesse contexto, nasceu o termo *Nachhaltigkeit* (sustentabilidade). Tempos depois, em 1713, o Capitão Hans Carl von Carlowitz destacava a palavra *nachhaltigkeit* em tratado dirigido a propor o uso sustentável da madeira: “*corte somente aquele tanto de lenha que a floresta pode suportar e que permite a continuidade de seu crescimento*”²².

Contudo, uma parcela significativa da doutrina atribui ao ano de 1972 como marco de surgimento do Direito Ambiental Internacional, em razão da convocação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, sobre Meio Ambiente Humano.

Foi também após a convocação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo que a palavra sustentabilidade começou a ser propagada. Este evento, que foi o primeiro encontro mundial promovido com o objetivo de discutir assuntos relacionados ao meio ambiente e soluções para a preservação da humanidade, o conceito de sustentabilidade passou a ganhar uma maior importância.

Na Conferência de Estocolmo foi instituída a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O relatório final dos seus trabalhos (iniciados em 1983) foi apresentado em 1987 com o título “Nosso Futuro Comum”, também conhecido pela designação de Relatório Brundtland, em referência à relatora, médica e ex-primeira ministra norueguesa GroHarlemBrundtland. Nesse relatório lê-se a expressão “desenvolvimento sustentável” como novo guia para as Nações Unidas, para os governos dos Estados e para as empresas privadas. Seu objetivo é compatibilizar as necessidades das gerações atuais sem comprometer a possibilidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades²³.

No Brasil, Milaré²⁴, um dos maiores doutrinadores do tema, afirma que somente a partir da década de 80 a legislação começou a se preocupar com o meio ambiente e sustentabilidade de uma forma global e integrada.

²² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 33.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 21 ago.2017.

²⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. pg. 86/86.

Pois bem, o desenvolvimento sustentável é firmado no tripé social, ambiental e econômico. O seu objetivo é a redução das desigualdades sociais, evitar a degradação ambiental e promover o crescimento econômico, sem a exploração descontrolada dos recursos naturais.

Segundo Parente, o conceito de desenvolvimento sustentável pressupõe um crescimento econômico atento e responsável, de maneira a extrair dos recursos e tecnologias disponíveis benefícios para o presente, sem comprometer as reservas que serão legadas às gerações futuras. Esta determinação é incumbência de todos: entidades governamentais e não-governamentais, poderes públicos e coletividade, imbuídos do propósito de realizar o correto manejo das populações que habitam a terra e que desempenham, cada qual a seu turno, um papel de fundamental importância para a manutenção do equilíbrio ecológico²⁵.

Real Ferrer explica que, na expressão “desenvolvimento sustentável”, a sustentabilidade opera como limite. Ou seja, o paradigma é o desenvolvimento e a sustentabilidade atua como seu balizador, informando os meios de crescer sem comprometer a satisfação das futuras necessidades materiais do homem. A sustentabilidade, diferentemente, “*es una noción positiva y altamente pro activa que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente em el tempo*”²⁶.

Freitas por sua vez leciona que o princípio da sustentabilidade:

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.²⁷

Além de princípio constitucional, Freitas também toma a sustentabilidade como um valor, ou seja, como indutora de “*outro modelo axiológico do desenvolvimento que interessa à Carta, bem interpretada*”²⁸, ideia que justifica na multidimensionalidade do

²⁵ PARENTE, Kadja Maria Ribeiro e; DIAS, Sérgio Novais. (coords.). **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**, n.º 5 (jan.1996/dez.1997). Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1997.

²⁶ REAL FERRER, Gabriel. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Itajaí, 2013. p. 13.

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 43.

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 21.

conceito e nos seguintes artigos de nossa Constituição: 3º, 170, 174, 192, 205, 218, 219 e 225. A sustentabilidade como valor, implica considerá-la critério de avaliação das políticas públicas e de comportamentos públicos e particulares: *“as políticas precisam ser escrutinadas, de maneira sustentável, em consonância com os objetivos fundamentais da Carta, não consoante os clientelismos antifuncionais, imediatistas e sem nexos”*²⁹.

Por sua vez, a Organização das Nações Unidas, por meio da Comissão conhecida como Brundtland, elaborou o Relatório “Nosso Futuro Comum” adotando o seguinte conceito para Desenvolvimento Sustentável:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.

Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras...O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos.

Muitos de nós vivemos além dos recursos ecológicos, por exemplo, em nossos padrões de consumo de energia...No mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos.

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas.³⁰

Outro conceito de desenvolvimento sustentável é retirado da obra de Piñar, que traz o seguinte:

(...) el desarrollo sostenible consiste em a) la conservación y recuperación, cuando ésta sea necesaria, del adecuado capital natural para promover una política cualitativa de desarrollo, y b) la inclusión de criterios medioambientales, culturales, sociales y económicos en la planificación (término éste admitido, por cierto, en la última edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua) de las decisiones sobre el desarrollo, tanto públicas como privadas. El desarrollo sostenible tiene como objetivo permitir la evolución conjunta de los sistemas generados por la iniciativa humana y los ecosistemas.

²⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 121.

³⁰ LAZZARI, João Batista; DANIELI, Adilor. **O desenvolvimento sustentável e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**: o direito a condições dignas de trabalho. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, acesso em 11/04/2019.

Implica, pues, un cambio sustancial en el modo de considerar el desarrollo³¹.

Assim, tem-se que desenvolvimento sustentável tem como função proporcionar desenvolvimento humano; distribuição justa dos recursos naturais; desenvolver trazendo saúde e qualidade de vida com as conexões entre economia, ecologia, tecnologia, política e sociedade. Podemos citar os exemplos de políticas sustentáveis: agricultura orgânica, manejo florestal, reciclagem, produção de energia limpo.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em virtude do tema aqui tratado se faz necessário buscar um conceito de direitos fundamentais, uma vez que o conflito entre meio ambiente e moradia nada mais é do que o conflito entre direitos fundamentais, daí a importância de conceituá-los.

Sabemos da ausência de um consenso dentro da doutrina, tanto na esfera conceitual como terminológica de direito fundamental. Todavia, é importante iniciarmos com a tentativa de o conceituamos, bem como de fazermos um pequeno apanhado histórico de como se deu o seu nascimento, para que possamos entender sua importância.

A análise do conceito, da sua origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, por si só, já justificaria um artigo ou até mesmo um trabalho de dissertação inteiro. No entanto, nosso objetivo é bem mais simplório, sendo nossa intenção apenas referir alguns conceitos clássicos e aspectos mais relevantes a respeito desta temática, de modo especial, para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais.

1.3.1 Conceito

Como já mencionado anteriormente, no que concerne à terminologia e aos conceitos adotados pelos autores não há um consenso doutrinário.

³¹ PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y Protección Del Medio Ambiente**. Madrid: Civitas. 2002. p. 24.

Para a terminologia “direitos fundamentais”, conforme leciona Sarlet, tanto na doutrina, quanto no direito positivo são largamente utilizadas, outras expressões, tais como “*derechos humanos*”, “*derechos do homem*”, “*derechos subjetivos públicos*”, “*liberdades públicas*”, “*derechos individuais*”, “*liberdades fundamentales*” e “*derechos humanos fundamentales*”, entre outros³².

O doutrinador espanhol Peces-Barba tem preferido o uso do termo “*derechos fundamentales*” como forma “*lingüística más precisa y procedente*”, para isto justifica-se da seguinte forma:

Las razones que entonces motivaron esta decisión y que hoy no solo permanecen, sino que se han fortalecido ante el panorama lingüístico que acabo de presentar, son las siguientes:

- a) Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que está supone.
- b) Puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos ius naturalista o positivista.³³

É bastante comum entre os doutrinadores abordarem os direitos fundamentais e os direitos humanos como sinônimos, entendendo como tais aqueles direitos humanos positivados no ordenamento jurídico³⁴.

Já para Romanelli, os direitos fundamentais e direitos humanos diferem por uma questão político-geográfica, ou seja, os direitos fundamentais se referem a um sistema constitucional de determinado Estado, ao passo que, em relação aos direitos humanos, trata-se da mesma realidade, porém, sob um prisma internacional³⁵.

Silva qualifica o direito como fundamental quando se trata de “*situaciones jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive*”, para ele são fundamentais do homem “*no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados*”³⁶.

Também enfatizando os direitos fundamentais, Cunha Junior leciona que:

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

³³ PECES-BARBA, Gregorio. **Problemas generales**. In: .Curso de Derechos Fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 36.

³⁴ DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Curitiba: Juruá, 2012. p.36.

³⁵ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 56.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 178.

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo³⁷.

O autor italiano Ferrajoli ao responder quais são os direitos fundamentais acaba por conceituá-los da seguinte forma:

“Em el plano teórico-jurídico la definicion mas fecunda de los derechos fundamentales es, desde mi punto de vista, la que los identifica com los derechos que están adscritos universalmente a todos encunto personas, o encunto ciudadanos o personas com capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. Esta respuesta no nos disse cuál lesson, sino solamente qué son los derechos fundamentales.³⁸”

Para Peces-Barba os direitos fundamentais são:

Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada em las ideas de libertad y igualdad, com los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional em la historia del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.³⁹

Para Alexy, os direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem convertidos em direito positivo por meio da Constituição⁴⁰. Direitos do homem possuem, a princípio, uma validade exclusivamente moral, essa transformação não elimina a sua validade moral, mas acrescenta a ela uma jurídica positiva. Sobre o tema assim leciona:

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 223.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. In: Democracia y garantismo. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 42.

³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Problemas generales**. In: Curso de Derechos Fundamentales: teoria general. p. 109.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95-96.

Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua posituação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordenamento jurídico. Uma contribuição importante para a sua imposição mundial prestou e presta a declaração dos direitos do homem universal, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, do mesmo dia, que, certamente, está dotado com força de imposição muito menor. Ao lado deles e de outros pactos postos mundialmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais⁴¹.

Ainda segundo Alexy, quando alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isto já é duvidoso, pois ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. O autor ainda aponta que tanto direitos como as normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda. No entanto, em se tratando de direito positivo tal caminho não é contudo, recomendável, uma vez que *“às disposições do catálogo de direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo”*⁴².

É possível ainda descrever os direitos fundamentais como o mínimo que uma pessoa necessita para viver, e os três pilares destes direitos seriam a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana⁴³. Sendo que levar uma vida digna significa ter este conjunto de capacidades básicas. Como decorrência, o mínimo existencial deve contemplar os meios que assegurem aos indivíduos, no contexto da sociedade em que vivem essas capacidades, ou seja, que lhes propiciem realizar, caso assim o desejem, as funcionalidades correspondentes⁴⁴.

Essas capacidades básicas correspondem às necessidades humanas para que o ser humano possa sentir-se inserido na sociedade, pois dizem respeito ao mínimo existencial que lhe garante condições para sobreviver, sendo a moradia uma dessas necessidades.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 55-56.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50/51.

⁴³ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 55.

⁴⁴ CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 215.

Leivas tem a seguinte posição sobre o assunto:

[...] o mínimo existencial corresponde ao direito às necessidades humanas intermediárias, o que compreende a necessidade de vida física, como alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, etc. (mínimo existencial físico) e necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. (mínimo existencial cultural).⁴⁵

Por fim, é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não assento na constituição formal ⁴⁶.

1.3.2 Dimensão histórica

No tocante a perspectiva histórica, é importante frisar que esta assume relevo não apenas como um mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do Estado constitucional moderno, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, história da limitação do poder⁴⁷.

Por este motivo que os direitos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos que devem ser considerados indissociáveis uns dos outros⁴⁸.

Ademais, os direitos fundamentais além de servirem para a limitação do poder, alcançam a ideia de legitimação do poder estatal.

⁴⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 126.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 281.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 24

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.p. 104.

Sobre a origem do que denomina direitos humanos Nolasco assim escreve:

A respeito da origem dos direitos humanos, é interessante acrescentar a visão de Leford, para quem, à primeira vista, parece que os direitos do homem, principalmente os tutelados nas primeiras declarações, mascaram os liames sociais, ao mesmo tempo em que suscitam uma nova rede de relações entre os homens. Leford quis dizer que o desenvolvimento da democracia e das oportunidades para o exercício das liberdades cria condições de reconhecimento na instituição dos direitos do homem, sinalizando a emergência para um novo tipo de legitimidade e de um espaço público no qual os indivíduos são tanto produtores quanto instigadores de suas criações. Acrescenta que os direitos do homem marcam o processo de ruptura do direito e do poder. O direito e o poder não se escondem no mesmo pólo; a legitimidade do poder deve estar em conformidade com o direito⁴⁹.

Pois bem, para se compreender os direitos fundamentais (direitos humanos) deve-se ter em mente que eles foram sendo reconhecidos em momentos históricos distintos.

Inicialmente os direitos fundamentais foram concebidos como direitos naturais do homem, inerentes à própria condição humana, sendo reconhecidos numa dimensão pré-estatal, com a integração gradativa pelo reconhecimento da ordem jurídica de determinado Estado⁵⁰.

Não se pode deixar de mencionar, como um importante momento para o pré-nascimento dos direitos fundamentais, a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, a qual contribuiu para o futuro desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições de diversos Estados nacionais.

Outro fator de grande importância foi a Reforma Protestante, que influenciou diversos países da Europa a optarem por uma liberdade religiosa.

No entanto, o nascimento dos direitos fundamentais, no sentido como hoje se atribui ao termo, ocorreu com a Declaração de Direitos do povo da Virgínea, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, onde se verificou a primeira marca efetiva de transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, incorporando virtualmente direitos e liberdades⁵¹.

⁴⁹ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pilares, 2008. p.129.

⁵⁰ CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.67.

⁵¹ CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro**. p.68.

Assim, tem-se que os direitos fundamentais surgem contemporaneamente ao surgimento do Estado Moderno. No século XVIII, com a opressão da monarquia contra os súditos, a classe burguesa lutou para que fossem reconhecidos determinados direitos eclodindo então a Revolução Francesa (1789), movimento eminentemente burguês que tinha como ideias liberdade, igualdade e “propriedade”. Desta forma surge o Estado Liberal, cunhado numa postura individualista abstrata e na primazia da liberdade, segurança e propriedade, que colocam em pauta os direitos fundamentais de primeira dimensão⁵².

Também é importante mencionar que o processo de positivação das declarações de direitos nas constituições que se iniciaram no século XVIII com a Revolução Americana e a Revolução Francesa, não desempenhou uma função estabilizadora (permanente e segura). Temos que até os dias atuais, o elenco dos direitos fundamentais do homem, contemplados em várias constituições e nos instrumentos internacionais, foram-se alterando com a mudança das condições históricas.

Ocorre que, como bem colocado por Duarte, a liberdade sem freios da burguesia começou a gerar grandes problemas no campo social, tais como condições desumanas de trabalho e de saúde por grande parte da população, o que motivou o surgimento do Estado Social, no qual os direitos de liberdade (típicos do Estado Liberal) se veem contrapostos aos direitos econômicos, sociais, culturais. Esses direitos fundamentais de segunda geração (ou sociais), que reclamam uma ação positiva do Estado objetivando a melhorias de vida dos cidadãos.⁵³

Para uma definição dos direitos fundamentais sociais no âmbito do constitucionalismo brasileiro, veja-se a lição de Silva:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são 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. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade⁵⁴.

⁵² DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade.** p.36.

⁵³ DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade.** p.37/38.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo.** p. 286/287.

Tais direitos estão expressamente reconhecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 1948.

Para Nolasco o processo de afirmação histórica dos direitos de primeira e segunda geração mostra que eles não são absolutos, mas podem ser vistos como razoáveis, no sentido de que existem bons argumentos para fundamentá-los eticamente⁵⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial vê-se ao surgimento do que a doutrina costuma nomear como direitos fundamentais de terceira geração.

Seriam estes direitos os que afetam a população como um todo, assuntos de interesse mundial, como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida. Partindo do postulado da solidariedade social, é que colocam os direitos de terceira geração, cujos titulares não são indivíduos em si, mas a própria coletividade são direitos difusos e coletivos, tais como direito ao meio ambiente equilibrado dentre outros.

O Constitucionalista brasileiro Bonavides vai mais além, para ele é possível reconhecer, na história dos direitos fundamentais, um desenvolvimento em cinco gerações. Além dos já mencionados direitos fundamentais de primeira e segunda geração, para o autor os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles cuja principal característica reside em seu alto teor de universalidade, têm como destinatário não o indivíduo ou um grupo de indivíduos, mas o gênero humano como um todo. Entre eles estão o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio-ambiente e a proteção ao patrimônio comum da humanidade. Já os direitos fundamentais da quarta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, e por fim, como direito fundamental de quinta geração desponta o direito à paz.⁵⁶

1.4 DO DIREITO À MORADIA

No que tange ao direito à moradia sem dúvida este se insere nos direitos sociais, ou seja, direitos fundamentais de segunda geração que reclamam uma ação positiva do Estado. Ocorre que, esta moradia, como se verá adiante, é integrante do

⁵⁵ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. p.130.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 562-593.

conteúdo do mínimo existencial, ao menos no que toca a garantia de uma moradia simples e digna.

Assim, exige-se do Estado uma atuação positiva, de prestação fática (material) ou normativa para sua garantia, caso contrário, corre-se o risco de se tornar um direito social vago.

Dando continuidade ao trabalho aqui proposto, nesta etapa passa-se a buscar uma conceituação de direito à moradia, como é dado seu tratamento pela doutrina, bem como buscar alicerces teóricos para justificar sua natureza de direito fundamental.

Da necessidade de fixar o lugar de alguém, surgem o domicílio e a residência. Romanelli descreve domicílio “*como a sede jurídica da pessoa natural, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos*”⁵⁷. Já a residência é o lugar em que a pessoa natural habita, com intenção de permanecer, mesmo que dele se ausente temporariamente.

Por sua vez, no que se refere à noção de habitação, tem-se este como o direito ao exercício de uma faculdade humana conferida a alguém por norma jurídica ou por outrem, permitindo a fixação em um lugar determinado, não só física, como também onde se fixam os interesses naturais da vida cotidiana⁵⁸.

Para Souza a noção de “habitação” está relacionada a uma relação puramente de fato, sendo o local em que a pessoa permanece, acidentalmente. Para ele a habitação pode ser inicialmente conceituada “*como a permissão conferida a alguém para fixar-se em um lugar determinado, para atender aos seus interesses naturais da vida cotidiana, mas de forma temporária ou acidental*”, trata-se, portanto de uma relação de fato entre sujeito e coisa, sendo objeto de direito.⁵⁹

Já no tocante a moradia sua conceituação é de um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil.

Romanelli conceitua moradia da seguinte forma:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva

⁵⁷ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 56.

⁵⁸ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 45.

⁵⁹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Residência é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel. Assim, a moradia é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, assim como ocorreu com o domicílio em relação à residência, na interpretação mencionada por Washington de Barros Monteiro. Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.⁶⁰

Ocorre que se deve ter cuidado ao se fazer referência ao direito à moradia e habitação, haja vista que aquela se relaciona com algo permanente, duradouro, enquanto esta é algo que não perdura para sempre, embora um não exista sem o outro.

Ambas as conceituações (habitação e moradia) são parecidas, porém, na habitação se tem o seu exercício de forma temporária, acidental, ainda que nela não se permaneça o ânimo. No caso de habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o objeto *verbi gratia*, porque se exerce a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, etc. E no caso do conceito de moradia, concebe-se sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente, havendo o dever de outrem possibilitar o exercício da moradia à coletividade, dever este não só do Estado, mas também de quem por ele atua, facilita ou representa.⁶¹

O direito à moradia é concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua morada, ao seu local, a sua pousada, enfim, ao seu habitat. A moradia constitui-se como essência do indivíduo de modo que sem ela a existência digna de outros direitos, como o direito à vida e à própria liberdade, não é exercida de forma satisfatória e plena.

Importante também ter em vista que o direito à moradia, como direito fundamental, é integrante do conteúdo do mínimo existencial, ao menos no que toca a garantia de uma moradia simples e digna. Ademais, para a concretização do direito

⁶⁰ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 44.

⁶¹ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 44/45.

à moradia digna, de forma constitucionalmente adequada, essa deve se dar em um local com condições ambientais compatíveis com uma vida humana saudável⁶².

Para Fensterseifer, o direito fundamental social à moradia vai muito além de um simples lugar físico. O direito à moradia possui vinculação direta com outros direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, sendo assim, em ambos os casos, para que haja de fato sua garantia em termos desejáveis constitucionalmente, exige-se um padrão mínimo de qualidade ambiental (acesso à água, saneamento básico, boa qualidade do ar e do solo, etc.) do local da moradia. Para o autor, o acesso à moradia em uma área degradada, não garante ao seu titular um exercício adequado do seu direito fundamental, em razão de que *“a moradia implica muito mais do que apenas um teto sobre a cabeça, exigindo um espaço físico onde a vida humana possa se desenvolver de forma plena e em padrões dignos de existência”*.⁶³

No mais, para que a moradia atenda sua função deve preencher certos padrões, de acordo com Novelino:

“Utilizando a expressão em seu sentido mais amplo possível, Ingo Sarlet (2010) sustenta que o direito abrange todo o conjunto de posições jurídicas vinculadas à garantia de uma moradia digna para a pessoa humana, dentre os quais se incluem os direitos de moradia (tutela e promoção da moradia), e o direito à habitação, os deveres fundamentais conexos e autônomos em matéria de moradia e os deveres de proteção. A plena garantia desse direito pressupõe uma moradia adequada em suas dimensões, condições de higiene, conforto e capaz de preservar a intimidade e privacidade das pessoas.”⁶⁴

Certamente que a moradia é um dos primeiros direitos que devem ser considerados na vida de uma pessoa, pois ter um lugar para viver configura-se como fundamental para o exercício dos demais direitos.

Romanelli leciona que “a habitação adequada é condição fundamental para o homem exercer plenamente a sua cidadania, estando inserido na concepção de um padrão de vida adequado” sendo que o direito à moradia é muito mais amplo do que a simples presença de um abrigo ou um teto.⁶⁵

⁶² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. p. 86.

⁶³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. p. 84.

⁶⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Jus podium, 2016. p. 466.

⁶⁵ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 55.

Especificamente quanto à moradia, temos seu reconhecimento – como direito humano fundamental - em algumas declarações e tratados internacionais. Inicialmente reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. XXV), o direito à moradia também está inserido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que em seu art. 11, assim prescreve: “*Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito a toda pessoa um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequada, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida*”.

Também se reconhece o direito humano à moradia na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968); na Convenção sobre a Eliminação das Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992).

Porém, como mencionado por Duarte, o Direito à Moradia adquire fundamental importância na Agenda Habitat, resultado da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II e consequente Declaração de Istambul (Turquia – 1996), em que o direito à moradia foi reafirmado como direito fundamental de realização progressiva (com remissão aos pactos internacionais anteriores), trazendo, em seu art. 43, uma minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão desse direito, bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários.⁶⁶

Ademais, dos ensinamentos de Souza conclui-se que o direito à moradia, concebido como direito humano fundamental, é definido pelos documentos internacionais, tendo como características primordiais a universalidade, a indivisibilidade, a independência e a inter-relação, conforme dispões o art. 5, parte I, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25.06.1993, devendo haver obrigação do Estado, no que diz respeito ao direito à moradia, com fundamento no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constituir legislação, plano de ação habitacional de modo a garantir esses direitos a todos os indivíduos.⁶⁷

⁶⁶ DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia**: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade. p.39/40.

⁶⁷ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70/71.

No direito constitucional pátrio, com o advento da Emenda Constitucional de nº 26, em 14 de fevereiro de 2000 (DOU 15.02.2000) passou-se a ter expressamente positivado o direito à moradia. Esta emenda tratou do reconhecimento da fundamentabilidade do direito à moradia e sua introdução ao rol dos Direitos Sociais.

Igualmente, não se pode esquecer o caráter institucional dos direitos sociais consagrados neste dispositivo, o qual “*expressa uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a ele cabe sua concretização*”⁶⁸. Portanto, são direitos que requerem a implementação por parte dos entes estatais de políticas públicas para sua concretização.

Por sua vez Sarlet menciona que, muito embora o direito à moradia tenha sido incorporado ao texto da nossa constituição de forma expressa apenas com o advento da Emenda Constitucional de nº 26, já havia menção à moradia na nossa carta Magna, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “*promover programas de construção e moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” (art. 23, inc. IX), seja quando o artigo 7º, inciso IV⁶⁹, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia.⁷⁰

Sobre o Artigo 23, IX, da constituição Maia comenta que:

Esse dever de construir moradias certamente decorre de ter o Estado brasileiro, como fundamentos, “a dignidade da pessoa humana” (CF, art. 2º, III), e como objetivo “construir uma sociedade justa e solidária”, “erradicar a pobreza” e “promover o bem de todos” (CF, art. 3º, incs. I e III). Dito de outro modo, e mais específico, pela primeira vez a Constituição previu critérios para uma política urbana, a qual, segundo o artigo 182, objetiva ordenar o pleno desenvolvimento “das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes”⁷¹.

⁶⁸ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 54.

⁶⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direitos Fundamentais a Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBCE. Ano 2008, nº 8. p. 58.

⁷¹ MAIA, Luciano Mariz. **O Cotidiano dos Direitos Humanos**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 1999. p. 111.

Neste mesmo sentido Novellino defende que mesmo antes da Emenda Constitucional nº 26/2000, que consagrou expressamente entre os direitos sociais o direito à moradia, este já era considerado por parte da doutrina como direito fundamental implícito “*com base no dispositivo que prevê a competência dos entes federativos para promover programas de construção de moradias, assim, como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX).*”⁷²

Também sobre o direito à moradia como fundamental em nosso ordenamento transcreve-se Fensterseifer:

O levante da doutrina do Direito Civil-Constitucional contra a hipertrofia da dimensão patrimonial (de índole liberal-individualista) da titularidade, em defesa de um maior comprometimento da ordem civilista com a dimensão existencial do ser humano (ou seja, resgatando o "ser" do aprisionamento onde lhe havia confinado o "ter"), também fortalece a leitura constitucional do direito fundamental à moradia, pois aí está consubstanciada toda a nova esfera de valores e princípios constitucionais à modelar a ordem jurídica contemporânea, a qual traz especial ênfase para o seu comprometimento com a dignidade humana. Tal consideração passa, necessariamente, pela garantia do acesso a uma (e não qualquer) moradia que atenda a um padrão adequado de qualidade ambiental (como, por exemplo, com acesso a serviços públicos como saneamento, água potável, etc.), bem como situada em área com segurança ambiental, não sujeita a desastres naturais, como, por exemplo, enchentes, deslizamentos de terra, etc.”⁷³.

De qualquer modo, sempre há como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º. inciso III, da Constituição Federal do Brasil) já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade.

Os direitos fundamentais são direitos interdependentes, não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de uma forma conjunta, principalmente quando se trata de direitos humanos. Existe um liame entre o direito à moradia e o direito à vida, à integridade física, à assistência, à inviolabilidade do domicílio, etc.,

⁷² NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 466.

⁷³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. p. 85/86.

demonstrando que é um direito interdependente, não isolado dos demais direitos fundamentais⁷⁴.

Como direito humano, a moradia está calcada na dignidade da pessoa humana (cerne dos direitos fundamentais) cuja base é autonomia, liberdade, participação política e acesso a recursos materiais, bem como a proteção contra o tratamento desumano e degradante a qualquer pessoa. Da mesma forma, o direito à moradia corresponde tanto aos direitos civis e políticos como aos direitos econômicos e sociais.

Assim, como muito bem conceitua Inácio “*os direitos fundamentais almejam criar e assegurar a existência de vida na liberdade e dignidade, sendo que a moradia, necessidade básica, integrando o direito à subsistência do ser humano, que no seu aspecto físico, moral e emocional, traduz, em última análise, em direito à vida*”.⁷⁵

Ante o que foi exposto, resta claro que direito à moradia certamente é um dos primeiros direitos que devem ser considerados na vida digna de uma pessoa, pois ter um lugar para viver configura-se como fundamental para o exercício dos demais direitos.

Não é de se olvidar, ainda, que o direito à moradia, por se constituir em direito essencial de todos os seres humanos, está protegido como decorrência da dignidade da pessoa humana positivado no texto constitucional, como verdadeira consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ainda, como ressaltam vários instrumentos internacionais, o direito à moradia não se restringe apenas à presença de um abrigo ou um teto, mas engloba uma concepção muito mais ampla. Este direito se estende a todos e, assim, toda a sociedade e cada um de seus membros têm de ter acesso a uma habitação provida de infraestrutura básica e outras facilidades, ou seja, acesso a uma habitação adequada.

O direito à moradia faz com que vários outros direitos possam ser assegurados. Ademais, como defende Barbosa, sua efetivação garante um verdadeiro substrato físico para que todos os direitos sociais alicerçados no artigo 6º do texto constitucional possam ser assegurados pelo poder público, verificando-se assim, a necessidade de

⁷⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

⁷⁵ INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37.

priorização da política habitacional como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.⁷⁶

Também sobre sua eficácia Sarlet sustenta que:

[...] o direito à moradia reste-se de complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na condição de direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocessos, [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós, a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas.⁷⁷

Ademais, se já não bastasse o direito à moradia ser assentando como fundamental pelo próprio direito natural, ter sido reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. XXV) e inserido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no direito constitucional pátrio, com o advento da Emenda Constitucional de nº 26, em 14 de fevereiro de 2000 passou-se a ter expressamente positivado este direito.

Por fim, Sarlet leciona que com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais, a possível controvérsia quanto ao seu reconhecimento inequívoco no plano constitucional pátrio resta superada, assim, sem sobra de dúvidas, o direito à moradia um direito fundamental⁷⁸. Salienta-se ainda que o *“Estado bem como particulares tem o dever jurídico de respeitar e não afetar a moradia das pessoas”, ao mesmo tempo em que “exige-se dele uma atuação positiva, de prestação fática (material) ou normativa”, isto é, o direito à moradia “terá por objeto a criação e estruturação de órgãos, a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela*

⁷⁶ BARBOSA, Lucília Goulart Cerqueira Camargo. **A tutela do Direito à moradia como forma de promover a dignidade da pessoa humana em face do Direito ambiental brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Ambiental, São Paulo: Editora Fiuza, volume 32, 2012. p. 142

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 330-331.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direitos Fundamentais à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**. p.60

e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas”⁷⁹.

1.4.1 Direito à moradia no ordenamento jurídico espanhol

Na Espanha, o direito à habitação é regulado no Artigo 47 da Constituição Espanhola, no Capítulo III do Título I da CE, sob o título de "*Princípios Orientadores da Política Social e Económica*":

Art. 47 Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización Del suelo de acuerdo com el interés general para impedir la especulación.

Este capítulo contém direitos, princípios orientadores e mandatos ao legislador. Esses direitos são articulados como os princípios e são especificados nos mandatos de otimização, na medida em que devem ser realizados dentro das possibilidades legais e reais existentes. O resultado final dependerá da ponderação dos princípios. O que em nenhum caso pode ser confundido com sua ineficiência. Consequentemente, o primeiro passo é interpretar o direito à moradia à luz dos demais direitos e interesses presentes na Constituição Espanhola.

A Constituição espanhola inclui uma série de preceitos que nos permitem especificar o conteúdo objetivo do direito à moradia, entre os quais podemos citar, além do próprio artigo 47, o artigo 45 (direito a um ambiente adequado) e o artigo 46 (proteção do patrimônio histórico). Além disso, no texto encontramos outros conteúdos de natureza econômica que são vistos como limites para o direito à moradia, principalmente o direito de propriedade incluído no artigo 33 da Constituição espanhola e a iniciativa privada contida no seu artigo 38⁸⁰.

Para Garrido no ordenamento jurídico espanhol há claramente uma inclinação à defesa dos direitos econômicos. Por esta razão, o direito à moradia tem sido um direito inexistente para os cidadãos espanhóis. Afirma ainda que, muito embora o direito

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da constituição federal de 1988**. In: Fernandes, E; Alfonsin, B. (Coords.). *Direito à Moradia Adequada - o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 274/276.

⁸⁰ PISARELLO PRADOS, G.: "**El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales**" en *Revista catalana de dretpublic*, n. 38, 2009". p.47

constitucional à moradia digna tenha sido incluído no artigo 47 da Constituição Espanhola, tem sido um direito sem efetividade ao longo de todo o período constitucional⁸¹. Não há um quadro institucional, ou seja, um serviço de habitação pública, que permitiria o gozo pelos cidadãos de habitação decente e acessível. Foi o mercado que proporcionou o acesso a esse bem através da propriedade, fixando livremente condições.

Percebe-se assim, que o direito à moradia existe em termos formais, mas as leis que o regulam normalmente são meios simples para atender a demanda por moradia, especialmente proteção pública. Não há uma articulação para garantir o direito subjetivo de moradia, isto é, o ordenamento jurídico espanhol não estabelece obrigações de resultado⁸².

1.5 MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A expressão meio ambiente foi utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturalise*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte em seu *Curso de filosofia positiva*⁸³.

Cabe deixar claro que o conceito de meio ambiente suplanta o do simples meio ambiente natural, uma vez que o ser humano, considerado como indivíduo ou coletividade, é agente transformador e elemento integrante do mundo natural; assim, não pode o meio ambiente ser considerado como algo extrínseco e exterior à sociedade humana, indo além dos seus componentes físicos bióticos e abióticos e não se restringindo ao conjunto de recursos naturais e ecossistemas.

O conceito de meio ambiente também supera a denominação de que é um bem público, tendo em vista que não é apenas do Estado, mas também da coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo, bem como de pensar nas gerações futuras.

Ao tratar da definição de meio ambiente Mazzilli destaca que:

O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base

⁸¹ GARRIDO, Pilar. **El Derecho a una vivienda digna em espana**. Disponível em http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf . acesso em 09/04/2019.

⁸² BASSOLS COMA, Martín. **El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística**», Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus 2011. p. 15.

⁸³ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. pg. 133.

na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência.”⁸⁴

Para Milaré⁸⁵ o meio ambiente compreende a natureza que envolve o solo, a água, o ar, a flora e a fauna acrescidos de todos os elementos criados e modificados pelo ser humano, como as áreas urbanas e rurais, as indústrias, produtos de consumo e bens culturais e históricos com os quais o ser humano interage direta ou indiretamente. Neste sentido, o meio ambiente não se restringe apenas aos conjuntos biológicos, pois envolve também os fatores naturais ligados ao modo de vida das pessoas e às diferentes manifestações interativas entre o homem e a natureza.

Segundo Machado: “*Os bens que integram o meio ambiente planetário, como a água, o ar e o solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra*”.⁸⁶

No tocante a preocupação com a preservação ambiental podemos destacar que, a exemplo do que ocorreu com os direitos fundamentais, só se tornou uma questão internacional no segundo pós-guerra. A primeira menção ao meio ambiente num diploma internacional conta, um tanto despercebida, do art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Embora se trate de uma referência indireta, não deixa de ter grande significado essa primeira menção ao meio ambiente num tratado internacional de direitos humanos, demonstrando que, em 1966, já havia a percepção de que uma vida digna também depende de um meio ambiente sadio e equilibrado.

Entretanto, o grande marco da internacionalização do direito ao meio ambiente e do seu reconhecimento como um direito fundamental do ser humano surgiu com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pela ONU em 1972, na cidade de Estocolmo, da qual surgiu o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, Pnuma. Como resultado das discussões dessa conferência, foi elaborada a 'Declaração de Estocolmo.

⁸⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 142-143.

⁸⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. pg. 134/135.

⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P.46.

Como resultado das discussões dessa conferência, foi elaborada a “Declaração de Estocolmo”, conjunto de 26 proposições denominadas Princípios.

No Princípio 1 e 2 dessa Declaração proclama-se:

1 - O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.⁸⁷

A Declaração de Estocolmo foi a consagração do meio ambiente como um direito fundamental do ser humano, essencial para dignidade da vida humana e que, deve ser preservado não só para os atuais, como para os futuros habitantes do planeta.

A partir da Declaração de Estocolmo Sobre o Ambiente Humano (1972), anunciou-se no plano internacional o direito fundamental de todos os homens ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar.

No âmbito Brasileiro, após a Conferência de Estocolmo, seguindo uma tendência quase que mundial, como que para se compensar o tempo perdido, passou-se a proliferar diplomas legais voltados a proteção do patrimônio ambiental no país. Podemos destacar quatro marcos recentes⁸⁸ e importantes do ordenamento jurídico na busca de respostas ao clamor social que surgiu para que houvesse uma tutela do ambiente.

O primeiro marco foi a edição da Lei n. 6.938, de 31.08.1981, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que trouxe o conceito de meio ambiente como objeto específico de proteção em seus múltiplos aspectos, bem como instituiu o Sistema nacional de Meio Ambiente (SISNAMA).

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972)**. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em 10fev 2019.

⁸⁸ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. p. 240.

O segundo marco a Lei 7.347, de 24.07.1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual para defesa dos interesses difusos e coletivos, dentre os quais o direito ao meio ambiente.

O terceiro marco, e talvez o mais importante, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esta previu expressamente, no art. 225, que as pessoas têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, *“impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*⁸⁹.

Já o quarto marco ficou por conta da Lei 9.605, de 12.02.1998, que dispôs sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

No tocante a Constituição de 1988, conforme Milaré, esta pode muito bem ser chamada de “verde”, tal o destaque que dá à proteção ao meio ambiente. Para o autor, o texto supremo *“captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza”*, assim, pode traduzir *“em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre tutela do meio ambiente”*⁹⁰.

Pois bem, no que concerne a norma constitucional, esta assegurou expressamente um dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente, com missão de assegurar não só as presentes gerações, mas também às futuras, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sobre o meio ambiente como direito fundamental leciona Cavedon:

Um aspecto central da instituição do Meio Ambiente preservado como direito fundamental é ser este condição essencial da própria existência humana e da construção de uma Sociedade mais democrática e solidária. BACHELET expõe que, “nesta ótica, o direito do ambiente torna-se fundamental, pois condiciona o direito à existência; que existe um dever e um direito de agir em matéria ecológica e que eles se assemelham ao direito de agir em matéria humanitária. Daí a dizer que o ambiente é um novo exercício da democracia, não vai mais que um passo(...)”⁹¹.

⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de fev. 2019.

⁹⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. p. 168/169.

⁹¹ CAVEDON, Fernando de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 90-91

O direito fundamental correlato, previsto na mesma regra matriz, propugna um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Não um meio ambiente qualquer, mas com qualidade, em função de uma qualidade de vida.

Sobre a qualidade de vida e o meio ambiente destacamos trecho da obra de Simon Yarza:

Com el recurso a la dignidad humana, se trata de interpretar em clave personalista el significado de la <<calidad de vida>> y, por onde, del Derecho medioambiental. Esto significa que la tensión entre el progreso industrial y la preservación del medio há de resolverse em atención a la calidad de vida de la persona, la cual no puede subordinarse, dada su superior dignidad, ni a la industria ni a la naturaleza. Ahora bien, si la dignidad sirve como parâmetro interpretativo de la calidad de vida, no se puede decir lo mismo, sin embargo, a la inversa, puesto que el concepto de dignidad humana apela – em sus más diversos contextos de fundamentación – a uma vida superior a la biológica, que ES a lo que se refiere primariamente el art. 45 CE. Si concebimos la dignidad como um simple mandato de fomento de la calidad de vida, estaríamos desvinculando el concepto de dignidad humana del concepto de ser humano para identificarlo con um bien todavía penúltimo: la calidad de vida (biológica, esto es, bios, no zoé). Explicar la dignidad humana a partir de la calidad de vida es comprenderla funcionalmente y el concepto de dignidad es um concepto ontológico-fundamental. Las condiciones precárias de la vida, aunque em ocasiones atentan ciertamente contra las exigências de la dignidad del ser humano, no destruyen esa dignidad, que no puede medirse simplemente com critérios de calidad externos. Incluso en las situaciones de máximo desamparo - inválido, pobre, enfermo -, el ser humano sigue siendo um in em si y merece, por lo tanto, incondicional respeto y estimación.⁹²

Segundo leciona Silva, há dois objetos de tutela ambiental, o primeiro é imediato, que é a qualidade do meio ambiente; o segundo é mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, sintetizada pela expressão “qualidade de vida”.⁹³

Considerando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos os cidadãos, a sua natureza jurídica se encaixa no plano dos direitos difusos, já que se trata de um direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.

⁹² SIMÓN YARZA, Fernando. **Medio Ambiente y Derechos Fundamentales**. Madri: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 2012. p. 19-20.

⁹³ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.P. 81.

Ademais, a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que desses últimos (como, por exemplo, saúde, moradia, alimentação, educação, etc), em patamares desejáveis constitucionalmente, está necessariamente vinculado a condições ambientais favoráveis da terra.⁹⁴

1.5.1 A proteção ao meio ambiente na constituição espanhola

De forma um pouco diferente do Brasil, onde o Direito Ambiental já é um ramo autônomo e consagrado no nosso ordenamento, na Espanha o Direito Ambiental é considerado pela maioria doutrinária um ramo horizontal que corre paralelamente ao direito administrativo. No momento, não é possível separá-los completamente, mesmo havendo pontos específicos em comum. No entanto, nas palavras de Huerta, na medida em que o direito administrativo Espanhol e, em geral, o restantes dos ramos verticais do ordenamento jurídico se adapte nas novas necessidades derivadas da regulação do ambiente, o direito ambiental passará a ser não apenas como uma nova linha paralela ao direito administrativo, mais uma matéria autônoma.⁹⁵

No mesmo sentido leciona Martín Mateo, quando afirma que no direito ambiental, o direito administrativo ocupa um espaço de destaque, considerando que os instrumentos que manipula são adequados para a conformação pelo Estado das condutas privadas, adaptando-os aos interesses coletivos⁹⁶. No entanto, para ele não se pode conceber o direito ambiental como um direito fechado e independente, mas como uma disciplina de sínteses, integrando uma série de contribuições de outras áreas jurídicas, *“no hayaquí una rama Del Derecho, o um árbol, más bienel bosque sería la metáfora adecuada”*⁹⁷.

No entanto, como no direito brasileiro, o Direito Ambiental na Espanha, muito embora tenha implicações e manifestações de direito privado, é considerado um direito fundamentalmente público, na medida em que se impõe diretamente pelo

⁹⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.p. 74.

⁹⁵ HUERTA HUERTA, R; HUERTA IZA DE LA FUERTA, C. **Tratado de Derecho Ambiental**. Barcelona: Boch, 2000.p. 19/20.

⁹⁶ MARTÍN MATEO, Ramon. **Manual de Derecho Ambiental**. Navarra: Aranzadi, 2003.p. 55/56 .

⁹⁷ MARTÍN MATEO, Ramon. **Manual de Derecho Ambiental**. p. 56.

Estado, bem como regula as relações do homem com o seu entorno e dos sujeitos privados entre si ⁹⁸.

Na constituição Espanhola promulgada em 1978 a questão ambiental está fundamentalmente prevista em seu art. 45 que traz o seguinte texto:

Artículo 45

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

A inclusão do dispositivo supra dentro do Título I, dedicado aos Direitos Fundamentais, no Capítulo III, intitulado “*De los principios Rectores de la Política Social y Económica*” demonstra que o meio ambiente desfruta de tratamento de norma fundamental no ordenamento espanhol.

Ao analisarmos o conteúdo do art. 45 da constituição espanhola bem como a posição que ele ocupa (Capítulo III do Título I), podemos destacar três facetas da proteção ao meio ambiente. Em um primeiro ponto destaca-se a proteção do ambiente natural como princípio geral do sistema jurídico; em segundo fica claro a proteção a um ambiente adequado (assim como o dever de conservá-lo); e finalmente destaca-se a função pública de proteção ambiental.

Alenza Garcia sustenta que esses aspectos estão intimamente relacionados entre si, de modo que poderiam ser reduzidos a dois ou até um, porque, em suma, são apenas três dimensões da mesma preocupação: a conquista e a preservação de um ambiente natural equilibrado⁹⁹.

Pois bem, um dos aspectos mais importantes do artigo 45 da Carta Magna espanhola é a consagração da proteção do ambiente em função do poder público. Ele estabelece uma função pública de proteção e também, de restauração ambiental.

As autoridades públicas devem assegurar o uso racional de todos os recursos naturais, a fim de proteger e melhorar a qualidade de vida, defendendo e restaurando

⁹⁸ MARTÍN MATEO, Ramon. **Manual de Derecho Ambiental**. p. 54.

⁹⁹ ALENZA GARCIA, José Francisco. **Manual de Derecho ambiental**.p. 74.

o meio ambiente, confiando na solidariedade coletiva indispensável. Sobre este tema leciona Alenza Garcia:

El artículo 45 establece un mandato a los poderes público de tutelar el ambiente. Técnicamente se trataría de una función o una potestad funcional: a la vez que se habilita a los poderes públicos para que intervengan en la defensa y em la restauración ambiental se ordena que hagan uso de esa habilitación; esto es, se habilita precisamente para que intervengan los poderes públicos com acciones positivas y directamente encaminadas a la tutela ambiental.¹⁰⁰

Assim, o supratranscrito Artigo 45 estabelece um mandato às autoridades públicas para protegerem o meio ambiente, sendo que isto também afeta o Poder Judiciário, e Legislativo, sendo que o legislador deve adotar as medidas precisas para proteger o meio ambiente, embora levando em conta a harmonização com os demais bens constitucionais.

¹⁰⁰ ALENZA GARCIA, José Francisco. **Manual de Derecho ambiental**. p. 76.

CAPÍTULO II

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, DIREITO A UMA CIDADE SUSTENTÁVEL E PLANEJAMENTO URBANO E AMBIENTAL

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para se aprofundar na problemática do direito à moradia e sua confrontação com a proteção ambiental se faz necessário o estudo da propriedade, mais especificamente da sua função social, pois o direito fundamental à moradia em face do direito fundamental ao ambiente passa pela abordagem da função social da propriedade ¹⁰¹.

Para De Marco o Brasil possui problemas históricos concernentes ao uso da propriedade e ao processo de urbanização. Defender uma sustentabilidade urbana na realidade brasileira é quase impossível se considerarmos uma realidade como a nossa, onde há uma má distribuição da riqueza gerando como consequências, a cruel segregação urbana e assimetria sócioeconômica¹⁰².

O autor afirma ainda que levar a sério o texto constitucional brasileiro é elevar a eficácia dos direitos fundamentais. O uso e as funções socioambientais da propriedade devem estar voltados para os objetivos da república brasileira, a saber: *“a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento, a erradicação da pobreza e promoção do bem de todos. Para tanto, o exame dos fatos históricos e jurídicos se fazem importante para a contextualização e a compreensão da problemática”*¹⁰³.

Pois bem, o direito de propriedade tem sido incluído em vários textos constitucionais desde a Declaração da Independência norte-americana. Na própria Declaração dos Direitos do Homem (20/08/1789) a propriedade foi considerada em seu artigo 17, como um direito “inviolável e sagrado”. E, já que os ideais da Revolução Francesa repercutiram em todo o mundo ocidental, a partir de então, os ordenamentos

¹⁰¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito.p. 85.

¹⁰² DE MARCO, Crithian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. 1. ed. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014. p. 171.

¹⁰³ DE MARCO, Crithian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 172.

internos de cada país passaram a destacar o direito à propriedade em seus catálogos de direitos.

As declarações de direitos das Constituições do Século XIX eram, fundamentalmente, declarações de direitos individuais, dentre eles o direito à propriedade.

Conforme traz Milaré, o direito de propriedade foi tão exaltado no século XIX que, se não na teoria, ao menos na prática, suplantou até mesmo o direito de liberdade e à vida, tanto é isso que os regimes constitucionais daquele século em sua maioria admitiam a pena de morte, sendo que nos países recém-libertos do continente americano, como o Brasil, admitia-se a escravidão, que é a negação absoluta dos direitos fundamentais do homem ¹⁰⁴.

Daí a dificuldade até hoje de se conciliar direito à moradia, intrinsecamente ligadas ao direito à propriedade, a uma cidade sustentável e a defesa e a preservação do meio ambiente. A eficácia do dever/direito a um ambiente urbano sustentável passa, necessariamente, pela superação da mentalidade oitocentista individualista quanto ao uso da propriedade.

Para tanto transcreve-se Martignetti cujo conceito de propriedade é:

[...] o de "objeto que pertence a alguém de modo exclusivo", logo seguido da implicação jurídica: "direito de possuir alguma coisa", ou seja, "de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites". A implicação jurídica (de enorme importância sociológica) surge logo: ela é, com efeito, um elemento essencial do conceito de propriedade, dado que todas as línguas distinguem, como já fazia o direito romano, entre "posse" (manter "de fato" alguma coisa em seu poder, independentemente da legitimidade de o fazer) e Propriedade (ter o direito de possuir alguma coisa, mesmo independente da posse da fato). Estes elementos, embora sóbrios, são suficientes para propor uma definição sociológica do conceito de Propriedade. Chama-se propriedade à relação que se estabelece entre o sujeito "A" e o objeto "X", quando A dispõe livremente de X e esta faculdade de A em relação a X é socialmente reconhecida como uma prerrogativa exclusiva, cujo limite teórico é "sem vínculos" e onde "dispor de X" significa ter o direito de decidir com respeito a X, quer se possua ou não em estrito sentido material. A definição indica, genericamente, um sujeito A e um objeto X, sem especificar quem ou que coisa sejam A e X. ¹⁰⁵

¹⁰⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. p. 954.

¹⁰⁵ MARTIGNETTI, Guiuliano. **Propriedade**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. (Orgs.) **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varrialle. Brasília: Universidade de Brasília (Edunb). 1995. p. 1021.

No Brasil não era diferente. A primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial de 1824 já trazia em seu bojo o direito à propriedade, garantindo-a em toda sua plenitude¹⁰⁶. Tal previsão constitui-se nos reflexos dos pensadores liberais dominantes naquele período.

A Constituição Republicana de 1891 reafirmou tal preceito, trazendo, de maneira análoga a Constituição anterior, a possibilidade de desapropriação, como único limite que poderia ser imposto ao proprietário.

Em 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, a Carta brasileira introduziu o conceito de interesse social, aplicável tanto para relações de vizinhança quanto para limitações urbanísticas. Art. 113 [...] n. 7º *“é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”*¹⁰⁷.

A Constituição de 1946 procurou garantir o direito de propriedade e, ao mesmo tempo, atrelar o seu uso às finalidades de bem-estar social: *“Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”*.

A carta de 1967 usou pela primeira vez a expressão *“função social da propriedade”* em seu artigo 157, III.

Na Constituição vigente, o direito de propriedade está disciplinado no artigo 5º, em seus incisos XXII e XXIII, assegurando-o e determinando seu dever de função social. No artigo 170, a propriedade aparece como princípio da ordem econômica, destinada a proporcionar a todos uma existência digna e cumprir seu fim social (inciso III). Os artigos 182 e 186 tratam, respectivamente, do cumprimento da função social da propriedade urbana e rural.

¹⁰⁶ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 16 mai. 2019.

¹⁰⁷ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 16 mai. 2019).

Apesar das progressivas adaptações dos textos constitucionais brasileiros, os comandos normativos não tiveram o condão de evitar o mau uso do direito de propriedade e, a rápida urbanização de forma desordenada sem nenhuma preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, para Milaré o conceito de função social da propriedade não tem sido suficientemente esclarecido, confundindo-se até com as restrições ao exercício do direito de propriedade. Para o autor, ele se formou em torno da “questão agrária”, tendo como causa histórica a existência de latifúndios improdutivos, de um lado, e a necessidade social da produção agrícola e geração de possibilidades de trabalho de outro¹⁰⁸.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 passou, então, a garantir a propriedade genericamente, tanto urbana e rural, como direito fundamental, constando o cumprimento de sua função social como restrição direta do texto constitucional. A mesma garantia e respectiva restrição constam do capítulo dos direitos econômicos (art. 170, incisos II e III). A propriedade rural também é tratada em capítulo específico, a partir do artigo 185.

Para De Marco, infere-se do texto constitucional uma preocupação do constituinte com o trato das relações entre a propriedade urbana e rural. Evidentemente que, as ações ou omissões desempenhadas num dos âmbitos da propriedade refletem no outro. A contínua migração da população para os centros urbanos evidencia a necessidade de dirigirem-se políticas públicas tanto para o campo como para a cidade, em razão das diversas variáveis que conduzem a desequilíbrios socioambientais¹⁰⁹.

Ocorre que o tema tratado neste trabalho por estar ligado intrinsecamente à função social da propriedade urbana, de modo que deixaremos de lado a questão agrária, sob pena de fugirmos ao objetivo aqui tratado.

Pois bem, como já mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 disciplinou o direito de propriedade no artigo 5º, em seus incisos XXII e XXIII, compondo o rol dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁰⁸ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. p. 955.

¹⁰⁹ DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 191.

Todavia, o direito de propriedade traçado pela Carta Magna vigente não é absoluto. Está limitado pelo atendimento da função social da propriedade, conforme artigo 5º, XXIII.

A propriedade tem de atender sua função social. Mas o que significa exatamente função social da propriedade? A propriedade era concebida como o direito meramente individual do proprietário de usar, gozar e dispor de seu bem, conforme concepção emanada dos códigos do século XIX. A previsão de respeito à função social da propriedade rompe com o conceito clássico de propriedade.

Sobre o tema leciona Tepedino:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (...)

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura de domínio, inserindo-se em seu “perfil interno” e atuando como critérios de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um “massimo sociale”.¹¹⁰

No mesmo sentido para Neto Lobo a função social seria incompatível com a noção de um direito absoluto, o qual é oponível a todos admitindo-se apenas a limitação externa, negativa. Para o autor a função social importa uma limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. O interesse individual se torna lícito quando realiza igualmente o interesse social, assim, o exercício do direito individual da propriedade “*deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos*”. Logo, deste preceito que pode-se dizer que a função social da propriedade é incompatível com a inércia, com a inutilidade e com a especulação.¹¹¹

Ainda, no entendimento de Albuquerque:

A função social está integrada, pois, ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.280-282.

¹¹¹ NETO LOBO, Luiz Paulo. **Revista de Informações Legislativas do Senado**. Brasília, A 36. n. 141, jan/mar, 1999. n. 106.

usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública ou privada.¹¹²

Código Civil de 2002, ao garantir ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, prescreveu em seu art. 1228, parágrafo primeiro que *“o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservadas, de conformidade como 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”*.

Tem-se assim que também o direito civil atual consagra a função social da propriedade e determina ao proprietário que exerça seu direito em consonância com os princípios constitucionais.

A previsão constitucional da função social da propriedade não é exclusividade brasileira. Podemos citar como exemplo o ordenamento jurídico espanhol.

Na Espanha ao tratar acerca do direito a propriedade o Código Civil espanhol de 1889 já previa em seu artigo 348 a existência de possibilidade de se estabelecer limitações a propriedade:

Artículo 348.

La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Esta possibilidade de limitar-se a propriedade ficou mais clara com o advento da Constituição Espanhola de 1978, onde a função social da propriedade foi expressamente prevista em seu art. 33 que traz o seguinte:

Artículo 33

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Sobre o tema leciona Garcia Gomes:

¹¹² ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Função Social da Posse**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.52.

Pero si bien analiza este texto, se observa que la función social es una mera limitación de un derecho de clara impronta individualista, como a veces se presenta la consideración Del derecho de propiedad frente a la intervención de la Administración Pública, sino que es una delimitación por la ley del contenido de un derecho. Lo cual implica que sobre un fondo estructural innegable Del derecho de propiedad las facultades que se reconocen al propietario por el ordenamiento jurídico dependen Del tipo de propiedad de que se trate, de la función social que es exigible a la misma. La propiedad urbana, por tanto, constituye una especie con perfiles propios dentro de la institución de la propiedad.”¹¹³.

Portanto a função social também é prevista no ordenamento espanhol, do mesmo modo que sua não observância serve como limitador da propriedade e a imposição pelo Estado para que ela seja respeitada.

Voltando a realidade brasileira, no entender de Mattos, não obstante a Constituição do Brasil ter inaugurado um novo paradigma legal para dar tratamento às questões envolvendo os direitos de propriedade e de posse carecia de regulamentação por lei federal, pelo que não tinham aplicabilidade.

Para a solução de tal desiderato, é que se promulgou o Estatuto da Cidade, visando estabelecer a regulamentação dos artigos da Constituição Federal concernentes à política urbana.

Para Fernandes, em termos conceituais, o Estatuto da Cidade rompeu com a longa tradição individualista do direito civil e compôs as fundações de um novo paradigma político-legal para o uso da terra, permitindo um desenvolvimento urbano no Brasil, especialmente através da consolidação da abordagem global do direito de propriedade urbana, nomeadamente: o direito de propriedade urbana é garantido e reconhecido como um direito individual fundamental, desde que seja cumprida uma função socioambiental, função determinada pela legislação urbana¹¹⁴.

Dessa maneira, o Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parágrafo único, do artigo 1, da Lei 10.257/01).

¹¹³ GARCÍA GOMES DE MERCADO, Francisco. **Régimen Urbanístico Del Suelo**, em GARCÍA GOMES DE MERCADO, Francisco. (Coord.): Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa. Granada: Comares. 2007. p. 2.

¹¹⁴ FERNANDES, Edesio. **La Construcción Del “Derecho a La Ciudad” em Brasil**. (Disponível em: <<https://derechoalaciudadflaco.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2019). Tradução livre do autor. p. 509.

Assim, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor urbano, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º do Estatuto da Cidade (art. 182, parágrafo 3º, da Constituição de 1988, e respectiva regulamentação estabelecida no Estatuto da Cidade, em seu artigo 39).

E em não atendendo a função social, a propriedade não só poderá como deverá sofrer limitações impostas pelo Poder Público, dentre elas, inclusive, a desapropriação

Todavia, o não cumprimento da função social da propriedade não gera desapropriação direta. Antes da desapropriação, segundo os incisos I e II, § 4º, do art. 182, da Constituição Federal, as determinações cabíveis são o parcelamento ou edificação compulsórios, bem como o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

Moreira descreve o caminho a ser tomado antes da medida extrema de desapropriação. Vejamos:

Primeiramente, é necessário que o Município possua plano diretor com as diretrizes urbanas. Então, segundo o art. 5º do Estatuto da Cidade, o Município deve elaborar lei específica determinando o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória de área não edificada, subutilizada ou não utilizada.

Posteriormente, o Município deve notificar o proprietário das exigências da lei municipal, bem como proceder a averbação dessa notificação na matrícula do imóvel.

Após tal determinação, descumprindo o proprietário os termos e o prazo fixado na lei municipal, o Município aplicará o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo, ou seja, fixará alíquotas maiores e crescentes para os imóveis irregulares.

Após cinco anos de aplicação do IPTU progressivo, não tendo o proprietário cumprido o parcelamento, a edificação ou a utilização prevista na lei municipal, é facultado ao Município desapropriar a área irregular, mediante indenização paga com títulos da dívida pública. Vejamos o art. 8º do Estatuto da Cidade: Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.¹¹⁵

¹¹⁵ MOREIRA, Fezer Stroppa. **Função Social: Perda da Propriedade Imóvel Urbana**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8493>. Acesso em: 26 mai 2019.

Portanto não resta dúvidas de que a desapropriação de imóvel urbano pelo não cumprimento da função social tem natureza sancionatória. Nessa órbita, caberá aos municípios identificar as regiões que não estão cumprindo a sua função social e as colocar expressamente no Plano Diretor. Porém, sua mera previsão não é suficiente para a sua implementação. É necessário que seja editada Lei Municipal específica, onde deverão ser fixados os prazos para o cumprimento das obrigações a serem realizadas.

A partir da promulgação da Lei específica, cabe ao poder público municipal notificar os proprietários das glebas atingidas pela medida coercitiva. Cumpre asseverar que o encargo vai inscrito no registro de imóveis, sendo, portanto, ligado ao direito real de propriedade.

Expirado o prazo concedido pelo poder público, fica o município autorizado a aumentar progressivamente a alíquota do IPTU, por um prazo máximo de até 5 anos e podendo chegar a uma alíquota máxima de 15%. Com isso, objetiva-se o atendimento, pelo proprietário, da função social da propriedade objeto de notificação. O IPTU progressivo, portanto, não tem caráter arrecadatário e sim caráter extrafiscal.

Fica claro que a aplicação do instrumento da desapropriação-sanção se liga a dois princípios constitucionais: o princípio da função social da propriedade (tanto privada como pública), como ao princípio da finalidade. Se a lei estabelece esses mecanismos para que o proprietário atenda à função social da propriedade, não poderá o poder público desapropriá-lo para mantê-lo não parcelado, não edificado ou não utilizado. A função social da propriedade se liga à função social da cidade, revestindo-se de interesse público a tutela de seu cumprimento.

Sobre tais medidas Afonsin traz que:

A previsão de instrumentos como o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, tem um significado muito importante para a política urbana dos municípios, na medida em que dotam o Poder Público de uma possibilidade bem maior de intervenção sobre o território e o mercado imobiliário das cidades¹¹⁶.

¹¹⁶ ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Princípio da Função Social da Propriedade e instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos**. Mimeo, p. 01.

Conclui-se que será cumprida a função social da propriedade urbana quando ocorrer sua funcionalização por meio do desenvolvimento de suas funções sociais (moradia, trabalho, circulação, lazer, integração entre os seres humanos, crescimento educacional e cultural, preservação do meio ambiente, etc.), observadas as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade.

Por fim, o direito de propriedade urbana poderá sofrer limitações em prol do pleno desenvolvimento das funções sociais e do adequado aproveitamento do solo urbano caso não atendida sua função social, tema que será abordado posteriormente.

2.2 DIREITO À UMA CIDADE SUSTENTÁVEL

Dando prosseguimento ao trabalho chega-se a um ponto importante, diretamente relacionado com o direito a uma moradia digna bem como a um meio ambiente equilibrado, qual seja, o direito de todos a uma cidade sustentável. Por óbvio que em se tratando de zonas urbanas, a sua ocupação, ou melhor, a forma de sua ocupação, está diretamente ligada ao desenvolvimento das cidades, e os conflitos por ventura entre moradia e meio ambiente se darão neste cenário, portanto, a necessidade de se aprofundar na temática do direito a uma cidade sustentável.

Sem a pretensão de esgotar todo o tema, deixaremos de lado toda a parte histórica relacionada ao surgimento das cidades, pelo simples fato de que fugiria do tema aqui proposto bem como pela complexidade da matéria, que por si só, justificaria um trabalho isolado.

Focaremos na realidade brasileira, na formação recente de nossas cidades, mais especificamente dos grandes centros urbanos.

No tocante a um direito à cidade, este não possui apenas um conteúdo jurídico e por isso não está, de modo algum, restrito aos estudos do Direito. Ao contrário, exigências a ele relacionadas são recorrentes nos movimentos sociais e organizações que os trabalham com temas urbanos. Henri Lefebvre¹¹⁷ foi quem primeiro formulou o conceito de direito à cidade e ainda hoje influencia este uso recorrente, destacando, em sua obra, *Direito à Cidade* (1968) e *Revolução Urbana* (1970).

Pois bem, no tocante ao Brasil, Fernandes aponta que com o resultado de um rápido processo de urbanização durante as últimas quatro décadas, a América Latina

¹¹⁷ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Itapevi: Nebli, 2016. (Versão original publicada em 1968).

é a região mais urbanizada do mundo em desenvolvimento, com mais de 75% de sua população em áreas urbanas, sendo que no Brasil, 83% da população total vivem nas cidades¹¹⁸. Esta rápida urbanização na região produziu cidades fortemente marcadas pela presença de áreas periféricas precárias.

Este fenômeno de urbanização e crescimento das áreas urbanas, conforme mencionado anteriormente, se intensificou no Brasil e na América latina nas últimas 4 décadas, no entanto, este fenômeno não é novo no mundo. Este movimento de pessoas do campo para as cidades já ocorreu na Europa nos séculos passados.

Lefebvre em sua clássica obra “*O direito à Cidade*” já analisava as transformações da Cidade após o fenômeno da industrialização e do nascimento do capitalismo concorrencial com a burguesia especificamente industrial, e a fuga das pessoas do campo concentrando-se nas regiões urbanizadas¹¹⁹.

Esta grande concentração de pessoas nos centros urbanos faz se acirrar problemas como a falta de moradia digna à parcela da população que em contrapartida se vê obrigada a se alocar em locais não propícios afetando e degradando o meio ambiente.

Neste sentido Fernandes traz que:

El déficit habitacional nacional se em estimado em 7,9 millones de unidades; lo que es aún más alarmante, el número de propiedades vacantes existentes se em estimado em 5,5 millones de unidades. La violencia urbana está em aumento, em especial em las zonas periféricas.

Em particular, em de las características principales del desarrollo urbano em los países latino americanos es que la producción social del espacio urbano se em promovido cada vez más mediante processos informales de acceso a la vivienda y tierra urbanas. Decenas de millones de brasileños no han tenido em acceso a la tierra y vivienda urbanas que los que les brindan processos y mecanismos informales y, em su mayor parte, ilegales. Si bien los datos no son precisos, es realista decir que más del 50 por ciento de las personas que viven em áreas urbanas han tenido acceso a la tierra y la vivienda mediante procesos informales. Como em sucedido también em la mayoría de las ciudades latino americanas, por muchas décadas los brasileños han estado construyendo por sí mismos em hábitat 62ivenda62, vulnerable e inseguro em favelas, subdivisiones de tierra irregulares y clandestinas, proyectos irregulares de vivienda, viviendas

¹¹⁸ FERNANDES, Edesio. **La Construcción Del “Derecho a La Ciudad” em Brasil**. (Disponível em: <<https://derechoalaciudadflaco.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf> > Acesso em: 16 mai. 2019). Tradução livre do autor.

¹¹⁹ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. p.12. (Versão original publicada em 1968).

frente-contrafrente, y ocupando cada vez más la tierra pública, laderas empinadas, áreas de preservación, embalses y riberas¹²⁰.

O direito a uma cidade sustentável, assim como outros novos direitos de natureza coletiva e difusa, reflete a explosão de movimentos sociais não convencionais que traduzem conflitos sociais inéditos, fazendo surgir novos atores sociais e sujeitos coletivos de direitos ¹²¹.

Ao interpretar o tratamento jurídico brasileiro, Cavallazzi entende o direito à cidade como:

(...) expressão do direito à dignidade da pessoa humana, o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito 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, à preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado – implícita a garantia do direito às cidades sustentáveis como direito humano na categoria dos interesses difusos.¹²²

Para Harvey a questão do tipo de cidade que queremos não pode ser separada da questão do tipo de pessoas que queremos ser. O direito à cidade é, portanto, muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora: *“é um direito de mudar e reinventar a cidade mais de acordo com nossos mais profundos desejos”*. A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e a nossa cidade, é um dos nossos direitos humanos mais preciosos, ainda que um dos mais menosprezados¹²³.

Nas palavras de Santos Junior:

[...] podemos dizer que os conflitos urbanos que acontecem cotidianamente em torno da mercantilização ou da desmercantilização da moradia, da terra e dos equipamentos coletivos estão relacionados

¹²⁰ FERNANDES, Edesio. **La Construcción Del “Derecho a La Ciudad” em Brasil**. (Disponível em: <<https://derechoalaciudadflacso.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2019). p. 496.

¹²¹ PIOVESAN, Flávia. **O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988**. In BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 59.

¹²² CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **O estatuto epistemológico do Direito Urbanístico brasileiro**: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. In COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATTO, Luigi (coords). Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56-57.

¹²³ HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 28.

ao direito à cidade. Mas o desafio é avançar na construção de novos projetos de cidades, novos projetos de sociedade. Nesse sentido, o direito à cidade deve converter-se não apenas em um programa anticapitalista, mas em uma nova utopia capaz de se traduzir em uma agenda unificadora dos movimentos sociais em torno de uma cidade justa e democrática para todos e para todas.”¹²⁴

Na mesma linha, Harvey afirma que *“o direito à cidade não deve ser entendido como um direito ao que já existe, mas como um direito de reconstruir e recriar a cidade como um corpo político socialista com uma imagem totalmente distinta: que erradique a pobreza e a desigualdade social e cure as feridas da desastrosa degradação ambiental”*¹²⁵

O direito à cidade, assim, não é individual, já que relacionado à reinvenção da cidade que depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo sobre o processo de urbanização, sendo que, aquele está menos relacionado ao acesso a recursos incorporados na e pela cidade, mas sim ao direito de mudar e reinventar a cidade mais de acordo com nossos mais profundos desejos.

Assim descreve Saule Junior:

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade deve ser entendido como um interesse difuso dos seus habitantes de proteger e promover o direito à cidade. Os habitantes da cidade são sujeitos de direito, podendo, perante as esferas do Poder Público e do poder Judiciário, exigirem o cumprimento do direito à cidade, nas situações em que o desempenho de atividades e funções exercidas nas cidades resulte em conflitos de interesses urbanos de intensa litigiosidade e complexidade – tais como a instalação de uma penitenciária, ampliação e abertura de estradas e de avenidas, destinação de áreas para aterros sanitários e usinas de tratamento de lixo em bairros residenciais, áreas ocupadas para fins de moradia por populações pobres e marginalizadas em áreas consideradas de preservação ambiental (áreas de mananciais e mangues, bem como de implantação de condomínios habitacionais de alto padrão, horizontais e verticais – sem atendimento à legislação de parcelamento do solo urbano.¹²⁶

No tocante as diretrizes da política urbana brasileira, conforme leciona De Marco, esta é voltada para o direito a uma cidade sustentável. O desenvolvimento

¹²⁴ SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. **A Produção Capitalista do Espaço, os Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade**. In SANTOS JUNIOR, Orlando Alves et al (orgs.). Políticas públicas e direito à cidade: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 74.

¹²⁵ HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. p. 28

¹²⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2007. p. 53-54.

urbano, em respeito às diretrizes, deve ocorrer ordenadamente, sem degradação do meio ambiente natural e construído, respeitando os limites do meio ambiente¹²⁷.

Para Fernandes, muito embora não se encontre formal e institucionalmente entre as unidades federadas que formam a República Federativa do Brasil, a cidade, na nova ordem constitucional, abandona seu caráter meramente físico e deixa de ser unicamente sede administrativa. Agora, materialmente ocupa espaço político como um conjunto de instituições e atores que intervêm na sua gestão e na implementação e desenvolvimento das políticas urbana¹²⁸.

Esse entendimento foi ratificado pelo Estatuto da Cidade que, à semelhança da Carta Magna, reconheceu o direito à cidade como um direito fundamental ao garantir às pessoas que nela habitam (como também às futuras gerações) condições dignas de vida e pleno exercício da cidadania. O Estatuto da Cidade foi uma das mais importantes conquistas para a garantia de uma gestão democrática para política urbana nas cidades brasileiras e visa superar nossas imensas desigualdades por meio da promoção da justiça social.

Ademais, conforme menciona Nolasco com o advento do Estatuto das Cidades passou a haver uma maior participação popular na gestão das cidades, sendo que a população passou a acreditar ser seu o direito de viver em cidades mais justas, seguras, saudáveis e produtivas¹²⁹.

Considerando que o direito à cidade tem por objetivo principal a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e que se constitui em norma de ordem pública e de interesse social, haverá de ser reconhecido como direito fundamental por excelência. Até porque, nossa Constituição permite a ampliação do leque de direitos e garantias, desde que estejam em consonância com os princípios constitucionais.

As diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Cidade são normas de ordem pública, portanto, de natureza cogente. O princípio central do Estatuto é o direito à cidade sustentável. As demais normas do Estatuto, sejam regras ou princípios, concorrem para à máxima eficácia desse princípio¹³⁰.

Sobre o Estatuto da Cidade Medauar menciona que:

¹²⁷ DE MARCO, Crísthian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 219.

¹²⁸ FERNANDES, Edesio. **A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil**. In Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

¹²⁹ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. p.106.

¹³⁰ DE MARCO, Crísthian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 217.

O caput do art. 2 fixa como objetivo da política urbana o pleno desenvolvimento das funções sócias da cidade e da propriedade urbana. Nas funções sociais da cidade se entrevê a cidade como lócus não somente geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado a habitantes, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural. Ao mencionar as funções sociais da propriedade urbana, com base certamente no art. 5 XXIII, da Constituição Federal, o dispositivo ressalta o direcionamento da propriedade urbana e a finalidade de interesse geral, com as quais há de se conformar ou conciliar o direito individual de propriedade, não mais dotado de caráter absoluto.¹³¹

Corroborando com que foi dito, de que o princípio central do Estatuto é o direito à cidade sustentável, De Marco cita que uma das diretrizes do Estatuto é “*o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e da propriedade urbana*”.

Ademais, nota-se uma grande preocupação ambiental do Estatuto. O artigo 1º, parágrafo único, registra que suas normas visam o “*equilíbrio ambiental*”, o artigo 2 I, afirma como direito o “*saneamento básico*”, o inciso IV dispõe que o planejamento urbano destina-se a corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos sobre o “*meio ambiente*”; o inciso VI prescreve que a ordenação e controle do uso do solo deve evitar a “*poluição e a degradação ambiental*”, inciso VIII, refere-se à necessidade de “*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*”. Essas diretrizes, expressas no artigo 2º do Estatuto da Cidade, constituem-se em importantes normas, na medida em que permitem o correto entendimento das disposições supervenientes consignadas ao longo da lei¹³².

É importante frisar que a preocupação com a sustentabilidade ambiental prevista no Estatuto não se resume as diretrizes genéricas acima mencionadas. Existem muitos mecanismos de política ambiental contidos no Estatuto da Cidade que são de grande importância para a preservação dos recursos naturais e da melhoria da qualidade de vida nas cidades.

O IPTU progressivo no tempo e a desapropriação-sanção (instrumentos que serão analisados no tópico posterior) são bons exemplos de instrumentos a serviço, ainda que indiretamente, à proteção ambiental.

¹³¹ MEDAUAR, Odete; Almeida, Fernando Dias Menezes de. **Estatuto da Cidade, Lei 10.287/2001: comentários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.17.

¹³² DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 218.

Finalizando, uma cidade sustentável é, portanto, *“aquela que garante para as presentes e para as próximas gerações a possibilidade de eleger e proteger valores urbanísticos (sociais, éticos, jurídico-políticos e ambientais) no mínimo com as mesmas condições (sociais, éticas, jurídico-políticas e ambientais) atuais”*¹³³.

O direito à uma cidade sustentável é, assim, um direito fundamental, com previsão constitucional, de natureza difusa, composto por outros direitos sociais e difusos, vinculado à dignidade da pessoa humana e regido pela solidariedade, que teve sua origem em demandas de movimentos sociais, especificamente os relacionados à reforma urbana, e contrapõe-se, muitas vezes, a direitos individuais, de conteúdo patrimonial e contratualista.

2.3 O PLANEJAMENTO URBANO-AMBIENTAL NA OCUPAÇÃO DAS CIDADES

Como foi mencionado no capítulo anterior, houve, não só no Brasil, como nos demais países da América latina, um rápido processo de urbanização durante as últimas quatro décadas, sendo que no Brasil, 83% da população total vivem nas cidades. Esta rápida urbanização fez criar e acentuar vários problemas, dentre os quais, os tratados neste trabalho, quais sejam, a escassez de locais para moradias adequadas afetando sensivelmente o meio ambiente.

Isto de fato é um problema social a ser enfrentado. Com a acelerada urbanização das cidades e com a ausência de atuação do Estado, presenciamos um favorecimento a estruturação de um mercado imobiliário restritivo e especulativo, definindo padrões diferenciados e, por vezes, excludentes, de uso e ocupação do solo.

Embora as cidades funcionem como um único organismo é inegável que há uma divisão administrativa, a qual impõe políticas urbanas que muitas vezes estão desconectadas da realidade metropolitana na qual se insere. Onde por um lado, busca-se impedir a fixação da população de baixa renda em seu território a partir de uma legislação urbanística mais rigorosa e restritiva, grandes lotes e maior fiscalização/repressão. Por outro lado, evitam receber projetos habitacionais de interesse social devido aos reflexos negativos já vivenciados pela histórica periferização dos conjuntos habitacionais nas cidades brasileiras.

¹³³ DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 228.

Assim, população de baixa renda passou a ter que se alojar nos locais menos “privilegiados” dos centros urbanos, em muitas vezes em áreas de risco ambiental. Deste modo, além da degradação ambiental provocada, correm sérios risco a própria integridade.

A formação de locais precários de moradia, geralmente nas periferias das grandes cidades e nas áreas ambientalmente frágeis, a ocupação de cortiços, a produção de parcelamentos clandestinos e/ou irregulares e a ocupação de terras públicas e privadas figuram, desde o século XIX, dentre as soluções encontradas pelas famílias de renda mais baixa para produzir seus espaços de moradia. Estes espaços são pedaços de cidades caracterizados, especialmente, pela precariedade da infraestrutura urbana e pela insegurança da posse, e se deram, graças aos anos de descaso do poder público.

Observamos que o lugar reservado à população de baixa renda nas cidades e nas regiões metropolitanas brasileiras explicita o descumprimento da função social da propriedade estabelecida no texto da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade – Lei Federal nº. 10.257/20013. No que tange à política urbana, a análise do arcabouço legal e institucional brasileiro atesta que há um abismo a ser superado entre a teoria e a prática para o efetivo cumprimento do direito a uma cidade sustentável e a um meio ambiente protegido.

Pois bem, viemos neste tópico tratar, talvez, de um mecanismo que, se de fato utilizado pelo Poder Público, poderia ao menos mitigar esses problemas mencionados, qual seja, a realização de um planejamento urbano ambiental para ocupação dos centros urbanos. Logicamente que não se acabaria aqui com os problemas sociais enfrentados pela Brasil, principalmente no tocante a má distribuição de renda, o que gera o abismo social de nosso país, no entanto, ao menos auxiliaria na ocupação e desenvolvimento adequado dos centros urbanos, fazendo com que não tivéssemos conflitos entre moradia e direito ambiental, não havendo a necessidade de termos de “escolher” entre estes dois direitos fundamentais, mais sim criando formas e mecanismos onde ambos convivam harmoniosamente.

Para que a política urbana produza cidades sustentáveis e justas do ponto de vista econômico, ambiental e social, imprescindível que a atuação Estatal seja fruto de um planejamento que alie as melhores técnicas disponibilizadas pelo urbanismo às virtudes cívicas e legitimadoras do processo democrático participativo.

O planejamento urbano ambiental é processo de extrema importância para os centros urbanos atualmente, auxiliando na ocupação racional e no equilíbrio ambiental. Este não deveria ser desvinculado das políticas de desenvolvimento, pois está diretamente relacionado à qualidade de vida. Auxiliando nesse processo, o plano diretor municipal, aprovado constitucionalmente em 1988, é instrumento fundamental para orientar a ação dos agentes em prol do desenvolvimento urbano equilibrado.

Di Sarno (2004) informa que o planejamento é instrumento necessário à adequada ordenação do espaço urbano, sendo que:

[...] o planejamento urbanístico deve traduzir metas para o setor público e privado, pretendendo a transformação dos espaços, ou o estímulo a certas atividades, ou a manutenção de determinadas áreas para que, vista no conjunto, a cidade se equilibre nas suas múltiplas funções.¹³⁴

No Brasil, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, as temáticas da política urbana e da gestão das cidades passaram a ocupar lugar de destaque em diversas esferas institucionais, políticas e sociais, com fortalecimento do município, que passou a ser um dos entes federativos conjuntamente com os estados e a União, e cuja autonomia foi ampliada política, administrativa e financeiramente.

Nos artigos 182 e 183 da Constituição Brasileira, foram definidas as diretrizes básicas para a política urbana, assim como a obrigatoriedade de algumas cidades em aprovar um plano diretor.

Para regulamentar os supramencionados artigos da Constituição Federal, foi editado o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana no país, instituindo normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como de equilíbrio ambiental.

Fernandes defende que o Estatuto da Cidade tem quatro dimensões principais, uma conceitual, que fornece elementos para interpretar o princípio constitucional da função social da propriedade urbana e da cidade; uma regulamentadora que cria novos instrumentos legais, urbanos e financeiros para os municípios construírem e financiarem uma ordem urbana diferente; outra que indica um processo democrático para a gestão das cidades, e por fim, a que identifica instrumentos legais para a

¹³⁴ DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri: Manole. 2004, p.55.

completa regularização de assentamentos informais em áreas urbanas privadas e públicas. Para ele, a combinação dessas dimensões fornece o conteúdo do “direito à cidade” no Brasil e também indicam as condições para executar o novo contrato social proposto pela pelo doutrinador Frances Lefebvre¹³⁵.

A aprovação desta lei foi fruto da pressão exercida por setores técnicos, populares, governamentais, e não-governamentais, os quais lutavam pela reforma urbana há mais de vinte anos junto às sociedades e às instituições governamentais¹³⁶.

Neste sentido colacionam-se os ensinamentos de Romanelli:

Na primeira vez na história, como resultado desta luta, a Constituição Federal incluiu um capítulo específico para a política urbana, que previa uma série de instrumentos para a garantia em cada Município, da defesa de sua função social, da função social da propriedade e da democratização da gestão urbana.

No entanto, o texto constitucional requeria uma legislação específica, e de abrangência nacional. Iniciou-se então, na esfera federal, um período de mais de uma década de elaborações, negociações, idas e vindas em torno de um projeto de lei complementar ao Capítulo de Política Urbana da Constituição Federal. Esse projeto de Lei (PL 5.788/90), que ficou conhecido como Estatuto da Cidade, foi finalmente aprovado em julho de 2001, entrando em vigência a partir de 10.10.2001. Nascia a lei que, juntamente com a Constituição Federal, daria as diretrizes da Política Urbana Nacional.¹³⁷

Para Milaré muito embora o enfoque principal do Estatuto da Cidade não seja o meio ambiente, é um diploma que deve ser levado em consideração pois contem prescrições valiosas no tocante ao tema, principalmente no que se refere ao saneamento básico e ao Plano Direitos. Ademais o estatuto como parte da Política nacional Urbana figura como uma das Políticas nacionais complementares à Política Nacional do Meio Ambiente¹³⁸.

Nolasco entende que o Estatuto da Cidade é uma lei que inova, ao adotar instrumentos legais mais adequados à realidade urbana, servindo como um mecanismo adequado para que o Estado assuma suas responsabilidades, em

¹³⁵ FERNANDES, Edesio. **La Construcción Del “Derecho a La Ciudad” em Brasil**. (Disponível em: <<https://derechoalaciudadflacso.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2019). Tradução livre do autor. p. 509.

¹³⁶ DE MARCO, Crithian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 216.

¹³⁷ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 77.

¹³⁸ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. p. 617.

parceria com todos os seguimentos da sociedade organizada, passando do discurso para a prática em busca de uma cidade planejada.¹³⁹

O Estatuto da Cidade foi a primeira lei brasileira com o escopo de estabelecer uma regulação federal para a política urbana. Ele consiste em um sistema de princípios e diretrizes para o ordenamento, o controle e o uso do solo urbano, com a finalidade de evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental.

O Estatuto da Cidade preencheu a lacuna que faltava ao trazer as diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, regulamentando os instrumentos de política urbana para torna-los eficazes. Dentre os instrumentos disciplinados pelo Estatuto da Cidade, pode-se dividi-los em três categorias: planos, institutos e estudos.

Ao incluir, dentre os princípios norteadores das ações de política urbana, o equilíbrio ambiental, o Estatuto da Cidade determinou fosse observada, na aplicação de todos os seus instrumentos, as normas ambientais, a vedação ou minoração de efeitos negativos sobre o meio ambiente e ainda a sua proteção, preservação e recuperação. Essa preocupação pode ser notada em uma série de outros instrumentos, alguns elencados com outras finalidades, outros em legislações esparsas, mas todos atentos ao desenvolvimento do espaço urbano com equilíbrio ambiental.

As diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Cidade são normas de ordem pública, portanto, de natureza cogente. O princípio central do Estatuto é o direito à cidade sustentável. As demais normas do Estatuto, sejam regras ou princípios, concorrem para a máxima eficácia desse princípio¹⁴⁰.

Pois bem, o Estatuto da Cidade regulamentou a política pública dos municípios brasileiros, permitindo a utilização de diversos instrumentos ou mecanismos usados no planejamento físico do território, como também, para a organização e ordenamento do uso do solo urbano com fins de inclusão social. O planejamento deve ser entendido como um processo, garantindo continuidade, constante retroalimentação e dinamismo, baseando-se na multidisciplinaridade, possibilitando assim a integração das áreas envolvidas. Dentro do planejamento municipal, o Estatuto da Cidade

¹³⁹ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. p.106.

¹⁴⁰ DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 217.

aborda, por exemplo, os seguintes instrumentos: plano diretor, plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual.

Silva desdobra o processo de planejamento em quatro etapas. A primeira seria o Estudo preliminar, que consiste no levantamento de dados e avaliação de forma sumária da situação e dos problemas a serem enfrentados; a segunda etapa seria o diagnóstico, ou seja, é o momento que se pesquisa e analisa em profundidade os problemas selecionados na etapa anterior, identificando as variáveis que devem ser consideradas para as soluções desses problemas e prevê suas perspectivas de evolução. O diagnóstico corresponde portanto a uma análise da situação visando coligir dados informativos para estabelecer as diretrizes de mudanças que se quer implementar; a terceira etapa engloba o Plano de diretrizes, que é o momento no qual se estabelece uma política para as soluções dos problemas escolhidos, definem-se metas, faz-se a seleção dos meios, fixam-se as diretrizes para a atuação estatal; e por fim a Instrumentação do plano, que compreende na elaboração dos instrumentos de atuação, de acordo com as diretrizes selecionadas, e identifica as medidas capazes de atingir os objetivos escolhidos. É o plano propriamente dito, com relatórios, mapas, quadros, propostas de transformação, previsão dos recursos técnicos, humanos e financeiros necessários à implementação do plano a curto, médio e longo prazo.¹⁴¹

Dentre os mecanismos de planejamento urbano abordados pelo Estatuto da Cidade o mais importante sem dúvidas é o plano diretor. Este, por força do art. 182 da Constituição é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Já o Artigo 41 do Estatuto da Cidade estendeu a aplicação do dispositivo constitucional nos seguintes termos:

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- I – com mais de vinte mil habitantes;
- II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.
- VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto,

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142-144.

inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Deste modo, o plano diretor é concebido como um instituto do direito urbanístico, com a finalidade de estabelecer o planejamento das cidades brasileiras, no que concerne à política de desenvolvimento, reordenamento territorial e expansão urbana. Ademais, o plano diretor é instrumento voltado para a correção urbanística e para o desenvolvimento sustentável.

Na mesma linha, o Estatuto da Cidade (Lei Nacional n. 10.257/2001), no § 1º do artigo 40, estabelece que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, sendo parte integrante do processo de planejamento do Município, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e prioridades nele contidas. Esse processo de planejamento da organização físico-territorial da cidade que resulta no plano diretor deve ser participativo, na medida que a Constituição, em seu artigo 29, X, prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, e o Estatuto da Cidade (Lei Nacional n. 10.257/2001, no § 4º do artigo 40, reza que: *“No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”*.

Para Romanelli, as alterações trazidas pelo Estatuto da Cidade buscaram de certa forma dar um trato diferenciado para a atuação do Poder Público, exigindo-se gestões mais próximas das reais necessidades da comunidade. Ademais, com os planos diretores municipais, fica mais evidente a importância dos Municípios neste contexto, na medida em que as decisões passam a ser tomadas por gestores públicos que possuem uma maior aproximação dos reais problemas enfrentados nas cidades, facilitando-se assim as escolhas e decisões a serem tomadas¹⁴².

O autor ainda menciona que o plano diretor caracteriza-se como plano imperativo, por suas normas e diretrizes serem impositivas para a coletividade,

¹⁴² ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 96.

apresentado um conjunto de normas de conduta que os particulares ficam obrigados a respeitar¹⁴³.

O plano diretor, portanto, deve disciplinar as condições urbanísticas para o desenvolvimento sustentável da vida humana com dignidade, sobretudo garantindo justa distribuição dos ônus e dos benefícios entre os cidadãos. Desta maneira, o plano diretor é o reflexo do interesse público, consubstanciado em ações conjuntas do poder público, das associações representativas (art. 29, XII, da CF) e cidadãos em geral

Saule Júnior acrescenta:

O plano diretor é considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e de planejamento urbano. Como um dos objetivos da política urbana é garantir que a propriedade atenda sua função social, o plano diretor, como instrumento básico dessa política, tem atribuição constitucional para disciplinar essa matéria. Isto é, cabem às normas do plano diretor estabelecer os limites, as faculdades, as obrigações e as atividades que devem ser cumpridas pelos particulares ao direito de propriedade urbana.”¹⁴⁴

A finalidade do plano diretor é determinar como será realizada a política urbana no Município. De comum acordo, a comunidade fixará as metas e os resultados esperados, devendo haver controle sistemático da execução do plano e, possibilidade permanente de revisão, readequação e correção dos rumos.

O art. 30 da Constituição do Brasil determina que compete aos Municípios “*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*” (artigo 30, VIII), logo, compete aos Municípios o plano diretor, os qual deve ser aprovado por lei municipal, ordinária ou complementar, dependendo da previsão contida na Lei Orgânica correspondente.

A lei do plano diretor deve orientar todas as demais leis que tratam do planejamento urbanístico municipal. Nesse conjunto, estarão intimamente ligadas às diretrizes traçadas no plano: as questões de zoneamento, uso e ocupação do solo, posturas municipais e o regulamento de edificações. Todas essas questões geralmente são tratadas em leis municipais específicas, mas fazem parte do plano

¹⁴³ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 94.

¹⁴⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson. **Formas de Proteção do Direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil**. In: FERNANDES, E. Direito Urbanístico e política urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 255.

diretor em sentido amplo, incidindo sobre elas a regra da obrigatoriedade de participação democrática direta.

Ademais, De Marco ainda menciona que *“todas as limitações ao uso da propriedade impostas por meio do plano diretor acarretam conflitos permanentes entre direitos individuais e os interesses coletivos. Por serem restrições ao direito fundamental à propriedade”*, para tanto, as normas do plano diretor devem ser razoáveis e sopesadas, com vistas à sustentabilidade social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental¹⁴⁵.

A expansão e o desenvolvimento de uma cidade não podem contar com a “sorte”, por isso o planejamento e o cumprimento das leis são necessários e importantes para a consolidação dos direitos básicos da população, principalmente as classes de baixa renda, que se encontram em vulnerabilidade social.

No campo normativo, além do fortalecimento dos planos diretores, a legislação criou novas ferramentas de planejamento a partir da regulação de políticas setoriais em âmbito nacional. Esses avanços legislativos ocorridos na última década articulam-se em torno da habitação e da regularização fundiária, do saneamento ambiental e resíduos sólidos, do transporte e mobilidade urbana e às áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos.

¹⁴⁵ DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 231.

CAPÍTULO III

O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O DIREITO À MORADIA

3.1 CONFLITO ENTRE NORMAS FUNDAMENTAIS E FORMAS DE SOLUÇÕES

Conforme descrito no primeiro capítulo deste trabalho, não restam dúvidas de que o direito à moradia e o direito a um meio ambiente equilibrado são ambos direitos fundamentais. Portanto, em havendo algum tipo de conflito entre estes direitos estaremos diante de um conflito entre normas fundamentais. Diante disso, nasce a necessidade de trabalharmos neste tópico o tema conflito entre normas fundamentais, pois desta maneira que se pode tentar solucionar o conflito entre o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente e se há possibilidade de relativização deste.

No início do trabalho foi possível perceber, pela própria dificuldade encontrada na tentativa de conceituar direitos fundamentais, que estes são direitos heterogêneos, cujos conteúdos são manifestamente abrangentes, mutáveis e que, na maioria das vezes, só podem ser revelados diante de um fato concreto e quando da interação entre si ou nas relações destes com outros bens constitucionalmente tutelados.

Desta forma, em determinadas situações concretas, direitos fundamentais distintos entram em colisão uns com os outros ou com outros valores constitucionais, surgindo, desta forma, a problemática da colisão entre direitos fundamentais.

Assim, a colisão dos direitos fundamentais nada mais é do que o impasse que surge quando um titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, impede ou dificulta que o titular de outro direito, também fundamental, o exerça plenamente.

O direito à moradia e a proteção ao meio ambiente são exemplos de garantias fundamentais que estão sintonizados um com o outro. Os conflitos entre os direitos declarados na Constituição podem ocorrer devido os direitos fundamentais não serem limitados e nem absolutos.

Andrade elucida que:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta [...] O problema agora é outro: é o de saber como

vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.”¹⁴⁶.

É nesse sentido que se encontra a colisão de direitos fundamentais, visto que todos possuem o poder de se colocar frente às demais legislações, porém, não possuem hierarquia entre si, não havendo aquele que se sobressaia ao outro, pois não se limitam, mas encontram seu limite em outro direito, sendo assim, cada caso deve ser observado. Deve-se perceber que os direitos fundamentais possuem limites abertos, sendo por esse fato que ocorrem os conflitos, considerando-se que não há uma amplitude fixada de forma prévia.

Sobre o tema leciona Steinmetz:

[...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstrato. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões in concreto.¹⁴⁷

Para Mendes a doutrina descreve a colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. A colisão em sentido estrito “*referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais*”, já a colisão em sentido amplo “*evolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade*”¹⁴⁸.

Neste mesmo sentido Alexy explica que:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de iniciar essa análise, deve, primeiro, o fenômeno a

¹⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 220

¹⁴⁷STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 63.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 281.

ser analisado ser considerado mais de perto. Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito como também para tais em sentido amplo.¹⁴⁹

Assim, nas colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, têm-se aqueles considerados idênticos ou diferentes, porém, que envolvem a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais com consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares. Já, na colisão de direitos em sentido amplo tem-se o conflito entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição Federal.

Vale ressaltar que resolver um caso de colisão de direitos fundamentais não é uma tarefa fácil, visto que todos eles estão previstos na Constituição e possuem hierarquia idêntica, sendo fundamental a observação dos princípios instrumentais da Constituição para a resolução desses casos, principalmente, o princípio da unidade constitucional, da máxima efetividade e da concordância prática.

Diante do exposto, não se pode dizer que o conflito entre direitos fundamentais é um caso simples, onde um direito fundamental é sacrificado em prol do outro, todos os princípios devem ser observados, considerando cada caso isoladamente para que se possa resolver de forma eficiente.

O primeiro ponto a ser observado é o de que inexistem direitos fundamentais absolutos, sendo impossível adotar uma concepção prévia acerca da prevalência nos casos de colisão¹⁵⁰.

No entanto, a doutrina vem ao logo do tempo buscando formas de solucionar tais conflitos. Uma delas seria o estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais.

Ocorre que para Mendes a “*fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico*”. Assim uma valoração hierárquica entre direitos fundamentais somente seria admissível em casos

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/4>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

¹⁵⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 8.

especialíssimos. Como exemplo o autor cita que o postulado da dignidade da pessoa humana “*integra os princípios fundamentais da ordem constitucional que balizam todas as demais disposições constitucionais*”, da mesma forma tem-se como “*inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre aos demais direitos individuais*”¹⁵¹.

Neste sentido Sarmiento assevera que “*como fundamento basilar da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para a interpretação de todo o ordenamento*”¹⁵².

Mendes ainda cita outros exemplos na tentativa de se fixar uma regra geral:

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Düring a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geht vor Sachgutwert)
Tal como apontado por Rufner, a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa aqueloutros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição legal no contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão-somente a idéia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes¹⁵³.

Para Alexy em havendo uma colisão entre direitos fundamentais para que se defina qual se sobreporá se deve ao menos garantir aquilo que é minimamente exigido pela constituição. Ou seja, se a nenhuma das partes é garantido menos que o mínimo, então, a constituição não foi violada, logo, a solução passa pela preservação do mínimo de garantia.¹⁵⁴

De outro ponto, temos que a solução de conflitos entre direitos fundamentais deve se dar, inicialmente, mediante a tentativa de harmonização entre ambos. Não sendo possível, a solução se dará mediante a prevalência de um princípio sobre o outro, ou mediante a ponderação dos valores envolvidos no caso concreto¹⁵⁵.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 283.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 73.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 283/284.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 613/614.

¹⁵⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa. In: REAL FERRER, Gabriel. DANTAS, Marcelo Buzaglo. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de.

Sobre a ponderação, temos outro modo para solucionar tais conflitos, principalmente aquelas que delinham direitos fundamentais que se encontram em situações antagônicas, que é a utilização do princípio da proporcionalidade.

Fernandes aduz sobre o crescente uso do princípio da proporcionalidade para solucionar essa colisão. Para o autor basta acompanharmos as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de direitos fundamentais (o que inclui os chamados “casos de colisões” entre direitos fundamentais), para ele veremos que é cada vez mais crescente a utilização “*de um instrumental importado do direito constitucional alemão, que muitos denominam de ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do “princípio da proporcionalidade”*”¹⁵⁶.

Com referência a utilização do princípio da proporcionalidade Steinmetz leciona:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobre tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jusfundamental.¹⁵⁷

O princípio da proporcionalidade, como o próprio nome sugere, relaciona-se com a palavra proporcional em seu sentido literal, para que ele possa ser aplicado, é necessário perceber a proporção entre os direitos fundamentais em conflito, observando-se qual dele possui maior eficácia de acordo com cada caso. Assim, apesar de possuírem a mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado como um instrumento de interpretação constitucional.

A utilização do princípio da proporcionalidade remete também à ponderação de bens, que passou a ser utilizado após a utilização por tribunais e doutrinas alemãs

Direito Ambiental e Urbanismo [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos: Itajaí: Univali, 2016. t. 2. p.171.

¹⁵⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2017. p. 229.

¹⁵⁷ STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. p. 69.

que influenciaram a metodologia utilizada até então, visando a soluções entre os conflitos de direitos fundamentais. Steinmentz conceitua a ponderação de bens como “o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflitos”¹⁵⁸.

De outra sorte, para que a ponderação de bens seja realizada, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual será utilizado como instrumento de interpretação, visando conferir, conforme o caso em concreto, aquele direito que melhor se aplica.

Robert Alexy sustenta o seguinte:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza¹⁵⁹.

Sobre a ponderação novamente Sarmento aponta que esta deve ter como norte o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras, “a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente”.¹⁶⁰

Assim, como bem pondera Scherer deve-se ressaltar que a dignidade da pessoa humana, princípio/valor da mais ampla abrangência e vetor maior de interpretação previsto pelo ordenamento jurídico pátrio, “precisa ser tomando em seus verdadeiros termos também na questão da proteção ambiental e do direito à moradia”. Assim, para uma “análise profunda e comprometida com a melhor solução dos interesses em jogo somente será satisfatória se fizer prevalecer o direito que se revele de maior peso na disputa, sem ideias ou soluções preconcebidas”¹⁶¹.

¹⁵⁸ STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. p. 140.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 117.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. p. 105.

¹⁶¹ SCHERER, Marcos d'Avila. **Colisão de direitos fundamentais: uma difícil escolha entre a propriedade, a moradia e o meio ambiente. Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 591-603. Disponível em < <http://abdconst.com.br/revista16/colisaoMarcos.pdf> >. Acesso em: 05 de junho de 2019.p. 598.

Por fim, nas palavras de Dantas e Da Costa, “o conflito, como qualquer outro embate entre princípios constitucionais, deve ser resolvido de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mediante ponderação, com base na proporcionalidade”¹⁶².

3.2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

Tema relevante a ser tratado, e que está intimamente ligado ao trabalho aqui desenvolvido, é o tratamento despedido a regularização fundiária das áreas urbanas consolidada em locais de proteção ambiental.

Em nosso ordenamento ao se reconhecer a relevância social das áreas urbanas e do direito fundamental à moradia, fez com que o legislador conferisse um “tratamento diferenciado no que concerne à aplicabilidade das regras de direito ambiental e urbanístico nas áreas urbanas ditas consolidadas, especialmente para fins de regularização fundiária”¹⁶³.

No Brasil, as áreas urbanas consolidadas são produtos de ocupações irregulares, que se solidificam de inúmeras formas, dentre elas, pelas favelas, assentamentos resultantes de invasões e ocupações, ou ainda, por loteamentos irregulares ou clandestinos, constituídos na mais absoluta ilegalidade, sem qualquer preocupação de ordem urbanística ou proteção ao meio ambiente.

Sobre o tema lecionam Beltrame e Taveira:

Esse acentuado fluxo migratório que ocorreu nos centros urbanos, exige uma efetiva atuação dos gestores, evitando assim o desencadeamento de uma série de outros problemas sociais, tais como a favelização, a criminalidade, o desemprego e a poluição do ar e da água.

O fato é que, com a citada urbanização ocorrida nos últimos sessenta anos e, somado ao déficit habitacional que o fenômeno gerou, surgiram as conhecidas ocupações irregulares.

Segundo Castro apud Fortini; Esteves; Dias (2008, p. 130), várias são as formas de irregularidade fundiária, destacando-se, dentre elas, as favelas, os assentamentos auto-produzidos e resultantes de invasões e ocupações e os loteamentos irregulares.

¹⁶² DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa.** p. 171

¹⁶³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa.** p. 163

E foi justamente nesse sentido, que surgiram as chamadas áreas urbanas consolidadas, demandando por regulamentação como um instrumento de regularização fundiária.¹⁶⁴

Muitas das citadas ocupações estão inseridas, irregularmente, em áreas de preservação permanente. A título elucidativo, a conceituação de área de preservação permanente (APP), é esclarecido pelo Código Florestal, em seu artigo 3º, que a define como sendo a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, cuja função ambiental é a preservação de recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica e a biodiversidade, a facilitação do fluxo gênico de fauna e flora, bem como a proteção do solo, assegurando o bem-estar das populações humanas.

Pois bem, no tocante ao Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), temos que este importante diploma legal foi promulgado em 2012, após anos de embates técnicos e políticos que deixaram evidente uma polarização entre ruralistas e ambientalistas.

O novo Código Florestal, como as suas versões passadas, é reconhecido como importante instrumento de proteção ambiental. Concebido para regular principalmente o uso e a ocupação do imenso território rural brasileiro, sua aplicação nas áreas urbanas tem se mostrado desafiadora frente à ocorrência de inúmeros conflitos e situações de insegurança jurídica. Neste contexto, a regulamentação das Áreas de Preservação Permanentes (APPs) nos espaços urbanos constitui uma questão que precisa ser discutida pelo poder público e pela sociedade.

O Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012) manteve a conceituação finalística de área de preservação permanente. Também foram mantidas, em caráter excepcional, hipóteses de supressão de vegetação em área de preservação permanente, nos casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental.

Todavia, em relação ao Código Florestal anterior (Lei Federal nº 4.771/1965), o Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012) inovou, ao inserir na normatização jurídica ambiental a política pública de regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente. O objetivo do legislador foi, nitidamente,

¹⁶⁴ BELTRAME, Franciele Malaguti; TAVEIRA, Adriana do Val Alves. **As áreas urbanas consolidadas de preservação permanente: uma análise reflexiva**. O estatuto da cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas. In: Faz Ciência, vol. 18, n. 27, jan/jun de 2016 – p. 76-92. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/15850/10768>>. Acesso em 10 jun. 2019.

viabilizar a compatibilização da preservação do meio ambiente com as atividades antrópicas já desenvolvidas nas cidades, flexibilizando o dever de recuperação de áreas de preservação permanente. O instrumento proposto possui potencial para melhorar a qualidade de vida da população e, ao mesmo tempo, possibilitar uma melhoria no meio ambiente urbano, altamente degradado.

Beltrame e Taveira conceituam a regularização fundiária da seguinte forma:

Assim, a regularização fundiária pode ser entendida como o conjunto de medidas que visa reconhecer e tornar regular uma área que já está ocupada. Igualmente neste interim, a Lei nº. 10.257 de 10 de julho de 2011, intitulada de Estatuto das Cidades, traz importantes contribuições ao tema, que, dentre outros, incluiu entre as diretrizes da política urbana, 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.¹⁶⁵

Portanto, a regularização fundiária pode ser entendida como um instrumento para promoção da cidadania, e que, a partir de um conjunto de medidas, visa reconhecer e tornar regular uma área que já está ocupada.

Os artigos 64 e 65 do Novo Código Florestal admitem a regularização fundiária tanto de interesse social quanto de interesse específico em áreas de preservação permanente, nas hipóteses de assentamentos localizados em espaço urbano consolidado e que ocupam regiões não identificadas como área de risco, ficando a regularização ambiental admitida por meio de aprovação do respectivo projeto de regularização fundiária. Trata-se de exceção à regra, uma vez que a lógica da função e da finalidade da área de preservação permanente é a de não supressão da vegetação, devendo ser recuperada quando irregularmente suprimida.

Sob tal prisma, o artigo 8º da citada Lei Florestal, esclarece que, tanto a intervenção quanto a supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente, ocorrerão, de forma excepcional, e somente nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou ainda de baixo impacto ambiental

Assim, parte-se do pressuposto de que a regra é a proteção dos ecossistemas classificados como áreas de preservação permanente, e somente, excepcionalmente se admitirá a supressão ou intervenção em APP, cabendo ao Poder Público realizar o

¹⁶⁵ BELTRAME, Franciele Malaguti; TAVEIRA, Adriana do Val Alves. **As áreas urbanas consolidadas de preservação permanente: uma análise reflexiva.** p. 88.

juízo de admissibilidade necessário a cada caso concreto, sempre de forma motivada e usando de critérios de razoabilidade e proporcionalidade,

O Código Florestal ainda realça que as intervenções ou supressões da vegetação nativa em manguezais e restingas podem ser autorizadas, *“excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda”* (§ 2.º do artigo 8.º da Lei 12.651/12).

Antes ainda do novo Código Florestal, como bem lembrado por Dantas e Da Costa, no direito brasileiro, uma das primeiras normas que buscaram permitir a flexibilização das normas urbanísticas foi a Lei de Parcelamento do Solo Urbano” (Lei nº 6.766/79), *“que previu algumas exceções e mitigações de tais normas quando para fins de regularização de conjuntos habitacionais de interesse social, nos termos do seu art. 4º, inciso II. É o que se chamou à época de “urbanização específica”, que constituiu uma das bases para que programas de regularização de favelas pudessem ser pensados no Brasil”*¹⁶⁶.

O próprio Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) trouxe normas de mitigação das regras urbanísticas para fins de regularização fundiária. Com efeito, a lei previu em seu artigo 32 as chamadas “operações consorciadas”, que permitem a flexibilização das normas de uso e ocupação do solo e subsolo, bem como das normas edilícias, de modo a regularizar construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação.

Ainda na vigência do antigo código Florestal tivemos a publicação da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que compreende: a) o Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU; b) o Programa Nacional de Habitação Rural; e c) autorizações para subvenções e transferências de recursos para fundos para o Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES).

Segundo De Marco esta lei *“cria mecanismos para a liberação de recursos para mitigar o problema do direito à moradia no Brasil. São disciplinadas, também, novas possibilidades de regularização fundiária, com o propósito de garantir moradia digna*

¹⁶⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa.** p.162.

*para as áreas mais carentes, que historicamente foram mantidas à margem do investimento público urbanístico*¹⁶⁷.

O referido diploma legal previa em seu artigo 46 a chamada regularização fundiária, que consiste no conjunto de medidas, jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que, visam à regularização de assentamentos irregulares e a consequente titulação de seus ocupantes, garantindo, o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Já os arts. 53 ao 60 tratavam da regularização fundiária de interesse social. Esta modalidade de regularização tem o intuito de regularizar assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, em área que esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos, de imóveis localizados em ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social) ou áreas declaradas de interesse público para implantação de projetos de regularização fundiária pertencentes à União, Estados ou Municípios.

Após a edição do Novo Código Florestal, já em 2016, foi editada a Medida Provisória nº 756, convertida na Lei Federal nº 13.465/2017, dispondo sobre a regularização fundiária rural e urbana. Referida norma revogou o Capítulo III da Lei Federal nº 11.977/2009, que tratava da regularização fundiária de assentamentos urbanos, e trouxe alterações para o Código Florestal, mantendo, todavia, a essência da política pública voltada para as áreas urbanas.

Atualmente, a Lei Federal nº 13.465/2017 traz os conceitos de área urbana consolidada (art. 93 da Lei Federal nº 13.465/2017, que inclui o art. 16-C na Lei Federal nº 9.636/1998.), regularização fundiária de interesse social, regularização fundiária de interesse específico, entre outros (art. 11 da Lei Federal nº 13.465/2017).

De acordo com o art. 16-C na Lei Federal nº 9.636/1998, incluído pelo art. 93 da Lei Federal nº 13.465/2017, área urbana consolidada é aquela incluída no perímetro urbano ou em zona urbana pelo plano diretor ou por lei municipal específica; com sistema viário implantado e vias de circulação pavimentadas; organizada em quadras e lotes predominantemente edificadas; de uso predominantemente urbano, caracterizado pela existência de edificações residenciais, comerciais, industriais, institucionais, mistas ou voltadas à prestação de serviços; com a presença de, no

¹⁶⁷ DE MARCO, Crithian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 207.

mínimo, três dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: drenagem de águas pluviais; esgotamento sanitário; abastecimento de água potável; distribuição de energia elétrica; e limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos.

Impõe observar que, nesse contexto, assentamentos humanos precários ocasionam desrespeito e violação ao direito social à moradia, porquanto este não se restringe ao simples direito de ocupação de um lugar, mas sim a um espaço que ofereça condições para uma saudável e segura moradia, acompanhada de infraestrutura mínima essencial (§ 1.º, art.36, Lei n.º 13.465/2017).

A Lei n.º 13.465/2017 não alterou os pressupostos de avaliação de riscos e prejuízos que existiam na então Legislação Federal n.º 11.977/2009, que cuidava da Regularização Fundiária Urbana. Não se deve admitir o retrocesso ambiental, com a ideia de que a qualquer custo o Poder Público regularizará a partir de agora os núcleos urbanos informais, sob pena de ferir de morte o princípio da dignidade da pessoa humana. Não basta a titulação, a regularização deverá ser acompanhada de intervenções urbanísticas, sociais e ambientais.

Por essa razão, a concessão dos instrumentos jurídicos estabelecidos no art.15 da atual lei de Regularização Fundiária Urbana, em terras públicas ou privadas, deve ser precedida de análise da situação ambiental concreta, sob pena de resultar em violações de ambos os direitos aqui realçados.

Resta claro que no Brasil há um déficit habitacional que acaba influenciando e estimulando o crescimento de ocupações informais, que, cumpre evidenciar, é uma realidade da maioria das cidades brasileiras. No entanto, é necessário lembrar que, a própria Constituição elenca a moradia, à condição de um direito fundamental, o que exige uma ação por parte do Poder Público, no sentido de resolver o citado obstáculo. Ademais, quem reside de forma irregular, convive com a permanente insegurança, e, uma vez que não se tem garantido o direito à moradia, igualmente outros direitos ficam à mercê de proteção, tais como o direito ao trabalho, lazer, educação e a própria saúde. Vale ressaltar, que a regularização fundiária constitui em um dever do Poder Público.

Para tanto, diversas normas infraconstitucionais colaboram para a resolução dos conflitos ocasionados pelas ocupações em áreas de risco ambiental, porém, é imprescindível o estudo e aplicabilidade sistêmica da Constituição, na medida em que, tanto o meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto o direito social à moradia, possuem proteção no referido diploma legal.

Portanto, verifica-se, que nas referidas situações conflitantes, coexiste, tanto o direito fundamental à moradia, o qual é pilar de sustentação da vida em sociedade, quanto o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como garantia para as presentes e futuras gerações. Assim, é imprescindível que, para a resolução do caso concreto, sejam usados critérios de proporcionalidade e razoabilidade, e que, sempre que possível, ambos os princípios possam ser compatibilizados.

Por essa razão, a concessão dos instrumentos jurídicos estabelecidos no art.15 da atual lei de Regularização Fundiária Urbana, em terras públicas ou privadas, deve ser precedida de análise da situação ambiental concreta, sob pena de resultar em violações de ambos os direitos aqui realçados.

A flexibilização da tutela ambiental, portanto, somente tem razão de ocorrer em áreas de preservação permanente, quando, efetivamente, se busca atender o direito social à moradia mediante realização plena e programada da regularização fundiária, com projeto consistente e estudo prévio que demonstre melhorias das condições ambientais em relação à situação anterior, inclusive recuperando, quando possível, as áreas degradadas, realocando pessoas, despoluindo o corpo hídrico e recompondo a vegetação ciliar.

De qualquer modo, vimos que existem hipótese legais de mitigação das normas urbanísticas e ambientais para fins de regularização fundiária em áreas urbanas consolidadas, no entanto, não são suficientes para sanar os conflitos concretos observados, especialmente porque a regularização fundiária ainda é realizada de forma muito tímida no Brasil e encontra resistência em vários órgãos segmentos da sociedade, tendo em vista o conflito havido entre essas normas voltadas à política urbana de regularização fundiária e os princípios e regras voltados à proteção ambiental¹⁶⁸.

Por este motivo surgem os conflitos entre os direitos fundamentais aqui trabalhados.

¹⁶⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa.** p. 162

3.3 O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E O DIREITO À MORADIA

Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988 elencou o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no rol dos direitos fundamentais e estabeleceu parâmetros para a política ambiental e a urbana (artigos 225 e 182, respectivamente), visando assegurar o caráter difuso de tais normas, o que significa dizer, que servem a toda a sociedade e que devem ser efetivadas mediante atuação positiva do Estado, com a implementação de políticas públicas.

No entanto, devido à crescente concentração da população nas áreas urbanas e o crescimento desordenado das cidades, o direito à moradia e ao meio ambiente vem sendo diariamente violado, pois parcela significativa da população, que sem outra opção, acaba por instalar-se em lugares precários, de grande risco ambiental, sem as devidas estruturas e acesso a equipamentos urbanos.

Infelizmente temos presenciado, desde a efetivação do direito à moradia como um direito fundamental, que a especulação imobiliária se tornou cada vez mais forte em razão do predomínio do paradigma econômico sobre o social e político. Assim, quem possui poder aquisitivo consegue instalar-se em locais seguros, dotados de toda infraestrutura urbana necessária para moradia e o bem-viver. Aqueles sujeitos, porém, desprovidos de boas condições econômicas, ou seja, que não possuem um bom poder aquisitivo acabam dirigindo-se para lugares precários, irregulares, insalubres, distantes e sem infraestrutura urbana básica, com muitos riscos para a sua vida e distante do ideal de moradia e vida dignas

A falta de alternativas viáveis para aquisição de moradia legalizada por parcela significativa da população brasileira gera graves consequências para o meio ambiente, tendo em vista que invariavelmente essa população passa a ocupar de maneira irregular áreas ambientalmente protegidas, como manguezais, encostas de morros, beira de córregos, etc.¹⁶⁹

Isto tudo se deve ainda graças à omissão do Poder Público no planejamento urbanístico e nas políticas públicas destinadas a uma valoração perene dos direitos humanos à moradia e ao meio ambiente equilibrado. Os órgãos Públicos observam

¹⁶⁹ BARBOSA, Lucília Goulart Cerqueira Camargo. **A tutela do Direito à moradia como forma de promover a dignidade da pessoa humana em face do Direito ambiental brasileiro.** p. 121.

inertes os crescimentos de assentamentos informais nos centros urbanos que resultam em quadros de degradação ambiental irrecuperáveis.

E por vezes adota-se políticas públicas habitacionais que não atentam para a realidade socioeconômica de acesso à terra urbanizada e à moradia digna. De Marco aponta ainda que a *“propriedade urbana passou a ser um meio de segregação social, deixando os mais pobres à margem dos equipamentos urbanos, criando um paradoxo entre aqueles que vivem no “morro” e aqueles que vivem no “asfalto”*”. Para o autor a propriedade passou a ser utilizada como *“reserva fundiária, para atender interesses meramente privados”*, sendo que grandes áreas de terras permanecem sem o cumprimento de suas funções socioambientais, simplesmente aguardando valorização para futura especulação do mercado imobiliário¹⁷⁰.

Ademais, é sabido que o direito à ordem urbanística institui o direito à cidade como direito difuso, tal como o é o direito ao meio ambiente equilibrado, conforme preconiza o artigo 2.º e inciso I do Estatuto da Cidade. Nesse aspecto, os problemas urbanos são problemas ambientais, na perspectiva de que o espaço construído e os assentamentos humanos integram a dimensão modificada pelo homem no meio ambiente.

Ao tratar das diversas formas de irregularidades presentes nos espaços urbanos Alfonsin conclui que:

(...) Uma das mais nefastas consequências 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’água¹⁷¹.

Todas estas situações descritas fazem com que a busca pelo direito à moradia entre em colisão com a proteção ao meio ambiente, o que gera o cerne deste trabalho,

¹⁷⁰ DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 188.

¹⁷¹ ALFONSIN, Betânia. **O estatuto da cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas**. In: Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente, realizado em Canela, 2., 2001, canela. Anais Eletrônicos... Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2405>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

qual seja, se existe a possibilidade de se relativizar a proteção ao meio ambiente em face do direito à moradia e inclusão social.

Muito embora o legislador brasileiro tenha tentado trazer algumas soluções para a dicotomia entre as normas de proteção ambiental e os direitos à moradia, especialmente prevendo programas de regularização fundiária em áreas consolidadas, tais medidas não têm se demonstrado suficientes para a solução efetiva desses conflitos, seja por falta de vontade política, seja porque os instrumentos legais como a regularização fundiária têm encontrando enormes resistências, principalmente em decorrência de interpretações extremamente inflexíveis sobre as normas de proteção ambiental¹⁷².

Pois bem, temos de ter em mente que tratar a ocupação de certas áreas de especial interesse ambiental como ato deliberado para infringir as normas ambientais de proteção significa deixar de enfrentar a fundo o verdadeiro problema, já que a população de baixa renda que recorre à ocupação de áreas de preservação o faz por falta de opção, e normalmente com a omissão ou conivência do Poder Público, já que a alternativa – propiciar a todos lugar e condições dignas de morar – é muito mais onerosa.

Sobre o tema leciona Maricato:

“[tais ocupações] não são dirigidas por movimentos contestatários, mas pela falta de alternativas. Já que todos precisam de um lugar para morar e ninguém vive ou se reproduz sem um abrigo, esse consentimento à ocupação ilegal, não assumido oficialmente, funciona como uma válvula de escape para a flexibilização das regras. Mas esse consentimento e flexibilização se dão apenas em áreas não valorizadas pelo mercado imobiliário. O mercado mais do que a lei — norma jurídica — é que define onde os pobres podem morar ou invadir terras para morar. Há uma lógica que relaciona mercado e aplicação da lei. Sendo assim, os conflitos socioambientais guardam relação direta com a problemática fundiária, o que torna incoerente a abordagem restrita à preservação dos recursos sem tratar da disputa pela terra”.¹⁷³

Percebe-se que a colisão dos direitos constitucionais analisados tem como principal raiz a ineficiência do Estado, tanto em promover políticas públicas adequadas

¹⁷² DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa**. p. 166.

¹⁷³ MARICATO, Ermínia. **O Estatuto da Cidade Periférica**. In: BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **O Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. p.9.

de fomento à moradia como de controlar e proteger adequadamente as áreas de proteção ambiental, levando o Judiciário, quando da colisão dos direitos, a intervir para solucionar o problema no caso concreto.

No entanto, mesmo apontado a ineficiência do Estado, bem como a latente desigualdade social vivida em nosso País como as principais causas deste problema, a verdade é que por vezes o direito à moradia colide com a proteção ao meio ambiente.

Em um cenário ideal deve haver à conciliação entre o direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que ambos não são excludentes um do outro.

Ocorre que em havendo a confrontação de ambos os direitos estaremos diante do conflito de normas constitucionais, que conforme visto no tópico anterior, dentre as formas para solucionar destacamos, para estas situações, a utilização da ponderação em cada caso bem como o princípio da proporcionalidade, sempre tendo por norte o princípio da dignidade da pessoa humana, *“que condensa e sintetiza os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente.”*¹⁷⁴.

Fensterseifer ressalta que muitas vezes os direitos fundamentais da moradia e ambiente se colocam em colisão, o que demanda a ponderação de tais bens jurídicos em conflito. É comum que nos grandes centros urbanos brasileiros a população de baixa renda acabe ocupando áreas de preservação permanente, tais como mangues, matas ciliares e topos de morros, pois geralmente estes são espaços urbano ainda inabitado e distante dos olhares dos especuladores imobiliários. Ocorre que para o autor *“a preponderância de um ou outro direito fundamental só poderá ser verificada à luz das circunstâncias e peculiaridades de cada caso concreto, tendo em conta ainda que, com base no princípio da proporcionalidade, deve-se dar a maior preservação possível do direito fundamental subjogado”*, devendo claro sempre resguardar o núcleo essencial de tais direitos (moradia ou meio ambiente), sob pena de incorrer em medida inconstitucional¹⁷⁵.

Neste sentido traz que:

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. p. 105.

¹⁷⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito.p. 87.

(...) a legitimidade e constitucionalidade, por exemplo, da retirada de famílias pobres de uma área de preservação permanente em razão da proteção ambiente pelo Poder Público, de outro local onde possam tais pessoas morarem em condições minimamente dignas ou mesmo a sua inscrição em programas governamentais de habitação popular. Portanto, a bandeira constitucional dos direitos fundamentais determina, sem maniqueísmos, a harmonia do sistema de proteção da dignidade humana, no sentido de garantir sempre a preservação do núcleo essencial do direito fundamental subjogado no processo de ponderação, caso contrário a inconstitucionalidade da medida seria patente¹⁷⁶.

A lógica da proporcionalidade, enquanto técnica de solução de controvérsia, afeta diretamente valores constitucionais, levando-se em conta a valorosa finalidade pública a justificar a restrição de outros princípios fundamentais. Para esse exame, faz-se necessário observar a licitude do propósito perseguido, o meio adequado, ou seja, o instrumento que leva ao alcance do fim, e a necessidade do meio utilizado para alcançar esse mesmo fim.

Trazendo para a problemática aqui tratada, seria o caso de examinar se o direito fundamental à moradia adequada, consolidado em áreas urbanas de preservação permanente, pode sobrepor-se ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Ou se este último, enquanto direito difuso e transindividual, tem prevalência sobre o direito humano social à moradia digna, igualmente reconhecido como direito internacional dos direitos humanos.

Deste modo, como amplamente trabalhado no primeiro capítulo, temos de ter em mente que ambos os direitos, à moradia e ao meio ambiente equilibrado são essenciais à sadia qualidade de vida e são considerados princípios que norteiam a dignidade da pessoa humana e servem de base à construção de uma sociedade desenvolvida e moldada na sustentabilidade. Todas as pessoas têm direito a um ambiente natural e social capaz de assegurar a saúde corporal e o bem-estar espiritual, sendo certo que a conciliação entre esses valores constitucionais requer uma análise holística do direito ambiental, na busca de alcançar um progresso lastreado no respeito pela natureza e pelos direitos humanos universais.

Inicialmente não parece correto simplesmente sobrepor um destes direitos fundamentais sobre o outro (primazia de um direito fundamental). Deve-se sim se ater as peculiaridades de cada caso concreto, analisando, por exemplo, se a mitigação à

¹⁷⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. p. 87.

tutela do meio ambiente não tem compensação ou correspondência nas vantagens ofertadas a uma coletividade que anseia por moradia adequada e uma melhor qualidade de vida nos centros urbanos, autorizando assim o sacrifício daquele direito humano difuso.

No entanto, temos tido ultimamente uma tendência a não flexibilizarmos a proteção ao meio ambiente.

Sobre o tema Dantas e Da Costa defendem que não se pode ter uma visão extremamente restritiva do direito ambiental:

Tal situação é extremamente grave, pois, como dito alhures, no caso do Brasil e de outros países em desenvolvimento, bairros e até cidades inteiras foram consolidadas em áreas consideradas ambientalmente protegidas e ao arpejo da legislação de ocupação do solo, o que, seguindo a visão inflexível e estatizante que se tem adotado, ensejaria na necessidade de despejo de milhares de famílias e de demolição de milhares de residências, o que não se pode admitir. Vale lembrar que o Brasil ainda possui um elevado índice de déficit habitacional. Com efeito, conforme a Nota Técnica nº 5 (Estimativas do Déficit Habitacional brasileiro - PNAD 2007- 2012) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2013), em 2012 o país ainda possuía um déficit habitacional de 5.244.525 milhões de residências, representando 8,53% dos domicílios.¹⁷⁷.

Para os autores uma visão extremamente restritiva do direito ambiental não pode e não deve prevalecer de forma absoluta. O direito à moradia, à livre iniciativa e à propriedade também são constitucionalmente protegidos e estão diretamente ligados com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental constitucional de primeira importância, encontrando-se, como já visto, no rol de Fundamentos da República¹⁷⁸.

Assim, temos que a ponderação entre ambos os direitos, analisando-se o caso concreto seja a melhor forma de solucionar tal conflito. Ademais a ponderação encontra relevância na medida em que a garantia do bem-estar social do homem perpassa pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo certo que

¹⁷⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa.** p. 167.

¹⁷⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa.** p. 167.

é preciso ponderar no caso concreto qual o direito fundamental a prevalecer diante de aparente conflito de valores.

Tanto o direito à moradia quanto o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não são absolutos. O objetivo destes institutos, pautados na dignidade da pessoa humana, é uma coexistência harmônica, de forma a almejar o desenvolvimento sustentável. Entretanto, não raramente, o choque entre tais direitos se mostra inevitável. E em caso de conflito, não existe prevalência inata de um assunto sobre o outro, surgindo então à necessidade de se realizar a ponderação.

Outro aspecto relevante que devemos de apontar é que o direito a uma moradia digna na verdade é um direito composto, já que, *“não concretizado, implica vulneração de outros direitos e interesses fundamentais, como é o caso do direito ao trabalho, do direito à integridade física e mental, do direito à educação, do direito à saúde, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assim como o direito de participação política, entre outros”* ¹⁷⁹.

No entanto, por vezes onde aparentemente visualiza-se um conflito entre os direitos estamos na verdade diante da ofensa a ambos.

Essa visão é trazida por Fensterseifer, o autor aponta que para termos uma real concretização do direito à moradia é necessária que esta seja uma morada digna. Moradias em locais de risco, em condições ambientais precárias, não afetam apenas o direito ao meio ambiente, mas também o direito à moradia, que neste caso também não está sendo respeitado. Logo, não se trata necessariamente de um conflito entre direitos, mais sim, se está diante de uma dupla violação de direitos fundamentais.

O autor traz que:

O direito fundamental social à moradia (como se verá adiante, também integrante do conteúdo do mínimo existencial, ao menos no que toca a garantia de uma moradia simples e digna) possui um âmbito de proteção compartilhado com o direito fundamental ao ambiente, porquanto, para a concretização do direito à moradia digna, de forma constitucionalmente adequada, essa deve se dar em um local com condições ambientais compatíveis com uma vida humana saudável. O estabelecimento da moradia em áreas degradadas ou com altos índices de contaminação (do solo, do ar e dos recursos hídricos) - o que geralmente ocorre nos grandes centros urbanos em virtude dos trabalhadores em atividade nos grandes parques industriais instalarem-se nas proximidades desses para facilitarem o acesso ao trabalho e também em razão dos baixos custos das habitações em tais

¹⁷⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. p. 85.

locais - viola conjuntamente o direito à moradia em si e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado (bem como o direito à saúde), já que, como referido anteriormente, o primeiro não se limita a um "teto sobre a cabeça" para ser concretizado, mas, para além disso, implica um conjunto de fatores existenciais (incluídas as condições ambientais favoráveis) para que a moradia possa servir a uma existência humana digna e saudável¹⁸⁰.

Assim, ante tudo o que já foi dito, o direito à moradia deve ser entendido e conjugado com os demais direitos fundamentais. Logo, a violação de um direito fundamental sempre trará consequências, de forma mais ou menos direta, ao exercício dos demais.

Inclusive ao direito fundamental à cidade sustentável, já descrito no capítulo anterior. Pois o direito à moradia e uma cidade sustentável estão amplamente ligadas, *“a interpretação que deve ser praticada ao direito à moradia, com vistas à sustentabilidade da cidade é a que se realiza em consonância com aquela rede hierarquizável, máxime na Constituição, tecida de princípios, regras e valores considerados dialeticamente e em conjunto na interação com o interprete”*¹⁸¹. Assim, sem moradia digna não há equidade, não dignidade muito menos sustentabilidade.

Logo podemos perceber que de fato há hipóteses em que o direito à moradia colide com o direito fundamental ao meio ambiente, e para solucionarmos tal embate se faz necessário a análise do caso em concreto, fazendo-se uma ponderação entres os direitos fundamentais afetados, norteado sempre pela dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, em outras ocasiões, muito embora aparentemente sejam tratadas como colisão entre o direito à moradia e o meio ambiente, quando na verdade não se tratam de uma colisão e sim de uma ofensa a ambos os direitos

Como destacado por De Marco, há um comprometimento mútuo entre meio ambiente e ordem social, sem o qual, não faz sentido falar-se em direito à sadia qualidade de vida. Deste modo, *“a harmonização dos valores ambientais com os valores sociais (econômicos, culturais) é imprescindível, fazendo que o objeto do*

¹⁸⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. p. 85-867.

¹⁸¹ DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 439-440.

*direito urbanístico seja o conjunto de direitos e deveres relacionados com a sustentabilidade multidimensional das cidades*¹⁸².

Por fim, em de fato havendo a colisão entre os direitos fundamentais aqui tratados, como amplamente mencionado, temos de ter em mente que nenhum deles é absoluto, deste modo, o conflito deve ser analisado a luz do caso concreto, mediante ponderação, com base na proporcionalidade, e dignidade da pessoa humana¹⁸³.

3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE CASOS ONDE HOVE O CONFLITO MEIO AMBIENTE X DIREITO À MORADIA

Este tópico do trabalho tem por objetivo demonstrar alguns exemplos de aplicação prática pelos tribunais brasileiros das técnicas de solução de conflitos entre princípios acima destacadas, tendo como norte o conflito entre o direito ambiental versus direito à moradia.

Inicialmente adianta-se que majoritariamente o direito ao meio ambiente equilibrado vem prevalecendo sobre o direito à moradia, o que não significa que não existam vários casos em sentido contrário. Ademais, como mencionado anteriormente, a relação de prevalência deve ser definida mediante a observância dos casos concretos, sob à luz da proporcionalidade.

Para elucidar destacamos julgados dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso e Distrito Federal e Territórios por possuírem uma vasta jurisprudência sobre o assunto, bem como dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional da 4ª Região, por serem tribunais de vanguarda no assunto.

Um caso bastante interessante foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Neste caso em concreto o Tribunal decidiu por ponderar ambos os direitos. Muito embora tenha determinado a demolição do imóvel, impôs que Poder Público designasse novo local adequado para moradia da família envolvida.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE. DIREITO À MORADIA. DIGNIDADE PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO DO MEIO. DESIGNAÇÃO DE NOVO LOCAL PARA HABITAÇÃO DA FAMÍLIA.

¹⁸² DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. p. 212.

¹⁸³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. **A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa**. p. 171

Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, havendo o embate entre o direito fundamental difuso ao um meio ambiente hígido e o direito fundamental à moradia, que perpassa pela dignidade da pessoa humana, em que pese a prevalência geral do primeiro, porque sensível e afeto a toda a coletividade, há casos da prevalência deste, afim de garantir o mínimo existencial no caso concreto. Trata-se de prevalência, jamais total subrogação de um sobre o outro. Desta forma, demonstrada ocupação de área de preservação permanente ou terreno de marinha, com fins de moradia por tempo considerável, deve o posseiro demolir a construção ilegitimamente levada a efeito, recompondo o meio integralmente ou pagando multa indenizatória direcionada para tal fim. Entretanto, a desocupação somente poderá ser efetivada após garantia do Poder Público de designação de novo local adequado para moradia da família.

(TRF4. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.04.01.032019-0/SC. Rel: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Publicado em 26/11/2009).

Neste caso pode-se notar que o Tribunal buscou salvaguardar ambos os direitos fundamentais envolvidos. Assim, muito embora o imóvel estivesse em área de proteção ambiental, e por este fato determinou sua demolição, isto não isenta o Poder Público do seu dever de prover uma moradia digna para a família envolvida.

De modo diferente, recente decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Neste caso, reconheceu-se a impossibilidade se flexibilizar a proteção ambiental. E no tocante a responsabilidade do Poder Público em resguardar uma moradia para as famílias envolvidas, também foi contrário, mencionando que apenas poderia determinar ao Poder Público que pagasse às famílias auxílio construção e/ou moradia caso as famílias estivessem cadastradas nos programas sociais, sob pena de não contemplar parcela da população que se encontre cadastrada.

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO REALIZADA EM DOMÍNIO PÚBLICO - DEGRADAÇÃO AMBIENTAL – CONFIGURAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE PROMOVER A RECUPERAÇÃO – DIREITO SOCIAL À MORADIA MITIGADO PELA GARANTIA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AOS DIREITOS HUMANOS – NÃO CARACTERIZAÇÃO – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM APP – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS STABELECIDOS PELO REVOGADO ART. 54, § 1º DA LEI Nº 11.977/2009 – DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA URBANÍSTICA DIVERSA COM A CONCESSÃO DE AUXÍLIO CONSTRUÇÃO E/OU MORADIA – IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO – CONTROLE EXCLUSIVO DE LEGALIDADE – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.
1. O regime de proteção das áreas de preservação permanente definido no art. 7º do Código Florestal, determina que uma vez ocorrida

a supressão irregular da vegetação situada na Área de *Preservação Permanente*, o ocupante fica obrigado a promover a sua recuperação.

2. O direito à *moradia*, particular, não se sobrepõe à garantia de proteção ao meio ambiente, de interesse público.

3. O direito social fundamental à *moradia* adequada deve ser reconhecido dentro da perspectiva de sustentabilidade *ambiental*, porquanto para o reconhecimento da dignidade humana, o local da *moradia* há de ser ecologicamente equilibrado, com condições mínimas de habitabilidade, segurança, saneamento e equipamentos urbanos básicos.

4. O art. 54, § 1º, da Lei Federal nº 11.977/2009 não se aplica ao presente caso, porquanto além de ter sido revogado pela Medida Provisória nº 759, de 2016 e pela Lei nº 13.465, de 2017, não restaram comprovados os seus requisitos.

5. Não se pode determinar que o Poder Público contemple com auxílio construção e/ou *moradia* determinada pessoa, que sequer se encontra cadastrada nos programas sociais voltados para *moradia*, em detrimento de tantos outros que se encontram cadastrados e aguardando o momento em que serão contemplados, por extrapolar os limites de atuação do Poder Judiciário, criando um precedente perigoso e foge à razoabilidade, pois deixaria de analisar a questão no âmbito da gestão pública das políticas sociais, desrespeitando a legislação orçamentária do Município.

(N.U 0000852-72.2012.8.11.0082, Ap 68170/2017, DESA.HELENA MARIA BEZERRA RAMOS, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 12/11/2018, Publicado no DJE 28/11/2018) ¹⁸⁴.

Dando uma passada por Tribunais ao longo do País destaco uma recente decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, onde foi dado preferência à proteção do meio ambiente e à adequada ordenação ambiental em face do direito à moradia.

A área ocupada localiza-se numa unidade de conservação de uso sustentável, área pública de relevante interesse ambiental (Parque Ecológico Gatumé).

Tendo em vista a irregularidade da ocupação, a Agência de Fiscalização do Distrito Federal passou a fazer derrubada de casas no local. Em primeiro grau o pedido já havia sido julgado improcedente, tendo sido confirmado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Como razão de decidir, se extrai do Acórdão o seguinte trecho: “*não se olvida que a moradia é um direito fundamental dos apelantes. Contudo, tal prerrogativa não*

¹⁸⁴ Outros julgados do Tribunal de Justiça do Mato Grosso no mesmo sentido: (N.U 0010794-06.2014.8.11.0003, MÁRCIO VIDAL, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 28/01/2019, Publicado no DJE 19/02/2019); (N.U 0000853-57.2012.8.11.0082, , HELENA MARIA BEZERRA RAMOS, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 12/11/2018, Publicado no DJE 28/11/2018)

pode validar a ocupação irregular de área pública, sem qualquer autorização legal. Os direitos e garantias constitucionais não podem servir de justificativas para condutas ilegais, de modo que, ainda que o direito de moradia esteja previsto na Constituição Federal, inserido no rol dos direitos sociais (art. 6º, caput, CF), não pode ser utilizado como justificativa para impedir que os órgãos públicos deixem de fiscalizar as obras e impedir a manutenção de construções em áreas públicas.”

Segue Ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ORDEM DEMOLITÓRIA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. PARQUE ECOLÓGICO E DE USO MÚLTIPLO GATUMÉ. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. DIREITO À MORADIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A ocupação clandestinamente de área pública, em especial quando afetada, como área especial de proteção ambiental Parque Ecológico Gatumé, nela firmando moradia sem qualquer autorização/licença, legitima a ação demolitória por parte da Administração. 2. A Administração Pública detém o poder de polícia de modo que a demolição de construção irregular em área pública encontra-se respaldada quando não é precedida das providências exigidas legalmente. 3. Em casos de ocupação indevida de área pública no contexto de irregularidade na situação fundiária do Distrito Federal, **o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição da República, cede lugar ao interesse público à adequada ordenação territorial urbana, que não pode ser afastado quando em confronto com o proveito particular vindicado.** 4. Recurso conhecido e não provido. (Acórdão n. 1170803, 20160111098116APC, OUTROS Relator: Desembargador SILVA LEMOS, 5ª TURMA CÍVEL, Data do Julgamento: 08/05/2019, Publicado no DJE: 17/05/2019. Pág.: 8496/8502). (grifou-se).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também encontramos julgados no sentido de que o direito à moradia não se sobrepõe à preservação do meio ambiente:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. AÇÃO DEMOLITÓRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO DE QUE UM DOS APELANTES NÃO RESIDE NO IMÓVEL OBJETO DA DEMANDA NÃO COMPROVADA. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. CONSTRUÇÃO CLANDESTINA EDIFICADA A MENOS DE 30 METROS DE CURSO D'ÁGUA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (ARTIGO 4º, INCISO I, ALÍNEA A, DO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO). VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 10 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 070/2009 E 44, INCISO V, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 072/2009. PRETENSÃO DEMOLITÓRIA AMPARADA NO ARTIGO 20, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 071/2009. DEVER

CONSTITUCIONAL DO ENTE MUNICIPAL DE ADOTAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. **DIREITO À MORADIA QUE NÃO PODE SE SOBREPOR ÀS LEIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL.** SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70073226870, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em 30/05/2019). (grifou-se)¹⁸⁵.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em recente decisão publicada este ano, encontramos um caso em que o direito à moradia não se sobrepôs à preservação do meio ambiente. No entanto, ante o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que se tratava de situação irregular que se perpetrava por treze anos, fixou-se prazo de seis meses para a demolição do imóvel, período este considerado pelos julgadores necessário para que os ocupantes obtenham, por si ou por programas sociais, nova residência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CLANDESTINAMENTE OCUPADA E DEGRADADA PELOS REQUERIDOS E, APÓS, POR DIVERSAS OUTRAS FAMÍLIAS. PLEITO DO MUNICÍPIO AUTOR DE DEMOLIÇÃO E RECUPERAÇÃO AMBIENTAL. ASSINATURA DE TAC ENTRE SECRETÁRIO MUNICIPAL E RÉU. ACOLHIMENTO, PELO JUÍZO DE ORIGEM, DA TESE DE PERDA PARCIAL DO OBJETO. PEDIDOS JULGADOS, EM PARTE, SEM ANÁLISE DO MÉRITO. RETIRADA DOS MORADORES, TODAVIA, QUE FOI CONDICIONADA À PRÉVIA TRANSFERÊNCIA PARA MORADIAS SOCIAIS. RECLAMO DO MUNICÍPIO. PERDA DO OBJETO DA LIDE QUE NÃO SE VERIFICOU. TAC QUE TRATOU DE LIGAÇÃO DE DOIS PONTOS JUNTO À REDE DE ELETRICIDADE E CESSAÇÃO DE NOVAS CONSTRUÇÕES, AO PASSO QUE A PRESENTE DEMANDA PRETENDE A RECUPERAÇÃO AMBIENTAL. TEMAS QUE NÃO SE CONFUNDEM. INTERESSE DE AGIR DO MUNICÍPIO QUE PERSISTE. MÉRITO. DESTRUÇÃO NA VEGETAÇÃO NATIVA PERPETRADA PELOS MORADORES, ASSIM COMO CRIAÇÃO IRREGULAR DE ANIMAIS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. **NECESSIDADE DE DESOCUPAÇÃO DA ÁREA COM A RECUPERAÇÃO AMBIENTAL. DIREITO À MORADIA QUE NÃO SE SOBREPÕE AO DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO.** INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL. SITUAÇÃO IRREGULAR, TODAVIA, QUE PERDURA POR TREZE ANOS. **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DE PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO DE SEIS MESES PARA DEMOLIÇÃO DOS IMÓVEIS. PERÍODO NECESSÁRIO PARA QUE OS OCUPANTES OBTENHAM, POR SI OU POR**

¹⁸⁵ Outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no mesmo sentido: Agravo de Instrumento Nº 70065581704, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 13/07/2015).

PROGRAMAS SOCIAIS, NOVA RESIDÊNCIA. INVERSÃO DA MEDIDA QUE IMPÕE AOS APELADOS OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0003872-52.2006.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 26-03-2019). (grifou-se)

No entanto, no que se refere a áreas urbanas consolidadas, tem prevalecido no Tribunal de Justiça Catarinense uma maior proteção ao direito fundamental à moradia em detrimento da proteção ambiental.

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. MEIOAMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENDIDA A CONDENAÇÃO DO RÉU À DEMOLIÇÃO E ELABORAÇÃO DE PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA, AO ARGUMENTO DE QUE EDIFICOU RESIDÊNCIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ENTORNO DAS DUNAS DOS INGLESES. PARECER DO ÓRGÃO AMBIENTAL MUNICIPAL ATESTANDO QUE O IMÓVEL ESTÁ INSERIDO EM ÁREA URBANA INEQUIVOCADAMENTE CONSOLIDADA, APONTANDO, AINDA QUE ESTÁ EM TRAMITAÇÃO O PROJETO DE LEI REFERENTE AO PLANO DE URBANIZAÇÃO DOS INGLESES SUL E SANTINHO, EXISTINDO A POSSIBILIDADE DE ALTERAR O ZONEAMENTO NA ÁREA EM QUE ESTÁ SITUADA A RUA DO AUTOR. DIREITO À PROPRIEDADE E AO DIREITO DE SUBSISTÊNCIA QUE PREVALECE SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO NATURA. PRECEDENTES DESTA CORTE NO SENTIDO DE JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

Considerando que o órgão ambiental emitiu parecer informando que estaria em tramitação Projeto de Lei com o objetivo de recategorizar a área, recomendando, ainda, que se aguardasse a definição a ser dada para aquela região pelo Plano Diretor Participativo, para após adotar as medidas cabíveis, e acompanhando-se precedentes desta Corte, **não há como condenar ao desfazimento da obra ou à elaboração de projeto de recuperação de área degradada, sobremaneira pelo fato de o imóvel estar inserido em contexto inequivocadamente urbano e consolidado. Assim, o direito à moradia prevalece sobre o princípio do in dubio pro natura, já que não existe direito fundamental absoluto, possibilitando, por conseguinte a regularização do bem sem as exigências ambientais aplicáveis;** lembrando, contudo, que o pedido administrativo para regulamentar a edificação dependerá dos demais requisitos legais porventura exigíveis. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2012.030404-6, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 01/04/2014). (grifou-se)

Da leitura do julgado acima, constata-se claramente a opção do julgador pelo direito à moradia em desfavor da proteção do meio ambiente.

No mesmo sentido, recente julgado da Corte Catarinense, privilegiando a moradia em detrimento da proteção ao meio ambiente, em situações de ocupações urbanas consolidadas:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. PARQUE MUNICIPAL DA LAGOA DO PERI. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. REFORMA DE CASA DESTINADA À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA, COM ACRÉSCIMO DE ÁREA. IRRELEVÂNCIA. OCUPAÇÃO URBANA CONSOLIDADA HÁ VÁRIAS DÉCADAS. INTERVENÇÃO ANTRÓPICA IRREVERSÍVEL. DANO AMBIENTAL QUE NÃO É AGRAVADO COM A CONSTRUÇÃO. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA PROPORCIONALIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CASO CONCRETO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELO E REMESSA CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0074141-63.2009.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 02-08-2018) ¹⁸⁶.

Percebe-se uma nítida tendência do Tribunal Catarinense em privilegiar a moradia, bem como a ordem urbanística em face da proteção ao meio ambiente, em situações de ocupações urbanas consolidadas.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça – STJ vem discordando deste entendimento.

Cita-se dois casos envolvendo decisões do Tribunal de Santa Catarina, muito embora estes exemplos não envolvam diretamente o direito à moradia, mais sim a aplicação da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79) em detrimento do Código Florestal, em ambos os casos a Corte Catarinense entendeu que “*em se tratando de área urbana, a distância para construções das margens de rios, córregos e canais deve ser aquela estabelecida pela Lei Federal 6.766/79*”, ou seja, afastou portanto a aplicabilidade do Código Florestal em detrimento da Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

No entanto, em ambos os casos (RESP n. 1.546.415 – SC (2015-10188079-0) e RESP n. 1.770.808 – SC (2018/0263465-2)), o Superior Tribunal de Justiça reformou os Acórdãos da corte Catarinense, determinando a aplicação do Código Florestal.

¹⁸⁶ Outro julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no mesmo sentido: (TJSC, Apelação Cível n. 2012.030404-6, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 01-04-2014).

Colaciona-se Ementa do RESP n. 1.546.415 – SC (2015-10188079-0):

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTINOMIA DE NORMAS. APARENTE. ESPECIFICIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO FLORESTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MAIOR PROTEÇÃO AMBIENTAL. PROVIMENTO. RESPEITO AO LIMITE IMPOSTO PELO CÓDIGO FLORESTAL. 1. A proteção ao meio ambiente integra, axiologicamente, o ordenamento jurídico brasileiro, e as normas infraconstitucionais devem respeitar a teleologia da Constituição Federal. Dessa forma, o ordenamento jurídico precisa ser interpretado de forma sistêmica e harmônica, por meio da técnica da interpretação corretiva, conciliando os institutos em busca do interesse público primário. 2. Na espécie, a antinomia entre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979) e o Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) é apenas aparente, pois a primeira estabelece uma proteção mínima e a segunda tutela a proteção específica, intensificando o mínimo protetivo às margens dos cursos de água. 3. A proteção marginal dos cursos de água, em toda a sua extensão, possui importante papel de proteção contra o assoreamento. O Código Florestal tutela em maior extensão e profundidade o bem jurídico do meio ambiente, logo, é a norma específica a ser observada na espécie. 4. Recurso especial provido. (STJ – Resp: 1546415 SC 2015/0188079-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data do Julgamento: 21/02/2019, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2019).

Pois bem, esta tendência do STJ de privilegiar as normas ambientais, mesmo em se tratando de áreas urbanas consolidadas levou a Corte Superior a editar em maio de 2018 a Súmula 613, a qual estabelece que: “*Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental*”.

A teoria do fato consumado, trata-se de uma ratificação de uma dada situação pelo decurso do tempo. Ou seja, uma decisão judicial possui amparo jurídico, mesmo que após muitos anos, seja constatado que não estava correta a decisão, não poderá desconstituí-la.

Porém, em situações que se viole o direito ambiental, o infrator não poderá invocar a teoria do fato consumado. Pois se a teoria pudesse ser aplicada nesses casos, seria admitido o direito de poluir, degradar o meio ambiente.

Sob este enfoque o STJ possui precedentes negando a aplicação da teoria mesmo em casos envolvendo residências familiares localizadas em área de proteção ambiental:

(...) 1. Os impetrantes buscam o reconhecimento da ilegalidade no procedimento de desocupação perpetrado pelo Secretário de

Administração de Parques do Distrito Federal, objetivando que a autoridade coatora abstenha-se de praticar qualquer ato tendente a remover os moradores do Parque das Copaíbas. (...) 6. Não prospera também a alegação de aplicação da teoria do fato consumado, em razão de os moradores já ocuparem a área, com tolerância do Estado por anos, uma vez que tratando-se de construção irregular em Área de Proteção Ambiental-APA, a situação não se consolida no tempo. Isso porque, a aceitação da teoria equivaleria a perpetuar o suposto direito de poluir, de degradar, indo de encontro ao postulado do meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à qualidade sadia de vida. (...) STJ. 1ª Turma. AgRg no RMS 28.220/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/04/2017.

Da análise dos julgados mencionados, principalmente levando-se em consideração o posicionamento recente do STJ, vislumbra-se uma tendência maior a privilegiar-se a proteção ao meio ambiente. O que não significa dizer que se afasta a importância do direito à moradia. Inclusive pelas várias decisões, como foram expostas, no sentido contrário, de relativizar a proteção ao meio ambiente em face do direito à moradia.

De toda sorte, é importante frisar que ambas as interpretações se deram após a análise do caso concreto, não se prestando a servir de regra a situações análogas.

Assim como bem pondera Scherer, não *“se pode perder vista, portanto, a relatividade dos direitos fundamentais e a dignidade humana como vetor interpretativo em caso de colisão destes direitos. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma invencível disputa entre direitos amplamente legítimos e defensáveis, cuja solução seria impossível”*¹⁸⁷.

¹⁸⁷ SCHERER, Marcos d'Avila. **Colisão de direitos fundamentais: uma difícil escolha entre a propriedade, a moradia e o meio ambiente.** p. 598.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo científico da presente pesquisa foi o de aprofundar o estudo acerca do direito à moradia, principalmente em áreas urbanas com risco a proteção ambiental, discutindo-se o paradoxo entre o direito à moradia e inclusão social e a busca simultânea pela tentativa de eliminação ou relativização dos impactos ambientais (garantindo um meio ambiente sustentável).

Ao longo do trabalho ficou evidente que vivemos em um país onde há uma enorme concentração da população nas áreas urbanas e que convivemos com um crescimento desordenado das cidades. Deste modo o direito à moradia e ao meio ambiente vêm sendo diariamente violados, uma vez que parcela significativa da população, que sem outra opção, acaba por instalar-se em lugares precários, de grande risco ambiental, sem as devidas estruturas e acesso a equipamentos urbanos.

Isto tudo se deve em grande parte graças à omissão do Poder Público no planejamento urbanístico e nas políticas públicas destinadas a uma valorização perene dos direitos humanos à moradia e ao meio ambiente equilibrado. Os órgãos Públicos observam inertes os crescimentos de assentamentos informais nos centros urbanos que resultam em quadros de degradação ambiental irrecuperáveis.

Outrossim, temos de ter em mente que tratar as ocupações de certas áreas de especial interesse ambiental como ato deliberado para infringir as normas ambientais de proteção, significa deixar de enfrentar a fundo o verdadeiro problema, já que a população de baixa renda que recorre à ocupação de áreas de preservação o faz por falta de opção.

O trabalho não buscou solucionar o problema da desigualdade social, do déficit de moradia e nem da inércia do Poder Público enfrentados pelo Brasil, e sim buscou abordar uma das consequências deste problema, qual seja, o confronto entre o direito a uma moradia adequada e a proteção ambiental e a possibilidade de relativização desta.

Restou claro que o direito à moradia se trata de um direito fundamental, concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua morada, ao seu local, a sua pousada, enfim, ao seu habitat. A moradia constitui-se como essência do indivíduo, de modo que sem ela a existência digna de outros direitos, como o direito à vida e à própria liberdade, não é exercida de forma satisfatória e plena.

Do mesmo modo tem-se que o direito a um meio ambiente equilibrado também é um direito fundamental do ser humano, sendo-lhe garantida a defesa e proteção do meio ambiente, com missão de assegurar não só às presentes gerações, mas também às futuras, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ou seja, ambos os direitos, à moradia e ao meio ambiente equilibrado são essenciais à sadia qualidade de vida e são considerados princípios que norteiam a dignidade da pessoa humana e servem de base à construção de uma sociedade desenvolvida e moldada na sustentabilidade.

Ocorre que, tanto o direito à moradia quanto o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não são absolutos. O objetivo destes institutos, pautados na dignidade da pessoa humana, é uma coexistência harmônica, de forma a almejar o desenvolvimento sustentável. Entretanto, não raramente, o choque entre tais direitos se mostra inevitável. E em caso de conflito, não existe prevalência inata de um assunto sobre o outro, surgindo então à necessidade de se realizar a ponderação

Pois bem, em um país como o Brasil, onde bairros inteiros foram consolidados em áreas de proteção ambiental, sendo que os moradores destas localidades em geral são compostos por pessoas de baixa renda, ter uma visão estritamente ambientalista apenas aprofundaria o problema social de milhares de famílias.

Assim, uma visão extremamente impositiva apenas em prol do direito ambiental não deve prevalecer de forma absoluta. O direito à moradia está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser protegido e garantido.

No entanto, não se está dizendo que a proteção ao meio ambiente não é importante, e que esta não poderá prevalecer em determinados casos concretos.

De qualquer modo, como vimos ao longo do trabalho, existem inclusive hipóteses legais de mitigação das normas ambientais, utilizadas para fins de regularização fundiária em áreas urbanas consolidadas. É verdade que esta relativização legal não é ampla e muito menos consenso, encontrando muita resistência em vários órgãos e segmentos da sociedade.

De qualquer sorte, nas hipóteses em que o direito à moradia colide com o direito fundamental ao meio ambiente, se faz necessário a análise do caso em concreto, fazendo-se uma ponderação entres os direitos fundamentais afetados, norteados sempre pela dignidade da pessoa humana, sendo sim possível, em situações concretas, relativizar a proteção ao meio ambiente em face do direito à moradia.

Por fim, convém ressaltar que a Dissertação que ora se finaliza não teve a pretensão de esgotar o tema objeto da pesquisa por ela encampado, mas, sim, servir de contributo para o debate. Quiçá as reflexões aqui trazidas possam fomentar novos estudos com abordagens diversas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Função Social da Posse**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ALENZA GARCIA, José Francisco. **Manual de Derecho ambiental**. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2001.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/4>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia. **O estatuto da cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas**. In: Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente, realizado em Canela, 2., 2001, canela. Anais Eletrônicos... Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2405>>. Acesso em 10 jun. 2019.

ALFONSIN, Betânia. **Princípio da Função Social da Propriedade e instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos**. Mimeo.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BARBOSA, Lucília Goulart Cerqueira Camargo. **A tutela do Direito à moradia como forma de promover a dignidade da pessoa humana em face do Direito ambiental brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Ambiental, São Paulo: Editora Fiuza, volume 32, 2012.

BASSOLS COMA, Martín. **El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística**», Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus 2011. pp. 13-42.

BELTRAME, Franciele Malaguti; TAVEIRA, Adriana do Val Alves. **As áreas urbanas consolidadas de preservação permanente**: uma análise reflexiva. O estatuto da cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas. In: *Faz Ciência*, vol. 18, n. 27, jan/jun de 2016 – p. 76-92. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/15850/10768>>. Acesso em 10 jun. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é; o que não é. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20mar. 2019.

CAVEDON, Fernando de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável**: efetividade do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. O estatuto epistemológico do Direito Urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATTO, Luigi (coords). **Direito da cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53-70.

CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. DA COSTA, Mário Martins. A aplicação das normas de direito ambiental em áreas urbanas consolidadas e o conflito com os direitos à moradia, à propriedade e à livre iniciativa. In: REAL FERRER, Gabriel. DANTAS, Marcelo Buzaglo. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Ambiental e Urbanismo** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos: Itajaí: Univali, 2016. t. 2. p. 156-182.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DE MARCO, Cristhian Magnus. **O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia**. 1. ed. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri: Manole. 2004.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

ESPANHA. Constitución Española de 1978. Disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2017.

FERNANDES, Edesio. **A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil**. In Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

FERNANDES, Edesio. **La Construccion Del “Derecho a La Ciudad” em Brasil**. (Disponível em: <<https://derechoalaciudadflaco.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf> > Acesso em: 16 mai. 2019).

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCÍA GOMES DE MERCADO, Francisco. Régimen Urbanístico Del Suelo, em GARCÍA GOMES DE MERCADO, Francisco. (Coord.): **Urbanismo. La propiedad ante el urbanismo**. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa. Granada: Comares. 2007.

GARRIDO, Pilar. **El Derecho a una vivienda digna em espana**. Disponível em http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf . acesso em 09/04/2019.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HUERTA HUERTA, R; HUERTA IZA DE LA FUERTA, C. **Tratado de Derecho Ambiental**. Barcelona: Boch, 2000.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá, 2002.

LAZZARI, João Batista; DANIELI, Adilor. **O desenvolvimento sustentável e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**: o direito a condições dignas de trabalho. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, acesso em 11/04/2019.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Itapevi: Nebli, 2016. (Versão original publicada em 1968).

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAIA, Luciano Mariz. **O Cotidiano dos Direitos Humanos**. João Pessoa : Editora Universitária/UFPB, 1999.

MARICATO, Ermínia. **O Estatuto da Cidade Periférica**. In: BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. O Estatuto da Cidade Comentado. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010.

MARTIGNETTI, Guiuliano. Propriedade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. (Orgs.) **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varrialle. Brasília: Universidade de Brasília (Edunb). 1995.

MARTÍN MATEO, Ramon. **Manual de Derecho Ambiental**. Navarra: Aranzadi, 2003.
MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete; Almeida, Fernando Dias Menezes de. **Estatuto da Cidade, Lei 10.287/2001**: comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

NETO LOBO, Luiz Paulo. **Revista de Informações Legislativas do Senado**. Brasília, A 36. n. 141, jan/mar, 1999. n. 106.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodium, 2016.

NOLASCO, LoreciGottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pílares, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972)**. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em 10fev 2019.

PARENTE, Kadja Maria Ribeiro e; DIAS, Sérgio Novais. (coords.). **Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA**, n.º 5 (jan.1996/dez.1997). Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito.5.ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y Protección Del Medio Ambiente**. Madri: Civitas. 2002.

PIOVESAN, Flávia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988. In BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**: o papel da advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PISARELLO PRADOS, G. **El derecho a lavivienda como derecho social: implicaciones constitucionales**.en Revista catalana de dretpublic, n. 38, 2009.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Itajaí, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público. São Paulo. Ano 1. nº 4, outubro/dezembro de 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. A Produção Capitalista do Espaço, os Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade. In SANTOS JUNIOR, Orlando Alves et al (orgs.). **Políticas públicas e direito à cidade**: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 67-74.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direitos Fundamentais à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBCE. Ano 2008, nº 8. p.55-92.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da constituição federal de 1988. In: Fernandes, E; Alfonsin, B. (Coords.). **Direito à Moradia Adequada** - o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 274/276.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico**: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Formas de Proteção do Direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil. In: FERNANDES, E. **Direito Urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHERER, Marcos d'Avila. **Colisão de direitos fundamentais: uma difícil escolha entre a propriedade, a moradia e o meio ambiente**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 591-603. Disponível em < <http://abdconst.com.br/revista16/colisaoMarcos.pdf> >. Acesso em: 05 de junho de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Urbanístico brasileiro**. 6^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÓN YARZA, Fernando. **Medio Ambiente y Derechos Fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 2012.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.